SCRITTI DEDICATI A
MAURIZIO CONVERSO

a cura di
DOMENICO DALFINO

presentazione di
GIORGIO COSTANTINO

RomaTrE-Press
2016

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Scritti dedicati a Maurizio Converso

a cura di
Domenico Dalfino

presentazione di
Giorgio Costantino

Roma TrE-Press
2016

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, giugno 2016
ISBN: 978-88-97524-68-7

http://www.romatrepress.uniroma3.it

Sommario

PRESENTAZIONE
a cura di Giorgio Costantino 7

Rossano Adorno, *La parabola della custodia cautelare in carcere 'obbligatoria per legge'* 9

Giovanni Amoroso, *Il progetto CERTANET nel sistema Italgiure della Corte di Cassazione* 23

Giampiero Balena, *Termine di efficacia del pignoramento ed espropriazione presso terzi* 33

Alfredo Bucciante, *L'evoluzione storica e la nascita delle tecniche legislative* 43

Giovanni Canzio, *Cassazione e legalità penale* 55

Remo Caponi, *Giudici, computer, sentenze: venticinque anni dopo* 63

Leonardo Carbone, *La previdenza forense dopo le recenti riforme legislative e regolamentari* 65

Giovanni Carmellino, *Brevi note sulle interazioni tra la* artificial intelligence *e la classe forense* 77

Giuseppe Leonardo Carriero, *Il problematico assetto delle fonti normative finanziarie* 89

Costanzo M. Cea, *Tra* mutatio *ed* emendatio libelli*: per una diversa interpretazione dell'art. 183, c.p.c.* 101

Giorgio Costantino, *La Cassazione* 111

Pietro Curzio, *La Cassazione civile tra riforme inutili e problemi complessi* 127

Elena D'Alessandro, *L'influenza esercitata dal diritto nazionale nell'elaborazione di concetti 'europei' ad opera della Corte di giustizia. Il caso* Gothaer 137

Gaetano D'Auria, *I giuristi e l'informazione di finanza pubblica* 149

Domenico Dalfino, *Controversie in materia di licenziamento e nuove forme di conciliazione* 175

Luigi de Angelis, *La motivazione della sentenza (di lavoro): una vita complicata* 195

Michele De Luca, *Uguaglianza e lavoro: quanto (poco) resta nel nostro 'diritto vivente'* 205

Giuseppe De Marzo, *La sorte delle statuizioni civilistiche dopo il d.leg. n. 7 del 2016* 223

Angelo Danilo De Santis, *Tecniche di tutela collettiva e selezione degli interessi* 229

Giorgio Di Benedetto, *Sulla tecno-riforma del processo e su un possibile programma di ricerca nel campo dei sistemi linguistici, giuridici e informatici* 239

Nicola Lettieri, Ernesto Fabiani, *Dati, computazione, scienza: estendere i confini del processo civile telematico* 251

Massimo Fabiani, *Per la qualità delle conoscenze giuridiche, tra nostalgia e tutela dei diritti* 259

Vincenzo Ferrari, *La giurisprudenza e i canoni ermeneutici dell'esistenza* 267

Sebastiano L. Gentile, *L'ufficio giudiziario fisiologico* 275

Gianluca Grasso, *I magistrati con compiti di assistente di studio presso l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione* 285

Gianpaolo Impagnatiello, *Regole del c.d. processo civile telematico e sistema del codice di rito* 295

Daniela Longo, *L'interpretazione della legge ai tempi della decretazione d'urgenza e dei voti di fiducia: la rinnovata centralità del dato storico e comparatistico* 305

Giuseppe Miccolis, *Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia* 321

Antonio Mondini, *La domanda di ingiunzione europea nell'epoca del PCT* 329

Loredana Nazzicone, *Concetti indeterminati nella disciplina della s.r.l.: i finanziamenti anomali* 341

Giuseppe Niccolini, *A proposito di una massima imprecisa (con una breve chiosa critica e con qualche osservazione sulla competenza del tribunale delle imprese a conoscere delle controversie sul compenso di amministratori e liquidatori di s.p.a.)* 353

Ilaria Pagni, *L'effettività della tutela in materia di lavoro* 387

Alessandro Palmieri, *Ai confini delle liti da* medical malpractice *nell'esperienza statunitense. Fughe in avanti dei legislatori e argini (tardivamente?) eretti dalle Corti* 409

Paolo Passaglia, *La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali: un confronto fra la tradizione di* civil law *e quella di* common law 419

Giorgio Giuseppe Poli, *La ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare* 431

Vito Poli, *L'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa* 469

Barbara Poliseno, *La degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare: l'impatto sulle prassi e la promozione del fenomeno anche per le unioni civili* 473

Andrea Proto Pisani, *Brevi note in tema di regole e principi* 493

Giancarlo Ricci, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in funzione nomofilattica: il caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali* 499

Roberto Romboli, *Giudice e legislatore nella tutela dei diritti* 517

Renato Rordorf, *Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche* 533

Giuliano Scarselli, *Note sulla c.d. 'degiurisdizionalizzazione' (una proposta di modifica dell'art. 102, 2° comma, Cost. per deflazionare il contenzioso civile)* 539

Onofrio Fanelli, Roberto Pardolesi, Michele Scialoja, *«Il Foro italiano» nella società dell'informazione* 549

Enrico Scoditti, *Interpretazione e clausole generali* 555

Massimiliano Silvetti, *Gestione della società per azioni e ruolo dell'organo assembleare* 567

Roberto Simone, *Il danno tanatologico e la ricerca del vero precedente. A proposito di una risalente pronuncia della Cassazione del Regno* 577

Hadrian Simonetti, *Esecuzione delle pronunce CEDU e 'riapertura' del procedimento e del processo amministrativo: verso una nuova ipotesi di revocazione?* 585

Maria Laura Spada, *La vendita forzata immobiliare riformata dal decreto legge n. 83 del 2015* 593

Aldo Travi, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale* 609

Giuseppe Trisorio Liuzzi, *La Corte di Cassazione e la violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro* 619

Emilio Tucci, *La PEC nelle procedure concorsuali indette dalla p.a.* 635

Giorgio Costantino

Presentazione

Sono raccolti gli scritti che alcuni amici, con affetto e gratitudine, hanno dedicato a Maurizio Converso.

Maurizio è nato a Cosenza il 24 febbraio 1949.
Nel 1971 ha conseguito la laurea in Giurisprudenza nell'Università di Roma "La Sapienza".

Dal 1973 al 1982 ha collaborato con la cattedra di Diritto del lavoro di quella Università, allora coperta dal professore Gino Giugni.
Dal 1976 al 2013 è stato coordinatore della rivista «Il Foro italiano», alla quale ha iniziato a collaborare nel 1972.
Nel 1987, è stato autore degli indici della «Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana» e consulente editoriale, anche per il settore delle edizioni elettroniche e delle banche dati, del Poligrafico dello Stato.
Dal 1999 al 2003, in qualità di esperto dell'UNICRI (agenzia dell'ONU), è stato giurista-coordinatore per la realizzazione dei progetti dell'Unione Europea e del Ministero degli Affari esteri italiano nella Repubblica democratica del Congo, per

- il rilancio del «Journal officiel du Congo»,
- la ristrutturazione e rilancio dei Centri di documentazione giuridica (ivi compresa la *Bibliothèque centrale juridique*),
- l'edizione dei codici e dei testi unici,
- il rilancio della rivista giuridica del Ministère de Justice, «Justice, science et paix».

Ha insegnato, quale docente a contratto, con diverse denominazioni, «Documentazione e logica giuridica», «Informatica giuridica», «Comunicazione giuridica», ecc.,

- nella Seconda Università di Napoli dal 1994 al 2004,
- nell'Università di Pisa dal 1999 al 2012 e dal 2014 al 2015,
- nell'Università della Calabria (Unical) nel 2004 e nel 2005,

- nell'Università degli Studi del Molise (Unimol), nel 2011,
- nell'Università di Palermo – Polo didattico di Trapani, dal 2010 al 2014.

Ha tenuto lezioni e corsi per la Formazione centrale e per quella decentrata del Consiglio Superiore della Magistratura e, poi, per la Scuola Superiore della Magistratura; ha collaborato con il Centro elettronico di documentazione della Corte di Cassazione – «Gruppo Giurinform». Ha insegnato presso diverse Scuole per le specializzazioni legali e presso diverse Scuole forensi, nonché nell'ambito di numerosi Master.
Ha insegnato anche per il Ministero dell'Economia e delle Finanze, alla Scuola Superiore della Pubblica Amministrazione di Roma, all'Istituto Superiore di Studi penitenziari, alla Scuola Superiore della Amministrazione dell'Interno (SSAI), al FORMEZ di Pozzuoli; per la regione Lazio, Lombardia e Trentino-Alto Adige e presso la Biblioteca centrale giuridica.

È docente a contratto nel Dipartimento di Giurisprudenza della Università Roma Tre dall'anno accademico 2000-2001.

È, dalla fondazione, componente del comitato scientifico della rivista «Questione giustizia» e dal 2013 di quello della «Rivista della Corte dei Conti».
È consulente editoriale delle *Banche dati* de «Il Foro italiano»; per quest'ultimo ha elaborato i progetti editoriali del Codice civile e della Costituzione della Repubblica italiana, nonché quello della banca dati *Merito ed extra*, della quale è coordinatore e curatore.

Senza ricoprire cariche istituzionali e senza assumere alcun ruolo ufficiale, Maurizio Converso è stato ed è, nella cultura italiana, un riferimento fondamentale per la documentazione giuridica e non solo.

Nella consapevolezza della prevalenza dei rapporti umani, con profonda gratitudine e con affetto, gli è dedicato questo libro, la realizzazione del quale è dovuta alla paziente opera di Domenico Dalfino, al quale, unitamente ad Angelo Danilo De Santis, va il sentito ringraziamento degli autori.

Rossano Adorno

La parabola della custodia cautelare in carcere 'obbligatoria per legge'

SOMMARIO: 1. L'insostenibile espansione del carcere cautelare *ope legis* – 2. L'insegnamento della Corte costituzionale – 2.1 (*Segue*): l'attacco alla presunzione assoluta nella 'roccaforte' dei reati di mafia – 3. Il 'risveglio' del legislatore – 4. Le attese tradite e gli scenari futuri

1. L'insostenibile espansione del carcere cautelare ope legis

Più volte interpolato dal legislatore, il comma 3° dell'art. 275, c.p.p. ha mutato ripetutamente contenuto ed ambito operativo.

Nelle versione primigenia, alimentata dall'*humus* dei principi di adeguatezza (comma 1°) e proporzionalità (comma 2°), era rigorosamente ispirato al criterio di stretta necessità ed escludeva automatismi applicativi, riservando al giudice la dosimetria della risposta cautelare[1].

La mutazione genetica[2], legata alle stagioni dell'emergenza, reale o presunta, ha consegnato, con riferimento a un catalogo fluttuante di reati, una duplice presunzione: relativa, quanto alla sussistenza delle esigenze cautelari, assoluta, quanto all'adeguatezza della sola misura carceraria.

[1] Negli stessi termini, L. CALÒ, *Nota* redazionale a Corte cost., 3 maggio 2010, n. 110, in «Foro it.», 2013, I, col. 1434.

[2] Dovuta, a più riprese, all'art. 5, comma 1°, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv., con modif., nella l. 12 luglio 1991, n. 203; all'art. 1, comma 1°, d.l. 9 settembre 1991, n. 292, conv., con modif., nella l. 8 novembre 1991, n. 356; all'art. 5, comma 1°, l. 8 agosto 1995, n. 332; all'art. 2, comma 1°, lett. *a)* ed *a-bis)*, d.l. 23 febbraio 2009, n. 11, conv., con modif., nella l. 23 aprile 2009, n. 38, che ha eliminato il richiamo all'art. 416-*bis*, c.p., rinviato al più esteso elenco di fattispecie contenuto nell'art. 51 commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p. e menzionato i reati di cui agli artt. 575, 600-*bis*, comma 1°, 600-*ter*, escluso il comma 4°, 600-*quinquies*, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, c.p.

2. L'insegnamento della Corte costituzionale

A partire dal 2010, l'OGM normativo – con la sua propaggine *extra codicem*: l'art. 12, comma 4-*bis*, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 – è stato ripetutamente manipolato dalla Corte costituzionale per accertato contrasto con gli artt. 3, 13, comma 1°, e 27, comma 2°, Cost.[3], nella parte in cui – nel prevedere che, a fronte della sussistenza di gravi indizi di colpevolezza in ordine a taluno dei delitti considerati, dovesse applicarsi la custodia cautelare in carcere, salvo che fossero acquisiti elementi denotativi della mancanza di esigenze cautelari – non faceva salva, altresì, l'ipotesi in cui fossero acquisiti elementi specifici, in relazione al caso concreto, idonei a dimostrare che le esigenze cautelari potevano essere soddisfatte con altre misure.

Lungo questa china, con riferimento a quasi tutti i reati attratti nell'orbita del regime derogatorio, la presunzione *iuris et de iure* di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere ha ceduto il testimone ad una presunzione *iuris tantum*: incostituzionale, tale presunzione, quando è riferita ai delitti di violenza sessuale di cui agli artt. 600-*bis*, comma 1°, 609-*bis* e 609-*quater*, c.p.[4]; incostituzionale, quando è riferita al delitto di omicidio volontario[5]; incostituzionale, quando è riferita al delitto di associazione per delinquere finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope[6]; incostituzionale, quando è riferita al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina[7]; incostituzionale, quando è riferita al delitto associativo finalizzato alla contraffazione di prodotti industriali e al loro commercio[8]; incostituzionale, quando è riferita ai delitti di 'contesto

[3] Con l'art. 3, Cost., per l'ingiustificata parificazione dei procedimenti relativi ai delitti considerati a quelli concernenti i delitti di mafia, nonché per l'irrazionale assoggettamento ad un medesimo regime cautelare delle diverse ipotesi concrete riconducibili ai paradigmi punitivi presi in esame; con l'art. 13, comma 1°, Cost., quale referente fondamentale del regime ordinario delle misure cautelari personali; con l'art. 27, comma 2°, Cost., in quanto attribuisce alla coercizione processuale tratti funzionali tipici della pena.
[4] Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, in «Giur. cost.», 2010, p. 3169.
[5] Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, in «Giur. cost.», 2011, p. 2149, con nota di A. Marandola, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*
[6] Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, in «Giur. cost.», 2011, p. 2950, con nota di A. Marandola, *Associazione per il narcotraffico e negazione della «ragionevolezza» della carcerazione obbligatoria fra Corte costituzionale e Sezioni Unite*.
[7] Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, in «Giur. cost.», 2011, p. 4554, con nota di L. Scomparin, *Anche per il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina la presunzione di adeguatezza della custodia in carcere si trasforma da assoluta in relativa.*
[8] Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, in «Giur. cost.», 2012, p. 1619.

mafioso'[9]; incostituzionale, quando è riferita al delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione[10]; incostituzionale, quando è riferita al delitto di violenza sessuale di gruppo[11]; incostituzionale, da ultimo, quando è riferita al concorso esterno in associazione di tipo mafioso[12].

D'altronde, ciò che vulnera i parametri costituzionali di riferimento – secondo il pensiero della Corte – «non è la presunzione in sé, ma il suo carattere assoluto, che si risolve in una indiscriminata e totale negazione di rilievo al principio del "minore sacrificio necessario"». Mentre la previsione «di una presunzione solo relativa di adeguatezza della custodia carceraria» – idonea «a realizzare una semplificazione del procedimento probatorio suggerita da aspetti ricorrenti del fenomeno criminoso considerato, ma comunque superabile da elementi di segno contrario – non eccede i limiti di compatibilità costituzionale, rimanendo per tale verso non censurabile l'apprezzamento legislativo, in rapporto alle caratteristiche dei reati in questione, circa la ordinaria configurabilità di esigenze cautelari nel grado più intenso»[13].

La Corte, in termini più generali, aveva già chiarito come «le presunzioni assolute, specie quando limitano un diritto fondamentale della persona», siano «arbitrarie e irrazionali» e, dunque, violino «il principio di eguaglianza», ove non rispondano «a dati di esperienza generalizzati», ossia «tutte le volte in cui sia "agevole" formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione posta a base della presunzione stessa»[14].

Questa chiave di lettura, traslata in ambito cautelare – sullo sfondo di una implicita consapevolezza del significato che assume il principio del 'minore sacrificio necessario'[15], che impegna il legislatore a strutturare il

[9] Corte cost. 29 marzo 2013, n. 57, in «Giur. cost.», 2010, p. 863, con nota di R. Adorno, *L'inarrestabile irragionevolezza del carcere cautelare "obbligatorio": cade la presunzione assoluta anche per i reati di "contesto mafioso"*.

[10] Corte cost. 18 luglio 2013, n. 213, in «Cass. pen.», 2013, p. 4325.

[11] Corte cost. 23 luglio 2013, n. 232, in «Dir. pen. e proc.», 2014, p. 430, con nota di F. Vergine, *Art. 275, 3º comma, c.p.p.: una norma dall'utilizzo eccessivo*.

[12] Corte cost. 26 marzo 2015, n. 48, in <http://www.cortecostituzionale.it/actionPronuncia.do> (ultimo accesso 22.02.2016).

[13] Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, cit., *Considerato in diritto*, punto n. 7, nel solco tracciato da Corte cost. 16 dicembre 2011, n. 331, cit.; Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit.; Corte cost. 12 maggio 2011, n. 164, cit., e Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit. Per una conclusione analoga, con riferimento alla fattispecie da essa esaminata, v. Corte cost. 16 aprile 2010, n. 139, in «Giur. cost.», 2010, p. 1643, con nota di P. Sechi, *Condannati presunti abbienti e patrocinio a spese dello Stato.*

[14] Cfr., *ex plurimis*, Corte cost. 16 aprile 2010, n. 139, cit., *Considerato in diritto*, punto n. 4.

[15] Valore riaffermato, a livello europeo, da Corte eur. dir. uomo, 2 luglio 2009, *Vafiadis c. Grecia*; Corte eur. dir. uomo, 8 novembre 2007, *Lelievre c. Belgio*; nella giurisprudenza

sistema cautelare secondo il modello della 'pluralità graduata' e a predisporre criteri in grado di garantire scelte 'individualizzanti' dell'intervento *de libertate* –, ha sorretto, fin da subito, le declaratorie di incostituzionalità relative a figure criminose che abbracciano fatti «marcatamente eterogenei tra loro», rispetto ai quali sono riscontrabili, «in un numero non marginale di casi», esigenze cautelari adeguatamente fronteggiabili con misure meno afflittive di quella carceraria.

*2.1 (*Segue*): l'attacco alla presunzione assoluta nella 'roccaforte' dei reati di mafia*

Un salto di qualità, sul piano interpretativo, è stato compiuto dalla Corte quando si è dovuta nuovamente avventurare sul terreno minato dei reati di 'ambito mafioso', da sempre fagocitato nel nucleo del regime derogatorio contemplato dall'art. 275, comma 3°, c.p.p.[16]

I Giudici della Consulta avevano ben presente che, limitatamente ai delitti aggravati dalla finalità di agevolazione di associazioni mafiose, già in passato, il meccanismo presuntivo in esame era stato ritenuto compatibile con l'assetto costituzionale dei limiti all'esercizio del potere cautelare[17].

In un lontano intervento del 1995, la Corte – per escludere, in relazione all'art. 3, Cost., l'irragionevolezza della disposizione codicistica impugnata, a fronte dei principi che governano il *quomodo* dell'intervento *de libertate*, e la dedotta assimilazione che ne sarebbe derivata, sul piano della risposta cautelare, di situazioni, in astratto e in concreto, diverse – puntò, rispettivamente, sul particolare «coefficiente di pericolosità per le condizioni di base della convivenza e della sicurezza collettiva», connaturato ai delitti di

costituzionale, tra le altre, da Corte cost. 22 luglio 2005, n. 299, in «Giur. cost.», 2005, p. 2917, *Considerato in diritto*, punto n. 7; nelle pronunce più recenti della Suprema Corte, da Cass. pen. 25 gennaio 2013, n. 6592, in «C.E.D. Cass.», n. 254578; Cass. pen., sez. un., 31 marzo 2011, n. 16085, in «Riv. it. dir. e proc. pen.», 2012, p. 1246, con nota di P. Rivello, *Un intervento delle Sezioni Unite concernente la revoca delle misure cautelari dovuta alla supposta violazione sopravvenuta del principio di proporzionalità.*

[16] La presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere, pur accedendo, di volta in volta, a fattispecie penali diverse per numero e qualità, sin dalla sua introduzione ha sempre coinvolto tanto il delitto di cui all'art. 416-*bis*, c.p., quanto «i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-*bis* c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo»: talvolta in modo esclusivo (cfr. il testo introdotto dall'art. 5, comma 1°, l. n. 332 del 1995), talaltra unitamente a illeciti eterogenei; a volte, come nella formulazione iniziale, richiamandoli espressamente, altre volte, invece, come nella versione introdotta nel 2009, evocandoli mediante rinvio ad altra disposizione (l'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.).

[17] Cfr. Corte cost. ord. 24 ottobre 1995, n. 450, in «Giur. cost.», 1995, p. 3540.

criminalità organizzata di tipo mafioso, e sulla omogeneità delle fattispecie incriminatrici richiamate dall'art. 275, comma 3°, c.p.p., che trovavano il comune denominatore nel fatto di porre a rischio «beni primari individuali e collettivi».

Sotto questo secondo profilo, l'approccio al tema della custodia carceraria obbligatoria, imperniato sulla sfuggente categoria dei – non meglio precisati, in quanto diversi, e non necessariamente «primari» – «beni individuali e collettivi»[18], obliterava la distinzione tra delitti 'di mafia' in senso stretto e delitti di 'contesto mafioso'[19]: impiegando uno schema concettuale che attribuiva a fatti, in sé considerati, di modesto disvalore l'offensività tipica di fatti-reato di estrema gravità, ritenuti emblematici dell'attività mafiosa[20].

A distanza di quindici anni e dopo un ipertrofico ampliamento dell'ambito applicativo dell'art. 275, comma 3°, c.p.p., nella giurisprudenza costituzionale, anche sulla scia di utili indicazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo[21], è maturata l'idea che la presunzione assoluta di adeguatezza della custodia cautelare in carcere può contare su una congrua 'base statistica', che la rende plausibile per la generalità dei casi concreti, solo ove riferita al delitto di associazione di stampo mafioso, in considerazione della struttura stessa della fattispecie e delle sue connotazioni criminologiche. Nel delitto *de quo* il vincolo associativo si traduce nell'adesione permanente ad un sodalizio criminoso di norma fortemente radicato nel territorio, gerarchicamente organizzato e caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, che esprime una forza di intimidazione, da cui conseguono condizioni peculiari di assoggettamento e di omertà, che fanno

[18] Alla stessa Corte, d'altronde, non sarebbe sfuggito, qualche anno più tardi, che la natura e il rango dell'interesse tutelato dal reato rispetto al quale opera la presunzione in questione non sono idonei a fungere da elementi preclusivi ai fini della verifica della sussistenza e del grado delle esigenze cautelari: cfr. Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit., nonché, con specifico riferimento a ipotesi di delitto associativo, Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit., e Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, cit.

[19] In argomento, v. G. Leo, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso (ma non per le condotte di partecipazione o concorso nell'associazione di tipo mafioso)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personali/>, 2013 (ultimo accesso 22.02.2016).

[20] In tal senso D. Negri, *Sulla presunzione assoluta di adeguatezza della sola custodia cautelare in carcere nell'art. 275 comma 3 c.p.p.*, in «Cass. pen.», 1995, p. 2842.

[21] V. Corte eur. dir. uomo, 6 novembre 2003, *Pantano c. Italia*, in «Cass. pen.», 2004, p. 3818, dell'avviso che la detenzione cautelare di persone accusate del reato di cui all'art. 416-*bis*, c.p. tende a recidere i legami esistenti tra le stesse e l'ambito criminale di origine, al fine di minimizzare il rischio che mantengano contatti personali con le strutture delle organizzazioni criminali e possano commettere nel frattempo delitti simili.

ritenere, secondo una regola di esperienza sufficientemente condivisa, le esigenze cautelari fronteggiabili esclusivamente con la custodia in carcere[22].

A quest'idea si è riallacciata la sentenza n. 57 del 2013, cui va il merito di aver affinato, nel prisma della presunzione assoluta di adeguatezza della custodia in carcere, l'analisi dei rapporti tra l'associazione di cui all'art. 416-*bis*, c.p. e i delitti di 'contesto mafioso'.

Raccogliendo le sollecitazioni dei giudici rimettenti – imperniate sull'esegesi dell'art. 7, d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con modif. nella l. 12 luglio 1991, n. 203, che configura come circostanze aggravanti le medesime fattispecie cui l'art. 5 dello stesso d.l. ha ricollegato la presunzione *de qua* – la Corte ha fatto leva sulla *ratio legis* della norma speciale, comunemente individuata nell'intento di colpire qualsiasi manifestazione dell'attività mafiosa, dalla partecipazione all'associazione, al favoreggiamento, fino al semplice impiego del metodo o all'isolata e minima finalità agevolativa[23], e sulla diffusa convinzione che entrambe le aggravanti siano applicabili a tutti coloro che, in concreto, ne realizzano gli estremi, tanto se partecipi di un sodalizio mafioso quanto se estranei ad esso.

Agli occhi della Corte, una fattispecie che, anche se collocata in un ambito mafioso, non presupponga necessariamente siffatta 'appartenenza' non assicura un fondamento giustificativo costituzionalmente valido alla presunzione assoluta di cui all'art. 275, comma 3°, c.p.p., risultando collegato alla sola condotta partecipativa il dato empirico, ripetutamente constatato, della inidoneità del processo, e delle stesse misure cautelari diverse dalla custodia in carcere, a recidere il vincolo associativo e a far venir meno la connessa attività collaborativa.

La posizione dell'autore dei delitti commessi avvalendosi del metodo mafioso o al fine di agevolare le attività delle associazioni di tipo mafioso, delle quali egli non faccia parte, si è rivelata, così, non equiparabile a quella dell'associato, per la quale la presunzione insuperabile di adeguatezza della custodia carceraria pareva rispondere a dati di esperienza generalizzati.

Alla Corte non è sfuggito, poi, come lo schema presuntivo, già ritenuto privo di copertura costituzionale rispetto a singole fattispecie incriminatrici, risultasse ancor meno plausibile ove rapportato a «qualsiasi delitto, anche della più modesta entità»[24], purché realizzato con metodo mafioso o connotato dalla finalità di agevolazione mafiosa. In questa seconda evenienza, in cui il regime cautelare di rigore dipende da circostanze aggravanti riferibili

[22] Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit.

[23] In proposito, v. Cass. pen., sez. un., 28 marzo 2001, n. 10, in «C.E.D. Cass.», n. 218377, in motivazione.

[24] Che rispetti, peraltro, il limite di pena *ex* art. 280, comma 2°, c.p.p.

ai più vari reati e, correlativamente, alle più diverse situazioni oggettive e soggettive, si eclissa la stessa possibilità di valutare *a priori* l'adeguatezza della sola custodia carceraria in ragione della tipologia di reato.

L'ampiezza del catalogo di reati base suscettibili di innescare la presunzione assoluta, da un lato, annacquava il criterio di proporzionalità di cui all'art. 275, comma 2°, c.p.p., sganciando la scelta della misura dalla gravità del fatto e dalla sanzione irrogata o irrogabile, dall'altro, segnalava la possibile diversità di 'significato' di ciascuno di essi sul versante dei *pericula libertatis*, certificando come nessuna *ratio* 'statistica', correlata alla struttura stessa della fattispecie, fosse ravvisabile a sostegno del regime cautelare presuntivo.

Dalla pronuncia del 2013 usciva confermato che la gravità astratta del reato, in quel caso ascrivibile al metodo adottato o alla finalità perseguita dall'agente, è destinata a incidere sul compasso sanzionatorio: pretendere, invece, di impiantarvi anche una presunzione invincibile di adeguatezza della coercizione intramuraria, in assenza di una valida generalizzazione legata alla struttura della fattispecie criminosa di riferimento, significa orientare lo statuto custodiale verso finalità 'metacautelari'[25].

Nello stesso tempo, la Corte si è soffermata sul collegamento istituito dal pacchetto-sicurezza del 2009 tra regime cautelare e regole di attribuzione delle indagini *ex* art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p., ribadendo come lo stesso non fosse «idoneo, di per sé solo, a offrire legittimazione costituzionale» alla norma impugnata. Dette regole, in quanto «ispirate da ragioni di opportunità organizzativa degli uffici del pubblico ministero, anche in relazione alla tipicità e alla qualità delle tecniche di indagine richieste da taluni reati», rispondono ad una *ratio* sideralmente distante da quella sottesa all'art. 275, comma 3°, c.p.p., ragion per cui sarebbe stata esegeticamente scorretta ogni inferenza sul piano delle esigenze cautelari, tanto più se finalizzata ad omologare quelle relative a tutti i procedimenti contemplati dall'art. 51, comma 3-*bis*, c.p.p.[26]

Potrebbe aggiungersi – prendendo in prestito le parole di un precedente intervento della Consulta – che l'eterogeneità delle fattispecie criminose elencate nella norma evidenziava, *prima facie*, come «il relativo criterio di selezione» non consistesse «affatto in una particolare "qualità" del *periculum libertatis*»[27].

Con la successiva sentenza n. 48 del 2015, la Corte, muovendosi sempre nel 'giardino proibito' dei reati di mafia, ha precisato come il carcere

[25] Così, già, Corte cost. 21 luglio 2010, n. 265, cit.; in proposito, v. anche T. Rafaraci, *Omicidio volontario e adeguatezza della custodia cautelare in carcere: la Consulta censura la presunzione assoluta*, in «Giur. cost.», 2011, p. 3725.
[26] Considerazioni risalenti a Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit., e Corte cost. 3 maggio 2012, n. 110, cit.
[27] Corte cost. 22 luglio 2011, n. 231, cit.

cautelare obbligatorio per legge dovesse ritenersi incostituzionale anche rispetto al concorrente esterno nel delitto associativo.

Come è noto, e pur con tutte le perplessità che circondano la figura del concorso esterno in associazione mafiosa, «assume la qualità di concorrente […] la persona che, priva dell'*affectio societatis* e non essendo inserita nella struttura associativa […], fornisce un concreto, specifico, consapevole e volontario contributo, a carattere indifferentemente occasionale o continuativo, dotato di effettiva rilevanza causale ai fini della conservazione o del rafforzamento dell'associazione»[28].

Dunque, concorre «colui che non vuole far parte della associazione e che l'associazione non chiama a "far parte", ma al quale si rivolge sia per colmare temporanei vuoti in un determinato ruolo, sia, soprattutto, nel momento in cui la "fisiologia" del sodalizio entra in fibrillazione, attraversa una fase patologica, che, per essere superata, esige il contributo temporaneo, limitato, di un esterno». La 'patologia' – è stato ulteriormente precisato – «può esigere anche un solo contributo»: ciò che conta è «che quell'unico contributo serva per consentire alla associazione di mantenersi in vita, anche solo in un determinato settore, onde poter perseguire i propri scopi»[29].

D'altronde, «se il soggetto che delinque con "metodo mafioso" o per agevolare l'attività di una associazione mafiosa (ipotesi considerata dalla sentenza n. 57 del 2013) può, a seconda dei casi, appartenere o meno all'associazione stessa, il concorrente esterno è, per definizione, un soggetto che non fa parte del sodalizio». Nei confronti di quest'ultimo non è, quindi, in nessun caso ravvisabile quel vincolo di «adesione permanente» al sodalizio mafioso che – secondo la giurisprudenza della Corte – è in grado di legittimare, sul piano «empirico-sociologico», il ricorso in via esclusiva alla misura carceraria, quale unico strumento idoneo a recidere i rapporti dell'indiziato con l'ambiente delinquenziale di appartenenza e a neutralizzarne la pericolosità.

La circostanza che il concorrente esterno, analogamente al partecipante all'associazione, apporta comunque un contributo causale al raggiungimento dei fini del sodalizio – con la conseguenza che la sua condotta risulterebbe

[28] Cass. pen., sez. un., 30 ottobre 2002, n. 22327, in «Foro it.», 2003, II, col. 453, con note redazionali di G. Fiandaca e G. Di Chiara; sulla stessa linea, precisando che il contributo del concorrente, oltre che occasionale, può essere fungibile, Cass. pen. 22 dicembre 2000, n. 6929, in «Foro it.», 2001, II, col. 404, con nota redazionale di C. Visconti; Cass. pen., sez. un., 12 luglio 2005, n. 33748, in «Foro it.», 2006, II, col. 80, con note redazionali di C. Visconti e L. Parlato; nonché, Cass. pen. 9 marzo 2012, n. 15727, in «Foro it.», 2012, II, col. 333, con nota di G. Silvestri, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso.*

[29] Cass. pen., sez. un., 5 ottobre 1994, n. 16, in «Foro it.», 1995, II, col. 422; analogamente, Cass. pen. 11 giugno 2008, n. 35051, in «C.E.D. Cass.», n. 241813.

pienamente espressiva del disvalore del delitto di cui all'art. 416-*bis*, c.p., concretandosi anzi, talora, in apporti di maggior rilievo rispetto a quelli dell'*intraneus* – incide sulla gravità dell'illecito commesso, che deve essere apprezzata in sede di determinazione della pena, all'esito della formulazione di un giudizio definitivo di colpevolezza, ma non è di per sé idonea a fondare una presunzione insuperabile di adeguatezza della custodia carceraria, in grado di reggere allo spoglio 'statistico' di ragionevolezza.

Per la Consulta, del resto, è risultato significativo che la necessità di differenziare nettamente la posizione del concorrente esterno da quella del partecipante all'associazione fosse stata riconosciuta nella giurisprudenza di legittimità, con riferimento all'identificazione degli elementi che consentono di vincere la presunzione relativa di sussistenza delle esigenze cautelari, posta dallo stesso art. 275, comma 3°, c.p.p. Mentre, nel caso dell'associato, detta presunzione cede solo di fronte alla dimostrazione della rescissione definitiva del vincolo di appartenenza al sodalizio, nel caso del concorrente esterno, che non ha alcun vincolo da rescindere, stante la sua estraneità all'organizzazione, il parametro per superare la presunzione è diverso e meno severo, rimanendo legato alla prognosi di non reiterabilità del contributo alla consorteria[30].

Al cospetto della pluriennale opera demolitrice della Corte costituzionale – che con ripetuti colpi di scalpello aveva asportato pezzo dopo pezzo quanto di meno costituzionalmente sostenibile si era via via sedimentato[31] sulla norma – erano divenute ormai intollerabili le distorsioni applicative che il colpevole silenzio del legislatore generava.

Favoriva 'fughe in avanti' di alcuni giudici *de libertate*, indotti a forzare l'univoco dato letterale dell'art. 275, comma 3°, c.p.p. per ovviare alla sua palese incostituzionalità[32]; anche quando spingeva altri giudici, fedeli al dettato della norma, ma consapevoli della sua illegittimità in relazione alle residue ipotesi incriminatrici, a proporre nuovi incidenti di costituzionalità,

[30] V., *ex plurimis*, Cass. pen. 29 gennaio 2014, n. 9748, in «C.E.D. Cass.», n. 258809; Cass. pen. 27 giugno 2013, n. 32412, in «Cass. pen.», 2014, p. 1594, con nota di A. Panetta, *Ancora sul concorso esterno in associazione di tipo mafioso e presunzione di pericolosità sociale prevista dall'art. 275, comma 3, c.p.p.*; Cass. pen. 8 luglio 2011, n. 27685, in «Rep. Foro. it.», 2012, voce *Misure cautelari personali*, n. 133; sulla stessa linea, dopo l'intervento della Corte costituzionale, Cass. pen. 17 giugno 2015, n. 32004, in «C.E.D. Cass.», n. 264209; Cass. pen. 22 luglio 2015, n. 38119, in «Rep. Foro it.», 2015, voce *Misure cautelari personali*, n. 57.

[31] L'espressione è di G. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio": la campana della Corte costituzionale, le "stecche" della Cassazione, la sordità del legislatore*, in «Giur. cost.», 2012, p. 4903.

[32] Cfr., emblematicamente, Cass. pen. 20 gennaio 2012, n. 4377, in «C.E.D. Cass.», n. 251793. Per una serrata critica a quest'atteggiamento giurisprudenziale, v. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio"*, cit., pp. 4899 ss.

protraeva indebitamente la custodia carceraria di persone che senza gli automatismi ancora imposti dalla legge avrebbero potuto beneficiare di misure meno restrittive della libertà personale; forniva un colpevole avallo a quei giudici che, correttamente, ritenevano insuperabile il testo dell'art. 275, c.p.p. ma, nello stesso tempo, ne affermavano ottusamente la compatibilità costituzionale.

3. Il 'risveglio' del legislatore

Preso atto dell'incessante 'disboscamento' operato dalla Corte costituzionale, la l. 16 aprile 2015, n. 47[33] ha finalmente riformulato il comma 3° dell'art. 275, circoscrivendo l'area del carcere cautelare obbligatorio alle fattispecie associative di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis*, c.p.[34]

I reati in questione, invero, presuppongono la permanente adesione ad un sodalizio criminoso fortemente radicato nel territorio, gerarchicamente organizzato e caratterizzato da una fitta rete di collegamenti personali, nonché, talvolta, da una specifica matrice ideologica (cfr. artt. 270, 270-*bis*, c.p.), che esprime una forza di intimidazione, da cui conseguono condizioni affatto speciali di assoggettamento e di omertà, alla luce delle quali è arduo prevedere che misure meno afflittive della custodia carceraria possano arginare la spinta criminale del soggetto[35].

La novella ha, peraltro, conservato, rispetto ad una serie eterogena di fattispecie criminose di particolare gravità[36], la duplice presunzione *iuris*

[33] Per un primo commento, v. E. Turco, *La riforma delle misure cautelari*, in «Proc. pen. e giust.», 2015, n. 5, pp. 106-125.

[34] Sul punto cfr. V. Pazienza, G. Fidelbo, *Le nuove disposizioni in tema di misure cautelari*, Rel. n. III/03/2015, p. 13, secondo i quali si tratta di una 'scelta di campo' estremamente significativa, dal momento che nei commi 3-*bis* e 3-*quater* dell'art. 51, c.p.p. figurano ancora numerosi delitti, anche associativi, il cui regime cautelare non era stato colpito da declaratorie di illegittimità costituzionale.

[35] Così P. Borrelli, *Una prima lettura delle novità della legge 47 del 2015 in tema di misure cautelari personali*, in «Dir. pen. cont.», 2015, p. 12. Prima della novella del 2015, V. Manes, *Lo "sciame di precedenti" della Corte costituzionale sulle presunzioni in materia cautelare*, in «Dir. pen. e proc.», 2014, p. 466, aveva sostenuto che, oltre all'associazione *ex* art. 270-*bis*, c.p., anche i delitti di arruolamento e addestramento ad attività con finalità di terrorismo anche internazionale (artt. 270-*quater* e 270-*quinquies*, c.p.) avrebbero potuto superare lo scrutinio di costituzionalità correlato alla presunzione assoluta di adeguatezza, dal momento che «alla rete terroristica (e quindi non solo alla 'associazione') è in genere sotteso (non solo un gruppo strutturato ed organizzato, bensì pure) una connessione anche trasnazionale fatta di legami umbratili e omertosi, che si avvale di canali di comunicazione difficili da scoprire e penetrare».

[36] Si tratta dei delitti contemplati dall'art. 51, commi 3-*bis* e 3-*quater*, c.p.p., al netto delle

tantum coniata dalla Corte: è disposta la custodia cautelare in carcere «salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari o che, in relazione al caso concreto, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte con altre misure»[37].

4. Le attese tradite e gli scenari futuri

Resta da chiedersi se il legislatore, ancora una volta, non abbia deluso le aspettative.

Puntando la lente sull'art. 416-*bis*, c.p., non si può negare che, al di là del dato comune a tutte le forme di appartenenza – l'essere permanentemente a disposizione dell'organizzazione criminale per realizzarne i fini illeciti[38] –, le diverse fattispecie di reato contemplate dalla norma – promozione, direzione, organizzazione, partecipazione – identificano non solo ruoli diversi all'interno del sodalizio, ma anche un differente modo di atteggiarsi dei *pericula libertatis.* Se, nella generalità dei casi, una misura cautelare diversa dalla custodia carceraria sarà inidonea a sterilizzare la pericolosità di chi ricopra un ruolo direttivo nell'associazione, altrettanto non può dirsi rispetto al soggetto che svolga un'attività di 'apprendistato', in attesa della formale affiliazione[39]. Va poi considerata l'indeterminatezza

fattispecie associative assoggettate al più rigoroso regime presuntivo, e di quelli previsti dagli artt. 575, 600-*bis*, comma 1°, 600-*ter*, escluso il comma 4°, 600-*quinquies* e, quando non ricorrano le circostanze attenuanti ivi contemplate, 609-*bis*, 609-*quater* e 609-*octies*, c.p.

[37] Con specifico riferimento ai 'reati di mafia', il predetto regime cautelare risulta oggi applicabile non solo alla fattispecie del concorso esterno in associazione mafiosa (fatta salva l'eventuale necessità di sollecitare un nuovo intervento della Corte costituzionale alla luce del riformulato testo normativo) e ai reati commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416-*bis*, c.p. ovvero al fine di agevolare l'attività del sodalizio mafioso (previsti dal comma 3-*bis* dell'art. 51, c.p.p.), ma anche all'ulteriore delitto di scambio elettorale politico mafioso di cui all'art. 416-*ter*, c.p., inserito dall'art. 2 l. 23 febbraio 2015, n. 19 nell'elenco del comma 3-*bis*: a tale delitto, la presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere è risultata, quindi, applicabile solo nel breve periodo intercorso tra i due interventi legislativi del 2015. In termini critici sulle ricadute cautelari dell'innesto normativo, si era espresso, prima della l. n. 47 del 2015, G. Leo, *Cade la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia in carcere anche per il concorso esterno nell'associazione mafiosa*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personali/>, 2015 (ultimo acceso 22.02.2016).

[38] Cass. pen. 7 giugno 2011, n. 26331, in «C.E.D. Cass.», n. 250670; negli stessi termini, Cass. pen. 15 marzo 2012, n. 25311, *ivi*, n. 253070.

[39] Cui pure è riferibile la qualifica di 'partecipe': cfr. Cass. pen. 18 febbraio 2010, n. 9091, in «C.E.D. Cass.», n. 246493.

linguistica della locuzione «fa[re] parte di una associazione di tipo mafioso»: nel delimitarne il 'campo semantico', la giurisprudenza vi ha ricondotto un'ampia gamma di 'sottofattispecie reali'. A titolo meramente esemplificativo, «fa parte» dell'associazione chi interviene attivamente ad una cerimonia di affiliazione[40]; chi manifesta la propria disponibilità ad agire quale «uomo d'onore»[41]; chi assume un ruolo stabile di collegamento con ambienti istituzionali, politici ed imprenditoriali, in vista del crescente rafforzamento del sodalizio mediante la ramificazione delle sue relazioni con la società civile[42]; chi aderisce, *ab origine*, per un periodo limitato di tempo e per una finalità anche personale, rispetto alla quale il vincolo associativo può assumere una funzione meramente strumentale[43]; l'imprenditore che instaura con essa un rapporto sinallagmatico[44]; colui che mette a disposizione la propria abitazione per l'occultamento delle armi della «cosca», sia pure in ragione dei vincoli familiari che lo legano agli altri affiliati piuttosto che con l'intenzione di rendersi partecipe del sodalizio criminoso[45]; il soggetto che assume il ruolo, già ricordato, di 'avvicinato', e cioè che, pur non condividendo ancora il patrimonio di conoscenze dell'organizzazione e non avendo potere deliberativo, si sia messo a disposizione dell'associazione mafiosa, in vista della successiva affiliazione[46].

Può veramente sostenersi che rispetto a queste e ad altre forme di partecipazione sia sempre illusorio supporre che misure meno severe della custodia in carcere possano adeguatamente fronteggiare le esigenze cautelari? E che, dunque, la presunzione assoluta di cui all'art. 275, comma 3°, c.p.p. superi costantemente il vaglio statistico che le conferisce ragionevolezza sotto il profilo costituzionale, risultando meramente teorica la possibilità di formulare ipotesi di accadimenti reali contrari alla generalizzazione che la sorregge?

Non va dimenticato, poi, che, stando all'attuale comma 3° dell'art. 275, c.p.p., la misura cautelare estrema sarebbe obbligatoria, ove dovessero residuare limitate esigenze cautelari da neutralizzare, anche nei confronti

[40] Cass. pen. 25 settembre 2012, n. 43061, in «C.E.D. Cass.», n. 253624.
[41] Cass. pen. 3 maggio 2012, n. 23687, in «C.E.D. Cass.», n. 253222.
[42] Cass. pen. 20 aprile 2012, n. 18797, in «Riv. pen.», 2012, p. 977.
[43] Cass. pen. 24 marzo 2011, n. 16606, in «C.E.D. Cass.», n. 250316; Cass. pen. 18 marzo 2011, n. 31845, *ivi*, n. 250771.
[44] Cass. pen. 1 ottobre 2008, n. 39042, in «C.E.D. Cass.», n. 242318; sulla stessa linea, Cass. pen. 30 giugno 2010, n. 30534, in «Riv. pen.», 2010, p. 1111; Trib. Milano 11 giugno 2010, S., in «Corriere merito», 2011, p. 67, con nota di A. Corvi, *Delitti contro l'ordine pubblico: a proposito di mafia e imprenditoria nel nord Italia.*
[45] Cass. pen. 4 marzo 2010, n. 17206, in «C.E.D. Cass.», n. 247050.
[46] Cass. pen. 18 febbraio 2010, n. 9091, cit.

dell'indiziato di appartenenza ad associazione mafiosa che collabori con la giustizia[47], dissociandosi dal sodalizio criminale[48].

Considerazioni analoghe potrebbero valere rispetto all'indiziato di appartenere ad associazioni sovversive e ad associazioni aventi finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico.

Forse, per il legislatore è finalmente arrivato il momento di interrogarsi senza infingimenti sulla plausibilità costituzionale di un regime presuntivo assoluto all'interno di un sistema cautelare ispirato ai principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità[49].

Tanto più che, dopo l'autorevole avallo delle Sezioni unite[50], costituisce oramai 'diritto vivente' l'interpretazione che disloca l'operatività della presunzione assoluta non solo nella fase genetica del trattamento coercitivo, ma anche nelle vicende successive che attengono alla permanenza delle esigenze cautelari. Derivandone, da ciò, l'irrilevanza, quale fattore di dissuasione, finanche della «sperimentazione in concreto, magari per un lungo periodo di tempo, della massima restrizione di libertà»[51].

Ogni presunzione *iuris et de iure*, soprattutto in materia cautelare, in tanto è tollerabile in quanto possa contare su una 'legge di copertura'

[47] Il quale potrà, eventualmente, beneficiare della circostanza attenuante prevista dall'art. 8, l. n. 203 del 1991.

[48] Al riguardo, è utile ricordare che per la Suprema Corte la presunzione relativa di pericolosità sociale può dirsi superata solo ove risulti 'impossibile' ogni ulteriore contributo del soggetto all'organizzazione per conto della quale ha operato: cfr. Cass. pen. 14 novembre 2008, n. 46060, in «C.E.D. Cass.», n. 242041. Sul punto, v. *retro*, nota 30.

[49] Per un analogo auspicio, cfr. L. Scomparin, *Censurati gli automatismi custodiali anche per le fattispecie associative in materia di narcotraffico: una tappa intermedia verso un riequilibrio costituzionale dei regimi presuntivi*, in «Giur. cost.», 2011, p. 3739. Quanto alle ulteriori ipotesi di custodia carceraria obbligatoria previste dagli artt. 276, comma 1-*ter*, e 284, comma 5-*bis*, c.p.p. e agli interventi della Consulta che ne hanno riconosciuto la legittimità costituzionale (rispettivamente, Corte cost. 6 marzo 2002, n. 40, in «Giur. cost.», 2002, p. 550, e Corte cost. 16 aprile 2003, n. 130, *ivi*, 2003, p. 977), v. Marandola, *Verso un nuovo statuto cautelare europeo?*, cit., p. 2166.

[50] Cfr. Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 34474, in «Arch. nuova proc. pen.», 2012, p. 619; Cass. pen., sez. un., 19 luglio 2012, n. 34473, in «Giust. pen.», 2012, III, col. 577, con nota di R. Nuzzo, *Nuovi timidi indirizzi in materia di misure cautelari*; per un'analisi della problematica, v. L. Cesaris, *Nuovamente al vaglio della Corte costituzionale la presunzione di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare* ex *art. 275, 3º comma, c.p.p. (presunzione che vale sia nel momento iniziale del trattamento cautelare che durante l'intera fase applicativa)*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personali/>, 2012 (ultimo accesso 22.02.2016).

[51] Testualmente, Leo, *Illegittima la previsione della custodia "obbligatoria" in carcere per i reati di contesto mafioso*, cit.

di tipo non probabilistico[52]. Tuttavia, come si è detto, il regime custodiale obbligatorio, anche rispetto ai reati di mafia – e lo stesso potrebbe dirsi con riferimento ai delitti di cui agli artt. 270 e 270-*bis*, c.p. –, fa perno su una massima di esperienza pronta a sfaldarsi nell'impatto con gli accadimenti reali.

Un «automatismo legale», collegato alla tipologia del reato contestato, «che impone di entrare in carcere a chi non dovrebbe entrarci e vieta di uscirne a chi potrebbe uscirne»[53] è la spia di un sistema che si fida così poco dei suoi giudici[54] da negar loro anche quel limitato spazio di discrezionalità valutativa che deriverebbe dalla più ragionevole previsione di una presunzione relativa.

Abstract

La presunzione assoluta di adeguatezza esclusiva della custodia cautelare in carcere, anche dopo il restyling dell'art. 275, comma 3°, c.p.p. operato della l. n. 47 del 2015, che ne ha circoscritto l'ambito applicativo ai reati associativi di cui agli artt. 270, 270-*bis* e 416-*bis*, c.p., appare in difficoltà di senso. Se, per un verso, non tutte le 'forme' di partecipazione ai sodalizi in questione sembrano connotate da un tasso di pericolosità neutralizzabile con la sola misura carceraria, tanto da far ritenere che il regime presuntivo assoluto si incentri su una massima di esperienza pronta a sfaldarsi nell'impatto con gli accadimenti reali, per altro verso, più in generale, l'idea di un automatismo legale, collegato alla tipologia del reato contestato, che impone di entrare in carcere a chi non dovrebbe entrarci e vieta di uscirne a chi potrebbe uscirne, dovrebbe essere bandita in un sistema cautelare ispirato ai principi di proporzionalità, adeguatezza e gradualità.

[52] Come osserva P. Tonini, *La Consulta pone limiti alla presunzione di adeguatezza della custodia cautelare in carcere*, in «Dir. pen. e proc.», 2010, p. 956, la categoria delle presunzioni assolute, costruite su «massime di esperienza non falsificabili», «appare estremamente delicata dal punto di vista della teoria della conoscenza, giacché è difficile in generale escludere *a priori* qualsivoglia possibilità di smentita. Alla debolezza del fondamento conoscitivo sopperisce, probabilmente, la necessità» – aggiungeremmo, eminentemente pratica – «di soddisfare l'urgenza "cautelare" che connota le ipotesi criminose» contemplate dall'art. 275, comma 3°, c.p.p.

[53] Cfr. Giostra, *Carcere cautelare "obbligatorio"*, cit., p. 4907.

[54] Per questa considerazione, v. G. Leo, *Gli statuti differenziali per il delinquente pericoloso: un quadro della giurisprudenza*, in <http://www.penalecontemporaneo.it/materia/4-processo_penale/49-misure_cautelari_personali/>, 2011, p. 2 (ultimo accesso 22.02.2016).

Giovanni Amoroso

Il progetto CERTANET nel sistema Italgiure della Corte di Cassazione

SOMMARIO: 1. Principio di diritto e massime di giurisprudenza – 2. La funzione della nomofilachia – 3. Gli archivi di giurisprudenza – 4. Gli archivi relazionali – 5. Le condizioni per l'etichettatura CERTANET – 6. Conclusione

1. Principio di diritto e massime di giurisprudenza

La giurisprudenza costituisce un processo dinamico di continua formazione di principi di diritto, espressi da pronunce giudiziarie, rilevati e trasfusi in 'massime': essa si evolve, matura, si consolida, ritorna su sé stessa, muta, riparte su diverse basi.

La rilevazione della giurisprudenza mediante l'attività di 'massimazione' ad opera dello stesso organo che le emette è tipica della Corte di Cassazione, posta al vertice del sistema giudiziario italiano, la quale, a mezzo del suo Ufficio del Massimario, provvede essa stessa ad estrarre i principi di diritto dall'insieme delle sue pronunce; si tratta quindi di una massimazione per così dire 'ufficiale' a fronte della possibile massimazione redazionale di riviste e repertori giuridici. Massimazione 'ufficiale' che invece tuttora manca per la nomofilachia parallela dei giudici speciali a partire da quella, pur di grande rilievo, del giudice amministrativo.

La massimazione rappresenta quindi il monitoraggio continuo dei principi di diritto che concorrono a specificare la portata ed il significato del dato normativo.

È pur vero che nel nostro ordinamento giuridico l'esercizio della giurisdizione mediante provvedimenti giudiziari, che affermano 'principi di diritto', non si inserisce nel sistema delle fonti del diritto, ma partecipa al processo di interpretazione delle norme di legge.

La giurisprudenza non integra la norma interpretata; la lascia invariata e quindi la norma stessa rimane suscettibile di una continua opera di interpretazione.

Il 'principio di diritto' non è pertanto la codificazione di una norma di dettaglio a corredo della norma interpretata, ma è la generalizzazione dell'interpretazione ed applicazione della norma ad una fattispecie concreta. La regola di giudizio usata come criterio di decisione di una fattispecie concreta è sussunta come 'principio di diritto' suscettibile di costituire la regola di giudizio per la decisione di altre fattispecie uguali o analoghe.

I 'principi di diritto', proprio in quanto esterni al sistema delle fonti del diritto, non sono vincolanti. Ciò si desume in modo inequivocabile dal precetto costituzionale recato dall'art. 101, secondo comma, Cost.: i giudici sono soggetti soltanto alla legge. Non c'è una gerarchia delle pronunce, le quali applicano tutte direttamente la legge (intesa come norma appartenente al sistema delle fonti del diritto) e quindi sono equiordinate.

Il principio dello *stare decisis* (o del *binding precedent*) tipico degli ordinamenti di *common law*, nella misura in cui predica l'efficacia vincolante del precedente sulla base di una differenziazione gerarchica delle pronunce dei giudici, trova una preclusione nel suddetto parametro costituzionale.

Il principio di diritto ha invece una valenza persuasiva, in ragione dell'impianto argomentativo che lo sorregge, e non già vincolante. E giuoca un ruolo specifico ed autonomo nel processo decisionale e motivazionale del giudice affiancandosi alla tecnica argomentativa di concatenazioni logiche discendenti (secondo un modello sillogistico-deduttivo) o ascendente (secondo un modello dogmatico-sistematico). Il riferimento al precedente consente un percorso argomentativo orizzontale che non è né deduttivo, né sistematico, ma di mero rinvio (si parla di 'struttura topica' dell'argomentazione). Il giudice indica il luogo – il precedente – in cui sono sviluppate le argomentazioni a sostegno del 'principio di diritto' assunto come regola di giudizio della fattispecie.

2. La funzione della nomofilachia

La 'missione' della Corte di Cassazione è quella assicurare l'esatta osservanza delle leggi nelle decisioni dei giudici.

Alla Corte di Cassazione è assegnato il compito di operare un generalizzato sindacato di legittimità che, protratto nel tempo, realizza la nomofilachia e crea quell'inveramento della norma generale ed astratta in principi di diritto espressi dalla giurisprudenza (i 'precedenti'), i quali progressivamente si addensano in ragione della loro ripetuta affermazione fino a creare quella situazione che va sotto il nome di diritto vivente.

Questa funzione è elevata a garanzia costituzionale dal settimo comma dell'art. 111, Cost. che prevede che contro le sentenze e contro i provvedimenti

sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali, è sempre ammesso ricorso in Cassazione per violazione di legge. Garanzia questa insopprimibile perché proiezione dello stesso principio di eguaglianza (art. 3, primo comma, Cost.), che è principio fondamentale dell'ordinamento.

È una 'missione' – questa della nomofilachia – che viene da lontano.

Il primo ordinamento giudiziario dello Stato italiano (r.d. 6 dicembre 1865, n. 2626), oltre a prevedere la Corte di Cassazione tra le «autorità alle quali è affidata l'amministrazione della giustizia», ne stabiliva i compiti enunciando in termini generali: «La Corte di cassazione è istituita per mantenere l'esatta osservanza delle leggi» (art. 122).

In linea di continuità con tale assetto il vigente art. 65 dell'ordinamento giudiziario (r.d. 30 gennaio 1941, n. 12) ha demandato alla Corte di Cassazione di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» nonché «l'unità del diritto obbiettivo nazionale», di regolare i conflitti di competenza e di attribuzione e di adempiere gli altri compiti attribuiti dalla legge. Tale disposizione, tuttora vigente, assegna alla Corte di Cassazione la funzione di «nomofilachia».

In stretta connessione con tale disposizione il successivo art. 68 dello stesso ordinamento giudiziario stabilisce che «presso la Corte suprema di cassazione è costituito un ufficio del massimario e del ruolo, diretto da un magistrato della Corte medesima designato dal Primo Presidente» e al terzo comma che: «le attribuzioni dell'ufficio del massimario e del ruolo sono stabilite dal Primo Presidente della Corte suprema di Cassazione, sentito il Procuratore Generale della Repubblica».

Il compito proprio dell'Ufficio del Massimario consiste nella rilevazione dei 'principi di diritto' contenuti nelle pronunce della Corte di Cassazione e nella loro formulazione in 'massime' di giurisprudenza, provvedendo altresì alla loro conservazione in archivi relazionali da tempo informatizzati. La massimazione quindi costituisce 'il cuore', il vero fulcro dell'attività espletata dall'Ufficio del Massimario, che partecipa della funzione di nomofilachia nella misura in cui procede all'esame delle sentenze e delle ordinanze della Corte e ne estrae, sotto forma di 'massima', i principi di diritto in esse affermati.

Le 'massime' così prodotte alimentano gli archivi di giurisprudenza CIVILE e PENALE del sistema Italgiure della Corte di Cassazione.

Il progressivo accumulo di massime ha raggiunto un elevato numero complessivo di documenti (rispettivamente, ad oggi, 517.173 per CIVILE e 168.069 per PENALE) tale da non orientare agevolmente – e talora disorientare – chi cerca lo stato dell'arte su una questione di diritto.

Di qui il progetto CERTANET di cui si viene a dire.

3. Gli archivi di giurisprudenza

Gli archivi tradizionali informatizzati – quali le banche dati CIVILE e PENALE del sistema Italgiure contenenti le massime della giurisprudenza della Corte di Cassazione – offrono una visione statica della giurisprudenza, mentre, nella misura in cui essi sono anche archivi relazionali (nel senso che registrano non solo il dato singolo – la massima – ma anche come essa si relaziona con l'insieme degli altri dati – massime – che appartengono allo stesso archivio), il profilo dinamico è affidato al confronto diacronico delle massime presenti negli archivi; confronto che emerge essenzialmente dalla rete dei rinvii di conformità e di difformità, rinvii che per la singola massima – non necessariamente per tutte – possono essere fatti verso massime precedenti (rinvii attivi) ovvero da massime successive (rinvii passivi). L'insieme dei rinvii attivi e passivi per ciascuna massima che contenga anche questi dati relazionali costituisce la rete dei precedenti dove le massime sono i nodi ed i rinvii sono le connessioni, ossia i nessi relazionali che legano una massima con un'altra in termini di conformità e difformità.

Attualmente le massime presenti negli archivi di giurisprudenza non sono differenziate per come si collocano nell'insieme relazionale di queste connessioni; la finalità del progetto denominato CERTANET (ossia: 'certezza' – nel senso di maggiore affidabilità – attraverso la rete – '*net*' – dei rinvii) è quella di operare una differenziazione mediante una etichettatura, automatica e diacronica, di quelle massime che soddisfino determinati requisiti in modo da creare uno spaccato – non statico, ma suscettibile di essere mutevole nel tempo – che offra una valutazione dinamica dell'insieme delle massime distinguendo quelle che esprimono una giurisprudenza che in un certo momento può dirsi 'formata', ovvero 'matura', e quindi maggiormente affidabile, e tutte le altre massime che invece esprimono una giurisprudenza in via di formazione.

La prima potrebbe anche dirsi 'giurisprudenza consolidata' – termine che in realtà ha una connotazione statica – ma solo se si intende che la giurisprudenza etichettata è quella 'consolidata' in un certo momento; la quale potrebbe perdere questa connotazione in un momento successivo. Quindi è preferibile parlare di giurisprudenza che ha raggiunto, in un certo momento, un grado di maturazione, per essere stata affermata più volte in termini di conformità e non più contraddetta; ciò che la rende appunto maggiormente affidabile.

Insomma negli archivi di giurisprudenza – quali sono CIVILE e PENALE – l'insieme di documenti può presentarsi tendenzialmente suddiviso in due sottoinsiemi differenziati: massime ordinarie e massime

con l'etichetta CERTANET; etichetta assegnata, secondo una procedura informatizzata, in modo automatico e dinamico perché soggetta a costante verifica nel tempo, sicché l'etichetta, venendo meno le condizioni date, sarebbe rimossa altrettanto automaticamente.

L'etichettatura delle massime ha l'effetto di evidenziare un nucleo di nomofilachia 'forte' che per l'utente – giudice, avvocato, studioso – si segnala come maggiormente affidabile ed in particolare per il giudice si porrebbe come naturale parametro di giudizio per l'interpretazione della norma; potrebbe egli pur sempre disattenderlo essendo, nel nostro sistema ordinamentale, soggetto solo alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), ma ciò richiederebbe una argomentata ed adeguata motivazione critica, laddove al contrario non occorrerebbe motivazione ulteriore ove egli intenda conformarvisi.

4. Gli archivi relazionali

Il sistema della rete dei precedenti, presente sia nell'archivio CIVILE che in quello PENALE, è costituito da un insieme di nodi (le massime) e di maglie (i rinvii CONF e DIFF che evidenziano la relazione conformità/difformità). Invece il rinvio di mera contiguità (VEDI) ha una sua intrinseca ambiguità che non lo rende utilizzabile in una rilevazione automatizzata secondo un algoritmo che rechi la condizione univoca del tipo 'vero/falso'.

Se si considera un nodo-sorgente ed un percorso che dal nodo si dirama attraverso i rinvii successivi (di livello 1) di conformità verso altri nodi si può isolare un segmento omogeneo costituito da più nodi legati tutti da rinvii di conformità e verificare che nessuno dei nodi del segmento sia oggetto di un rinvio passivo in termini di difformità.

Questo segmento di massime conformi, senza nessuna difforme, può essere evidenziato e marcato con un'etichettatura (informatizzata) di tutti i nodi, ossia di tutte le massime del segmento; ciò sta a significare che si tratta, in quel certo momento, di un principio (*i.e.* massima di giurisprudenza) 'formato', o 'maturo', o, se si vuole (nel senso suddetto) 'consolidato', perché affermato un certo numero di volte in termini di conformità e non più contraddetto.

In tal modo, calibrando la lunghezza del segmento come parametro di raggiunta affidabilità della giurisprudenza e definendo un arco di tempo in cui la verifica (automatica) va fatta, si isola nell'insieme delle massime un sottoinsieme di massime 'etichettate' con CERTANET.

Ogni immissione di nuove massime nell'archivio CIVILE o PENALE comporta una verifica automatica della perdurante esattezza dell'etichettatura

ovvero della sopravvenuta mancanza delle condizioni dell'etichettatura; in questo senso l'etichettatura è dinamica e non statica.

Una volta creata la procedura informatica, l'attività di 'massimazione' (*i.e.* estrazione di principi di diritto dalle pronunce della giurisprudenza) continua secondo i criteri tradizionali, ma l'apposizione dei riferimenti CONF e DIFF alle nuove massime ha un rilievo particolare perché comporta l'evidenziazione di massime etichettate con CERTANET, che prima non lo erano, oppure all'opposto la rimozione dell'etichettatura CERTANET di massime, che prima tale etichettatura avevano. In questo senso l'etichettatura delle massime è sì un procedimento informatizzato e quindi automatico, ma pur sempre governato dal Massimario nella misura in cui è il massimatore, secondo la procedura e le linee guida in atto al Massimario, che valuta come un principio di diritto, espresso da una massima, si relazioni con altri principi di diritto presenti negli archivi CIVILE e PENALE.

5. Le condizioni per l'etichettatura CERTANET

Nella procedura automatica di creazione e costante verifica dell'etichettatura CERTANET rilevano i seguenti parametri: *a)* la 'lunghezza' del segmento della rete dei riferimenti in termini di conformità; *b)* l'arco di tempo in cui le condizioni di conformità debbono risultare verificate. A questi si aggiunge una terza condizione: *c)* mancanza di rinvii passivi di difformità.

È questa una scelta discrezionale a monte di tutta la procedura.

Quanto al primo parametro – lunghezza del segmento di conformità – può considerarsi 'affidabile' un principio che sia stato affermato, nel predetto arco di tempo, un certo numero di volte e non sia stato più smentito.

Quanto al secondo parametro (la dimensione temporale) c'è che, per rendere meno pesante l'elaborazione informatica dei dati e più affidabile il risultato dell'elaborazione stessa, le condizioni per l'etichettatura automatica andrebbero verificate non già su tutte le massime dei due archivi, ma solo su quelle che cadono in un più ristretto – e più prossimo – arco di tempo; ossia quelle a partire da una certa data (ad es. l'ultimo quinquennio).

A tal fine occorre distinguere le massime sorgenti (nella catena di conformità la massima a^1 – richiamata come conforme dalle massime a^2, a^3, a^4, …a^n – è la massima sorgente, ossia quella che, in partenza, soddisfa la condizione posta per l'etichettatura di tutte le massime conformi) e i segmenti di conformità (sono tanti quante le massime sorgenti che rappresentano ognuna la capofila, o l'anello centrale che costituisce un nodo di

addensamento di rinvii passivi in termini di conformità). Il segmento di conformità costituisce un insieme di massime conformi: vi appartengono: *i)* la massima sorgente (richiamata più volte da massime comprese nell'arco di tempo preso in considerazione); *ii)* tutte le massime (successive alla massima sorgente) in cui è richiamata in termini di conformità quest'ultima (sono i rinvii passivi); *iii)* tutte le massime (anche precedenti il periodo preso in considerazione) che la massima sorgente richiama come conformi (sono i rinvii attivi). In questo modo si costruisce il segmento che rappresenta la catena di conformità: tutte queste massime, che appartengono al segmento di conformità, sono etichettate con CERTANET.

Quindi, una volta scelti in ipotesi i parametri come sopra, una massima sorgente è idonea a creare una catena di massime conformi se soddisfa una duplice condizione: *a)* la massima sorgente è stata confermata almeno da n massime successive e quindi il principio di diritto è stato affermato almeno $n+1$ volte; *b)* queste massime successive di conformità rispetto alla massima sorgente sono tutte successive al periodo considerato come di riferimento.

Essendo le catene di conformità definite sulla base dei due parametri suddetti, si ha che variando tali parametri (ossia la condizione di conformità in termini di quante volte il principio di diritto è stato da ultimo affermato e l'arco di tempo in cui la condizione va verificata) muta il numero complessivo delle massime marcate con l'etichetta CERTANET. Riducendo la condizione del numero di volte dell'affermazione del principio oppure ampliando l'arco di tempo in cui la condizione di conformità deve essere verificata dalla massima sorgente aumenta il numero complessivo delle massime che risultano automaticamente etichettate. Al contrario ponendo una condizione più rigorosa dei rinvii di conformità o riducendo l'arco di tempo in cui la condizione di conformità deve essere verificata dalla massima sorgente diminuisce il numero complessivo delle massime con l'etichetta CERTANET.

La scelta, al contempo, di un numero elevato di affermazioni del principio in termini conformità e di un ristretto arco di tempo del periodo di riferimento può dirsi prudenziale perché individua un numero abbastanza contenuto di massime marcate con l'etichetta CERTANET, che costituirebbe un iniziale (e maggiormente affidabile) nucleo ristretto di massime conformi, destinato progressivamente a crescere nel tempo.

C'è poi la terza condizione di cui si è fatto cenno. Le massime di queste catene di conformità sono tutte marcate con l'etichetta CERTANET se soddisfano anche una ulteriore condizione: la mancanza di rinvii passivi di difformità.

Infatti le catene di conformità individuate in ragione del soddisfacimento delle prime due condizioni vanno depurate di quelle che registrano rinvii in termini di difformità; ossia di quelle che non soddisfano anche la condizione della mancanza di rinvii passivi di difformità.

Se il segmento è formato da *n* massime conformi, basta che una sola di essa, successiva a quella sorgente, sia richiamata in termini di difformità da una massima successiva per revocare in dubbio l'affidabilità del principio di diritto pur più volte affermato.

Il fatto che ci sia una massima, successiva a quella sorgente, che si pone in termini di difformità con quest'ultima ovvero con una qualsiasi altra massima della catena di conformità, rende non più pienamente affidabili le massime della catena di conformità. E quindi non c'è la loro etichettatura con CERTANET e, se prima, in una diversa situazione della rete dei precedenti, l'etichettura era stata apposta, questa viene automaticamente rimossa.

La presenza di un rinvio passivo di difformità affetta la catena di conformità e automaticamente la rende non pienamente 'affidabile' sicché è omessa – o rimossa – l'etichettatura CERTANET.

6. Conclusione

In sintesi il 'significato' di CERTANET è questo: la massima etichettata con CERTANET negli archivi CIVILE e PENALE del sistema Italgiure esprime un principio di diritto che è stato affermato in termini conformi più volte (un certo numero di volte secondo la prima condizione posta) in epoca recente (nell'intervallo di tempo posto dalla seconda condizione) e che non risulta essere stato più contraddetto da massime successive in termini di difformità (terza condizione).

Si crea così – automaticamente ed in modo costantemente controllato nel tempo – una differenziazione negli archivi di giurisprudenza tra quei principi di diritto formulati in massime che esprimono un indirizzo, allo stato, conforme e quindi maggiormente affidabile e tutti gli altri principi di diritto che non hanno ancora raggiunto questo standard di ripetuta conformità.

Abstract

Il saggio illustra il progetto denominato CERTANET nel sistema ItalgiureWeb della Corte di cassazione. Si tratta di una rilevazione automatica dei segmenti di conformità nella giurisprudenza civile e penale di legittimità e di marcatura virtuale

delle massime conformi con la dizione CERTANET. La massima etichettata con CERTANET negli archivi CIVILE e PENALE del sistema ItalgiureWeb esprime un principio di diritto che è stato affermato in termini conformi più volte (un certo numero di volte secondo un parametro prefissato) in epoca recente (nell'intervallo di tempo posto da un secondo parametro parimenti predeterminato) e che non risulta essere stato più contraddetto da massime successive in termini di difformità. Si crea così – automaticamente ed in modo costantemente controllato nel tempo – una differenziazione negli archivi di giurisprudenza tra quei principi di diritto formulati in massime che esprimono un indirizzo, allo stato, conforme e quindi maggiormente affidabile e tutti gli altri principi di diritto che non hanno ancora raggiunto questo standard di ripetuta conformità.

Giampiero Balena

Termine di efficacia del pignoramento ed espropriazione presso terzi

SOMMARIO: 1. Posizione del problema – 2. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza – 3. La peculiare struttura del pignoramento presso terzi, prima e dopo le riforme degli ultimi anni – 4. Il pignoramento notificato «d'ufficio» in seguito all'individuazione di crediti o beni mobili con modalità telematiche – 5. Conclusioni

1. Posizione del problema

La considerevoli modifiche apportate dalle più recenti riforme agli artt. 543 e ss., c.p.c., unite alla dimidiazione del termine di efficacia del pignoramento di cui all'art. 497, c.p.c.[1] (fino a ieri di novanta giorni), sollecitano una maggiore attenzione su un problema che fino ad oggi, nonostante il suo considerevole rilievo pratico, è stato alquanto trascurato, ossia sull'applicabilità di tale termine all'espropriazione presso terzi.

Si tratta di verificare, cioè, se anche per il pignoramento di crediti o di cose mobili del debitore in possesso di terzi debba valere l'onere, a carico del creditore procedente o dei creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo, di proporre istanza di vendita o di assegnazione entro i quarantacinque giorni successivi al pignoramento; nonché di individuare, qualora si risponda affermativamente a questo interrogativo, il *dies a quo* di tale termine.

Il problema deriva per un verso dalla peculiare struttura di questo procedimento espropriativo – che prevede in ogni caso, tra l'altro (e salvo quanto dirò più avanti), la fissazione di un'udienza – e, per altro verso, dalla circostanza che la disposizione generale contenuta nell'art. 501 discorre genericamente di «istanza di assegnazione o di vendita dei *beni* pignorati»[2], mentre gli artt. 552 e 553, che si riferiscono specificamente al

[1] A mio avviso del tutto inopportuna, poiché non di rado tale termine veniva utilmente impiegato dal creditore procedente e dal debitore per trovare un accordo.

[2] Si noti che per la espropriazione immobiliare e per quella mobiliare presso il debitore

pignoramento presso terzi, parrebbero implicitamente presupporre, rispettivamente, che l'istanza di assegnazione o di vendita delle cose mobili sia formulata direttamente in udienza e che non sia neppure necessaria un'esplicita istanza di assegnazione del credito pignorato, al di fuori dell'ipotesi in cui le somme dovute dal terzo siano esigibili in un termine maggiore di novanta giorni (nel qual caso, anzi, se sono intervenuti altri creditori, occorre l'istanza *concorde* di tutti per evitare che debba procedersi alla vendita del credito).

Ciò premesso, va subito aggiunto, peraltro, che la nuova formulazione dell'art. 543, 5° comma, c.p.c., inserito dal d.l. n. 132/2014, fa espresso riferimento alla proposizione di un'istanza di assegnazione o di vendita delle cose mobili ovvero di assegnazione dei crediti pignorati, seppure con riguardo alla peculiare ipotesi in cui il pignoramento sia stato eseguito dall'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 492-*bis*, ossia in seguito alla ricerca e all'individuazione dei beni e dei crediti con modalità telematiche. Sicché si tratta di appurare, tra l'altro, se da questa nuova disposizione possano trarsi o no deduzioni di carattere generale, valide anche per le ipotesi 'ordinarie' di pignoramento presso terzi.

2. Lo stato della dottrina e della giurisprudenza

Come ho avuto modo di anticipare, la dottrina non ha prestato troppa attenzione al problema, prospettando comunque soluzioni tutt'altro che univoche.

In particolare, mentre per alcuni autori non vi sarebbe ragione per escludere che l'art. 497 debba trovare applicazione anche rispetto al pignoramento presso terzi[3], altri pervengono alla conclusione opposta, per lo più ritenendo – sulla scia di un'opinione risalente a Satta[4] – che nell'espropriazione in esame l'istanza di assegnazione o di vendita debba considerarsi implicitamente formulata nello stesso atto di pignoramento, contemplato dall'art. 543[5].

l'art. 501 trova conferma negli artt. 529 e 567, rubricati, rispettivamente, *Istanza di assegnazione o di vendita* e *Istanza di vendita*.

[3] Cfr. soprattutto V. Andrioli, *Commento al c.p.c.*, III, Jovene, Napoli 1957[3], pp. 210 s.; G. Verde, *Il pignoramento. Studi sulla natura e sugli effetti*, Jovene, Napoli 1964, pp. 15 ss.; S. Salvati, *La cessazione dell'efficacia del pignoramento presso terzi*, in «Riv. dir. proc.», 1969, pp. 229 ss.; M. Dini, *L'espropriazione presso terzi*, Giuffrè, Milano 1983[2], pp. 267 ss. E v. anche A. Majorano, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e C.L. Perago, Giappichelli, Torino 2009, p. 239.

[4] *L'esecuzione forzata*, Giappichelli, Torino 1952[2], pp. 179 s.

[5] Cfr. P. Castoro, *Il processo di esecuzione nel suo aspetto pratico*, a cura di N.R. Castoro

Mette conto di sottolineare fin da ora, peraltro, che la stessa dottrina favorevole all'applicazione dell'art. 497 ha avvertito, per lo più, l'esigenza di adattare tale disposizione alle peculiarità dell'espropriazione presso terzi, escludendo che il termine acceleratorio in essa previsto possa prendere a decorrere dalla notifica dell'atto di pignoramento, ossia in un momento in cui non vi è ancora alcuna certezza in ordine all' 'oggetto' del pignoramento stesso[6]; il che, in relazione alla disciplina originaria degli artt. 543 ss., generava non lievi dubbi e difficoltà non tanto in presenza di una dichiarazione del terzo (pienamente) positiva – nel qual caso ben poteva sostenersi che l'istanza di assegnazione o di vendita dovesse proporsi entro i novanta giorni successivi all'udienza in cui la dichiarazione era stata resa[7] – quanto per l'ipotesi in cui il *debitor debitoris* avesse reso una dichiarazione parzialmente o totalmente negativa[8].

Quanto alla giurisprudenza, invece, l'unica decisione edita risale a qualche anno fa e peraltro non affronta *ex professo* la questione, dando semplicemente per scontato che l'art. 497 si applichi anche all'espropriazione presso terzi[9]. Il che può far pensare che la prassi avesse in realtà eluso, in passato, il problema, escludendo in ogni caso la necessità di un'autonoma istanza di assegnazione o di vendita del credito o del bene

e A.P. Castoro, Giuffrè, Milano 2009[11], pp. 219 s.; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, CEDAM, Padova 2008, p. 248; T. Salvioni, in *Commentario del c.p.c.*, diretto da Comoglio, Consolo, Sassani e Vaccarella, VI, UTET, Torino 2013, pp. 410 s.

[6] Fa eccezione Salvati, *La cessazione dell'efficacia del pignoramento presso terzi*, cit., per cui il termine decorre sempre e comunque dalla notifica del pignoramento. Cfr. anche G. Arieta e F. De Santis, in L. Montesano e G. Arieta, *Trattato di diritto processuale civile*, III, 2, CEDAM, Padova, p. 987; e F. Bucolo, *Il processo esecutivo ordinario*, CEDAM, Padova 1994, p. 301.

[7] Così, infatti, Andrioli, *Commento al c.p.c.*, *op. loc. cit.*

[8] In tale ipotesi, secondo l'interpretazione proposta da Verde, *Il pignoramento. Studi sulla natura e sugli effetti*, cit., spec. p. 26, il creditore avrebbe potuto «iniziare il giudizio nell'udienza stessa o, al massimo, nei novanta giorni dall'atto previsto dall'art. 543», pena l'estinzione del processo; mentre poi, intervenuta la sentenza favorevole (di accertamento del credito o del possesso della cosa mobile da parte del terzo), il creditore stesso avrebbe dovuto «proseguire il processo nel termine perentorio fissatogli dal giudice […] con la presentazione dell'stanza di vendita o di assegnazione».
È pressoché superfluo sottolineare che tale ricostruzione, pur ingegnosa, era a dir poco forzata, poiché, al dichiarato fine di supplire ad una grave lacuna normativa, finiva per riferire il termine dell'art. 497 ad un'attività processuale (la proposizione dell'istanza di accertamento «del diritto del debitore nei confronti del terzo», stando all'originaria formulazione dell'art. 549) che in realtà nulla aveva a che vedere con l'istanza di assegnazione o di vendita.

[9] Si tratta di Trib. Nocera Inferiore 19 marzo 2008, in «Foro it.», Rep. 2009, voce *Riscossione delle imposte*, n. 219, per esteso in «Giur. merito», 2008, p. 3125, secondo cui il termine di efficacia del pignoramento contemplato dall'art. 497 si applicherebbe anche all'espropriazione presso terzi per crediti erariali, a norma dell'art. 72-*bis* del d.p.r. n. 602/1973.

mobile pignorato, pur quando l'udienza (fino a ieri) destinata alla dichiarazione del terzo aveva luogo – molto frequentemente – oltre novanta giorni dopo la notifica dell'atto di pignoramento.

3. La peculiare struttura del pignoramento presso terzi, prima e dopo le riforme degli ultimi anni

Per affrontare consapevolmente il problema, è opportuno rammentare, in via preliminare, che il pignoramento presso terzi, stando alla tesi più accreditata e diffusa, rappresenta una fattispecie a formazione progressiva, nella quale la notificazione dell'atto contemplato dall'art. 543 produce effetti meramente prodromici (tra cui, in particolare, il sorgere degli obblighi di custodia a carico del terzo, ai sensi dell'art. 546, c.p.c.); fattispecie destinata a perfezionarsi e completarsi solamente quando, vuoi attraverso la dichiarazione del terzo (oppure, oggi, in conseguenza della sua inerzia), vuoi attraverso un provvedimento del giudice (ora attribuito in ogni caso alla competenza del giudice dell'esecuzione), possa considerarsi accertata, quanto meno ai fini dell'espropriazione, l'esistenza del bene mobile o del credito oggetto del pignoramento[10].

Prendendo in considerazione, dunque, la disciplina originaria del procedimento, in cui la dichiarazione del terzo non poteva intervenire prima e comunque al di fuori dell'udienza, è difficile pensare che il creditore procedente potesse essere tenuto alla presentazione di un'apposita ed autonoma istanza di assegnazione (del credito) o di vendita (della cosa mobile) prima dell'udienza, quando ancora non poteva sapere se il pignoramento era positivo e dunque non poteva conoscere 'l'oggetto' del pignoramento stesso[11].

Non va trascurato, inoltre, che:

a) l'originario ultimo comma dell'art. 543 faceva onere al creditore pignorante del solo deposito in cancelleria del titolo esecutivo e del precetto al momento della costituzione, consentita peraltro (in virtù del richiamo dell'art. 314) fino al giorno dell'udienza di comparizione

[10] V. soprattutto V. Colesanti, *Il terzo debitore nel pignoramento di crediti*, Giuffrè, Milano 1967, II, *passim*, e *Pignoramento presso terzi*, in «Enc. dir.», XXXIII, Giuffrè, Milano 1983, spec. p. 843. La tesi è ampiamente recepita (seppure con non trascurabili differenze quanto all'operare dell'art. 2917 c.c.) dalla giurisprudenza: v. per tutte, limitatamente alle decisioni più recenti, Cass. 13 febbraio 2015, n. 2857, 16 maggio 2014, n. 10826, e 18 agosto 2011, n. 17349.

[11] Ed infatti, come ho sottolineato nel par. precedente, si tratta di una soluzione per lo più esclusa anche dalla dottrina favorevole all'applicazione dell'art. 497.

del debitore e del terzo indicata nell'atto di pignoramento;

b) il 3° comma del medesimo art. 543 prevedeva (e prevede tuttora, essendo rimasto immutato) che nella scelta dell'udienza di comparizione dovesse rispettarsi il termine dilatorio (di dieci giorni) indicato nell'art. 501, ossia lo stesso termine minimo che deve intercorrere, nell'espropriazione mobiliare e immobiliare, tra il pignoramento e la presentazione dell'istanza di vendita o di assegnazione.

Tali elementi inducono a ritenere che il legislatore avesse inteso effettivamente escludere, nel procedimento in esame, la necessità di un'apposita istanza di assegnazione o di vendita del credito o del bene mobile pignorato da formulare entro il termine di cui all'art. 497. Il che, quand'anche non voglia ammettersi che nell'espropriazione di crediti l'istanza di assegnazione è già implicita nella richiesta del pignoramento, sicché avrebbe poco senso esigere un atto *ad hoc*, trovava giustificazione nell'indefettibile fissazione dell'udienza (che peraltro ben avrebbe potuto tenersi in una data successiva allo spirare del termine *ex* art. 497) e dunque nella possibilità che l'istanza di assegnazione o di vendita fosse avanzata in quella sede, senza particolari formalità, alla luce della dichiarazione (positiva) del terzo o, tutt'al più, dopo la riassunzione del processo esecutivo conseguente alla definizione del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo (in base al testo originario dell'art. 549).

Ciò premesso, la disciplina risultante dalle riforme 'a raffica' degli ultimi dieci anni[12] prevede, tra l'altro, per quel che qui interessa:

a) che l'atto di pignoramento deve contenere la citazione a comparire (con l'indicazione della relativa udienza) del solo debitore, poiché il terzo dovrebbe rendere la propria dichiarazione 'prima e al di fuori dell'udienza', mediante raccomandata o posta elettronica certificata trasmessa direttamente al creditore procedente entro i dieci giorni successivi alla notifica del pignoramento;

b) che il creditore procedente, pena l'inefficacia del pignoramento, deve chiedere l'iscrizione a ruolo del procedimento, depositando (in via telematica) nella cancelleria del tribunale competente per l'esecuzione la relativa nota, insieme a copie conformi dell'atto di

[12] V. in particolare l'art. 2, co. 3°, lettera *e)*, n. 18), del d.l. n. 35/2005, inserito dalla l. di conv. n. 80/2005, che ha modificato l'art. 546; gli artt. 11 e 12 della l. n. 52/2006, che hanno modificato, rispettivamente, gli artt. 543 e 547; l'art. 1, co. 20°, della l. 24 dicembre 2012, n. 228, che ha modificato gli artt. 543, 547, 548 e 549; gli artt. 18, co. 1°, lettera *b)*, e 19, co. 1°, lettere *e)*, *f)* e *g)*, del d.l. n. 132/2014, conv. dalla l. n. 162/2014, che hanno modificato gli artt. 543, 547 e 548; e infine (ma non è detto che sia finita) l'art. 13, co. 1°, lettere *l)*, *m)*, *m-bis)* e *m-ter)*, del d.l. n. 83/2015, conv. dalla l. n. 132/2015, che ha modificato gli artt. 545, 546, 548 e 549.

citazione, del titolo esecutivo e del precetto, entro trenta giorni dalla data in cui l'ufficiale giudiziario gli ha consegnato tali atti.

Si potrebbe allora pensare, tenendo ferma la ricostruzione del pignoramento in esame come fattispecie a formazione progressiva, che, quanto meno nell'ipotesi in cui il terzo renda effettivamente una dichiarazione 'positiva' prima dell'udienza, dal giorno in cui tale dichiarazione perviene al creditore procedente prenda a decorrere il termine per la proposizione dell'istanza di assegnazione (del credito) o di vendita (del bene) ai sensi dell'art. 497[13].

A mio avviso, però, una siffatta soluzione interpretativa appare poco plausibile, soprattutto in relazione all'espropriazione di crediti.

A ben riflettere, invero, non avrebbe senso alcuno pretendere la proposizione di un'autonoma e formale istanza di assegnazione o di vendita (menzionata, come ho già rilevato, esclusivamente nel 5° comma dell'art. 543, con specifico riguardo al pignoramento eseguito dall'ufficiale giudiziario a norma dell'art. 492-*bis*) in un momento in cui la dichiarazione del terzo potrebbe essere ancora oggetto di contestazioni, da parte dello stesso creditore procedente oppure di un altro creditore intervenuto. Senza dire, poi, che prima dell'udienza nulla possono sapere della dichiarazione del terzo i creditori eventualmente intervenuti, i quali, se muniti di titolo esecutivo, sono anch'essi legittimati all'istanza di assegnazione o di vendita.

Non va trascurato, inoltre, che anche l'art. 14, 1° comma, del d.p.r. n. 115/2002 (*Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia*) prende in considerazione, ai fini del pagamento del contributo unificato, la parte che, nei processi di espropriazione forzata, «fa istanza per l'assegnazione o la vendita *dei beni* pignorati». Alla luce di tale disposizione, rimasta immutata nonostante le innovazioni apportate dal d.l. n. 132/2014 alla fase introduttiva dell'espropriazione, la prassi dei tribunali si è orientata – per quel che mi risulta – nel senso di ritenere che il pagamento del contributo unificato, nell'espropriazione immobiliare e in quella mobiliare presso il debitore, sia dovuto ancor oggi non già quando il creditore procedente (o un diverso soggetto: v. il novellato art. 159-*ter*, disp. att. c.p.c.) deposita la nota di iscrizione a ruolo e gli altri documenti

[13] Sul sito web dell'Ordine degli Avvocati di Pescara [all'indirizzo <http://www.ordineavvocatipescara.it/wp-content/uploads/2015/04/nota-GE1.pdf> (ultimo accesso 22.02.2016)] è pubblicato il seguente laconico avviso: «I Giudici dell'Esecuzione richiamano l'attenzione dei Sigg.ri Avvocati sulla previsione dell'art. 543 comma 5° c.p.c., come novellato dall'art. 18 c. 1 del d.l. n. 132/2014 conv. in l. n. 162/2014, che prevede il deposito dell'istanza di assegnazione dei crediti nelle procedure di pignoramento presso terzi».
Sull'art. 543, 5° comma, v. *infra* il § 4.

rispettivamente prescritti dagli artt. 518, 6° comma, 521-*bis*, 5° comma, e 557, 2° comma, c.p.c., bensì al momento del deposito dell'istanza di assegnazione o di vendita[14]; e che invece, per quel che concerne l'espropriazione presso terzi, il pagamento debba essere contestuale alla richiesta di iscrizione a ruolo, sull'implicito presupposto che in tale procedura non sia prescritta alcuna autonoma istanza di assegnazione o di vendita.

La ragione di tale esenzione è agevolmente individuabile – a mio avviso – in ciò che nell'espropriazione presso terzi, a differenza che nelle altre procedure espropriative, la costituzione in giudizio del creditore pignorante – fino a ieri espressamente menzionata nell'art. 543, che richiamava a tal proposito l'(ora abrogato) art. 314 – o comunque l'iscrizione a ruolo contemplata dall'attuale 4° comma dell'art. 543 conduce *ex se* alla fissazione di un'udienza; nel corso della quale, in presenza di una dichiarazione positiva del terzo non contestata, ciascuno dei creditori può sollecitare l'assegnazione o la vendita del credito o del bene pignorato, che peraltro parrebbe svincolata – di regola – da un'apposita richiesta[15]. L'immutato art. 553, infatti, esige un'esplicita istanza di assegnazione nel solo caso in cui le somme dovute dal terzo siano esigibili in un termine superiore a novanta giorni, precisando che in tale ipotesi occorre il consenso di tutti i creditori (e dunque, a quanto pare, anche di quelli non 'titolati') e lasciando intendere che, ove taluno dei creditori non sia d'accordo, debba procedersi senz'altro alla vendita del credito.

In altre parole, nell'espropriazione presso terzi non vi è il rischio che il procedimento entri in una fase di stallo, che potrebbe protrarre a tempo indefinito l'efficacia del pignoramento. Per meglio dire, l'unica situazione che potrebbe determinare un siffatto stallo, in assenza di un'esplicita disciplina, è quella in cui, essendo sorte contestazioni sulla dichiarazione del terzo oppure essendo impossibile, in mancanza di tale dichiarazione, «l'esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo», nessuno dei creditori 'titolati' proponga l'istanza indispensabile, ai sensi dell'art. 549, perché il giudice provveda (oggi con ordinanza) al relativo accertamento. Ma si tratta di una lacuna che non potrebbe colmarsi attraverso l'applicazione dell'art. 497, per l'evidente ragione che l'istanza in questione non ha nulla a che vedere con quella di assegnazione o di vendita[16].

[14] Cfr. in tal senso anche la circolare ministeriale del 3 marzo 2015, che peraltro non menziona in alcun modo l'espropriazione prezzo terzi.

[15] In questo senso Salvioni, *op. loc. cit.*

[16] In tale ipotesi, secondo Cass. 17 maggio 2013, n. 12113, «Il giudice dell'esecuzione, se ed in quanto constati l'inerzia del creditore procedente (che potrebbe, in concreto, escludere valutando il comportamento processuale del creditore, come ad esempio nel caso in cui

4. Il pignoramento notificato «d'ufficio» in seguito all'individuazione di crediti o beni mobili con modalità telematiche

Se ancor oggi, dunque, l'assegnazione o la vendita del credito o del bene pignorato sembrerebbero prescindere da una formale ed automa istanza e comunque dal rispetto del termine perentorio di cui all'art. 497, si tratta ora di verificare la portata del (nuovo) 5° comma dell'art. 543, già menzionato, il quale, in relazione all'ipotesi in cui il pignoramento sia stato notificato «d'ufficio» dall'ufficiale giudiziario ai sensi dell'art. 492-*bis*, espressamente prevede che il creditore pignorante e ciascuno dei creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo, «decorso il termine di cui all'art. 501, […] possono chiedere l'assegnazione o la vendita delle cose mobili o l'assegnazione dei crediti».

A mio sommesso avviso tale disposizione si spiega agevolmente con le peculiarità della fattispecie cui si riferisce e, lungi dall'infirmare le conclusioni poc'anzi prospettate, indirettamente conferma che nell'espropriazione presso terzi non è richiesta, di regola, alcuna formale istanza di assegnazione o di vendita e comunque non è applicabile il termine contemplato dall'art. 497.

Difatti, quando la ricerca con modalità telematiche ha portato all'individuazione di crediti del debitore ovvero (ipotesi a dir poco remota) di cose a lui appartenenti che siano nella disponibilità di terzi, l'atto che l'ufficiale giudiziario notifica al debitore e al terzo deve contenere, tra l'altro, l'ingiunzione al debitore di cui all'art. 492, 1° comma, c.p.c. e l'intimazione al terzo «di non disporre delle cose o delle somme dovute, nei limiti di cui all'art. 546», ma non anche la citazione del debitore e l'invito al terzo a rendere la dichiarazione prevista dall'art. 547. L'udienza «per l'audizione del creditore e del debitore», poi, è fissata dal giudice dell'esecuzione solamente in seguito alla presentazione di un'esplicita istanza di assegnazione o di vendita, alla quale il creditore pignorante e ciascuno dei creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo possono provvedere «decorso il termine di cui all'art. 501»; e l'invito e l'avvertimento al terzo previsti dall'art. 543 n. 4) sono contenuti per l'appunto nel decreto di fissazione di tale udienza, da notificarsi a cura del creditore procedente.

In questa ipotesi, pertanto, la formale istanza di assegnazione o di vendita si giustifica, come adempimento distinto ed autonomo, proprio per dare impulso al processo esecutivo, provocare la fissazione dell'udienza e consentire la conseguente citazione del debitore e del terzo. Mette conto di

questi chieda un rinvio per esaminare la dichiarazione, facendo eventuale riserva di instaurare il giudizio *ex* art. 548 cod. proc. civ.), deve dichiarare estinto il processo esecutivo. Per una soluzione non troppo diversa v. altresì, in dottrina, R. Vaccarella, *Espropriazione presso terzi*, in «Digesto civ.», VIII, UTET, Torino 1992, p. 117.

osservare, semmai, che il medesimo risultato si sarebbe potuto conseguire, più opportunamente, ricollegando la pronuncia del suddetto decreto di fissazione dell'udienza al mero deposito della nota di iscrizione a ruolo e degli altri documenti indicati nel primo periodo dell'art. 543, 5° comma, ad opera dello stesso creditore procedente (che in tal modo indubbiamente dimostra di voler dare impulso al procedimento espropriativo[17]); evitando, invece, l'incongruenza di un'istanza di assegnazione o di vendita da proporre 'al buio', quando ancora l'oggetto del pignoramento non è certo né definito[18]. *De iure condito*, peraltro, proprio perché si tratta di adempimenti distinti, deve ritenersi che l'obbligo del pagamento del contributo unificato si ricolleghi, in tal caso, non già all'iscrizione a ruolo della procedura esecutiva, bensì (ai sensi del già citato art. 14, 1° comma, del d.p.r. n. 115/2002), per l'appunto, alla proposizione dell'istanza di assegnazione o di vendita.

Resta da chiarire a quali termini sia assoggettata tale istanza di assegnazione o di vendita.

Lo stesso art. 543, 5° comma, infatti, richiama esplicitamente il solo termine dilatorio di cui all'art. 501, senza peraltro precisarne il *dies a quo*, e si limita a prevedere che, decorso questo termine, il creditore pignorante e ciascuno dei creditori intervenuti muniti di titolo esecutivo «*possono* chiedere l'assegnazione o la vendita delle cose mobili o l'assegnazione dei crediti»; sicché potrebbe finanche dubitarsi della sussistenza di un termine finale per la proposizione della relativa istanza.

Ciò nonostante, l'ovvia esigenza di impedire che gli effetti del pignoramento (e in particolare l'immobilizzazione del credito) si protraggano *sine die* induce a ritenere che nella specie debba trovare applicazione, seppure in via (estensiva o) analogica, proprio il termine perentorio contemplato dall'art. 497 per il pignoramento mobiliare o immobiliare; con la non trascurabile peculiarità, peraltro, che tale termine, al pari di quello di cui all'art. 501, parrebbe dover decorrere – per quel che si desume dall'art. 543, 5°

[17] *De iure condendo*, ben si potrebbe pensare, anche in relazione agli altri procedimenti espropriativi, di fondere i due adempimenti, ossia di prevedere che l'istanza di vendita o di assegnazione debba essere contestuale al deposito della nota di iscrizione a ruolo.

[18] La circostanza che i crediti o i beni mobili pignorati siano stati individuati in seguito alla ricerca per via telematica non offre, ovviamente, alcuna certezza in ordine alla loro effettiva esistenza; ché, ad es., se il pignoramento ha investito un conto corrente bancario del debitore, l'ufficiale giudiziario nulla può sapere circa l'ammontare dell'eventuale saldo attivo di tale conto.
È chiaro, inoltre, che l'istanza in questione non può surrogare quella di assegnazione che tutti i creditori (compreso quello procedente) sono (successivamente) tenuti a formulare concordemente, nell'ipotesi contemplata dall'art. 553, 2° comma, per evitare che il credito pignorato sia venduto.

comma – non già dal giorno del pignoramento[19], bensì da quello in cui l'ufficiale giudiziario consegna al creditore procedente il verbale delle operazioni eseguite ai sensi dell'art. 492-*bis*, il titolo esecutivo e il precetto.

5. Conclusioni

Quanto osservato nel par. precedente conferma, a mio avviso, che la formale ed autonoma istanza prescritta dall'art. 543, 5° comma, risponde ad esigenze specifiche del pignoramento eseguito a norma dell'art. 492-*bis*, quale atto d'impulso indispensabile per dar seguito al procedimento, provocando la fissazione dell'udienza e la dichiarazione del terzo.

Al di fuori di tale ipotesi, invece, il pignoramento presso terzi racchiude in sé tutti gli elementi necessari e sufficienti per conseguire la dichiarazione del *debitor debitoris* e pervenire all'udienza di comparizione[20]; nell'ambito della quale, indipendentemente dal termine di cui all'art. 497, potrà essere verbalmente formulata, a seconda dei casi, tanto l'istanza di assegnazione o di vendita, quanto l'istanza prevista dall'art. 549, cui è subordinato l'accertamento giudiziale del credito o del bene mobile del debitore in possesso del terzo.

Abstract

L'Autore ritiene che nell'espropriazione presso terzi, al di fuori dell'ipotesi in cui il pignoramento sia eseguito d'ufficio dall'ufficiale giudiziario in seguito alla ricerca di beni con modalità telematiche, non sia richiesta un'autonoma e formale istanza di assegnazione o di vendita, e che, conseguentemente, non sia neppure applicabile il termine perentorio previsto dall'art. 497 c.p.c.

[19] Di cui il creditore procedente nulla può sapere, a meno che non abbia partecipato personalmente (a norma degli artt. 155-*ter* e 165, disp. att. c.p.c.) alla ricerca dei beni con modalità telematiche.

[20] A condizione, beninteso, che il creditore procedente provveda tempestivamente al deposito della nota d'iscrizione a ruolo e degli altri documenti prescritti dal 4° comma dell'art. 543.

Alfredo Bucciante

L'evoluzione storica e la nascita delle tecniche legislative

«Maggiore è il numero delle leggi
maggiore è l'ingiustizia»

(Arcesilao, filosofo greco, III sec. a.C.)

SOMMARIO: 1. Dall'antichità ai giorni nostri – 2. Il momento attuale

1. Dall'antichità ai giorni nostri

Già dall'antichità sembravano suonare piccoli campanelli d'allarme in merito ai pericoli che si nascondono dietro ad un'iperproduzione legislativa, ma sembra che quegli avvertimenti non siano stati recepiti negli anni a venire.

In àmbito greco e latino, filosofi e pensatori, parallelamente al processo che ha portato alla nascita di quei princìpi che ancora oggi reggono il diritto, hanno proposto definizioni, osservazioni e classificazioni. Così facendo, nel loro analizzare il sistema, si sono trovati inevitabilmente anche a studiare, in senso molto lato, le regole che lo formano, le leggi, soprattutto da quando si è passati da un diritto trasmesso oralmente ad un diritto scritto[1]. Inutile aggiungere quale alto concetto avessero Greci e Romani del diritto e della giustizia in generale. Basta ricordare l'episodio della morte di Socrate, alcuni passi di Cicerone[2], o anche episodi meno noti, come la tragica fine di Caronda[3].

[1] Secondo la tradizione, il primo esempio di legge scritta fu il Codice di Hammurabi, presso i Babilonesi.

[2] «[…] Quando colui che comanda gli altri non è schiavo di nessuna cupidigia, quando egli stesso pratica tutte quelle virtù alle quali educa ed esorta i cittadini, non impone al popolo leggi cui egli stesso non obbedisca, ma propone ai suoi concittadini come legge le propria condotta di vita […]», CICERONE, *De re publica*, I, 34.

[3] Secondo la tradizione Caronda, legislatore di Catania, entrò per errore nell'Assemblea con

A Roma, il passaggio dalla tradizione orale a quella scritta avviene con l'istituzione del decemvirato (451-450 a.C.), che redasse le Leggi delle XII Tavole, la cui esposizione nel Foro rappresenta uno dei primi esempi di pubblicazione legislativa.

Con questo, ovviamente, non si vuole affermare che già all'epoca fossero nati degli studi, seppur embrionali, di tecnica legislativa, ma solamente che si sviluppò un approccio maggiormente critico al sistema, approccio a volte incentrato su un singolo atto, magari colpevole di aver violato il delicato equilibrio tra diritto di natura e diritto positivo – alla cui base dovrebbe esservi sempre il diritto naturale[4] –, a volte sul diritto in generale, essendo nate in queste fasi storiche definizioni ancora oggi valide[5], celebri massime[6] o anche solo semplici comparazioni con i diversi e più o meno completi ordinamenti che incontravano presso i popoli conquistati.

Non mancava inoltre una certa sensibilità nei confronti del tema dell'inquinamento legislativo. Leggendo un passo sulla proliferazione delle leggi, si trovano anche spunti di una certa attualità[7]:

> «[…] Neppure la guerra italica né poi quella civile impedirono che fossero approvate molte e discordanti leggi, finché il dittatore Silla, dopo averne abolite, mutate e aggiunte in gran numero, impose un periodo di tregua alle novità; ma ben presto alle torbide proposte di Lepido e non molto tempo dopo ai tribuni della plebe di nuovo fu data licenza di agitare il popolo a loro capriccio. E allora le disposizioni di legge non riguardarono più i cittadini in generale, ma furono dirette a colpire i singoli, e quanto più corrotto era lo Stato, tanto più numerose erano le leggi […]».

Negli anni a venire questi temi si sono poi intrecciati soprattutto con

un pugnale, che egli stesso aveva proibito di indossare in quella sede. Quando gli venne fatto notare da uno dei presenti, per rispettare la propria legge si uccise con la sua stessa arma.

[4] Secondo un'interessante teoria di Carlo Del Grande (pubblicata in *Filologia minore: studi di poesia e storia nella Grecia antica, da Omero a Bisanzio*, Ricciardi, Milano 1956 1967, p. 34) il concetto di *ius* nascerebbe in contrapposizione a quello di *vis* (o *uis*, 'forza'), per inversione delle prime due lettere: mentre prima, nella personificazione dell'eroe, *vis* e *ius* coincidevano, trovandosi nella forza uno *ius* naturale, lo *ius* nacque per opposizione alla *uis*, per metterla a freno, a seguito del consolidarsi delle cerchie politiche e dell'unità sociale.

[5] Tra tutte, quella di Ulpiano contenuta nelle *Istituzioni* di Giustiniano, secondo la quale «iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» («la giustizia è la volontà costante e perpetua di riconoscere a ciascuno il suo diritto»).

[6] Un moderna visione di Cicerone sull'interpretazione è quella secondo la quale «magistratum legem esse loquentum, legem autem mutum magistratum» («il magistrato è legge parlante, la legge un magistrato muto», Cicerone, *De legibus*, III, 1).

[7] Da Tacito, *Annali*, III, 26-27.

le problematiche legate all'interpretazione, e solo nel periodo dell'Illuminismo giuridico si sono affermati i primissimi studi volti ad analizzare in maniera costruttiva quelle che prima erano state poco più che constatazioni. Il Medioevo, in Europa, era sì stato il secolo delle grandi codificazioni, ma questo seppur nobile intento ricompilatorio era dettato perlopiù da esigenze di immediata evidenza pratica: il voler dare una regolamentazione nuova, piuttosto che voler ordinare quella esistente, visto il ruolo ridottissimo della legislazione nel periodo immediatamente precedente.

Lo si fece andando a recuperare il miglior esempio in tal senso, cioè il *Corpus Iuris* giustinianeo, che servì da riferimento in un periodo di grande confusione, dove la legislazione proveniva 'dal basso' e il *princeps* era più un interprete che un creatore dell'ordinamento[8].

Non c'è da stupirsi, dunque, se mancassero anche embrionali approcci teorici e problematici al tema delle fonti e all'analisi dell'ordinamento, dal momento che la confusione era in primo luogo su quale fosse il diritto da applicare.

Anche in seguito, l'attenzione degli studiosi era rimasta incentrata criticamente sul ruolo dei giudici nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto, piuttosto che sui processi di formazione della legge stessa.

L'ideale illuministico era quello di non scostarsi minimamente dall'interpretazione letterale:

> «[…] interpretare significa far dire al legislatore più di quello che ha detto, e quel più è la misura della facoltà legislatrice che si arroga il giudice […]»[9].

Nella legge si individuava uno strumento di lotta contro lo strapotere e la corruzione della classe giudiziaria dell'epoca, e a tal fine era necessario coltivare le virtù della semplicità, della generalità, della stabilità e della parsimonia[10].

Come esempio, si può ricordare la comparsa, nel XVIII secolo, di una serie di istituti nati con lo scopo di dirimere eventuali controversie sorte in un giudizio (riportando la questione in esame ad una apposita commissione legislativa), come il *Référé Législatif* in Francia e la *Gesetzgebungskommission* in Germania, organi provenienti dal potere legislativo, perché solo quest'ultimo

[8] Al riguardo E. Cortese, *Un personaggio in cerca di autore. La compilazione giustinianea nel Medioevo*, in <www.dirittoestoria.it>, n. 3, Memorie maggio 2004 <http://www.dirittoestoria.it/3/Memorie/Organizzare-ordinamento/Cortese-Compilazione-giustinianea-medioevo.htm> (ultimo accesso 23.02.2016).
[9] P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, 1765.
[10] M. Ainis, *La legge oscura*, Laterza, Roma-Bari 2002, pp. 32 ss.

era in qualche modo legittimato a compiere un'attività del genere: altri tipi di interpretazione sarebbero state viste come ingerenze intollerabili. Riprendendo un noto motto dell'epoca: «interpretare la legge equivale a corromperla»[11].

Successivamente, la grande fiducia riposta nella legge, e nella sua autorità, fece perdere di vista i già scarsi interessi legati a quale fosse la qualità di una legislazione sempre crescente, sia nella mole sia nei campi di applicazione.

Non c'erano dunque veri e propri studi di tecnica della legislazione, nonostante esigenze in tal senso erano avvertite, come dimostrano diverse critiche che anche all'epoca venivano mosse all'impianto legislativo. Ma l'attenzione era semmai volta a studiare il sistema nel suo complesso, l'ordinamento, e non ancora la legge in quanto atto normativo.

Stava iniziando il positivismo giuridico: un qualsiasi sistema era considerato coerente e completo per definizione, la legge dunque esprimeva verità in quanto proveniente da una autorità.

Da qui la conseguenza fu innanzitutto che il già scarso interesse per la legislazione continuò a perdersi: infatti in questo – ma anche, in forme diverse, nelle precedenti fasi storiche – è importante sottolineare che ci si trovava di fronte a studi rivolti più all'aspetto politico dell'elaborazione di buone leggi, che al redigere bene le leggi; si studiava l'ordinamento soprattutto dal punto di vista dei suoi rapporti con la sociologia e con il diritto, non da quello strettamente tecnico-giuridico. Ma, paradossalmente, da uno dei dogmi dell'epoca, quello della completezza dell'ordinamento, si ebbe come conseguenza la rinascita dell'attività interpretativa ad opera dei giuristi, e necessariamente l'interesse per una buona legislazione, perché proprio in quelle zone del diritto rimaste vuote era necessario sopperire con interpretazioni teleologiche e sistematiche.

Venendo a momenti più recenti, dopo le due guerre mondiali gli ideali di democrazia portarono sì una maggiore partecipazione sociale alla vita politica, tramite l'autonomia[12], ma ebbero come effetto collaterale quello di moltiplicare a dismisura i centri di produzione normativa, creando un'architettura che, se non opportunamente disciplinata, rischiava di vanificare gli sforzi di semplificazione e razionalizzazione dell'intero sistema.

È infatti proprio quello dell'inflazione legislativa uno dei problemi tipici di qualsiasi ordinamento, se non il problema principale, perché è immediatamente evidente come un qualsiasi sistema, giuridico o meno, sia tanto più semplice da studiare, analizzare, controllare e governare, quanto

[11] In J.-M.A.Voltaire, *Lois civiles et ecclésiastiques*, in Id., *Dizionario filosofico* (1764), Newton Compton, Roma 1991.

[12] Secondo Mortati, l'autonomia è il «potere di darsi una legge regolativa della propria azione».

minori sono gli atomi che lo formano. In un ordinamento giuridico, gli atomi sono ovviamente formati dagli atti normativi.

Quando un sistema si amplia, ecco che sono necessarie discipline volte a 'contenere' un'espansione dagli effetti potenzialmente disastrosi.

A tutto ciò va aggiunto, come concausa, il dato contingente dato dal passaggio da un modello di Stato liberale a un modello di Stato sociale, il cosiddetto Welfare State, che ha sicuramente accentuato questa tendenza, mirando a quella che suole definirsi «uguaglianza sostanziale»[13], perché per sua natura qualsiasi ordinamento che intervenga in maniera molto forte nella vita dei consociati, produce necessariamente più norme, esponendosi quindi a rischi di inflazione.

2. Il momento attuale

Prima di addentrarsi nell'analisi di quale sia lo stato attuale degli studi di tecnica legislativa, delle istituzioni che se ne occupano e le prospettive future, occorre brevemente e preliminarmente chiarire la terminologia di base che caratterizza la materia. All'interno del grande contenitore chiamato «tecniche legislative», si individuano inizialmente due sottocategorie, che attengono alla valutazione dell'impatto delle disposizioni legislative in relazione alle finalità che si propongono: l'«analisi di fattibilità» e l'«analisi di implementazione», che si distinguono per il loro essere, rispettivamente, la prima una valutazione dell'idoneità delle disposizioni nel perseguire le finalità per le quali sono state approvate, antecedentemente all'approvazione, la seconda in relazione al raggiungimento degli obiettivi previsti, dopo un periodo variabile di vigenza dell'atto.

Per quanto, invece, riguarda l'analisi della legge strettamente intesa, ossia nei suoi dati tecnico formali, più specificamente si parla di «drafting legislativo» (o di «legistica», o ancora, semplicemente, di «tecnica legislativa», con l'espressione usata al singolare), a sua volta classificabile ulteriormente in «drafting formale» e «drafting sostanziale»: la prima categoria riguarda le regole per una chiara redazione sotto il profilo strutturale e terminologico; la seconda la collocazione dell'atto all'interno del sistema delle fonti, i temi della sussidiarietà, della proporzionalità e della scelta

[13] Il concetto di uguaglianza sostanziale integra quello di «uguaglianza formale», espresso nel nostro ordinamento dal primo comma dell'art. 3 della Costituzione. Quest'ultima consiste nell'uguaglianza della legge per tutti e nel trattamento identico per tutti i cittadini, la prima nel trattamento differenziato di situazioni differenziate, al fine di renderle uguali, anche venendo meno al principio di uguaglianza formale.

dello strumento giuridico, come anche l'ampiezza, la durata e l'intensità dell'azione normativa[14].

Infine, nella categoria «tecniche legislative», rientra anche l'analisi delle procedure, dal primo impulso alla fase immediatamente precedente all'attuazione, nonché la «valutazione» degli effetti degli atti approvati.

Tornando alla cronologia più recente, e all'analisi del momento attuale, convenzionalmente si individua come momento di inizio delle tecniche legislative, in Italia, il «Rapporto Giannini sullo stato della pubblica amministrazione», presentato al Parlamento il 16 novembre del 1978. Da qui nacque la Commissione Barettoni Arleri, che fu sì, a sua volta, punto di partenza per nuovi programmi di lavoro e proposte relative alla progettazione legislativa, ma incontrava dei limiti per la pretesa di voler coniugare aspetti troppo divergenti, per una scarsa attenzione ai problemi emersi nell'esperienza degli altri Paesi, per non aver sviluppato compiutamente ed organicamente il tema della progettazione legislativa, e, in generale, per una visione d'insieme troppo ottimistica sull'efficienza di alcune soluzioni[15].

Nella Comunità Europea, invece, la sensibilità per lo studio delle tecniche legislative si è manifestata sicuramente prima. Diverse e maggiori erano infatti le esigenze di base che hanno spinto ad occuparsi di questi temi, dato che l'ordinamento comunitario è per conformazione ibrido. È del 1963 il primo Formulario degli atti del Consiglio[16], seguito da una seconda edizione nel 1983 – le cui novità fondamentalmente si riconducono alla tipizzazione di una nuova serie di atti, il cui uso si era affermato negli anni precedenti –, da una terza, del 1990[17], e infine da una quarta, nel 1999, contenente le regole redazionali dei nuovi tipi di atti nati successivamente all'approvazione dei Trattati di Maastricht e di Amsterdam.

In realtà è solo dagli anni '90 che nelle istituzioni europee si avvia una seria riflessione sul drafting, anche se i primi formulari erano di anni precedenti. Questi temi vennero affrontati a livello di Consiglio europeo[18];

[14] Per questa classificazione si veda A. Vedaschi, *Istituzioni europee e tecnica legislativa*, Giuffrè, Milano 2001, p. 71.

[15] Per questa ed altre considerazioni in merito si rinvia a G.U. Rescigno, *Dal rapporto Giannini alla proposta di manuale unificato per la redazione di testi normativi, adottata dalla conferenza dei presidenti dei consigli regionali*, in «Foro it.», V, 1993, col. 34.

[16] Nei formulari si trattano esclusivamente temi di drafting formale, con precise indicazioni sulla formulazione degli atti, attraverso schemi standard.

[17] Questa edizione riprende sostanzialmente la precedente, salva l'introduzione di uno schema riassuntivo riguardante le operazioni giuridiche relative all'atto, cioè la considerazione, in prospettiva redazionale, delle vicende emendative relative all'atto, per facilitarne la conoscibilità.

[18] Il primo fu quello di Birmingham, nel 1992, seguito poco dopo da quello di Edimburgo,

l'Accordo interistituzionale del 22 dicembre 1998 sulla qualità redazionale del diritto comunitario; la Guida pratica comune per la redazione dei testi legislativi del marzo 2000; il Consiglio europeo di Stoccolma del 2001; infine dal 1995 vengono pubblicate delle Relazioni intitolate *Legiferare meglio*.

In Italia si ha inizialmente un prevalenza di studi che riguardano aspetti di qualità della scrittura delle leggi, ossia di drafting formale. Successivamente, a partire dagli anni '90, riprende vita certo un interesse anche per aspetti politico-istituzionali, riguardanti il sistema e non il singolo atto normativo, cioè il drafting sostanziale[19]. Un elemento di disomogeneità è dato dal fatto che i diversi aspetti della valutazione sono stati introdotti senza un disegno organico, e per questo motivo si trovano in fasi attuative differenti[20].

Oltre la già citata commissione Barettoni Arleri, nella metà degli anni '80 vengono promulgate una legge e un testo unico in materia di pubblicazione legislativa[21], ma soprattutto, nel 1986, Camera, Senato e Presidenza del Consiglio dei Ministri adottano un manuale sulla redazione dei testi normativi[22].

Le direttive approvate negli altri paesi europei hanno fondamentalmente le stesse caratteristiche, cioè si occupano dei medesimi temi, quali la struttura del documento normativo, il linguaggio del testo, le vicende modificative del testo. Possono essere anche presenti degli elementi accessori, normalmente disciplinati da atti ufficiali di rango superiore[23]. Ciò che varia è l'ampiezza[24],

sempre del 1992. Anche in questa sede non sono pochi i problemi relativi al garantire il rispetto dei princìpi, risolti perlopiù tramite interventi di controllo svolti dalla Commissione. È un àmbito, questo, in cui i temi di drafting formale si mischiano inevitabilmente con i temi di drafting sostanziale, per il già ricordato carattere ibrido dell'ordinamento. Riassumiamo, a livello di mera cronologia, i passaggi più importanti che hanno caratterizzato l'esperienza comunitaria dopo i due Consigli sopra ricordati: l'Accordo interistituzionale del 25 ottobre 1993 sull'applicazione del principio di sussidiarietà; l'Accordo interistituzionale del 20 dicembre 1994 sulla codificazione; Guida di tecnica legislativa della Commissione, del 1997; la Dichiarazione n. 39 del Trattato di Amsterdam, riguardante il «miglioramento della qualità redazionale».

[19] R. Pagano, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, Milano 2001.

[20] Così D. Nocilla, *Competenze legislative regionali e qualità della regolamentazione dopo la riforma del Titolo V della Costituzione*,in «Iter legis», 2-3, 2004.

[21] Rispettivamente la l. 11 dicembre 1984, n. 839 e il d.p.r. 28 dicembre 1985, n. 1092.

[22] Il testo del manuale si può leggere nella G.U. n. 129 del 29 maggio 1986.

[23] Per esempio, un tipico elemento di questo genere è la disciplina della pubblicazione degli atti, o i criteri e le procedure per il riordino della legislazione. Per un'analisi più approfondita si veda ancora Pagano, *op. ult. cit.*

[24] Si va dai 18 paragrafi delle direttive statali italiane (89 ne ha il manuale regionale) ai 578 di quelle tedesche.

anche se in realtà una maggiore o minore ampiezza può dipendere, oltre che dal grado di 'libertà' che si vuole attribuire al legislatore, anche dalla natura del soggetto redigente e del destinatario, e quindi dalla presenza o meno di una parte dedicata alla fase preparlamentare. O ancora l'ampiezza può dipendere dal carattere inizialmente sperimentale del manuale, da ampliare in successive edizioni. Così, anche il linguaggio varia a seconda della natura del testo e del contesto i cui opera: generalmente, anche se non hanno un livello di cogenza forte, sono comunque in forma imperativa, ma con delle peculiarità come la presenza di esempi, spesso inseriti in note, che mirano a chiarire il significato della raccomandazione[25].

Seppur non è forse possibile indicare con esattezza un momento o un soggetto che abbiano dato una sorta di inizio 'ufficiale', in Italia, agli studi di tecnica legislativa nella loro accezione moderna – anche perché, come detto, il tema esisteva già, pur essendo diversa la sensibilità negli approcci ad esso – è possibile però affermare che, successivamente, proprio uno di quei centri periferici di produzione normativa, le Regioni, diedero un impulso decisivo agli attuali studi[26].

Agli inizi degli anni '80 fu una Regione in particolare, la Toscana, ad assumere un ruolo guida nell'àmbito dell'esplorazione di nuovi confini riguardanti questi temi. A cavallo tra il 1983 e il 1984 organizzò un primo seminario, seguito nel 1984 dal manuale *Suggerimenti per la redazione dei testi normativi*, vero e proprio punto di riferimento anche per altre Regioni, che in alcuni casi lo copiarono integralmente, cosa che, in quest'àmbito, non è detto che sia necessariamente un male. Anzi, questo concetto fu ripreso, dopo pochi anni, precisamente nel 1989, in un altro seminario, svoltosi a Palermo[27] e promosso dall'Osservatorio Legislativo Interregionale (OLI)[28]. Il seminario aveva cinque temi di indagine: fonti regionali del diritto; tecniche redazionali; analisi di fattibilità; analisi di attuazione della

[25] Questi aspetti si vedranno meglio analizzando direttamente il manuale regionale italiano, ossia le *Regole e raccomandazioni per la redazione dei testi normativi*, nel paragrafo 2.1, a p. 43.

[26] Si veda R. Libertini, *Le Regioni e le tecniche legislative*, in «Le istituzioni del federalismo», 2, 2002.

[27] Atti pubblicati a cura dell'Assemblea regionale Siciliana, nella collana *Quaderni*, all'interno del servizio studi legislativi.

[28] Nato nel 1979, l'OLI è uno strumento di collegamento tra gli uffici legislativi dell'Assemblea, dei Consigli e delle Giunte regionali e provinciali. Le sue riunioni sono periodiche, con lo scopo di creare un luogo di scambio di esperienze provenienti dai vari soggetti istituzionali. Le tematiche affrontate spaziano dalla trattazione di argomenti riguardanti leggi di recente approvazione o approfondimento di temi complessi, ad altri temi riguardanti sentenze della Corte Costituzionale o comunque di altra giurisprudenza avente interesse regionale.

legge; sistemi informativi nelle assemblee legislative regionali[29].

Parallelamente, a livello statale, va ricordata la promulgazione della legge 11 dicembre 1984, n. 839, riguardante la pubblicazione degli atti normativi, seguita, l'anno successivo, da un testo unico in materia. Inoltre, nel 1986, viene redatto un manuale sulla redazione dei testi normativi, da parte di Camera, Senato e Presidenza del Consiglio dei Ministri[30]. Una delle idee elaborate nel corso dei lavori fu quella di adottare un manuale unificato regionale, dato che, come si è detto poco sopra, non tutte le Regioni avevano ripreso il manuale della Regione Toscana. Ciò al fine di arrivare ad una scrittura uniforme, che poi è lo «scopo per il quale i manuali sono stati elaborati»[31], dato che, se uno dei fini delle tecniche legislative è quello di far parlare chiaro il legislatore, e se uno dei modi per farlo parlar chiaro risiede nel rendere il linguaggio quanto più possibile omogeneo, con delle regole differenti si rinuncia in partenza a questa ambizione[32].

Il manuale unificato, dal titolo *Regole e suggerimenti per la redazione dei testi normativi*, fu effettivamente redatto, e venne approvato nel 1992 dalla Conferenza dei Presidenti dei Consigli regionali. Ai lavori parteciparono funzionari delle Regioni, della Camera, del Senato e della Presidenza del Consiglio dei Ministri, nonché da esperti provenienti dall'Istituto per la documentazione e gli Studi Legislativi (ISLE)[33], dall'Istituto di Studi sulle Regioni (ISR)[34] e dall'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG)[35].

---

[29] C. Paradiso, C. Campana, *L'uso delle tecniche legislative nell'esperienza delle Regioni*, in *Il ruolo delle assemblee elettive*, vol. II, a cura di Massimo Carli, Giappichelli, Torino 2001.
[30] Si veda ancora Rescigno, *ult. op. cit.*, p. 35.
[31] Libertini, *op. ult. op. cit.*, p. 325.
[32] Su questo tema e sull'opportunità che si arrivi ad un accordo interregionale oltre ad uno specifico rinvio da parte degli statuti al manuale di tecnica legislativa, si confronti anche I. Salza, *Principi sulla qualità normativa e regole di drafting nell'elaborazione dei nuovi statuti regionali*, in «Iter legis», 4-6, 2003.
[33] Gli scopi dell'ISLE, come si legge nel suo statuto, sono quelli di «collaborare alla impostazione tecnica e alla documentazione delle attività legislative del Parlamento e degli altri organi costituzionali dello Stato, e di diffondere, in Italia e all'estero, gli studi sulla legislazione e le istituzioni parlamentari anche in rapporto con le istituzioni comunitarie», questo anche attraverso la formazione di pubblici amministratori e funzionari (concorrendo con la Scuola di scienza e tecniche della legislazione), nonché tramite l'organizzazione di seminari e la pubblicazione di studi, indagini e inchieste su problemi legati all'attività legislativa.
[34] Nato nel 1971, è una struttura con competenze in materia di diritto pubblico, scienze economico-finanziarie e politiche. Ha seguito il processo di 'regionalizzazione' italiano, collaborando con università ed istituti europei. Svolge inoltre attività di consulenza a favore di istituzioni pubbliche.
[35] Nasce nel 2002 dalla fusione dell'Istituto per la Documentazione Giuridica e del

La stessa Conferenza dei Presidenti dei Consigli Regionali aveva inoltre previsto che il manuale adottato fosse adottato come vincolante per i funzionari dei Consigli e delle Giunte, e che inoltre si cercasse di farlo adottare anche dalla Camera, dal Senato e dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri[36].

Il risultato fu buono, perché il Manuale fu formalmente adottato da due terzi delle Regioni, e inoltre fu utilizzato praticamente da tutte[37].

Questo, però, non significò automaticamente rispetto delle regole sul drafting, dato che l'annoso problema, che si affronterà più dettagliatamente in seguito, è il livello di cogenza di queste raccomandazioni[38].

Successivamente, l'OLI organizzò altri seminari, quattro per la precisione: a Genova nel 1996; a Bologna nel 1997; a Bari nel 1998 e di nuovo a Bologna nel 1999. I temi trattati furono, rispettivamente: fattibilità, drafting e linguaggio normativo, testi unici, formazione in materia di tecniche legislative.

Poco dopo, sarà lo Stato a prendere un'altra iniziativa in materia: con una Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 2 maggio 2001, infatti, viene pubblicata la *Guida alla redazione dei testi normativi*[39], una sorta di manuale di drafting statale. In questo senso, era possibile ravvisare qualche antecedente nella legge di semplificazione 8 marzo 1999, n. 50, e nella *Guida alla sperimentazione dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR)* del 16 gennaio 2001[40], che dà séguito alla direttiva del Presidente del Consiglio dei Ministri 27 marzo 2000[41].

Rispetto al manuale regionale, però, c'è un livello di dettaglio leggermente inferiore: per esempio, quest'ultimo disciplina dettagliatamente l'uso corretto dei segni di interpunzione[42], o altrettanto minuziosamente la scrittura dei numeri[43], aspetti di drafting formale che nel manuale statale mancano del

Centro di Studio sul Diritto Romano e Sistemi Giuridici. La sua attività consiste nell'applicare tecnologie dell'informazione e della comunicazione nella documentazione del diritto e nel linguaggio giuridico.

[36] Si veda ancora Paradiso, *op. ult. op. cit.*

[37] R. Libertini, *La qualità normativa in rapporto alla procedura legislativa ed alle regole di tecnica legislativa da inserire nello statuto regionale e nel regolamento interno*, in *Il ruolo delle assemblee elettive*, vol. II, a cura di Massimo Carli, Giappichelli, Torino 2001.

[38] Libertini, *op. cit.*, p. 327.

[39] La guida è reperibile dalla pagina web <www.giustizia.it> (ultimo accesso 23.02.2016). La sua struttura consta di 5 parti: le prime due dedicate al drafting formale (*Regole formali - il linguaggio normativo*; *La struttura dell'atto normativo*), le successive tre al drafting sostanziale (*Rapporti tra atti normativi*; *Aspetti sostanziali di redazione e contenuto tipo dell'atto*; *Regole speciali per particolari atti*).

[40] Pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 7 marzo 2001, 55, supplemento ordinario n. 46.

[41] Pubblicata nella Gazzetta ufficiale del 23 maggio 2000, n. 118.

[42] Nel punto numero 27.

[43] Nel punto 25.

tutto. Dove invece sembra recuperare terreno il manuale statale, è nella parte dedicata al drafting sostanziale, seppur anche in questa parte il manuale regionale non è del tutto carente[44].

Altra tappa da segnalare fu, nel 2002, la stesura di un nuovo manuale di drafting regionale, basato sul precedente e sulle indicazioni emerse dai quattro seminari svoltisi negli anni '90.

Infine, nel 2003, legge 29 luglio 2003, n. 229[45].

Abstract

Il brano è un estratto dalla tesi di laurea *Tecniche legislative e legislazione regionale*, dove si ripercorre l'approccio storico al tema della cattiva legislazione, che fin dall'epoca dei greci e dei romani aveva destato l'attenzione di filosofi e studiosi, fino ad arrivare all'Illuminismo, che vede fiorire i primi studi più espressamente dedicati a questo fenomeno.

Arrivando a epoche più recenti, i problemi attuali che emergono soprattutto dopo le due guerre mondiali sono legati in gran parte all'iperproduzione legislativa, dati anche dal moltiplicarsi dei centri di produzione normativa. In Europa e in Italia rispettivamente negli anni '60 e '70 nascono commissioni che cercano un approccio istituzionale in particolar modo con l'elaborazione di manuali e linee guida soprattutto su impulso delle regioni, con però il problema della loro effettiva cogenza.

Una data chiave nella storia delle tecniche legislative è nel 1984, quando si arrivò per opera della Regione Toscana all'elaborazione del manuale *Suggerimenti per la redazione dei testi normativi*, diventato poi punto di riferimento a livello nazionale perché utilizzato da tutte le altre regioni.

[44] In particolare, è da segnalare, nel manuale statale, la presenza di 7 allegati contenenti le *Premesse*, cioè lo scheletro di altrettanti tipi di atti, come decreti legislativi, decreti-legge o regolamenti in genere.

[45] Si veda Nocilla, *op. ult. op. cit.*, pp. 119 ss.

Giovanni Canzio

Cassazione e legalità penale[1]

SOMMARIO: 1. Principio di legalità e diritto giurisprudenziale – 2. 'Nomofilachia' e 'precedente' – 3. La crisi d'identità della Corte di Cassazione – 4. Le prospettive di autoriforma e di riforma – 5. Considerazioni finali

1. Principio di legalità e diritto giurisprudenziale

La Magistratura – istituzione della ragione, sottratta alla logica del consenso popolare perché prevalgano solo le esigenze di giustizia e di tutela dei diritti della persona – è chiamata oggi a interrogarsi sulla moderna declinazione del principio costituzionale di esclusiva soggezione del giudice alla legge, cui è ancorato il fondamento dell'indipendenza e dell'autonomia.

Il modello disegnato sia nella *Raccomandazione CM Rec (2010) 12 sui giudici: indipendenza, efficacia e responsabilità* del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, sia nella *Magna Carta* del Consiglio Consultivo dei Giudici Europei – testi di *soft law*, entrambi, approvati il 17 novembre 2010 –, collega saldamente la legittimazione del giudice alla costruzione di una figura professionale connotata da stringenti requisiti di capacità e deontologia, solo per ciò autorevole.

Conoscenza e etica del limite: queste le caratteristiche del giudice europeo, nel raccordo tra potere, dovere e responsabilità, sì da scongiurare il rischio che la pregnante supplenza della magistratura, all'incrocio fra politica, economia e diritto, sposti il fondamento della legittimazione sul terreno della *governance* e delle pratiche del consenso popolare.

La giurisdizione acquista così autorevolezza e credibilità dinanzi all'opinione pubblica e alle altre Istituzioni, mentre l'indipendenza e l'autonomia non appaiono come una prerogativa o un privilegio dei magistrati, bensì come la garanzia dei cittadini, in uno Stato di diritto, per l'applicazione equa e imparziale del diritto e per l'uguaglianza di essi dinanzi alla legge.

[1] Parma 9-10 ottobre 2015.

E però, di fronte alla crisi del tradizionale sistema di comandi e sanzioni strutturati con metodo logico e razionale, come può il giudice conformare la sua attività, in via esclusiva, al primato della legge se è chiamato a risolvere il caso concreto nel fluire delle variabili di riferimento, nel contesto cioè di un «labirinto» (V. Manes) di fonti normative e giurisprudenziali, prodotte da Legislatori e Corti, nazionali e sovranazionali, talora ambigue, contraddittorie o addirittura oscure?

Sapere, esperienza, deontologia e responsabilità dei giudici si misurano non solo con la crescente complessità delle fattispecie ma anche con la mobilità degli spazi dell'interpretazione, che, a fronte della frammentazione e della polisemia del testo normativo, è condotta secondo modalità parzialmente creative del diritto. Di talché, il giudice concorre nella costruzione della regola del caso concreto, sperimentando il vincolo della interpretazione conforme al diritto comunitario e a quello convenzionale.

Perfino l'autonomia negoziale dei privati e la disciplina del contratto – il sacro recinto della legalità convenzionale nel diritto civile – scontano la presenza del giudice, in funzione di controllo dell'equità dell'assetto negoziale e di garanzia dei diritti fondamentali e dei doveri di solidarietà a tutela del contraente debole.

Come evitare, allora, che, per via della torsione del metodo ermeneutico o del potenziale sconfinamento istituzionale, la tensione fra la dimensione giurisprudenziale del 'diritto vivente' e il principio di legalità formale si risolva nell'affievolimento delle garanzie di conoscibilità del comando e di prevedibilità, stabilità e uniformità della decisione, perciò nel declino della certezza del diritto?

2. 'Nomofilachia' e 'precedente'

La crisi del primato della legge impone innanzitutto al Legislatore di esercitare l'*ars legiferandi* con sapienza, formulando norme chiare, precise, comprensibili, conoscibili, osservabili, precedute dall'analisi di sostenibilità qualitativa e quantitativa e di empirica verificabilità della fattispecie normata.

Sarebbe anche auspicabile, pur nella mutevolezza degli assetti economico-sociali da cui è contraddistinta la modernità, che il Legislatore evitasse d'intervenire sul tessuto normativo con modifiche troppo frequenti, spesso ispirate a logiche emergenziali e poco attente ai profili sistematici dell'ordinamento, rendendo così difficile il formarsi di orientamenti giurisprudenziali di lungo periodo e, quindi, più stabili e affidabili.

Cito solo due esempi di attualità: il reato d'immigrazione clandestina e l'istituto della prescrizione.

Per il primo, non vi è dubbio che la risposta sul terreno del procedimento penale si è rivelata inutile, inefficace e per alcuni profili dannosa, mentre la sostituzione del reato con un illecito e con sanzioni di tipo amministrativo, fino al più rigoroso provvedimento di espulsione, darebbe risultati concreti.

Quanto alla prescrizione, si è più volte ribadito che essa, irragionevolmente, continua a proiettare la sua efficacia pure nel corso del processo, dopo l'avvenuto esercizio dell'azione penale o addirittura dopo che è stata pronunciata la sentenza di condanna di primo grado, mentre sarebbe logico, almeno in questo caso, che il legislatore ne prevedesse la sterilizzazione degli effetti.

Per altro verso, l'insostituibile opera del giudice pretende rigore metodologico, rispetto dei canoni di gradualità, proporzionalità, adeguatezza nella conformazione del dato normativo alla concretezza dei casi: cioè, saggezza pratica e buon senso – la *wisdom* anglosassone – nell'esercizio dell'*ars interpretandi*.

Alla Corte di Cassazione, giudice di legittimità, spetta infine la definizione dei corretti criteri ermeneutici e il controllo di razionalità dell'opera di selezione della regola effettuata dal giudice di merito, al fine di evitare la deriva della giurisdizione verso l'instabilità del diritto 'liquido', in un giusto equilibrio tra la dimensione creativa e plurale del diritto giurisprudenziale e i principi di uniformità e prevedibilità della decisione.

A tal fine svolgono un ruolo determinante la rete della 'nomofilachia' e il dialogo fra le Corti Supreme, nazionali ed europee, per rendere coerente il circuito plurilivello della giurisprudenza e fissare comuni standard di tutela dei diritti fondamentali.

Il fenomeno della formazione del 'precedente' riveste, pertanto, un importante rilievo per il valore della certezza del diritto nei moderni sistemi giuridici, essendosi, fra l'altro, attenuata la tradizionale divaricazione della regola *stare decisis* negli ordinamenti di *common law* rispetto a quelli di *civil law*.

Il giudice di merito partecipa al circuito ermeneutico e prende contezza, nella struttura argomentativa della motivazione, dell'autorevole approdo interpretativo, faticosamente e pur provvisoriamente raggiunto.

La nomofilachia non è statica conservazione di orientamenti giurisprudenziali cristallizzati nel tempo, è capacità di adeguare l'interpretazione delle norme al continuo mutare delle esigenze e dei costumi, entro i confini consentiti e alla luce dei principi posti dalla Costituzione, in modo il più possibile ordinato e coerente, così da rendere chiari i criteri di fondo cui il diritto

vivente s'ispira, in un fecondo dialogo con lo stesso Legislatore. Essa «non è un valore assoluto ma metodologico» e, nell'inarrestabile evoluzione della giurisprudenza, confluisce dinamicamente nel «dovere funzionale di ragionevole mantenimento della soluzione ragionevolmente conseguita» (G. Borrè).

Il reciproco e virtuoso esercizio dell'*ars legiferandi* e dell'*ars interpretandi* trova così un solido punto di equilibrio nel ruolo e nella funzione nomofilattica della Corte di Cassazione (F. Palazzo), al cui magistero è affidato il compito di depotenziare il corto circuito fra la legalità formale della legge e la legalità effettuale della giurisprudenza.

3. La crisi d'identità della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione versa, tuttavia, in uno stato di profonda e visibile crisi di funzionamento e d'identità.

I dati statistici dell'anno 2015 segnano l'insuccesso di una strategia mirata alla deflazione delle pendenze e del pesante arretrato mediante il mero aumento della produttività, fino al limite dell'esaurimento delle energie dei magistrati e del personale.

Con speciale riguardo al settore penale, il progetto riformatore messo in campo dal Governo e dal Parlamento (mediante gli istituti dell'assenza, della messa alla prova, della particolare tenuità del fatto, e le misure alternative di deflazione del carcere e, più in generale, del sistema sanzionatorio, in una logica prevalente di prevenzione e di depenalizzazione) sta dando risultati incoraggianti negli uffici di merito.

Non, invece, per la Cassazione, per la quale, a fronte di una sopravvenienza di 53.539 ricorsi (-4,1%), le eliminazioni (51.702: -3,5%), nonostante l'incremento di produttività di ciascun consigliere (487 provvedimenti contro i 477 del 2014), s'avvicinano alla sopravvenienza ma non la superano, sicché, fermo l'indice di ricambio al 96,6%, aumenta la pendenza fino a 35.980 procedimenti (+5,4%).

Va considerato, peraltro, che:

- la durata media dei procedimenti (7 mesi e 9 giorni) è al di sotto della soglia europea;
- il numero delle prescrizioni è irrisorio (677 pari all'1,3% delle definizioni);
- il tasso d'inammissibilità dei ricorsi resta altissimo (64,2%) e di queste decisioni il 64,2% è pronunciato dalla Settima sezione;
- le decisioni di rigetto sono pari al 14,3% e quelle di annullamento, con o senza rinvio, solo il 19,3%.

Orbene, se – com'è noto – la forza del 'precedente' è inversamente proporzionale al numero dei precedenti formati in ordine all'analoga questione, va rimarcato, ancora una volta, che il divario quantitativo dei ricorsi trattati e decisi dalla Corte italiana rispetto alle Corti Supreme di ogni altro Paese europeo ha assunto (s)proporzioni strabilianti, vorrei dire mostruose, sì da rendere incomparabile la nostra esperienza giudiziaria con quella delle altre Corti.

Non ci si deve poi stupire se la qualità della giurisdizione penale di legittimità rischia di scadere, com'è reso palese dal moltiplicarsi dei contrasti interni e dalla scarsa incidenza, sul flusso dei ricorsi, dei pur significativi principi di diritto affermati dalla Corte.

La Cassazione non riesce a esercitare efficacemente la funzione nomofilattica, a costruire «isole di ordine» (M. Taruffo) o di uniformità, sufficientemente solide e idonee a dissipare il 'disordine entropico' del mondo reale dell'esperienza giuridica e ad assicurare alla complessità del sistema una pur limitata e provvisoria stabilità.

Orbene, se tutti gli sforzi compiuti negli ultimi anni, obiettivamente significativi e imponenti, non si sono tuttavia rivelati decisivi, che fare per contrastare il progressivo slittamento di una Corte Suprema 'del precedente' verso il più modesto ruolo di 'Corte di revisione o di terza istanza', non funzionale all'interesse generale della collettività nell'ottica del principio di uguaglianza?

4. Le prospettive di autoriforma e di riforma

Per fronteggiare l'emergenza e superare la crisi di identità della Cassazione, s'impone l'urgente e coraggioso avvio di un percorso di autoriforma, mediante l'adozione, anche sperimentale, di misure organizzative 'interne', radicali e inedite, le quali richiedono un condiviso approccio culturale degli stessi magistrati di legittimità, al fine di assicurare la coerenza, la qualità e l'autorevolezza della funzione nomofilattica.

Occorre mettere in campo una serie di interventi che, in una logica di semplificazione e accelerazione delle procedure, portino in breve tempo a risultati concreti.

Vanno valorizzate e implementate le misure riguardanti:

- i compiti di direzione organizzativa dei Presidenti di Sezione, motore propulsivo e di raccordo del lavoro sezionale;
- la funzione di 'filtro' e decisione dei ricorsi della Settima sezione penale e l'assetto dell''ufficio spoglio sezionale', snodo decisivo per l'esame preliminare dei ricorsi;

- il potenziamento dei tirocini formativi e la costituzione dell'‘l'ufficio per il processo di Cassazione’;
- la specializzazione per materia e la composizione di collegi stabili;
- l'adozione di forme semplificate e di schemi concisi di motivazione dei provvedimenti, sulla base di ‘protocolli logici’ fondati sui più autorevoli ‘precedenti’ di legittimità;
- il collegamento fra l'attività giurisdizionale delle Sezioni e l'Ufficio del Massimario, con particolare riguardo al progetto di realizzazione di un archivio ‘dinamico’ delle massime, accanto all'ipertrofico archivio ‘storico’ (circa 168.000 massime penali);
- il monitoraggio, su iniziativa del Ministero e d'intesa con l'Avvocatura, dei protocolli sulla redazione degli atti di parte e delle sentenze, in termini di sinteticità ed essenzialità, sulla falsariga di quanto stabilito per il processo amministrativo;
- il massiccio utilizzo degli strumenti informatici e delle comunicazioni telematiche fino alla digitalizzazione avanzata del processo.

Sembra ragionevolmente prossima, inoltre, l'approvazione del disegno di legge governativo n. 2067, già scrutinato dalla Camera dei Deputati e all'esame del Senato, che, per la parte riguardante le impugnazioni penali (frutto, in larghissima parte, del lavoro svolto da una Commissione Ministeriale cui hanno partecipato docenti, avvocati e magistrati), individua una serie di incisive modifiche, aventi ad oggetto:

a) l'appellabilità del provvedimento di archiviazione e della sentenza di non luogo a procedere;
b) la limitazione dei casi di ricorribilità avverso la sentenza di patteggiamento (11,7%);
c) la costruzione di un modello legale della motivazione in fatto della decisione di merito, che si accorda con l'onere di specificità e decisività dei motivi di ricorso;
d) il ripristino del concordato sulla pena in appello;
e) la disciplina semplificata della dichiarazione di inammissibilità dell'impugnazione in casi determinati e per i ricorsi contro le sentenze di patteggiamento e di concordato sulla pena in appello (definiti per circa l'80% con l'inammissibilità);
f) l'esclusione del ricorso personale dell'imputato (22,1%);
g) il rafforzamento della sanzione pecuniaria in caso d'inammissibilità del ricorso;
h) la delimitazione del ricorso alla sola violazione di legge in caso di ‘doppia conforme’ di proscioglimento;

i) il raccordo fra Sezioni semplici e Sezioni Unite per rafforzarne la stabilità nomofilattica;
j) l'allargamento delle ipotesi di annullamento senza rinvio;
k) la semplificazione del procedimento correttivo dell'errore materiale.

Il descritto intervento riformatore, se prontamente deliberato, per la sua efficacia deflativa potrebbe recare un immediato beneficio a taluni settori nevralgici del giudizio penale di Cassazione, preservandolo da un inutile dispendio di tempi e di risorse.

5. Considerazioni finali

I cittadini pretendono giustizia, legalità, efficienza e efficacia della giurisdizione e, nel chiedere che la legge venga applicata in modo uniforme e rapido e che tutti abbiano un uguale trattamento in casi simili o analoghi, esprimono anche, a ben vedere, il bisogno di una buona 'nomofilachia'.

Ma l'organo della nomofilachia, la Corte di Cassazione, si muove oggi lungo un crinale drammatico, sicché la rotta potrà essere invertita solo con decisi e rapidi interventi di riforma e di autoriforma.

Spetta, per un verso, al Parlamento e al Governo apprestare tutte le misure necessarie perché la giurisdizione possa adempiere l'alto compito di garanzia affidatole dalla Costituzione. Nella consapevolezza, tuttavia, che essa non può risolversi in un meccanico esercizio ragionieristico di numeri e che il nudo efficientismo senz'anima rischia di piegare i nobili orizzonti costituzionali verso un inaccettabile modello di magistrato-burocrate, preoccupato più della difesa del proprio *status* che della tutela dei diritti degli altri.

Le risposte dei giudici alle pressanti domande di legalità debbono essere sì pronte ed efficaci, ma anche eque e razionali: qualità, queste, che richiedono capacità di ascolto e di attenzione, dialogo con l'Avvocatura e la comunità dei giuristi, tempi adeguati di studio e riflessione, scelte serie e ponderate.

D'altro canto, se il giudizio di Cassazione non è solo architettura normativa, ma anche filosofia e prassi applicativa, intessuta di professionalità, etica e responsabilità, ancor prima dell'auspicato intervento 'esterno' i giudici, innanzi tutto, per spirito di servizio e senso di appartenenza all'Istituzione, hanno il dovere di avviare un virtuoso percorso 'interno' di autoriforma che faccia leva sul sapere esperienziale e sulle capacità di auto-organizzazione, con speciale riguardo alle metodologie e alle forme delle decisioni.

Ognuno, anche per le future generazioni dei magistrati 'che verranno', deve sentirsi protagonista e responsabile delle sorti dell'Istituzione alla quale appartiene, motivato da passione civile e democratica, impegnato nella tutela dei diritti fondamentali della persona e dei più alti valori della Costituzione.

Abstract

Il ruolo nomofilattico della Suprema Corte consiste nella definizione dei corretti criteri ermeneutici, nonché nel controllo di razionalità dell'opera di selezione della regola effettuata dal giudice di merito, al fine di evitare la deriva della giurisdizione verso l'instabilità del diritto 'liquido'.
Tuttavia, la Corte versa oggi in uno stato di profonda e visibile crisi di funzionamento e d'identità, per superare la quale s'impone l'urgente e coraggioso avvio di un percorso di autoriforma, mediante l'adozione, anche sperimentale, di misure organizzative 'interne', radicali e inedite.

Remo Caponi

Giudici, computer, sentenze: venticinque anni dopo

In una delle sue rarissime apparizioni come autore di contributi sulle colonne del «Foro Italiano», Maurizio Converso pubblicava nel 1990 una nota intitolata: *Giudici, "computer", sentenze* (in «Foro it.», 1990, I, col. 693). Il provvedimento annotato era un'ordinanza della Pretura di Monza, che il giudice Gianfranco D'Aietti (oggi presidente del Tribunale di Sondrio) aveva redatto avvalendosi non solo di un programma di videoscrittura, ma anche di un programma informatico, ideato da lui medesimo, che consentiva di calcolare rivalutazione monetaria e interessi a scalare per frazioni di tempo. Dopo la nota di Maurizio comparivano una nota di commento di Bruno Capponi, nonché una guida di Claudio Miele al programma di calcolo utilizzato.

Era una piccola novità con la quale la redazione, per riprendere le parole di Maurizio, inseriva un primo prodotto delle tecniche della intelligenza artificiale nel consolidato e tradizionale impianto della rivista che «rispetta la sua origine di raccolta generale di giurisprudenza, senza peraltro rinunciare alla ricerca di tecniche più efficaci per una migliore comunicazione e informazione sul diritto». La nota proseguiva riferendo di preoccupazioni e timori per l'impiego di calcolatori nell'amministrazione della giustizia: «Preoccupazioni e timori, ancora attuali perché alimentati da informazioni spesso inadeguate, con le quali il Foro intende confrontarsi chiamando a raccolta collaboratori – molto spesso brillanti autodidatti, e quindi più attenti degli informatici di mestiere alle particolarità della materia – che sappiano segnalare ai lettori le effettive novità e conseguenze derivanti dalla, ormai diffusa, produzione di provvedimenti giudiziali generati, e quindi non soltanto scritti, con il computer. La diffusione dei programmi basati su linguaggi di quarta generazione (ovvero su linguaggi di programmazione che facilitano l'accesso al computer rendendolo particolarmente 'amichevole') agevolerà sempre più l'uso del computer da parte dei non specialisti consentendo agli operatori giuridici di inserirlo stabilmente

accanto agli strumenti professionali tradizionali. […] L'elaborazione da parte degli operatori giuridici di programmi *software* ideati per semplificare alcuni aspetti della vita professionale determina, da qualche tempo, l'edizione di un nuovo genere di opere giuridiche. Al dischetto magnetico contenente il programma si accompagna di regola il manuale d'uso e una breve introduzione agli istituti giuridici interessati dall'elaborazione elettronica».

Personalmente sono legato a questo scritto di Maurizio. Lo lessi appena pubblicato, una mattina nella biblioteca dell'Università di Bielefeld. Lavoravo da più di un anno in Germania presso la cattedra del Prof. Wolfgang Grunsky. Mi ero portato la Lettera 32 della Olivetti con cui avevo scritto la tesi di dottorato e stavo scrivendo la mia prima monografia. Letta la nota di Maurizio, decisi di acquistare il mio primo personal computer e di ultimare il libro con un programma di videoscrittura. Di lì ad un anno consegnai a Giuffrè il testo definitivo del libro: metà scritto con la Olivetti, metà scritto con il computer. Lo scritto di Maurizio determinò il mio ingresso 'al volo' nel mondo delle tecnologie digitali.

Riletto dopo venticinque anni, vi ho ritrovato alcune delle caratteristiche fondamentali del modo di pensare e di lavorare di Maurizio: la consapevolezza dell'importanza di scrivere in termini sintetici ed efficaci, la grande apertura verso l'impiego delle tecnologie digitali nel lavoro quotidiano del giurista, la passione per la documentazione giuridica paziente e capillare (i timori e le preoccupazioni per l'impiego di calcolatori nell'amministrazione della giustizia sono «alimentati da informazioni spesso inadeguate»!), non fine a se stessa, ma come strumento per discernere il nuovo dal vecchio (mai perdere di vista la catena dei precedenti e sforzarsi sempre di ricostruirla!), il gusto per l'autodidattica (come è autodidatta il giudice che ha elaborato il programma per il calcolo degli interessi), il senso dell'importanza del gioco di squadra da parte dei collaboratori della rivista.

Tutti elementi frequentemente entrati a far parte del patrimonio culturale di chi ha condiviso con lui un tratto di strada al «Foro italiano». Di questi insegnamenti gli siamo molto grati, poiché ci aiutano ad arginare gli effetti della presunzione, del pressappochismo e del disordine in cui siamo quotidianamente immersi.

Abstract

Come preconizzato in uno scritto del professor Maurizio Converso, edito oltre venticinque anni fa, si riscontra come l'utilizzo delle nuove tecnologie abbia portato ad una semplificazione del lavoro degli operatori del diritto.

Leonardo Carbone

La previdenza forense dopo le recenti riforme legislative e regolamentari

SOMMARIO: 1. La nuova 'sistemazione' della previdenza forense – 2. La previdenza forense e gli equilibri di gestione – 3. Gli interventi legislativi e regolamentari su contributi e prestazioni – 4. La riforma dell'accesso alla previdenza forense – 5. La prescrizione dei contributi previdenziali forensi – 6. La nuova assistenza

1. La nuova 'sistemazione' della previdenza forense

In un momento in cui particolarmente acceso è il dibattito sui problemi del sistema previdenziale dell'assicurazione generale obbligatoria, anche i problemi più specifici della previdenza forense (e delle previdenze categoriali in genere), richiedono una riflessione, alla luce della linea di politica legislativa (e regolamentare) intervenuta nella previdenza forense (così come nella previdenza dei liberi professionisti), sempre tesa alla necessità di garantire, per le future generazioni, sia gli equilibri finanziari (e gestionali) dell'ente, che le prestazioni[1].

La collocazione 'costituzionale' della previdenza forense[2] impone che la previdenza forense garantisca anche per il futuro l'obiettivo dell'equità sia nei rapporti intergenerazionali che in quelli intragenerazionali; si tratta di soddisfare il debito di solidarietà e fissare regole equanimi, sia all'interno della generazione degli attuali iscritti, sia nei rapporti con la generazione futura, strutturando il regime della previdenza forense in modo da mantenere nel tempo il suo equilibrio finanziario; e cioè una riforma che assicuri prestazioni adeguate (art. 38, Cost.) e che individui (e soddisfi) situazioni meritevoli di particolare tutela, in presenza di eventi costituzionalmente rilevanti.

Nei tentativi di nuova 'sistemazione' della previdenza forense, comunque

[1] L. CARBONE, *Il futuro della previdenza forense*, in «Foro it.», 1998, III, col. 503.

[2] ID., *La tutela previdenziale dei liberi professionisti*, UTET, Torino 1998, p. 45; A. ANDREONI, *Appunti di costituzionalità sulla privatizzazione degli enti previdenziali*, in «Riv. giur.lav.», 1995, I, p. 68. Corte cost. 18 luglio 1997 n. 248, in «Foro it.», 1997, I, col. 2012.

sono rimasti sempre fermi i principi fondamentali della legge 20.9.1980 n. 576, e l'autonomia riconosciuta alla cassa forense dall'art. 3, comma 12°, d.lgs. n. 509/94[3].

Le norme che hanno interessato la 'sistemazione' della previdenza forense sono numerose: d.lgs. 30.6.1994 n. 509, che ha consentito la privatizzazione della cassa; l. 5.3.1990 n. 45, relativa alla ricongiunzione delle posizioni assicurative per i professionisti; l. 8.8.1995 n. 335, di riforma del sistema previdenziale in generale; art. 1, comma 763°, l. n. 296/2006, norma che ha imposto agli enti previdenziali categoriali di assicurare la stabilità finanziaria per un periodo di almeno trenta anni; art. 24, comma 24°, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011, norma che ha imposto una sostenibilità finanziaria a 50 anni; art. 1, comma 438°, l. n. 147/2013, che ha 'interpretato' l'art. 1, comma 763°, l. n. 296/2006[4], e la sentenza della Cassazione a sezioni unite 8 settembre 2015 n. 17742, che ha compiutamente definito i termini applicativi del *pro rata temporis* con riferimento alla evoluzione della sua espressione normativa, affermando che «per i trattamenti pensionistici maturati a partire dal 1 gennaio 2007 trova applicazione la l n.335 del 1995, art. 3, comma 12, nella formulazione introdotta dal citato art. 1, comma 763, l. n. 296 del 2006, che prevede che gli enti previdenziali suddetti emettano delibere che mirano alla salvaguardia dell'equilibrio finanziario di lungo termine, "avendo presente" – e non più rispettando in modo assoluto – il principio del pro rata in relazione alle anzianità già maturate rispetto alla introduzione delle modifiche derivanti dai provvedimenti suddetti e comunque tenendo conto dei criteri di gradualità e di equità fra generazioni, con espressa salvezza degli atti e delle deliberazioni in materia previdenziale già adottati dagli enti medesimi ed approvati dai Ministeri vigilanti prima della data di entrata in vigore della l. n. 296 del 2006».

Con la riferita normativa e dopo la citata sentenza della Cassazione, certamente la cassa forense (ma anche le altre casse categoriali) ha strumenti più efficaci e maggiore libertà per salvaguardare l'equilibrio finanziario.

[3] I. De Cesaris, *L'autonomia degli enti previdenziali privatizzati dal d.lgs. n. 509/94 alla l. n. 214/2011*, in «Prev. Forense», 2012, p. 105; M. Luciani, *Autonomia delle casse privatizzate: il quadro costituzionale e l'assetto legislativo,* in *Le casse previdenziali privatizzate*, a cura dell'ADEPP, Staperia Reale, Roma, 1998; L. Carbone, *Sull'"autonomia" delle casse previdenziali categoriali,* in «Riv. dir. sicurezza sociale», 2006, p. 317.

[4] I. De Cesaris *L'applicazione del "pro rata" dopo l'art. 1, comma 438, l. n. 147/2014*, in «Prev. Forense», 2015, p. 243.

2. La previdenza forense e gli equilibri di gestione

Per evitare squilibri gestionali della cassa forense, le normative che si sono succedute nel tempo hanno progressivamente ampliato le proiezioni di stabilità: si è passati dai tre anni previsti dall'art. 3 del d.lgs. n. 509 del 1994, ai 15 anni previsti dall'art. 3, comma 12°, della l. n. 335 del 1995, ai 30 anni dell'art. 1, comma 763°, l. n. 296/2006, per finire ai 50 anni previsti dall'art. 24, comma 24°, d.l. n. 201/2011, conv. in l. n. 214/2011.

Nel contempo, sempre per evitare squilibri nei bilanci, da tempo si dibatte circa l'opportunità di introdurre o meno, nella previdenza forense, il sistema contributivo di calcolo delle pensioni, opzione prevista per le casse categoriali dall'art. 3, comma 12°, l. n. 335 del 1995[5].

Il dibattito si è spostato sull'ampliamento della base pensionabile, ampliamento che si è gradualmente realizzato per arrivare all'attuale disciplina che prevede la base reddituale di riferimento per il calcolo della pensione a tutta la vita lavorativa (si è così passati dai migliori dieci redditi professionali conseguiti dall'iscritto negli ultimi 15 anni solari antecedenti al diritto a pensione, ai redditi di tutta la vita lavorativa).

Facendo riferimento, per la base pensionabile, ad un numero di anni maggiore di quello attuale (in pratica all'intera 'vita' contributiva del professionista) le 'differenze' rispetto al sistema contributivo si sono attenuate. Aggiungasi che con il riferito ampliamento del numero degli anni per la determinazione della base pensionabile, si evitano aumenti strumentali del reddito degli ultimi anni e la penalizzazione di chi abbia maggiormente contribuito in periodi anteriori a quelli di riferimento della base di calcolo della pensione.

Ulteriore strumento 'alternativo' al ricorso al sistema contributivo per garantire bilanci equilibrati nel lungo periodo, è stato sia l'innalzamento graduale dell'età pensionabile fissata (a partire dal 2021) in 70 anni di età, che un aumento graduale degli anni di contribuzione da versare alla cassa, anni fissati in 35 anni (a partire dal 2021).

Sempre per garantire bilanci equilibrati è stata modificata (anzi abrogata) la normativa (art. 21, l. n. 576/80) che prevedeva un rimborso generalizzato dei contributi non utilizzati, senza alcuna limitazione temporale e di età per ottenere il rimborso, con la possibilità di ottenere, in presenza di determinati requisiti, al compimento dell'età pensionabile (70 anni dal

[5] L. Carbone, *Una legge importante ma oscura*, in «Prev. Forense», 1996, I, p. 45; D. Donella, *La riforma generale delle pensioni e la previdenza forense*, in «Prev. Forense», 1995, 4, p. 21; Borrella, *Verso il sistema contributivo?*, in «Prev. Forense», 1996, 3, p. 24; Cazzola, *Il nuovo sistema contributivo*, in «Dir. prat. lav.», 1996, 12, p. 755.

2021) la corresponsione di un assegno vitalizio calcolato con il sistema contributivo, con esclusione però del minimo[6].

3. Gli interventi legislativi e regolamentari su contributi e prestazioni

Negli ultimi anni la previdenza forense è stato oggetto di rilevanti modifiche, sia sul versante dei contributi[7] che su quello delle prestazioni.

Gli interventi 'rilevanti' sono iniziati a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, comma 763°, della l. n. 296/2006, norma che ha imposto agli enti previdenziali categoriali di assicurare la stabilità finanziaria per un periodo di almeno trenta anni.

Al fine di assicurare la sostenibilità finanziaria della Cassa forense nel lungo periodo (trenta anni), nel 2010 sono state introdotte incisive modifiche di natura strutturale finalizzate al riequilibrio nel lungo periodo e ad una migliore corrispondenza tra contribuzione e prestazione erogata[8].

In particolare gli interventi di modifica introdotti hanno riguardato sia le prestazioni che i contributi.

Per i 'contributi' vi è stato l'aumento dell'aliquota del contributo integrativo (dal 2% al 4%), aumento che da provvisorio è divenuto poi definitivo, nonché dell'aliquota del contributo soggettivo (dal 12% al 13%), oltre che ad un aumento graduale dei contributi minimi (sia integrativo che soggettivo).

Per le 'prestazioni' vi è stato un progressivo innalzamento dei requisiti minimi per l'accesso al pensionamento di vecchiaia da 65 a 70 anni di età e da 30 a 35 anni di anzianità contributiva, nonché l'introduzione di una quota di pensione di vecchiaia aggiuntiva a quella di base (c.d. pensione modulare) determinata secondo il criterio di calcolo di tipo contributivo, e specifico finanziamento, inizialmente parte obbligatoria e parte facoltativa, ma ora solo contribuzione facoltativa, oltre alla riduzione, *pro rata*, dei coefficienti di rendimento utili per il calcolo della pensione retributiva, da quattro a due.

---

[6] L. Carbone, *La rimborsabilità dei contributi nella previdenza dei liberi professionisti*, in «Foro it.», 1994, I, col. 1604; Id., *Restituzione dei contributi e pensione contributiva nella previdenza forense*, in «Prev. Forense», 2006, p. 170; Id., *La nuova disciplina della restituzione dei contributi (e pensione contributiva) nella previdenza forense*, in «Foro it.», 2006, I, col. 320.

[7] L. Carbone, *Problemi attuali e prospettive di riforma della contribuzione previdenziale "forense"*, in «Prev. Forense», 2012, p. 77; Id., *Le "modifiche" pensionistiche e contributive nella previdenza forense*, in «Foro it.», 2008, I, col. 865.

[8] L. Carbone, *La "nuova" previdenza forense*, in «Foro it.», 2010, I, col. 71.

Novità rilevante è stata anche una nuova disciplina per il diritto alla pensione minima, mediante l'istituto dell'integrazione al minimo, collegata al reddito del soggetto interessato.

Ulteriori interventi sulla previdenza forense sono conseguenti all'art. 24, comma 24°, del d.l. n. 201/2011, convertito nella l. n. 214 del 2011, norma che ha imposto alla Cassa forense (ma anche agli enti previdenziali categoriali) la sostenibilità finanziaria per un arco temporale non inferiore a 50 anni (rispetto ai 30 previsti dall'art. 1, comma 763°, l. 296/2006).

Tale norma ha 'costretto' la Cassa forense, dopo il citato intervento nel 2010, ad intervenire nuovamente con l'approvazione di modifiche ai regolamenti delle prestazioni e dei contributi, modifiche che dovrebbero garantire la sostenibilità del sistema previdenziale forense nell'arco dei prossimi 50 anni.

Infatti, 'per le prestazioni' è stato previsto l'estensione della base reddituale di riferimento per il calcolo della pensione a tutta la vita lavorativa, ed introdotto un coefficiente di rendimento unico fissato nella misura dell'1,40%, con adeguamento automatico triennale di tale coefficiente alla speranza di vita della categoria degli iscritti.

'Per i contributi' è previsto un progressivo aumento del contributo soggettivo con un'aliquota sul reddito irpef che passa al 14% dal 2013, al 14,5% dal 2017, al 15% dal 2021, nonché il consolidamento definitivo dell'aliquota del 4% del contributo integrativo, e l'assorbimento della contribuzione modulare obbligatoria dell'1% in quella volontaria.

I riferiti interventi garantiranno una totale copertura finanziaria alle nuove pensioni[9]; il ritocco alla contribuzione e le modifiche al sistema di calcolo delle prestazioni hanno riequilibrato il rapporto tra entrate e uscite previdenziali con un sistema che viene definito 'retributivo sostenibile'. La realtà è che il sistema di calcolo delle pensioni erogate dalla cassa forense è ormai sempre più vicino al sistema contributivo di cui alla l. n. 335 del 1995, 'conservando' però livelli di solidarietà del sistema retributivo, con una redistribuzione interna al sistema a vantaggio di chi è stato meno fortunato nella professione, ed a carico di chi ha avuto maggiore fortuna.

Per la sussistenza della riferita solidarietà è sufficiente accennare alla

[9] C. Carissimi, *Il bilancio consuntivo 2012 della cassa*, in «Prev. Forense», 2013, 2, p. 127, afferma che con la riforma del 2012 «lo sforzo condotto a termine dalla cassa Forense sia stato soprattutto nel senso di garantire una totale copertura finanziaria alle nuove pensioni che, per il futuro, non dovranno più generare "debito previdenziale latente" in quanto ciascun iscritto dovrà ottenere, in termini pensionistici, l'equivalente dei contributi versati durante la vita lavorativa, considerate le residue speranze di vita».

pensione minima prevista nella previdenza forense[10], importo minimo di pensione invece espressamente escluso dalla l. n. 335 del 1995 per le pensioni calcolate con il sistema contributivo.

4. La riforma dell'accesso alla previdenza forense

In ordine all'accesso alla previdenza forense, l'art. 21, comma 8°, della legge 31.12.2012 n. 247 ha innovato completamente l'accesso (alla previdenza forense) 'sostituendo' il previgente criterio dell'esercizio professionale continuativo (ancorato a limiti reddituali) con l'iscrizione all'albo professionale[11]. Tale normativa statuisce, infatti, che «l'iscrizione agli albi comporta la contestuale iscrizione alla cassa nazionale di previdenza e assistenza forense»; in pratica, tutti gli iscritti agli albi sono iscritti alla cassa, raggiungendo così l'uguaglianza numerica tra iscritti agli albi ed iscritti alla cassa. È stato, così, eliminato il doppio binario del passato che prevedeva, per gli avvocati, la 'facoltà' di iscrizione al proprio ente previdenziale, che diveniva 'obbligo' soltanto nel caso di raggiungimento di determinati limiti reddituali[12].

La disciplina di cui all'art. 21, comma 8°, della l. n. 247/2012 ha, così, risolto per la previdenza forense, la problematica della interazione fra ordinamento professionale e Cassa di previdenza[13], con la previsione di requisiti uniformi per l'accesso ad entrambi gli ordinamenti (previdenziale e professionale), anche se è diversa la *ratio* dei due ordinamenti. Infatti, la normativa previdenziale tende a garantire prestazioni agli iscritti (e loro superstiti) alla cassa al verificarsi di determinati eventi (es., età, invalidità) che non consentono introiti per una vita dignitosa, mentre la normativa dell'ordinamento professionale, con la tenuta degli albi, tende invece a garantire ai terzi una preparazione professionale degli iscritti agli albi.

Con la disciplina dettata dall'art. 21 della l. n. 247/12, sono stati fissati criteri generali uniformi per l'accesso ad entrambi gli ordinamenti

[10] L. Carbone, *Trattamento minimo della pensione forense*, in «Prev. Forense», 2010, p. 76.
[11] Id., *La previdenza forense dopo la nuova legge professionale*, in «Riv. dir. sicurezza sociale», 2013, p. 779.
[12] G. Pignatiello, *Le iscrizioni*, in «Prev. Forense», 2014, pp. 201 ss.
[13] L. Carbone, *Nuova "sinergia" fra ordinamento professionale e ordinamento previdenziale*, in «Pref. Forense», 2013, p. 4; Id., *Ordinamento professionale e ordinamento previdenziale: interazioni e riflessi*, in «Rass. Forense», 1999, p. 289; Id., *Ordinamento previdenziale e deontologia*, in «Prev. Forense, 2002, p. 185; D. Donella, *Ordinamento professionale e previdenza*, in «Prev. Forense», 1999, 4, p. 11; Di Marco, *Interazione tra ordinamento previdenziale e ordinamento forense*, in «Prev. Forense», 1988, p. 3.

(professionale e previdenziale), ed è stata eliminata la disorganicità della legislazione vigente in materia[14].

Non avere previsto per l'iscrizione alla cassa forense altro requisito che quello della formale iscrizione dell'interessato all'albo professionale, significa in pratica prescindere del tutto dal previgente requisito dell'esercizio professionale continuo, la cui mancanza non condiziona (più) la legittimità e la persistenza della iscrizione, realizzandosi così l'uguaglianza numerica tra iscritti agli albi ed iscritti alla cassa.

Occorre, però, evidenziare che la nuova disciplina dettata dalla l. n. 247/12 per l'iscrizione all'albo professionale e per la permanenza dell'iscrizione all'albo professionale (ed ora anche alla cassa forense), prevede (art. 21, comma 1°) per i soggetti che esercitano la professione in modo saltuario e sporadico, che «1. La permanenza dell'iscrizione all'albo è subordinata all'esercizio della professione in modo effettivo, continuativo, abituale e prevalente, salve le eccezioni previste anche in riferimento ai primi anni di esercizio professionale. Le modalità di accertamento dell'esercizio effettivo, continuativo, abituale e prevalente della professione, le eccezioni consentite e le modalità per la reiscrizione sono disciplinate con regolamento adottato ai sensi dell'art.1 e con le modalità nello stesso stabilite, con esclusione di ogni riferimento al reddito professionale […] 4. La mancanza della effettività, continuità, abitualità e prevalenza dell'esercizio professionale comporta, se non sussistono giustificati motivi, la cancellazione dall'albo».

La riportata norma introduce il principio, secondo cui la permanenza dell'iscrizione all'albo (e quindi alla cassa forense) è subordinata all'esercizio effettivo, continuativo, abituale e prevalente della professione. Le modalità per l'accertamento dell'esercizio della professione forense sono state stabilite con decreto del Ministero della Giustizia 26 febbraio 2015 nr. 47 (in Gazz. Uff. nr. 81 del 7/4/2016)

Altra novità in materia di accesso alla previdenza forense introdotta dalla l. n. 247/2012, è l'iscrizione 'esclusiva' alla cassa forense.

Infatti, l'art. 21, comma 10° della l. n. 247/2012 statuisce espressamente che «non è ammessa l'iscrizione ad alcuna altra forma di previdenza se non su base volontaria e non alternativa alla cassa nazionale di previdenza e assistenza forense», risolvendo, così in senso favorevole alla cassa forense, la problematica della iscrizione alla gestione separata Inps per gli avvocati

[14] V. Militi, *Tutti iscritti alla cassa*, in «Prev. Forense», 2013, p. 9; A. Mariani Marini, *Previdenza al bivio,* in «Prev. Forense», 1996, 3, p. 22; S. Caciolli, *Iscrizione all'albo, iscrizione alla cassa*, 1996, 2, p. 19; U. Tracanella, *Tutti iscritti alla cassa*, 1996, 3, p. 17; M. Bacci, *I requisiti per rimanere iscritti all'albo degli avvocati*, in «Prev. Forense», 2016, p. 69.

che – almeno fino ad oggi – non raggiungendo i requisiti reddituali per l'iscrizione alla cassa forense, optavano (o erano obbligatoriamente cooptati) per l'iscrizione alla gestione separata Inps[15].

Ne consegue, quindi, che a seguito dell'entrata in vigore della l. n. 247/12, gli avvocati iscritti agli albi non dovranno più iscriversi alla gestione separata Inps né pagare a tale gestione alcuna somma: la cassa forense è ormai l'unico Ente a gestire la previdenza degli avvocati[16]. Con tale disciplina è stato 'rafforzato' per gli avvocati il diritto garantito dall'art. 38 della Costituzione ad avere un trattamento previdenziale rapportato a tutta l'attività lavorativa.

Le problematiche poste dall'art. 21, comma 8°, della l. n. 247 del 2012 (soprattutto la fase transitoria tra vecchia e nuova disciplina), sono stato oggetto di apposito regolamento della Cassa (Regolamento di attuazione dell'art. 1, commi 8° e 9°, legge n. 247/2012)[17].

A seguito della nuova disciplina di cui alla l. n. 247/2012 e del citato regolamento non è più necessaria la domanda di iscrizione alla cassa in quanto sarà quest'ultima, ricevuta notizia da parte dell'ordine territoriale o dal Consiglio nazionale forense dell'avvenuta iscrizione del soggetto in un albo, ad inviare all'interessato la comunicazione di avvenuta iscrizione alla cassa[18], con decorrenza giuridica dal 1° gennaio, indipendentemente dalla data di effettiva iscrizione all'Albo professionale. Con tale comunicazione viene fatto presente all'iscritto l'opportunità di richiedere i benefici previsti dall'iscrizione retroattiva (con la quale si possono recuperare gli anni di iscrizione nel registro dei praticanti), e ciò al fine di aumentare gli anni di contribuzione utili per il diritto alle prestazioni, nonché la facoltà di iscrizione retroattiva per gli ultraquarantenni.

Innovazioni in tema di iscrizione alla cassa forense sono state introdotte anche per gli «avvocati che esercitano la professione all'estero» e che sono residenti in Italia ed iscritti anche all'albo professionale (in Italia), nonché per gli «avvocati che esercitano anche altra professione», prevedendo per questi ultimi, in quanto iscritti all'albo degli avvocati, l'obbligo

[15] L. Carbone, *Cassa forense e gestione separata Inps: come "scegliere"?*, in «Prev. Forense», 2012, p. 125.

[16] Trib. Aosta 22 febbraio 2011, in «Foro it.», 2011, I, col. 2120.

[17] Approvato con nota ministeriale del 7 agosto 2014 e pubblicato in Gazzetta Ufficiale n.192 del 20 agosto 2014 ed in «Prev. Forense», 2014, pp. 198 ss.

[18] Gli ordini territoriali ed il Cons. nazionale forense trasmettono, in via telematica, alla Cassa forense l'elenco dei nominativi per i quali si è proceduto a deliberare l'iscrizione nei rispettivi albi, oltre che provvedimenti di sospensione e/o di cancellazione, e la Cassa delibererà l'iscrizione alla cassa forense, che avrà decorrenza giuridica dal 1 gennaio dell'anno di iscrizione all'albo.

di iscrizione alla cassa forense anche se iscritto ad altra cassa (la previgente disciplina prevedeva la facoltà di opzione); nel caso in cui abbiano già esercitato regolare opzione per altra cassa professionale in data antecedente all'entrata in vigore della l. n. 247/2012 (e cioè prima del 1 febbraio 2013) i professionisti sono esonerati dalla iscrizione a Cassa forense.

Nella nuova disciplina dell'iscrizione alla cassa prevista dal menzionato regolamento della Cassa del 2014, novità sono state introdotte per gli «avvocati che svolgono funzioni di magistrati onorari», prevedendo che gli avvocati iscritti agli albi forensi, che svolgono anche funzioni di giudice di pace, di giudici onorari del Tribunale e di Sostituto Procuratore onorario di udienza, sono obbligati al versamento della contribuzione alla cassa forense sugli emolumenti percepiti per la 'carica' ricoperta.

5. La prescrizione dei contributi previdenziali forensi

La l. n. 247 del 2012 è intervenuta anche sulla prescrizione della contribuzione dovuta alla cassa forense, risolvendo il dibattito dottrinale sulla applicazione o meno della disciplina di cui alla l. n. 335/95 anche alla previdenza forense[19].

Dopo l'entrata in vigore della l. n. 335/1995, infatti, si era posto il problema se la nuova disciplina della prescrizione della contribuzione previdenziale dettata dall'art. 3, commi 9° e 10°, l. 8 agosto 1995, n. 335, che riduce i termini di prescrizione da dieci a cinque anni, fosse applicabile o meno anche alla contribuzione dovuta alla cassa forense (che l'art. 19 della l. n. 576/80 prevedeva in dieci anni)[20].

Alla dottrina prevalente, la quale riteneva che la contribuzione dovuta alla cassa forense continuasse ad essere disciplinata dalla normativa categoriale, con termine di prescrizione decennale[21], si contrapponeva, però, una

[19] M. Bella, *La prescrizione dei contributi dopo la novella contenuta nella legge di riforma dell'ordinamento professionale*, in «Prev. Forense», 2013, p. 106. Per la contribuzione dovuta dopo le innovazioni conseguenti all'art. 21 della l. n. 247/2012 ed il regolamento di attuazione del 2014, P. Ilarioni, *Le contribuzioni*, in «Prev. Forense», 2014, pp. 211 ss.

[20] L. Carbone, *La prescrizione dei contributi: quinquennale o decennale*, in «Prev. Forense», 2002, p. 164.

[21] Sulla riforma del sistema pensionistico obbligatorio di cui alla l. n. 335/1995 e le sue implicazioni sulla previdenza dei liberi professionisti, e le difficoltà interpretative, L. Carbone, *Una legge importante, ma oscura*, in «Prev. Forense», 1996, 1, p. 45; Id., *La prescrizione dei contributi degli enti previdenziali dei liberi professionisti*, in «Prev. Forense», 1999, 4, p. 56; F.D. Mastrangeli, C.A. Nicolini, *La contribuzione previdenziale*, UTET, Torino 1997, p. 255; G. Vaccari, *La prescrizione dei contributi: difficoltà interpretative*, in «Prev. Forense»,

giurisprudenza della Suprema Corte che riteneva l'applicabilità della nuova disciplina della prescrizione quinquennale di cui all'art. 3 l. n. 335/1995 alle contribuzioni dovute alle casse di previdenza privatizzate dei liberi professionisti; tale principio[22] era ormai da considerarsi consolidato[23].

La prescrizione quinquennale di cui all'art. 3, commi 9° e 10°, l. 8 agosto 1995, n. 335 riguardava, quindi, anche i crediti contributivi degli enti previdenziali privatizzati, quale è la Cassa forense[24].

La citata normativa di cui alla l. n. 335/1995 aveva così regolato l'intera materia della prescrizione dei crediti contributivi degli enti previdenziali unificando i termini di prescrizione.

La problematica della prescrizione dei contributi nella previdenza forense (ma anche nelle previdenza categoriali degli altri liberi professionisti) era ormai risolta in 'favore' della prescrizione quinquennale.

Per la sola previdenza forense – ma non per le previdenze categoriali degli altri liberi professionisti – è intervenuto l'art. 66 della l. 31.12.2012 n. 247, il quale statuisce invece che «la disciplina in materia di prescrizione dei contributi previdenziali di cui all'art. 3 della legge 3 agosto 1995 n. 335 non si applica alle contribuzioni dovute alla cassa nazionale di previdenza e assistenza forense»; tale norma ha in pratica ripristinato l'art.19 della l. n. 576 del 1980, che fissa in dieci anni la durata della prescrizione, 'annullando' l'orientamento giurisprudenziale consolidato, che aveva affermato l'applicabilità della prescrizione dettata dall'art. 3 della l. n. 335/95 alla cassa forense.

In ordine all'ambito di operatività della riferita innovazione legislativa sulla prescrizione dei contributi dovuti alla cassa forense, si è affermato[25] che «nella norma non è reperibile alcun indice rivelatore dell'intenzione del legislatore di procedere ad una interpretazione autentica della disciplina del 1995, sicchè la nuova normativa va applicata unicamente per il futuro nonché alle prescrizioni non ancora maturate secondo il regime precedente».

La nuova normativa sulla prescrizione, ha riflessi anche sul problema se sia o meno ammissibile il versamento di contributi prescritti alla Cassa forense, e se sia o meno ammissibile il rifiuto di ricevere la contribuzione prescritta da parte della cassa (problema che era stato risolto dall'art. 3 l. n. 335/95, prevedendo l'impossibilità del versamento di contribuzione

2005, p. 166. Per il periodo antecedente l'entrata in vigore della l. 335/1995, L. Carbone, *La prescrizione dei contributi (ed accessori) nella previdenza forense*, in «Giust. civ.», 1993, I, p. 113.

[22] Cass. 16 agosto 2001, n. 11140, in «Foro it.», 2001, I, col. 3604.

[23] Sul tema, L. Carbone, *La previdenza degli avvocati*, Giuffrè, Milano 2010, pp. 149 ss.

[24] Cass. 20 settembre 2006, n. 20343, in «Foro it.», 2007, I, col. 836.

[25] Cass. 18 marzo 2013 n. 6729, in «Foro it.», 2013, I, col. 1930 e nota di L. Carbone, *La nuova prescrizione dei contributi alla cassa forense.*

prescritta ed il rifiuto dell'ente a ricevere la stessa contribuzione).

Al riguardo, mancando nella Cassa forense una norma speciale che deroghi alla disciplina del codice civile (e di contenuto analogo a quella in vigore nell'assicurazione generale obbligatoria gestita dall'Inps) che non consente all'avvocato di rinunciare alla prescrizione dei contributi verificatasi in di lui favore ed alla cassa forense di accettare il versamento dei contributi prescritti (art. 55 del r.d.l. n. 1827/35 ed art. 3, comma 9°, l. n. 335/95), è alla disciplina dettata dal codice civile (art. 2934, c.c.) che occorre fare riferimento; in base a tale normativa, mentre è consentito il pagamento del debito prescritto (e, quindi, è possibile rinunciare alla prescrizione verificatasi in suo favore pagando alla cassa la contribuzione prescritta), non è consentito il rifiuto di ricevere il pagamento di un debito contributivo prescritto.

Quindi, se è vero che la Cassa forense non può azionare coattivamente il credito contributivo prescritto in caso di eccepita prescrizione da parte del professionista, viceversa, non vi è alcun ostacolo all'accettazione, da parte della medesima cassa, della contribuzione prescritta versata 'spontaneamente' dal professionista[26].

6. La nuova assistenza

Il nuovo regolamento per l'erogazione dell'Assistenza degli avvocati, approvato dal Comitato dei delegati a gennaio 2015 e dal Ministero a settembre 2015[27], e che entrerà in vigore dal 1 gennaio 2016, ha innovato la previgente disciplina assistenziale forense[28], operando una distinzione tra le diverse tipologie delle prestazioni assistenziali, prevedendo erogazioni 'in caso di bisogno individuale' e prestazioni a sostegno della 'famiglia,

[26] La Cassa forense con delibera del Consiglio di Amministrazione del 21 febbraio 2013 [in <www.cassaforense.it> (ultimo accesso 29.02.2016)], dopo avere preso atto del termine di prescrizione decennale di cui all'art. 19 della l. n. 576/80 da applicare alla contribuzione della Cassa forense, ha statuito che «salvo il caso in cui la prescrizione sia stata accertata in via definitiva, gli uffici dovranno sempre procedere alla richiesta di pagamento degli eventuali contributi omessi alla cassa e delle relative somme accessorie, ancorché risultino maturati i termini di prescrizione; l'eventuale eccezione di prescrizione dovrà essere sollevata dall'interessato: in assenza, è ammesso sia il pagamento in forma spontanea, sia la riscossione coattiva».

[27] In «Prev. Forense», 2015, p. 201.

[28] L. Carbone, *I trattamenti assistenziali-indennitari erogati dalla Cassa forense*, in «Prev. Forense», 2007, p. 370.

della salute e della professione'[29].

In ordine alla tipologia delle prestazioni assistenziali, il nuovo regolamento individua cinque macroaree di intervento:

1) 'prestazioni in caso di bisogno' (erogazioni in caso di bisogno individuale; trattamenti a favore di pensionati di vecchiaia ultraottantenni; trattamenti a favore di titolari di pensione diretta ultrasettantenni con invalidità civile al 100%);
2) 'prestazioni a sostegno della famiglia' (erogazioni in favore dei superstiti e dei titolari di pensione diretta cancellati dagli albi, indiretta o di reversibilità; erogazioni in caso di familiari non autosufficienti; borse di studio per gli orfani degli iscritti; borse di studio per i figli degli iscritti; provvidenze a sostegno della genitorialità);
3) 'prestazioni a sostegno della salute' (copertura per eventi morbosi e grandi interventi chirurgici; attivazione di prestiti ipotecari vitalizi);
4) 'prestazioni a sostegno della professione' (iniziative a favore della generalità degli iscritti, quali ad esempio, agevolazioni per l'accesso al credito, per la concessione di mutui; iniziative a favore dei giovani; iniziative a favore degli iscritti attivi percettori di pensione di invalidità);
5) 'prestazioni per spese funerarie'.

Il nuovo regolamento consentirà alla cassa forense di dare una concreta risposta ai bisogni di welfare della categoria forense, con misure appropriate ai singoli casi concreti.

Abstract

A seguito del d.lgs. n. 509/94, che ha reso di natura essenzialmente privatistica la posizione assicurativa dell'avvocato, annullando la garanzia costituzionale in favore del medesimo della continuità della erogazione, nel tempo, del trattamento pensionistico, vi è stata una particolare attenzione del legislatore sulla Cassa forense, al fine di garantire per le future generazioni, sia gli equilibri finanziari e gestionali, che l'erogazione delle prestazioni.
Lo scritto illustra, sia pure per grandi linee, gli interventi legislativi e regolamentari sulla previdenza forense.

[29] M. Proietti, *Assistenza forense: come cambia dal 1.1.2016*, in «Prev. Forense», 2015, p. 220; G. Pignatiello, N. Zaffina, *Cambia l'avvocatura e cambia il welfare di Cassa Forense*, in «Prev. Forense», 2016, p. 13.

Giovanni Carmellino

Brevi note sulle interazioni tra la artificial intelligence *e la classe forense*

SOMMARIO: 1. Breve introduzione – 2. Gli sforzi della classe forense nella materia della informatizzazione – 3. La diffusione in rete della cultura giuridica – 4. Conclusioni

1. Breve introduzione

Al giorno d'oggi non v'è campo del vivere sociale che non sia caratterizzato da una – minore o maggiore – interazione con la tecnologia, tanto è vero che, almeno per quanto mi riguarda, non esiste più alcuna abitudine che non si relazioni con un personal computer: se pensiamo (solo per fare un esempio degli innumerevoli benefici apportati alla vita quotidiana dal mondo cibernetico[1]) allo sviluppo della telefonia mobile, la quale, da semplice servizio portatile di comunicazione, si è evoluta fino a diventare un vero e proprio mini-computer incorporante programmi di scrittura, di lettura sonora e audiovisiva, di connessione alla rete internet, ci accorgiamo che il tempo dedicato al *touchscreen* aumenta a danno di quello votato alle classiche apparecchiature.

Nel quadro generalissimo sopra delineato un posto esclusivo è stato riservato agli strumenti professionali, che si sono arricchiti di numerosi orpelli tecnologici di ausilio all'arte e al lavoro.

Naturalmente, grazie soprattutto alle infinite possibilità derivanti dall'uso (e dall'abuso) di Internet, anche il mondo del diritto è stato investito da siffatta rivoluzione, la quale ha creato l'occasione per un ripensamento, per quanto più specificamente *infra* si dirà, del modo di redazione degli atti, delle metodologie di ricerca e di approfondimento anche scientifico,

[1] Non mancano, invero, ritrosie conservatrici che definiscono il progresso tecnologico generalizzato come una invasione indiscriminata.

e dell'articolazione del processo. Relativamente alla redazione degli atti, il personal computer è ormai divenuto imprescindibile; dal punto di vista della ricerca e dell'approfondimento, ai classici (e intramontabili) repertori cartacei si sono affiancate le banche dati e i portali di diffusione della cultura giuridica; l'articolazione del processo, oggi, trova un quasi totale svolgimento sulla piattaforma telematica.

Tuttavia non tutto (e non solo) quello che trova dimora in rete rappresenta, per ciò solo, conoscenza, dovendo invero essere individuati dei limiti che consentano di tracciare un confine tra quello che continua a essere autorevole e meritevole di segnalazione, e quello che non lo diventa soltanto per il fatto di essere pubblicato in rete.

Ritengo sommessamente che, per il mondo del diritto, il valore dell'autorevolezza esca indenne da qualunque sconvolgimento di settore, perché infinite sono le modalità di conservarlo.

Dalle superiori argomentazioni, quindi, si trae la conferma del fatto che la inconsapevolezza in ordine al progresso tecnologico e alle sue indefinibili potenzialità non può più essere di questo mondo, così come non può più essere attuale (apparendo, a tratti, quasi ingiustificabile) la superficiale interazione di molti operatori professionali con le diverse forme di intelligenza artificiale[2].

Ciò è altrettanto vero se solo si volge lo sguardo verso quanti, in passato, hanno speso tempo e dedizione sui temi della informatica[3], della informazione e della documentazione giuridica[4]; ritengo che un atteggiamento

[2] Tant'è che altri auspicano che la irresistibile ascesa dell'informatica giudiziaria veda tutti come consapevoli attori di un rinnovamento nella continuità costituzionale, piuttosto che come passivi spettatori di un immanente futuro che è già tra noi: così M. Sciacca, *Gli strumenti di efficienza del sistema giudiziario e l'incidenza della capacità organizzativa del giudice*, in «Riv. dir. proc.», 2007, p. 660.

[3] Sulla definizione di informatica giuridica v. C. Ciampi, *L'insegnamento dell'informatica giuridica («diritto e tecnologie dell'informazione e della comunicazione») nelle università italiane*, in *L'informatica giuridica oggi*, a cura di N. Palazzolo, ESI, Napoli 2007, p. 86, che la distacca dal diritto dell'informatica: a differenza della seconda, che studierebbe i problemi giuridici sollevati dalla rivoluzione tecnologica relativa al trattamento e alla diffusione dell'informazione, l'informatica giuridica approfondisce l'uso delle tecnologie informatiche e telematiche nel mondo del diritto; cfr. anche L. Bugiolacchi, A. Viola, *Il rapporto tra il diritto e le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Il diritto dell'informatica*, *ibid.*, p. 105. Per una disamina della storia della disciplina della informatica giuridica negli atenei universitari cfr. N. Palazzolo, *L'informatica giuridica nell'ordinamento universitario italiano*, *ibid.*, p 65; M. Losano, *Un corso universitario triennale di informatica giuridica*, in «Dir. informatica», 2006, p. 1047.

[4] Sulle nozioni generali di informazione e documentazione cfr. V. Novelli, *Problemi giuridici connessi all'accesso, all'informazione e alla documentazione*, in *Problemi giuridici*

approssimativo verso la macchina artificiale non possa (e non debba) essere accettata[5]: il confronto sistematico con il computer, si diceva, sarebbe diventato per il giurista un metodo di lavoro nuovo assai stimolante[6].

Siffatte argomentazioni, niente affatto profetiche, hanno il pregio di aver dipinto con chiarezza il quadro attuale del lavoro dell'operatore giuridico, in tutte le sue dimensioni professionali: «la conoscenza culturale e l'uso delle tecnologie, da una parte, la conoscenza dei problemi giuridici sollevati dalla loro applicazione in ogni campo dell'agire umano, dall'altra, certamente devono essere entrambi presenti nelle competenze del giurista informatico»[7].

2. Gli sforzi della classe forense nella materia della informatizzazione

Senza pretese di risalire ai primi timidi passi dell'uso della intelligenza artificiale nel mondo degli operatori giuridici[8], compito peraltro che non è del presente lavoro, appare di tutta evidenza come la giurisprudenza, la dottrina (sotto la forma della documentazione) e il processo, con il passare del tempo, da una parte, si siano adattati al costante progresso tecnologico, e, dall'altra, proprio di questo abbiano beneficiato.

dell'informatica nel MEC, a cura P. Galdieri, Giuffrè, Milano 1996, p. 103: per informazione si intenderebbe qualsiasi notizia idonea ad arricchire la conoscenza su uomini e cose; il termine documentazione, invece, alluderebbe al contenuto della notizia (informazione) e al contenitore, quando esso è costituito da un documento scritto.

[5] Addirittura perché già negli anni '90 si preconizzava che la diffusione dei programmi basati su linguaggi di quarta generazione avrebbe agevolato l'uso del personal computer da parte dei non specialisti, e avrebbe consentito agli operatori giuridici di inserirlo stabilmente accanto agli strumenti professionali tradizionali; in questo senso le colonne di M. Converso, *Giudice, «computer», sentenze*, in «Foro it.», 1990, I, coll. 693 ss., il quale poneva un ancora attualissimo quesito a proposito della possibilità di far simulare ad un elaboratore alcuni aspetti del ragionamento umano, che non fossero quelli di ordine logico e razionale.

[6] Per R. Borrusso, *La legge, il giudice, il computer. Un tema fondamentale dell'informatica giuridica*, in *Dalla giuritecnica all'informatica giuridica. Studi dedicati a Vittorio Frosini*, a cura di D.A. Limone, Giuffrè, Milano 1995, p. 11, il fatto che un computer potesse memorizzare e verificare la riconnessione di una premessa ad una conseguenza, avrebbe apportato sviluppi rivoluzionari nel campo del diritto.

[7] *Expressis verbis* G. Ciacci, P. Galdieri, *Gli sbocchi professionali dell'informatica giuridica*, in *Problemi giuridici dell'informatica nel MEC*, cit., p. 161. Sul ruolo del giurista informatico v. anche M. Losano, *La "giuscibernetica" dopo quattro decenni*, in «Dir. informatica», 2005, p. 727.

[8] In tema si rimanda, tra i tanti, a G. Cavallari, *L'informatica giudiziaria nella Corte suprema di Cassazione*, in «Foro it.», 1988, V, coll. 495 ss.; M. Converso, *Giudice, «computer», sentenze*, cit., col. 693, a proposito dell'utilizzo del programma 'Re-Mida'.

In primo luogo, e più di recente, la Corte Suprema, con lo scopo di rendere più agevoli e rapide le attività redazionali, di migliorare gli accessi alle banche dati, di ridurre i tempi per la ricerca e la selezione dei precedenti e per la loro utilizzazione nel corpo della motivazione, ha deciso di potenziare ulteriormente l'impiego della tecnologia, specie di quella informatica: in particolare, è stato posto allo studio la realizzazione di un apposito software, in grado di mettere a disposizione, in un'unica piattaforma di facile uso, tutti gli strumenti già in atto quotidianamente utilizzati nel lavoro dai magistrati per l'accesso a banche dati giuridiche e per la stesura dei provvedimenti[9]. Altresì, veniva perfezionato il sistema di ricerca delle banche dati di giurisprudenza, dottrina e legislazione, denominato Italgiureweb, accessibile da postazioni internet, con l'obiettivo di facilitarne la consultazione, e con caratteristiche più moderne e innovative rispetto ai precedenti. In questo senso, il processo di informatizzazione ancora *in itinere* non solo si pone in senso strumentale all'attività squisitamente materiale del magistrato, consentendogli di concentrare le sue energie sull'attività di *ius dicere* e di non disperderle in attività secondarie[10], ma assume la funzione ancillare di razionalizzazione di un diritto vivente svilito dall'uso e dall'abuso del rimedio di legittimità[11].

[9] Per queste argomentazioni cfr. V. Carbone, *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2009*, in «Giust. civ.», 2010, p. 335, che rileva come, già nel 2010, una delle realizzazione più importanti del Ced, inaugurata nell'anno 2005 e ulteriormente sviluppata e migliorata con l'apertura di nuove aree informative, fosse il sito internet <www.cortedicassazione.it> (ultimo accesso 29.02.2016), visitato da quasi dodici milioni di utenti, costituendo il veicolo di importanti informazioni sull'attività della Corte a favore del cittadino in generale, grazie anche al servizio curato dall'Ufficio del Massimario.

[10] Anche per F. Tommaseo, *Il nuovo formalismo digitale e il futuro del processo civile*, in A. Villecco, *Il processo civile telematico*, Wolters Kluver, Assago 2011, XI, l'informatica giuridica metadocumentaria con funzione decisionale ben può, anche nel quadro dell'attuale tecnologia, essere di ausilio all'attività di giudizio.

[11] Nella prospettiva della rivalutazione della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, e di un recupero del valore del precedente della stessa v. G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in «Foro it.», 2013, V, coll. 305 ss.; R. Rodorf, Stare decisis*: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, *id.*, 2006, V, coll. 279 ss. Grazie al lavoro dei massimatori e ai nuovi sistemi, è oggi possibile, una volta individuata la massima pertinente all'argomento di ricerca, ottenere direttamente l'insieme dei precedenti che esprimono gli orientamenti della Corte di Cassazione, modulando la richiesta e la risposta della banca dati (così S. Di Amato, *Il nuovo sistema d'informatica giuridica del centro elettronico di documentazione della Corte di Cassazione italiana*, in «Giust. civ.», 2004, p. 419.) Irrobustire le banche dati attraverso siffatta razionalizzazione potrebbe ovviare, poi, ai problemi derivanti dalla irreperibilità dei precedenti conformi a cui una motivazione *per relationem* potrebbe rinviare (sul tema v., tra i tanti, D. Dalfino, *La sentenza: contenuto e pubblicità*, in «Foro it.», 2009, V, coll. 274 ss.).

In secondo luogo, com'è stato segnalato in dottrina[12], con il fine del libero accesso alle fonti normative e giurisprudenziali, numerosi studi sono stati dedicati all'uso di sistemi ipertestuali nella documentazione giuridica automatica, che consente una fruizione dei testi giuridici più libera ed intuitiva rispetto alle modalità offerte dai tradizionali repertori e dalle riviste giuridiche: difatti, dopo un breve – ma intenso – utilizzo dei sistemi di informazione e documentazione off line[13], si è andata sviluppando la modalità di acquisizione dell'informazione on line (di cui *infra* 3), a sua volta distinta in quella disponibile indiscriminatamente e in quella ad accesso riservato[14].

In terzo luogo, l'impiego delle tecnologie informatiche e telematiche agevola a tutt'oggi (o per lo meno dovrebbe), nell'ambito del Processo Civile, il raggiungimento dell'obiettivo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, specialmente sotto il profilo della diminuzione della durata[15].

Sul punto, l'ultimo approdo (almeno fino a ora) dell'intreccio tra intelligenza artificiale e scienza giuridica è rappresentato dalla elaborazione e della attivazione del Processo Civile Telematico[16], rivoluzione copernicana che

[12] A. Contaldo, *La ricerca normativa e giurisprudenziale su internet: lo stato dell'arte per una rinnovata* infomation retrieval, in «Giur. mer.», 2002, p. 874.

[13] Caratterizzato dalla raccolta, su un supporto ottico (Compact Disc) di legislazione statale e regionale, di codici tradizionali, della versione digitalizzata di importanti e diffuse riviste giuridiche consultabili con sistema di ricerca *full text*.

[14] Nemmeno potrebbe sostenersi che tale tipo di raccolte presenterebbe il rischio di disincentivare l'operatore dalla lettura dell'intero documento, con l'effetto contrario della 'disinformazione' giuridica, perché, com'è stato giustamente sostenuto da P. Costanzo, La *circolazione dell'informazione giuridica digitalizzata: fenomenologia e profili problematici*, in «Dir. Informatica», 1999, p. 579, il progressivo diffondersi della cultura giuridico-informatica consentirebbe la percezione dell'esatto valore teorico e pratico dell'informazione giuridica informatizzata. Sui lati negativi della possibilità di accesso su internet diffuso e senza confini da parte di utenze non professionali v. F. Venturini, *L'informazione normativa in rete: limite e incongruenze della situazione italian*a, in «Riv. trim. dir. pubbl.», 2002, p. 971.

[15] Un esempio saliente delle potenzialità dei modi di risoluzione delle controversie integralmente telematici (*on line dispute resolution*, Odr), secondo B. Caponi, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2015, p. 305, sarebbe rappresentato dal procedimento gestito da Icann (l'organizzazione non governativa per il coordinamento delle banche dati di nomi e numeri di dominio web) per la risoluzione delle controversie scaturenti dal c.d. *cyber-squatting*, vale a dire la registrazione abusiva di un nome di dominio identico o simile ad un marchio con lo scopo di lucrare dalla rivendita del nome al titolare del marchio o a terzi.

[16] Anche sul tema si è assistito (e si assiste tuttora) ad una iperfetazione di studi, i quali, in fondo, hanno avuto il merito di far luce su molti dei chiari scuri non solo di carattere normativo, ma soprattutto di natura materiale; tra tutti, si vedano V. Di Giacomo, *Il*

ha profondamente inciso nelle menti, nell'*habitus* e nel lavoro di tutti gli operatori giuridici[17]. Dalla nuova forma del processo, com'è stato rilevato[18], derivano una serie di benefici, tanto per gli uffici giudiziari – in ragione della semplificazione della organizzazione del materiale cartaceo, della razionalizzazione e accelerazione dei tempi di notifica, della semplificazione nella organizzazione degli archivi, della migliore reperibilità di tutti gli eventi relativi a una causa e degli atti ad essa associati –, quanto per gli avvocati e per gli utenti della giustizia civile, viste la riduzione dei tempi per la consegna degli atti e per l'ottenimento delle copie, e la consultazione on line del fascicolo elettronico e dello stato della causa[19].

3. La diffusione in rete della cultura giuridica

Da quanto detto sopra si evince che gli orizzonti (chissà poi se ha senso parlare di orizzonti in quest'ambito) della informatizzazione sono rappresentati dallo sfruttamento del World Wide Web, che si inserisce, da una parte, quale struttura portante della piattaforma del Processo Telematico (e in mancanza del quale *tanquam non esset*), e, dall'altra, quale veicolo di accesso immediato alle fonti normative, ai precedenti giurisprudenziali e

nuovo processo civile telematico. Aggiornato al D.L. n. 132/2014. conv. con mod. in L. 10 novembre 2014, n. 162, Giuffrè, Milano 2015; Villecco, *Il processo civile telematico*, cit., *passim*; B. Brunelli, *Le prime (superabili) difficoltà di funzionamento del processo civile telematico*, in «Riv. trim dir. proc. civ.», 2015, p. 26; G. Costantino, *Rassegna di legislazione (1° gennaio-31 ottobre 2013)*, in «Riv. dir. proc. civ.», 2013, p. 1591; P. Liccardo, *Introduzione al processo civile telematico*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2000, p. 1165; A. Barale, *Il processo civile telematico di cognizione: uno sguardo sul futuro prossimo*, in «Corr. giur.», 2012, p. 285; F. Sarziana Di Sant'Ippolito, *Brevi considerazioni in margine al c.d. processo civile telematico*, *id.*, 2001, p. 1242; M. Sala, *Il processo civile telematico dopo il D.L. 90/2014*, in «Imm. & prop.», 2014, p. 652; G.G. Poli, *Profili teorico-pratici del deposito degli atti nel processo civile telematico*, in «Foro it.», 2014, V, col. 137.

[17] Che il processo civile telematico fosse in grado di determinare una rivoluzione nel settore della giustizia civile, correggendo talune distorsioni nella redazione degli atti processuali indotte dall'impiego di elaboratori elettronici e di programmi di videoscrittura, è circostanza affermata da Caponi, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, cit., p. 305; similmente anche F. Ferrari, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, in «Riv. dir. proc.», 2010, p. 1380.

[18] F. Buffa, *Al via il processo civile telematico: le nuove opportunità per gli avvocati*, in «Dir. dell'internet», 2005, p. 9.

[19] Naturalmente la buona riuscita del processo non può che presupporre uno grosso sforzo ad opera di tutta la classe forense; così anche A. Contaldo, M. Gorga, *Le regole del processo civile telematico anche alla luce della più recente disciplina del SICI*, in «Dir. dell'internet», 2008, p. 5.

alla letteratura giuridica tutta: la rete, difatti, favorisce la creazione e la circolazione, ormai, di numerosi dati giuridici, tanto è vero che l'operatore del diritto, grazie a siffatta potenzialità, ha accesso a network telematici sui quali sono di immediata disponibilità tutti i formanti del diritto[20].

Numerosi sono i portali on line che forniscono il rifugio per vere e proprie banche dati, in cui non solo sono raccolte e classificate le pronunce giurisprudenziali di merito e di legittimità, ma accolgono numerosi contributi dottrinali nei più disparati settori del diritto[21].

Questa nuova concezione della legge e del dato giuridico che circola incessantemente nella rete, qualificabile come *law on the web*, ciò nonostante, non va enfatizzata, perché le informazioni giuridiche presenti in rete si caratterizzano per la loro autoreferenzialità, essendo la rete medesima (e nessun altro) ad autenticare e a certificare il dato giuridico che accoglie, attribuendogli un crisma di attendibilità: in altri termini, ciò che si rinviene sulla rete acquista per i più (e per ciò solo) autorevolezza, almeno nella stessa misura di quello che proviene da altri mezzi di comunicazione più risalenti[22].

Al fondo, però, non è più così, in ragione della elaborazione di un criterio di certificazione e di attribuzione di valore scientifico a quei portali (e ai prodotti che vi risiedono) che nascono con l'intento sicuramente virtuoso di diffondere la cultura giuridica letteraria e giurisprudenziale. Ad eccezione, dunque, dei casi in cui il prestigio scientifico è dato direttamente dalla paternità accademica del contributo, a mio avviso dovrebbe parlarsi di autorevolezza soltanto in ordine a quei portali mediatici (e ai contenuti raccolti) che abbiano seguito dei precisi steps in fase di costituzione, e che constino, soprattutto, di un comitato di referaggio, chiamato a valutare la scientificità del contributo che aspira alla pubblicazione mediatica, e che, in ambito telematico, viene detto peer-review.

In primo luogo, al modo di una classica testata, oltre alla pianificazione

[20] Così anche P. Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, in «Dir. informatica», 2008, p. 771.

[21] Un discorso a parte meritano quelle risorse elettroniche italiane (Pluris o De Jure) e straniere (come Hein on Line, Lexis Nexis) che sono in grado di fornire ai loro utenti interi saggi in formato digitale in precedenza pubblicati unicamente sulle tradizionali riviste giuridiche, e la cui accessibilità, come detto *infra* 2, è condizionata alla concessione di una password e di un Internet Protocol address (IP) a pagamento.

[22] Le argomentazioni muovono dalle conclusioni di Sammarco, *Circolazione, contaminazione e armonizzazione nella disciplina delle nuove tecnologie della comunicazione*, cit., p. 771, secondo il quale si verserebbe in una sorta di neopositivizzazione del diritto, nel senso che ciò che è pubblicato sul web acquisterebbe rilevanza, e sarebbe degno di considerazione per la maggior parte degli utenti della rete.

progettuale della rivista informatica, è necessario inquadrarne la linea, le politiche editoriali e le figure apicali della struttura: direttore responsabile, vicedirettori, comitato scientifico, revisori e segreteria di redazione[23]. Il secondo passo è rappresentato dall'iscrizione del direttore responsabile nell'elenco speciale dei 'Direttori Responsabili di periodici a carattere tecnico, professionale o scientifico' dell'Ordine dei Giornalisti.

La gestione e l'amministrazione del periodico elettronico sono facilitate, poi, dall'utilizzo di un software Open Journal System[24], che consente di visualizzare il periodico tramite un'interfaccia web e, grazie alla compatibilità OAI-PMH[25], ne garantisce un'ampia visibilità in rete, e un elevato livello di *ranking* dei risultati nei principali motori di ricerca; altresì consente la gestione dell'accesso al materiale pubblicato, al flusso redazionale e alle interfacce per la manutenzione del sito, e svolge in forma automatizzata il processo di peer-review[26].

A mio avviso, il passaggio obbligato è caratterizzato dall'assegnazione dell'ISSN (International Serials Numbers), ad opera, per l'Italia, del Centro Nazionale ISSN, che definisce univocamente una pubblicazione o la rivista elettronica in rete: queste, difatti, potranno cambiare editore, luogo di pubblicazione, periodicità, potranno essere citate in maniera diversa, ma lo stesso codice ISSN le identificherà in modo inequivocabile[27].

[23] Non condivido le opinioni di quanti ritengono imprescindibile la presenza di una fitta e solidale rete di relazioni con ricercatori di fama e di valore scientifico che assicurino prodotti di rilievo, perché se è vero che ciò, in fase embrionale, potrebbe rappresentare un valore aggiunto, è altrettanto vero che molte delle attuali e autorevoli riviste di informazione giuridica on line hanno fatto il loro ingresso timidamente, con l'unico fine di mettere a disposizione quel formante giurisprudenziale magari non preso in considerazione dai colossi editoriali a pagamento. In queste situazioni, difatti, è accaduto esattamente il contrario: tali portali hanno subito una espansione sia in termini di numero di segnalazioni giurisprudenziali, sia in relazione alla richiesta di pubblicazione di contributi di dottrina, soprattutto in ragione della assenza di limiti (ad esempio di cartelle) che un progetto editoriale cartaceo non può, naturalmente, garantire.

[24] Sviluppato dalla Public Knowledge Project, solo nel 2015 sono state registrate oltre 32.000 richieste di utilizzo del OJS Journal [cfr. <https://pkp.sfu.ca/ojs/ojs-usage/> (ultimo accesso 29.02.2016)].

[25] L'*Open Archives Initiative Protocol for Metadata Harvesting* è un protocollo sviluppato dall'*Open Archives Initiative* come infrastruttura di comunicazione per l'*Open access*, ed è utilizzato per raccogliere i metadati dei documenti in archivio affinché i servizi possano essere costruiti utilizzando metadati da più archivi; per delle maggiori specificazioni v. <http://www.openarchives.org/OAI/openarchivesprotocol.html> (ultimo accesso 29.02.2016).

[26] Il processo di peer-review sostanzia una forma di controllo della qualità scientifica grazie al quale gli autori dell'opera si sottopongono alla valutazione di altri esponenti autorevoli della stessa disciplina.

[27] Per poter identificare correttamente una pubblicazione in serie devono essere riscontrabili su

Al termine di questa procedura, il contributo fondamentale alla diffusione dei contenuti delle riviste on line e all'aumento del loro prestigio è dato dalla 'indicizzazione del portale', vale a dire quella operazione con la quale un motore di ricerca, analizzando e archiviando i metadati, trasmette i risultati nella sua pagina di ricerca. In mancanza di una indicizzazione, dunque, un portale non compare nel risultato di ricerca, pure a fronte di contenuti di altissimo livello scientifico. Ad oggi, secondo me, le più diffuse *directories* sulle quali è possibile segnalare l'esistenza di una rivista on line sono rappresentante dalla Directory of Open Access Journals, che indicizza quasi 10.000 periodici, da Google Scholar, che incorpora una grande varietà di documenti, e dal Catalogo italiano dei periodici, che contiene le descrizioni bibliografiche delle pubblicazioni periodiche possedute da biblioteche dislocate su tutto il territorio nazionale e dei periodici on line in tutti i settori disciplinari.

Non rimane, quindi, che circondarsi di un nutrito gruppo di collaboratori armati dello spirito e della passione per la ricerca scientifica.

4. Conclusioni

Si vede bene come, in chiusura, l'incedere senza sosta e la continua evoluzione delle intelligenze artificiali abbiano sconvolto il modo d'essere e d'intendere la postazione professionale dell'operatore giuridico, il quale è oggi chiamato a interagire con le nuove frontiere dell'informatizzazione della scienza giuridica, nelle forme dell'informatica, della informazione e della documentazione; una evoluzione che, lontana dall'essere esclusivamente di carattere 'materiale', sollecitata dalla elaborazione e dalla introduzione del processo civile telematico, ha valicato perfino i confini teorici delle discipline giuridiche, ed il pensiero corre verso la teorica del nuovo

di essa i seguenti dati bibliografici identificativi (si ricorda, inoltre, che specifiche 'Indicazioni obbligatorie sugli stampati' per le pubblicazioni periodiche sono previste nella L. 47, 08 febbraio 1948, art. 2): titolo identificativo del periodico o della collana, costante in tutte le uscite; luogo di pubblicazione (cioè: sede dell'editore); denominazione di editore o di responsabile intellettuale; data di pubblicazione; periodicità o cadenza di aggiornamento, oppure indicazione di numerazione in sequenza, o datazione progressiva delle singole uscite. I dati devono essere riscontrabili sulla pubblicazione effettiva (quella per il cui titolo viene richiesto il codice ISSN), e non soltanto sulle componenti editoriali aggiuntive come sovracoperta, fascetta o fogli/locandine pubblicitarie, cartonato, busta, ecc. Queste e altre informazioni sono liberamente consultabili su <http://bice.cnr.it/centro-issn/richiesta-codice-issn> (ultimo accesso 29.02.2016).

formalismo digitale[28], verso la presunta perdita di significato della classica distinzione tra originale e copia con riferimento ai documenti informatici[29], o verso la solo virtuale modifica del significato di scopo dell'atto processuale[30], tematiche tutte afferenti, s'intende, al diritto processuale civile.

Si è detto che attualmente la tecnologia permette l'accesso a tutte le fonti normative dell'ordinamento, al formante giurisprudenziale e alla letteratura giuridica; si è altresì fatto cenno agli sforzi di adattamento della classe forense alle nuove perfomance indotte dall'uso del personal computer; infine, si è avvertito il bisogno di delineare una delle infinite possibilità che il World Wide Web mette a disposizione con il fine di diffondere la cultura giuridica.

Il punto di arrivo, naturalmente, è ignoto, e non sta al giurista teorizzarlo, potendo quest'ultimo soltanto sedersi al tavolo di confronto con i tecnici, al fine di tracciare quei sentieri grazie ai quali individuare in che senso e in che modo la tecnologia possa porsi in senso strumentale alla razionalizzazione del diritto sia quale scienza, sia quale metodo, sostanziale o processuale che sia.

[28] Prima dei correttivi apportati in proposito dall'art. 51, d.l. n. 90 del 2014, una parte della dottrina aveva correttamente segnalato il problema in ordine al momento perfezionativo del deposito telematico degli atti (v. B. Brunelli, *Le prime (superabili) difficoltà di funzionamento del processo civile telematico*, cit., 26): una parte della giurisprudenza [Trib. Roma 9 giugno 2014, in <http://www.ilcaso.it> (ultimo accesso 29.02.2016)] aveva ritenuto tempestivo il deposito telematico di una comparsa conclusionale la cui ricevuta di consegna fosse stata generata dopo le ore 14 del giorno di scadenza, evidenziando come la normativa primaria, costituita dall'art. 16-*bis*, comma settimo, d.l. n. 179 del 2012, indicasse il momento in cui il deposito si aveva per avvenuto, senza fare espresso riferimento a limiti di orari, imposti invece dal disposto, di rango secondario, dell'art. 13, comma terzo, d.m. n. 44 del 2011, secondo cui, quando la ricevuta di consegna fosse rilasciata dopo le ore 14, il deposito andasse considerato effettuato il giorno feriale immediatamente successivo. In giurisprudenza v. pure Trib. Trani 31 ottobre 2014, Trib. Vercelli 4 agosto 2014, Trib. Livorno 25 luglio 2014, Trib. Roma 13 luglio 2014, tutti in «Giur. it.», 2015, p. 867, con nota di G.G. Poli, *Sulle (nuove forme di) nullità degli atti processuali del processo telematico*.

[29] Secondo P. Comoglio, *Processo civile telematico e codice di rito. Problemi di compatibilità e suggestioni evolutive*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2015, p. 953, l'impossibilità di distinguere fisicamente l'originale dalla copia rischia di rendere ormai residuali anche adempimenti formali tradizionali, quali, ad esempio, quelli relativi alla apposizione della formula esecutiva.

[30] L'unicità degli standard tecnici, stabiliti a pena della praticabilità del processo civile telematico, costituendo strumenti senza i quali non sarebbe neppure concepibile lo svolgimento della procedura in forma telematica, pare avrebbero inciso, infatti, anche sullo scopo dell'atto processuale, da intendersi non solo (e non più) quello di significare alle altre parti del processo e al giudice i propri intendimenti o rappresentazioni, bensì anche quello di inserirsi efficacemente in una sequenza intrinsecamente assoggettata alle regole tecniche che impongono l'adozione di particolari formati in luogo di altri; in tema, cfr. V. Amendolagine, *I primi orientamenti giurisprudenziali sul processo civile telematico*, in «Corr. giur.», 2015, p. 694.

Vero è che siamo ancora lontani dalla possibilità, già negata in passato[31], a che sia il personal computer ad applicare automaticamente la legge, ma nulla, al giorno d'oggi, è da escludere, non fosse altro perché un secolo fa, quando l'innovazione e l'avanguardismo erano in verità rappresentati dai proclami della oralità, della concentrazione e della immediatezza di chiovendiana memoria, nessuno, credo, avrebbe mai avuto l'ardire di pensare che grazie a una macchina (e in una macchina) si sarebbe svolto il processo civile nella sua (quasi) interezza.

Abstract

Il presente scritto, naturalmente senza pretesa alcuna di completezza e con taglio sintetico, indaga l'influenza della tecnologia sulle professioni forensi e sulle discipline giuridiche civilistiche sostanziali e processuali, con particolare riferimento, da una parte, alla diffusione esponenziale della cultura legale in rete, e, dall'altra, ai timori causati dalla deriva autoreferenziale e non autorevole del dato giuridico.

[31] Per la verità, come correttamente rilevato da Borrusso, *La legge, il giudice, il computer*, cit., pp. 35 e 54, gli ostacoli alla applicazione automatica della legge da parte del personal computer, ancora oggi, vanno riferiti all'esistenza dei giudizi di valore e del senso della giustizia, di cui un calcolatore all'evidenza non pare essere dotato.

Giuseppe Leonardo Carriero

Il problematico assetto delle fonti normative finanziarie

SOMMARIO: 1. Dalla 'fonte' alle 'fonti' – 2. Spunti diacronici – 3. (*Segue*): il nuovo diritto europeo – 4. Il 'dilemma del prigioniero' – 5. I principali effetti

1. Dalla 'fonte' alle 'fonti'

I continui, tumultuosi mutamenti che attraversano la società post-moderna anche per il tramite di nuovi assetti disciplinari del diritto dell'economia si sono esponenzialmente amplificati dopo la crisi dei mercati finanziari (divenuta, nel corso degli anni, oramai senza aggettivi) soprattutto a causa di una finanza «geneticamente modificata»[1] che è difficile regolare tanto in ragione della sua vocazione strutturalmente metanazionale quanto dell'indeterminatezza in ordine all'ambito soggettivo (i prestatori dei diversi servizi) e oggettivo (i prodotti) di riferimento. Ciò ha determinato, determina, insieme al pluralismo delle fonti di produzione delle norme giuridiche derivante dal concorso di plurimi emittenti, la difficoltà di individuare le relative intersezioni e le categorie ordinanti (un tempo era, con linguaggio ora forse obsoleto, la 'gerarchia delle fonti') ma, prima ancora, il loro censimento e lo stesso reperimento. Entrare infatti «nella giungla della nuova regolamentazione è compito arduo per gli stessi che dovrebbero osservarla»[2], scontando spesso (a monte) la complessità dei prodotti negoziati che talora (la mente corre agli strumenti finanziari 'derivati') sfugge al controllo degli stessi offerenti, essendo tali prodotti (a tacer d'altro) «rappresentati da contratti che non costituiscono solo strumenti di circolazione della ricchezza ma addirittura tecniche virtuali di creazione del bene giuridico di riferimento, configurandosi il contratto derivato stesso come bene giuridico»[3].

[1] L'espressione appartiene a G. NARDOZZI, *Il mondo alla rovescia*, il Mulino, Bologna 2015, p. 9.
[2] Ancora *ibid.*, p. 110.
[3] Così nel mio *La crisi dei mercati finanziari: disorganici appunti di un giurista*, in «Dir.

Eppure, il lemma 'fonti' ben avrebbe potuto declinarsi al singolare fino ad appena cinque lustri or sono. Fatte salve, da un lato, la disciplina generale del codice civile in tema di contratti bancari e, dall'altro, le prime scarne disposizioni di diritto dei valori mobiliari (contenute nella l. n. 216/1974 istitutiva della Consob) e di diritto delle assicurazioni (contemplate principalmente nella l. n. 20/1991 ampliativa dei poteri dell'Isvap e nel c.d. 'decreto Cassese' di cui al d.p.r. n. 385/1994), la sola, compiuta fonte del diritto degli intermediari e dei mercati era rappresentata dalla mitica 'legge bancaria' del '36, sintesi verbale dell'insieme dei provvedimenti che, a partire dal r.d.l. 12 marzo 1936, n. 375, introducono nell'ordinamento «disposizioni per la difesa del risparmio e per la disciplina della funzione creditizia». Nata per porre rimedio (principalmente attraverso la separazione tra credito ordinario e credito speciale) alla crisi della banca mista e per arginare pericolosi e risalenti problemi di stabilità del sistema finanziario, quella legge e il corrispondente assetto di governo del credito hanno imperato per oltre cinquant'anni. Ancora nella prima metà degli anni Ottanta del secolo trascorso, la dottrina ne predicava la idoneità a soddisfare le mutevoli esigenze tecniche e politiche che le profonde trasformazioni economiche avevano prodotto, nonché la capacità a gestire soddisfacentemente crisi anche gravi di intermediari e ad impedirne la propagazione[4]. Merito, si diceva, delle sottese caratteristiche di 'flessibilità' (ovvero di astratta adattabilità a diversi modelli di sistema bancario) e di 'tecnicismo' (nella duplice accezione di specificità sia delle regole che dell'affidamento della funzione di supervisione ad un organo tecnico e non politico). Soprattutto, aggiungo, merito del fatto che la legge bancaria era avara di principi e di spunti teleologici, essendo impostata secondo un'articolazione per poteri piuttosto che espressamente per funzioni; ciò che, *mutatis mutandis*, ha nel tempo consentito all'autorità amministrativa il suo impiego in contesti economici e per finalità di supervisione del tutto differenti rispetto a quelli che l'avevano originata. L'impiego della riserva

banc.», 2009, p. 197 e in *Scritti di diritto dell'economia*, Giuffrè, Milano 2010, p. 329. Relativamente a questo profilo, v. anche le magistrali considerazioni di P. Ferro-Luzzi, *Attività e "prodotti finanziari"*, in «Riv. dir. civ.», 2010, I, p. 134. Valutazioni critiche più strutturali in G. Di Gaspare, *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria*, CEDAM, Padova 2011, soprattutto pp. 157 ss.

[4] V., per tutti, F. Carbonetti, *I cinquant'anni della legge bancaria*, in Banca d'Italia, «Quaderni di ricerca giuridica», n. 10, 1986, pp. 13 ss.; in precedenza, G. Ferri, *La validità attuale della legge bancaria*, in «Riv. dir. comm.», 1974, I, pp. 129 ss. In termini dubitativi S. Cassese, *È ancora attuale la legge bancaria del 1936?*, in «Bancaria», 1985, pp. 281 ss. e G. Minervini, *La legge bancaria verso il tramonto?*, in «Banche e banchieri», 1984, pp. 633 ss.

obbligatoria per soddisfare esigenze di politica monetaria ne ha rappresentato la più eloquente testimonianza. L'archetipo teorico di riferimento era costituito dalla discrezionalità (amministrativa o tecnica non è qui il caso di dire) assegnata all'autorità di supervisione per il perseguimento dei fini indicati dall'art. 47, Cost., ora decisamente meno incisiva in ragione della c.d. 'democrazia procedimentale' che caratterizza l'*agere* delle autorità di settore. Appare tuttavia evidente, con riguardo alle differenti variabili in gioco, che altro è il sindacato di concrete fattispecie negoziali o comportamentali con riferimento ai divieti generali contenuti nelle leggi o nella normazione secondaria di riferimento (venendo nel caso di specie in rilievo un mero giudizio di legittimità/illegittimità dell'atto o della condotta), altro è effettuare un accertamento diagnostico sulla solidità patrimoniale dell'intermediario a fini di eventuali interventi di rigore, attività codesta basata su un giudizio probabilistico che evoca le ben note difficoltà di valutare *ex ante* la ricorrenza o no dei presupposti (incerti nella loro stessa identificazione) dell'insolvenza dell'impresa. La questione è naturalmente complessa, venendo in gioco il bilanciamento di contrapposti interessi pubblici. Basti averla qui evocata al dichiarato scopo di dar conto delle diverse linee di *policy* perseguite nel tempo dal legislatore per far fronte ad altrettanto diverse sensibilità socio-economiche rinviando, per più meditati approfondimenti sul tema, ad analisi altrove svolte[5]. Non senza peraltro aver ricordato che, a fronte di una «discrezionalità dei supervisori […] amputata, nel mondo, negli ultimi anni», è diffusa ora l'esigenza dell'unire «a buone regole generali una discrezionalità tecnica delle banche centrali e dei supervisori che sia protetta dalle norme giuridiche e confortata dalla politica, dall'opinione pubblica, dagli stessi operatori della finanza»[6].

2. Spunti diacronici

Le modifiche che si succedono a partire dai primi anni Novanta sono principalmente ascrivibili a fonte di diritto sovranazionale: dipendono infatti dal diritto (allora) comunitario, dalle tecniche di armonizzazione minima e di mutuo riconoscimento introdotte dalle leggi-ponte rispettivamente relative alla libertà d'insediamento degli enti creditizi (d.lgs. 14 dicembre

[5] Rinvio perciò al mio *Discrezionalità amministrativa e mercati finanziari*, in «Dir. banc.», 2012, I, pp. 229 ss.

[6] P. Ciocca, *Nuove prospettive del diritto bancario e dell'intermediazione finanziaria* (Atti del convegno), in «Ec. e dir. del terziario», 2011, p. 365. In argomento v., più in generale, dello stesso autore, *La banca che ci manca*, Donzelli Editore, Roma 2014, soprattutto pp. 99 ss.

1992, n. 241, attuativo della direttiva 98/646/Cee) e alla libera prestazione dei servizi finanziari (d. lgs. 23 luglio 1996, n. 415, attuativo della direttiva 93/22/Cee). Quelle leggi erano state precedute, nei riferiti comparti, dal d.p.r. 27 giugno 1985, n. 350 che (in attuazione di una prima direttiva di coordinamento) aveva sancito il carattere imprenditoriale dell'attività bancaria (peraltro già scolpito nell'art. 2195, cod. civ.) ma, soprattutto, subordinato l'autorizzazione al possesso di requisiti soggettivi e oggettivi; nel mercato mobiliare, dalla l. 1° gennaio 1991, n. 1, istitutiva delle società di intermediazione mobiliare (c.d. Sim). I testi unici del credito (d.lgs. 1° settembre 1993, n. 385), della finanza (d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58) e, più tardi, il codice delle assicurazioni private (d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209) traggono spunto dall'attuazione delle direttive settoriali per procedere a una revisione organica delle sottese discipline al fine di un più generale ammodernamento del diritto dell'economia dei mercati bancario, finanziario, assicurativo. In questa prima fase rimane, risulta forse addirittura rafforzato il principio della discrezionalità che ispira l'azione delle autorità di supervisione dei relativi settori. In particolare, attraverso il diffuso impiego della clausola di 'sana e prudente gestione', avrebbe potuto apparentemente concludersi per una sostanziale riconferma del previgente assetto disciplinare[7]. Che una tale conclusione apparisse superficiale (oltre che frettolosa) era tuttavia confermato: *i*) dagli impegni comunitari che costituivano, a un tempo, genesi e limite della disciplina domestica non tollerando, in particolare, posticce o simulate riproposizioni di 'esigenze economiche di mercato'; *ii*) dall'inserimento, nel Tub, di un intero Titolo VI rubricato alla 'trasparenza delle condizioni contrattuali' e così alla cura di un profilo (quello della tutela della clientela) ignoto alla fenomenologia dell'intervento pubblico sul credito sottostante alla previgente legge del '36, pure a fronte di una disposizione [art. 32, lett. *b*) e *c*)] astrattamente idonea a legittimare prescrizioni vincolanti in materia di fissazione di tassi e provvigioni; *iii*) dalla espressa codificazione degli obiettivi della vigilanza (portata, rispettivamente, dagli artt. 5 del Tub e Tuf e dall'art. 3 del codice delle assicurazioni private), la quale rappresenta il bilanciamento legislativo dell'ampia delegificazione degli strumenti a disposizione delle autorità. Né, sotto più generali profili, può essere omesso di ricordare che l'ampia discrezionalità confermata, in specie, in capo all'organo di supervisione bancaria risultava funzionale ai modi, alle forme, alle tecniche attraverso i quali possono efficacemente perseguirsi i delicati obiettivi cui quello risulta preposto. Competeva infatti alla Banca d'Italia «rinsaldare

[7] V., in particolare, il noto (e fortunato) saggio di G. Minervini, *Il vino vecchio negli otri nuovi*, in *La nuova legge bancaria. Prime riflessioni sul testo unico in materia bancaria e creditizia*, a cura di M. Rispoli Farina, Jovene, Napoli 1985, p. 11.

la solidità sistemica dell'industria finanziaria, promovendo la concorrenza e l'efficienza all'interno di essa [...]; nella prevenzione e risoluzione delle crisi, sceverare l'illiquidità dall'insolvenza; evitare che intermediari solo illiquidi ma solvibili soccombano; assicurare l'*exit* degli operatori inefficienti e insolventi; impedire, con il minor costo in termini di *moral hazard*, che le difficoltà dei singoli operatori si estendano per contagio all'intero sistema, sino a minare il valore della moneta e la fiducia in essa»[8].

*3. (*Segue*): il nuovo diritto europeo*

A fronte dell'ultracinquantennale stabilità e immutabilità della vecchia legge del '36, il Testo unico bancario ha formato oggetto di continui interventi additivi, modificativi, correttivi. In un risalente saggio del 2003 ne indicavo (in meno di dieci anni dalla sua vigenza) partitamente nove[9], che diventano trentanove nel più recente censimento di uno tra i più autorevoli conoscitori della materia al compimento dei vent'anni dall'entrata in vigore[10], ai quali ora almeno aggiungere (oltre a interventi marginali) le ulteriori, importanti modifiche portate dalla riforma delle banche popolari (di cui al d.l. n. 3/2015 convertito dalla l. n. 33/2015), dal d.lgs. n. 72/2015 di attuazione della direttiva n. 2013/36/Ue, dalla prossima entrata in vigore della legge di delegazione europea 2015 con l'attuazione della direttiva 2014/59 sulle crisi bancarie (e la introduzione del noto *bail-in*). Le modifiche hanno profondamente inciso sull'originaria struttura del testo normativo in punto di controlli, di morfologia dei soggetti abilitati a operare nel settore creditizio e dei pagamenti (pensiamo solo agli intermediari finanziari, agli istituti di pagamento e di moneta elettronica) e di contenuti delle relative attività, di trasparenza bancaria, ora divenuta plurale per articolarsi, al suo interno, in tre distinte discipline relative, rispettivamente, alle operazioni e ai servizi bancari (Capo I, Titolo VI, artt. 115 ss.); al credito ai consumatori (capo II, artt. 121 ss.); ai servizi di pagamento (Capo II-*bis*, artt. 126-*bis* ss.). Non mancano naturalmente intersezioni e rinvii, ma trattasi di discipline strutturalmente e funzional-

[8] Negli indicati termini P. Ciocca, *La nuova finanza in Italia. Una difficile metamorfosi (1980-2000)*, Bollati Boringhieri, Torino 2000, p. 174.
[9] V. il mio *Fonti ed effetti del diritto della banca e dei mercati finanziari*, in *Diritto privato europeo*, a cura di G. Alpa e R. Danovi, Giuffrè, Milano 2004, p. 327.
[10] R. Costi, *Il testo unico bancario, oggi*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria: tecniche normative e allocazioni di poteri*, in Banca d'Italia, «Quaderni di ricerca giuridica», n. 75, 2014, p. 42.

mente diverse tra loro tanto soggettivamente (la prima è a soggetto indifferente; la seconda protegge il consumatore; la terza contiene prescrizioni vincolanti nei confronti dei soli consumatori e delle 'micro-imprese') quanto oggettivamente (si pensi solo alla diversa portata dello *jus variandi* nei contratti aventi a oggetto strumenti di pagamento)[11]. Mutano, a ben vedere (arricchendosi, per un verso, riducendosi per l'altro) gli stessi obiettivi della vigilanza, estesi alla «trasparenza delle condizioni contrattuali e alla correttezza dei rapporti con la clientela» ma ridefiniti, almeno quanto a stabilità dei soggetti bancari, dalla vigilanza unica europea.

Non quantitativamente dissimili sono stati gli interventi sul Testo unico della finanza, mentre il codice delle assicurazioni private (oggetto di minori modifiche normative anche in ragione della sua più giovane età) è stato profondamente riformato, quanto all'assetto di supervisione, dalla nota l. 7 agosto 2012, n. 135 (istitutiva dell'Ivass) e, più di recente, dal d.lgs. n. 74/2015 di attuazione della direttiva 2009/138/Ce (c.d. 'solvibilità II').

La causa, come prima si ricordava, risiede nell'evoluzione della disciplina europea che regola il diritto dei mercati finanziari e, in particolare, nell'accelerazione impressa alle modifiche normative dalla crisi post-Lemhan. Questa, oltre all'effetto indotto di continui, spesso radicali, mutamenti nei contenuti delle norme (testi unici e codici di settore) vigenti all'interno degli Stati nazionali (al punto da revocare in dubbio completezza e razionalizzazione delle raccolte normative), incide sulla stessa superfetazione degli emittenti e sul conseguente reciproco concorso nella produzione di regole giuridicamente vincolanti. È appena il caso di ricordare che, con la istituzione del Sistema europeo di vigilanza finanziaria (c.d. Sevif) introdotta da quattro regolamenti UE del 2010 (1092-1095/2010) vengono creati un organismo di vigilanza c.d. 'macroprudenziale' (basata sulla BCE e sul sistema europeo di banche centrali, Sebc) che ha lo scopo di individuare preventivamente i fattori di rischio sistemico per fornire i relativi elementi di valutazione alle autorità nazionali ed europee e tre organismi di vigilanza c.d. 'microprudenziale' (bancaria, mobiliare, assicurativa, con i noti acronimi di Eba, Esma, Eiopa), incaricati del coordinamento delle relative vigilanze nazionali[12]. A ciò

[11] *Funditus* nel mio *Vigilanza bancaria e tutela del consumatore: obiettivi e strumenti*, in «Dir. banc.», 2013, p. 590.

[12] Preziosi riferimenti normativi e sistematici in M. Mancini, *Dalla vigilanza nazionale armonizzata alla Banking Union*, in Banca d'Italia, «Quaderni di ricerca giuridica», n. 73, 2013. V. inoltre i contributi di F. Merusi, *Il ruolo della BCE nella vigilanza bancaria*, I, 15; di A. Guccione, F. Vella, *La vigilanza europea*, II, 679; di G. Ferrarini, L. Chiarella, *Il governo della vigilanza europea*, II, 269; di R. Lener, *The revision of the supervision of*

segue la più recente creazione dell'Unione bancaria europea, fondata sui tre pilastri del c.d. 'meccanismo unico di vigilanza' (regolamento UE n. 1024/2013); del 'meccanismo di risoluzione unico' (regolamento UE n. 806/2014); del sistema unico di garanzia dei depositanti (ancora da definire nel dettaglio)[13]. Il sistema (*pardon*, il 'meccanismo') di produzione delle fonti del relativo diritto risulta perciò articolato in fonti primarie (regolamento UE n. 585/2013; direttiva 2013/36 e direttiva 2014/59) e fonti sub-primarie (standard Eba adottati dalla Commissione europea), alle quali si aggiungono le linee guida Eba alle autorità di supervisione nazionali e le disposizioni della Bce. Completano il quadro le disposizioni delle autorità creditizie nazionali, sempre più numerose e complesse. Menziono solo, esemplificativamente, che a fronte delle ricordate tre discipline di trasparenza bancaria del testo unico, ricorrono tre insiemi normativi sub-primari approntati dalla Banca d'Italia in attuazione delle disposizioni corrispondenti.

Morale spiccia: la complessa e farraginosa architettura del nuovo 'meccanismo' di *governance* bancaria determina, insieme alla moltiplicazione dei 'pani e dei pesci' (qui nel senso di norme e autorità), incompiute esigenze di effettivo (non solo nominalistico) coordinamento delle competenze e delle relative azioni di regolamento di confini. Sia sufficiente ricordare che, a seguito dell'introdotto 'meccanismo' di vigilanza unico europeo e dell'Unione bancaria europea, rimane immutata la norma di diritto interno sulle finalità della vigilanza bancaria mentre cambia (pure in assenza di una similare ridefinizione degli assetti assicurativi europei) quella sulla vigilanza assicurativa, ora incentrata sul principale scopo della «adeguata protezione degli assicurati e degli aventi diritto alle prestazioni assicurative» (art. 3 cap a seguito delle modifiche di cui al ricordato d.lgs. n. 74/2015). Risulta, del pari (e anacronisticamente), ancora in vita il Comitato interministeriale per il credito e il risparmio tra le 'autorità creditizie'.

Non si può, da ultimo, omettere di ricordare l'altrettanto imponente e rilevante reticolo normativo rappresentato – nel settore di riferimento – dalle fonti di autodisciplina e dalla c.d. *soft law.* Diritto 'mite' solo nella corrente accezione semantica del termine, atteso che le innovazioni prospettate in importanti consessi sovranazionali, quali il Comitato per

professional operating in the banking, financial and insurance sector in the context of the financial market crisis, II, 693, in *Scritti per Franco Belli*, a cura di A. Brozzetti *et al.*, Pacini Editore, Pisa 2014.

[13] Cfr., sul punto, la utile ricostruzione di M. Paglierini, G. Sciascia, *Prevenzione e gestione armonizzata delle crisi bancarie nell'Unione europea. Uno sguardo d'insieme*, in «Le Società», 2015, pp. 986 ss.

la vigilanza bancaria presso la Banca dei regolamenti internazionali (Bri), determinano poi l'adozione di vere e proprie norme di diritto europeo (es. i noti standard internazionali di vigilanza prudenziale e di solvibilità, non a caso noti come 'Basilea' I, II, e III).

4. Il 'dilemma del prigioniero'

Queste leggi nuove, questo inedito coacervo di discipline rivenienti da una pluralità di emittenti, pubblici e privati, rappresentano il riflesso di una società sempre più complessa nelle sue principali variabili economiche e, soprattutto, finanziarie. Sono, in Europa, aggravate dall'assenza di un disegno istituzionale organico; dalla mancanza di una unione politica; di una comune e condivisa carta costituzionale. La linea di tendenza è tuttavia comune anche sull'altra sponda dell'atlantico: la nota legge Dodd-Frank del 21 luglio 2010 di riforma del sistema finanziario U.S.A. è infatti un provvedimento mastodontico che si compone di 1.506 articoli, compendiati in 848 pagine, che richiede circa 400 regolamenti di attuazione (dei quali emanati poco più della metà dopo quattro anni).

Al pluralismo delle fonti si accompagna, come si è avuto modo di osservare, un continuo, magmatico, impetuoso mutamento delle leggi che governano il mercato finanziario. Ciò inevitabilmente incide sul più rilevante indice di certezza del diritto o, quanto meno, di prevedibilità delle conseguenze giuridiche dei comportamenti. Incide sulla stabilità delle leggi. Ora, è noto che la efficacia, soprattutto la effettività della legge a fini di regolazione del diritto dell'impresa e dei contratti del mercato finanziario postula che la norma primaria, la cornice, sia caratterizzata da un elevato tasso di stabilità. La teoria, tanto economica quanto giuridica, segnala quali «tratti caratteristici delle regole essenziali che governano e strutturano i mercati […] quelli della stabilità e dell'inderogabilità. L'essere le norme in esame di lunga durata costituisce la condizione fondamentale che assicura certezza ai soggetti coinvolti negli scambi anche in termini di prevedibilità circa le aspettative risposte nell'attività negoziale nonché le conseguenze legate alla violazione delle medesime regole. Al tempo stesso, la non modificabilità di tali norme di ordine pubblico economico […] preserva l'uniforme regolamentazione di tutte le operazioni che si svolgono nel mercato»[14]. La stabilità della legge è perciò

[14] Così A. Jannarelli, *La disciplina dell'atto e dell'attività: contratti tra imprese e consumatori*, in *Diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, CEDAM, Padova 1997, p. 497.

un valore, una precondizione della sua effettività. L'osservanza diffusa e durevole delle regole di condotta preserva non solo gli usi, ma anche la legge dalla desuetudine. È valore sommo che consente alle stesse autorità di supervisione di perseguire con autorevolezza, con l'autorevolezza che loro deriva dall'agire in una cornice normativa nota, certa e condivisa, gli obiettivi della vigilanza, tra i quali per primo quello di un'altra stabilità; la stabilità del sistema finanziario. In siffatta guisa, la delegificazione (ovvero l'affidamento alla normazione secondaria del compito di provvedere all'ammodernamento della disciplina regolamentare al fine di dominare l'impetuoso cambiamento della sottostante realtà economica e fenomenica) postula, presuppone che la norma primaria, la cornice, sia caratterizzata da un elevato tasso di conoscibilità, accessibilità (donde la tecnica di testi unici normativi e codici di settore) e, appunto, stabilità. Le vicende recenti, sopra sommariamente descritte, procedono nell'opposta direzione del labirinto normativo per il tramite di una opaca (ri)allocazione di funzioni, una oscura (e spesso inaccessibile) semantica giuridica, della quale sono esempio evidente «i numerosi articoli del regolamento n. 575/2013 che contengono complicate formule matematiche per la misurazione dei rischi»[15], un ossessivo livello di dettaglio. Vale sul punto da ultimo evocato ricordare che se regolamentazioni troppo dettagliate producono riduzioni d'incertezza, esse producono altresì maggiori flessibilità comportamentali. È noto che, in ogni accordo complesso, il problema di chi deve adempiere non è tanto quello di prendere la decisione corretta, quanto quello di prendere una decisione suscettibile di incontrare l'approvazione della controparte. Negli anzidetti termini, regole formali e istruzioni dall'alto vengono a costituire delle precise risorse a favore del contraente più forte, il quale verrà indirettamente a disporre di un assetto informativo in grado di indicargli dove si appuntino le attese altrui, facilitando la risposta a eventuali giustificazioni e, a un tempo, fornendo nuovi spazi all'inventiva individuale tesa ad aggirare le regole poste[16]. A ciò consegue che «in situazioni altamente regolamentate, disposizioni, regole e prassi consolidate si presentano come surrogato del mondo reale, riducendo coinvolgimento e responsabilità individuali, spostando l'attenzione dai risultati al rispetto delle procedure, dando luogo a una maggiore flessibilità di reazione, che

[15] V.O. Capolino, *Il testo unico bancario e il diritto dell'Unione europea*, in *Dal testo unico bancario all'Unione bancaria*, cit., p. 66. Non è, a questo punto, casuale la richiesta di un testo unico europeo della finanza (v., ad es., MF del 1° ottobre 2015, *Perché dare priorità a un testo unico europeo della finanza*).

[16] Rilievi, codesti, puntualmente svolti nel mio *Statuto dell'impresa d'investimento e disciplina del contratto nella riforma del mercato finanziario*, Giuffrè, Milano 1997, p. 63.

[…] significa maggiore opportunità di decidere sull'efficienza della prestazione attesa»[17]. La descritta dinamica di psicologia comportamentale non riguarda, all'evidenza, i soli rapporti tra le parti negoziali prima, durante o dopo la conclusione dell'accordo ma, nel nostro caso, anche e soprattutto i rapporti tra regolatori e regolati, efficacemente rappresentati dall'economista con la metafora di 'Tom & Jerry', dove «Jerry è evidentemente la finanza che opera per movimentare i mercati, producendo innovazioni che li 'completano' […] attore agile, furbo e creativo […] Tom è il regolatore, più lento e destinato a un eterno inseguimento perdente»[18], fatto di regole, regole e ancora regole.

5. I principali effetti

La complicata acquisizione di tali nuove regole (tra gazzette più o meno 'ufficiali', siti web, fonti informative di nicchia), la loro conoscenza, la loro elaborazione e padronanza, la capacità di inseguire continui e magmatici mutamenti sconta elevati costi tanto diretti quanto, soprattutto, transattivi che intuitivamente eccedono (o, in ogni caso, mettono a dura prova) le possibilità del relativo investimento conoscitivo da parte di intermediari, imprese, professionisti di più ridotte dimensioni. Non viene, infatti, solo in gioco la articolazione quantitativa ma anche la stessa discutibile qualità delle nuove norme, tanto sotto il versante semantico quanto sotto quello della moltiplicazioni dei saperi.

Oltre che contorto, involuto, ossessivamente descrittivo, il linguaggio non è (non è più) veicolo di trasmissione di enunciati normativi quanto piuttosto vero e proprio tecno-linguaggio, sideralmente lontano dall'assetto ordinamentale al quale pure si ascrive. L'esempio più evidente è, a ben vedere, rappresentato proprio dal sostantivo 'meccanismo' ampiamente adoperato quale *incipit* descrittivo di recenti riforme. 'Meccanismo', anche in senso traslato, sta a indicare il funzionamento (le 'istruzioni per l'uso') di una organizzazione mentre, nel caso considerato, sottende la fattispecie e la disciplina di funzioni esclusivamente e totalmente pubbliche. Al tecno-linguaggio (ma, più spesso, si tratta di vero e proprio linguaggio burocratico-gergale) si accompagna, come si è visto, la indicazione di formule matematiche, la rappresentazione di elementi patrimoniali e

[17] Cfr. G. Galeotti, *La tutela dei consumatori in Italia: presupposti e contorni di un problema aperto*, in *Consumatore, ambiente, concorrenza. Analisi economica del diritto*, a cura di U. Mattei, F. Pulitini, Giuffrè, Milano 1994, p. 170.
[18] Nardozzi, *Il mondo alla rovescia*, cit., p. 133.

contabili, la disciplina di operazioni bancarie, finanziarie, attuariali. L'interpretazione e, prima ancora, la sola acquisizione del significato e degli scopi della norma sconta perciò il concorso di saperi complementari. Quello giuridico è manifestamente recessivo. È più che sufficiente la presenza del mero conoscitore delle leggi, certo non dell'interprete (che anzi inutilmente complica il processo decisionale). Essenziali sono invece l'esperto in contabilità e bilancio, il tecnico bancario, l'analista, eventualmente l'attuario e il matematico, soprattutto l'economista, ovviamente specializzato in finanza. L'assunto (che, nonostante la crisi, permane e si rafforza) è che l'economia sia politicamente neutra e regolata da proprie leggi naturali. I suoi sacerdoti sono pertanto dei tecnici i quali, in quanto conoscitori di quelle leggi e di quei meccanismi, rappresentano i soli in grado di interpretarli e declinarli correttamente. I soli ai quali è oggi affidato il compito di definire '*vim ac potestatem*' della norma di legge. Non a caso, è stato efficacemente osservato che il mercato rappresenta il «criterio di tutti i criteri, la misura di ogni giudizio. Singolare, ma non inattesa, combinazione di naturalismo e tecnologia»[19]. Il diritto recede così a mera e spesso inutile sovrastruttura.

Inutile dire che la conoscenza di un tale assetto regolamentare e la conseguente legittimazione dialogica tra i suoi attori diviene appannaggio di un sempre più ristretto insieme di operatori economici (solo coloro che siano in grado di dotarsi di corposi e costosi servizi studi) e di studi legali (meglio, di 'imprese' di servizi giuridici).

Né sembra possibile, *ceteris paribus*, potersi ragionevolmente invocare un ruolo demiurgico di supplenza da parte della giurisdizione, atteso che «l'ormai inarrestabile processo d'interazione tra norme nazionali e sovranazionali»[20] abbraccia le stesse fonti giurisprudenziali. Torna prepotentemente alla memoria la più recente, tangibile testimonianza del diverso percorso ermeneutico divisato dalle corti europee rispetto a quelle nazionali rappresentata dalla nota decisione c.d. 'Grande Stevens' della Corte europea dei diritti dell'uomo del 4 marzo 2014 sulla illegittima duplicazione di sanzioni amministrative e penali in materia di abusi di

[19] N. Irti, *Crisi mondiale e diritto europeo*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2009, p. 1244. Un primo, difficile tentativo di inquadramento sistematico della disciplina a tutela del consumatore è in M. Paglietti, *Dal consumatore ai consumatori*, dattiloscritto in corso di stampa che evoca, fin dal titolo, il noto (re)inquadramento della proprietà di Pugliatti.

[20] S. Di Paola, *Gli (attesi) effetti della sentenza "Grande Stevens": sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, "ne bis in idem" e dubbi di legittimità costituzionale*, in «Foro it.», 2015, II, col. 160.

mercato e di *insider trading*[21] con le conseguenti ancora incerte ricadute in punto di costituzionalità (e non solo) dell'apparato normativo del Testo unico della finanza[22]. Senza omettere di ricordare, a fronte di una dottrina sempre più recessiva e avara di spunti sistematici anche in ragione del progressivo nichilismo giuridico indotto dalla sovranità mercatista (nonché da meccanismi organizzativi ibridi), il rischio dell'autoreferenzialità «di una giurisprudenza senza dottrina, perché fondata sulla dottrina delle corti»[23].

Abstract

A un quarto di secolo dall'abrogazione della legge bancaria del '36, la disciplina finanziaria in Italia è dettata da una pluralità di emittenti, pubblici e privati, nazionali ed europei. Al pluralismo delle fonti si accompagna un continuo mutamento delle leggi che governano il mercato finanziario. Gli sviluppi della regolamentazione nazionale ed europea incidono negativamente sulla stabilità della legge in ragione di una opaca riallocazione di funzioni e di una oscura semantica giuridica. La conoscenza di tale assetto regolamentare e la conseguente legittimazione dialogica diviene appannaggio di un sempre più ristretto insieme di operatori economici e di studi legali.

[21] Edita, tra le altre riviste, in «Foro it.», 2015, IV, col. 129, con vasta eco dottrinaria. Tra i tanti, rinvio qui solo ai commenti di V. Zagrebelsky, *Le sanzioni Consob, l'equo processo e il ne bis in idem nella Cedu*, in «Giur. it.», 2014, pp. 1196 ss. e di G. D'Alessandro, *Tutela dei mercati finanziari rispetto dei diritti umani fondamentali*, in «Dir. Pen. e proc.», 2014, pp. 614 ss. Cass., 17 dicembre 2013 aveva invece, in precedenza, escluso che l'azione penale potesse essere preclusa dalla irrogazione definitiva di una sanzione amministrativa per il medesimo fatto per il quale si procede. Sulle difficoltà «ad assumere la parità di trattamento tra gli operatori a fondamento della disciplina penale dell'*insider trading*» e, *a fortiori*, sul cumulo di sanzioni, mi permetto di rinviare al mio *Informazione, mercato, buona fede: il cosiddetto insider trading*, Giuffrè, Milano 1992, pp. 38 ss.

[22] V. l'ordinanza di rimessione di Cass. 10 novembre 2014-15 gennaio 2015, n. 1782, in «Foro it.», 2015, II, col. 148. Sulla compatibilità del procedimento Consob di irrogazione delle sanzioni amministrative per le richiamate fattispecie con il principio dell'equo processo *ex* art. 6 della Convenzione europea sui diritti dell'uomo v. Tar Lazio, 27 novembre 2014, n. 11887, *ibid.*, III, col. 217.

[23] Così G. Berruti, *La dottrina delle Corti*, in «Foro it.», 2013, V, col. 183, dove anche saggi di C.M. Barone, R. Pardolesi-M. Granieri-E. Scoditti.

Costanzo M. Cea

Tra mutatio *ed* emendatio libelli*: per una diversa interpretazione dell'art. 183, c.p.c.*

Sommario: 1. Premessa – 2. Gli indici normativi – 3. Le incertezze interpretative tra *mutatio* ed *emendatio libelli* – 4. L'intervento di Cass., S.U., 12310/2015 – 5. Conclusioni

1. Premessa

Chiamate a dirimere un problema di enorme rilevanza, sia teorica che pratica, le Sezioni unite[1], ribaltando il precedente orientamento maggioritario[2], hanno considerato legittimo il passaggio, effettuato dall'attore con la memoria *ex* art. 183, 6° comma, n. 1, c.p.c., dalla originaria domanda costitutiva diretta a conseguire la proprietà di un bene *ex* art. 2932, c.c. a quella di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà.

La sentenza, che ha ricevuto il plauso dei primi commentatori[3], tace però

[1] Cass. 15 giugno 2015, n. 12310, in «Foro it.», 2015, I, coll. 3188 e 3190, con osservazioni di M. Ciccone e nota di A. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*; in «Corriere giur.», 2015, pp. 968 ss., con nota di C. Consolo, *Le S.U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*; in «Giur. it.», 2015, pp. 2101 ss., con nota di G. Palazzetti, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*. Per una migliore comprensione del discorso che si sta per svolgere, si riproduce la massima della citata decisione: «La modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c. può riguardare anche uno o entrambi gli elementi oggettivi della stessa (*petitum* e *causa petendi*), sempre che la domanda così modificata risulti comunque connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio e senza che, perciò solo, si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte, ovvero l'allungamento dei tempi processuali; ne consegue l'ammissibilità della modifica, nella memoria prevista dall'art. 183 c.p.c., dell'originaria domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto con quella di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo».

[2] Per gli opportuni riferimenti si rinvia alle osservazioni di Ciccone ed alla nota di Motto, citt.

[3] Incondizionato quello di Consolo, *Le S.U. aprono alle domande "complanari"*, *op. loc.*

su una circostanza che, teoricamente, avrebbe potuto orientare in senso diverso la discussione: infatti dalla motivazione non si capisce se la trasformazione dell'originaria domanda sia stata una conseguenza della strategia difensiva del convenuto, ovvero sia stata il frutto dello *ius poenitendi* dello stesso attore.

Nel primo caso non si sarebbe potuto parlare in alcun modo di illegittima *mutatio libelli*, stante la chiara previsione dell'art. 183, 5° comma, c.p.c., ponendosi soltanto un problema di tempestività della nuova domanda, essendo noto che la gran parte degli interpreti sono orientati nel senso di ritenere che la nuova domanda debba essere formulata all'udienza di trattazione, non essendo consentito farlo con la prima memoria *ex* art. 183, 6° comma, c.p.c.[4]

Nel secondo caso non sarebbe venuta in gioco la tempestività dell'iniziativa dell'attore, ma, secondo i consueti schemi che hanno condizionato la discussione sino all'avvento della pronuncia in commento, si sarebbe dibattuto se la variazione degli elementi oggettivi della domanda (*causa petendi* e *petitutm*) avesse determinato una non consentita *mutatio libelli*, ovvero quella variazione si risolvesse in una mera *emendatio libelli*, permessa anche con la prima memoria *ex* art. 183, 6° comma[5].

Trattasi, quindi, di un aspetto del problema di notevole importanza; ma la sua mancata emersione non è certo imputabile alle Sezioni unite, visto che tale fatto non era stato introdotto quale motivo di impugnazione[6].

2. Gli indici normativi

Il divieto di nuove domande è uno dei *topoi* classici del diritto processuale civile, benché non sia sorretto da una sicura base normativa.

---

cit.; con alcune riserve – ma limitate solamente ad alcuni passaggi argomentativi – quello di Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., spec. p. 3193 nota 5, pp. 3194 ss.; critiche, invece, sembrano le conclusioni di Palazzetti, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, cit., spec. p. 2106.

[4] A riguardo mi sia consentito rinviare al mio *Trattazione ed istruzione nel processo civile*, ESI, Napoli 2010, pp. 55-57.

[5] Tra gli ultimi, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, v. A. Carratta, M. Taruffo, *I poteri del giudice*, Zanichelli, Bologna 2011, spec. pp. 111 ss.; A. Motto, *Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà:* mutatio *o* emendatio libelli*?*, in «Giusto proc. civ.», 2014, spec. pp. 1036 ss.

[6] Tanto la pronuncia di primo grado, quanto quella di appello, hanno ritenuto legittima la trasformazione della domanda costitutiva *ex* art. 2932 c.c. in quella di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà.

Già propugnato sotto il vigore del codice di rito del 1865[7], nonostante la presenza di alcune norme che avrebbero potuto legittimare la tesi contraria[8], con il codice di rito del 1940 l'esistenza del divieto di nuove domande diventa indiscutibile tanto in dottrina che in giurisprudenza, anche se gli indici normativi non sono così univoci a riguardo.

Infatti, in positivo, come già avveniva con il codice del 1865, il divieto di *mutatio libelli* esiste solo per il grado di appello (art. 345, 1° comma, c.p.c.)[9], mentre per il primo grado il divieto in questione potrebbe desumersi per implicito soltanto dall'art. 183, 5° comma, c.p.c., nella parte in cui consente le nuove domande dell'attore conseguenti alle difese del convenuto.

Inoltre, a rendere il quadro normativo ambiguo, esiste un'altra norma, l'art. 292, 1° comma, c.p.c., che ricomprende, nel novero degli atti da notificare personalmente al convenuto contumace, anche le comparse contenenti domande nuove (art. 292, 1° comma, c.p.c.).

Quest'ultima è una norma che forse andrebbe attentamente vagliata, posto che in questo caso, non essendoci un convenuto costituito, è evidente che le nuove domande cui fa riferimento sono sicuramente diverse da quelle di cui parla l'art. 183, 5° comma, c.p.c.

Certo, per eliminarne la portata eversiva[10], potrebbe affermarsi che la norma, *in parte qua,* si riferisce soltanto alle domande formulate dai terzi intervenuti nel processo. Fermo restando che qualsiasi opinione è sostenibile, rilevo che la lettera dell'art. 292, 1° comma, c.p.c. non consente tale restrizione[11].

A complicare la situazione cospira l'ulteriore rilievo secondo cui dal punto di vista logico, oltre che lessicale, appare arduo individuare la differenza tra

[7] G. Chiovenda, *Principii di diritti processuale civile*, ristampa anastatica, Jovene, Napoli 1980, pp. 660 s.

[8] Mi riferisco agli artt. 387, 1° comma, e 490, 1° comma, c.p.c. Il primo prevedeva che nel giudizio contumaciale l'attore non potesse prendere conclusioni diverse da quelle contenute nell'atto di citazione; il secondo disponeva che nel giudizio di appello non si potessero proporre domande nuove e, se proposte, le stesse andavano rigettate anche d'ufficio.
Orbene, se la logica non è un optional, le norme esaminate hanno senso soltanto in un contesto in cui si ipotizza l'ammissibilità di nuove domande nel corso del giudizio di primo grado non contumaciale. Se invece si teorizza l'esistenza di un divieto generale di proporre nuove domande, non avrebbero senso né l'art. 387, né tanto meno l'art. 490.

[9] E per il giudizio di rinvio, v. l'art. 394, ult. comma, c.p.c., su cui, tra le ultime, cfr. Cass. 3320/2015, 12911/2014.

[10] Che potrebbe mettere in discussione la tesi che afferma la vigenza del divieto di *mutatio libelli*.

[11] Appare chiaro che l'ipotesi presa in considerazione nel testo è quella della contumacia del convenuto, ché, in caso di contumacia dell'attore, l'art. 292, 1° comma, c.p.c. prevede espressamente la notifica al contumace delle comparse contenenti domande riconvenzionali.

modifica e mutamento della domanda, soprattutto in un sistema che prevede autonomamente anche la facoltà di precisazione delle domande.

Ciò nondimeno, nonostante tutte le perplessità che l'esame del diritto positivo suscita, il divieto di nuove domande è rimasto un dogma intangibile, quanto meno sino all'avvento della pronuncia delle S.U. 12310/2015.

3. Le incertezze interpretative tra mutatio *ed* emendatio libelli

Rebus sic stantibus, è opportuno verificare attraverso quali canali è consentito l'ingresso delle nuove domande nel giudizio di primo grado.

Il primo step è quello fondato sulla distinzione tra *mutatio* ed *emendatio libelli*, giacché l'opinione pressoché totalitaria è che sia vietata la prima attività e consentita soltanto la seconda.

Lungi da me l'idea di occuparmi, ancorché solo superficialmente, dell'argomento.

Mi limito solo ad alcune rapide osservazioni.

L'assenza di norme esplicite e la difficoltà di ravvisare un sicuro *discrimen* tra *mutatio* ed *emendatio* ha fatto sì che la giurisprudenza dominante, da un lato, si è arroccata su posizioni teoricamente rigoriste, ravvisando il mutamento in ogni variazione degli elementi oggettivi della domanda; dall'altro, ha spesso e volentieri sconfessato tale premesse teoriche, adottando soluzioni estremamente permissive[12].

Per contro la dottrina prevalente, sotto l'usbergo della distinzione tra domande autodeterminate e domande eterodeterminate, ha finito per avallare, qualificandole come frutto di mera *emendatio*, anche trasformazioni radicali dell'originaria domanda.

Il che, come ognun comprende, ha impedito che finora si sia giunti a forme di stabilizzazione degli indirizzi interpretativi.

L'altro canale di veicolazione delle nuove domande nel processo di primo grado è quello previsto dall'art. 183, 5° comma, c.p.c, secondo cui nell'udienza di trattazione l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto.

In questo caso, diversamente da quello innanzi esaminato, non è in discussione il fatto che possano essere proposte domande nuove, quanto piuttosto che le stesse non siano ammissibili *tout court*, dovendo essere conseguenza dell'attività difensiva del convenuto.

[12] Alcuni esempi si possono leggere nella motivazione della sentenza in commento.

Anche in questo caso, però, il livello di incertezza degli interpreti è elevato, e se ne capisce facilmente la ragione, in quanto è estremamente vago il parametro di selezione delle nuove domande ammissibili, con conseguente attribuzione al giudice di un potere discrezionale molto ampio.

Tanto per limitarci ad esempi recenti, talvolta si è affermato che le semplici controdeduzioni del convenuto, volte a contestare il fondamento dell'azione, non sono idonee a legittimare la proposizione di nuove domande da parte dell'attore[13]; talaltra si è sostenuto che l'attore possa introdurre una nuova domanda, oltre che a seguito di eccezione o domanda riconvenzionale del convenuto, anche in dipendenza di una mera difesa *in iure* o *in facto* che alleghi l'infondatezza della domanda originaria[14].

4. L'intervento di Cass., S.U. 12310/2015

A fronte di una situazione di così vasta incertezza interpretativa, è comprensibile che le S.U. si siano proposte l'intento non solo di dirimere la vicenda di cui erano state investite, ma soprattutto di tracciare le coordinate per risolvere definitivamente la tormentata *quaestio* dell'ingresso delle nuove domande nel processo.

Riducendo all'osso il percorso argomentativo della pronuncia *de qua*[15], le S.U. si preoccupano innanzitutto di demolire convinzioni talmente radicate da essersi trasformate in veri e propri dogmi: la prima è quella che non ammette la proposizione di domande nuove nel corso dell'udienza di trattazione, la seconda, connessa alla prima, è che nella logica dell'art. 183 devono intendersi nuove le domande che differiscono da quella iniziale anche solo per uno degli elementi identificativi sul piano oggettivo.

La demolizione di tali convinzione avviene innanzitutto sulla base degli indici normativi *in subiecta materia*, il cui esame autorizza ad affermare che l'unico divieto in positivo di proposizione di domande nuove è previsto solo per il giudizio di appello dall'art. 345, c.p.c., laddove per il processo di primo grado tale divieto può essere desunto implicitamente dall'art. 183, 5° comma, nella parte in cui dispone che l'attore può proporre le domande e le eccezioni che sono conseguenza della domanda riconvenzionale o delle eccezioni proposte dal convenuto.

Effettuata questa verifica positiva, i successivi passaggi sono dati dal

[13] V. Cass. 25409/2013.
[14] V. Cass. 17708/2013.
[15] Per una puntuale ricostruzione di tutte le scansioni argomentative della decisione, si rinvia alla citata nota di Motto, pp. 3191 s.

fatto che l'art. 183, c.p.c. contempla un triplice ordine di domande: quelle 'nuove', quelle 'precisate' e quelle 'modificate'; dal fatto che non ha alcuna consistenza la pretesa differenza linguistica tra 'mutamento' e 'modifica' da alcuni sostenuta sulla falsariga del binomio *emendatio-mutatio libelli*; infine dal fatto che il legislatore continua ad utilizzare il termine 'precisazione' delle domande, sicché se la precisazione della domanda è qualcosa di altro rispetto alla modifica, che a sua volta si differenzia dal mutamento, diventa difficilissimo comprendere in che cosa realmente si sostanzi la modifica della domanda. In altre parole, sarebbe agevole definirla in negativo, non essendo né precisazione, né mutamento della domanda, ma diventa pressoché impossibile definirla in positivo, giacché, se per modifica intendiamo qualsiasi attività che lasci invariati gli elementi oggettivi della domanda (*causa petendi* e *petitum*), allora diventa estremamente arduo differenziare tale attività da quella di precisazione.

Per contro, se vogliamo realmente attribuire significato all'attività di modificazione della domanda, distinguendola da quella di precisazione, inevitabilmente dobbiamo ricomprendere in essa anche le attività che comportino alterazioni degli elementi oggettivi: il che però lascia aperto l'ulteriore problema della distinzione della domanda modificata da quella nuova.

Un vero e proprio ginepraio, da cui coraggiosamente le S.U. tentano di districarsi abbandonando il criterio discretivo fondato sulla coppia *mutatio-emendatio* e proponendone uno diverso, quale è quello di considerare nuove – e, quindi, inammissibili – solo le domande che siano «altre» rispetto a quella originaria (e che, in quanto tali, a quella si aggiungono); mentre tali non sono le domande, che pur alterate negli elementi oggettivi (in uno solo od entrambi), non sono «altre» rispetto a quella originaria, perché non si aggiungono ad essa ma la sostituiscono e si pongono, pertanto, in rapporto di alternatività rispetto alla stessa.

In altre parole, secondo le S.U., la domanda modificata, quindi *tout court* ammissibile (senza che ciò le derivi dal nesso di dipendenza dall'attività difensiva del convenuto), è quella che, pur alterata negli elementi oggettivi, riguarda la medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio con l'atto introduttivo o comunque si riconnette ad essa in tutte i casi di connessione previsti dal codice di rito, venendo in considerazione soprattutto l'ipotesi peculiare di connessione per alternatività.

Consapevoli che il nuovo percorso interpretativo amplia notevolmente l'ambito di ammissibilità delle nuove domande, le S.U. persuasivamente ne ravvisano il fondamento razionale, desumendolo innanzitutto dalla struttura dialettica dell'udienza di trattazione, che, posta all'inizio del giudizio, con il suo sistema di termini e controtermini consente il dispiegarsi,

al massimo delle loro potenzialità, delle attività difensive delle parti.

Non senza considerare che la nuova proposta interpretativa si concilia appieno con i principi del giusto processo: da un lato, perseguendo gli obbiettivi di economia processuale e della ragionevole durata del processo, nella misura in cui evita alle parti di instaurare un diverso giudizio per proporre quelle domande che, pur diverse da quelle inizialmente proposte, ciò nondimeno sono idonee ad essere contenute ed esaminate nell'udienza di trattazione come delineata dall'art. 183, c.p.c.; dall'altro, assicurando alle parti maggiori *chances* di giustizia sostanziale e, garantendo, quindi, in misura maggiore la possibilità di ottenere una decisione giusta.

5. Conclusioni

Credo che la strada segnata dalle S.U. debba essere percorsa sino in fondo, anche se appare opportuna una più puntuale messa a fuoco di alcuni dei passaggi argomentativi più importanti.

Appare chiaro il concetto delle domande nuove che vanno considerate ammissibili solo se conseguenti alla linea difensiva del convenuto: sono quelle definite 'altre' e che si aggiungono alla domanda originaria.

Un esempio può chiarire meglio il concetto espresso. Chiesto dall'attore il pagamento del prezzo di un bene alienato al convenuto, a fronte dell'eccezione di quest'ultimo diretta a far valere un controcredito derivante da un contratto di mutuo, lo stesso attore formula domanda di annullamento del mutuo.

È evidente che l'ulteriore domanda dell'attore si fonda su una vicenda sostanziale diversa da quella dedotta con la domanda originaria, sicché la stessa potrebbe essere considerata ammissibile, *ex* art. 183, 5° comma, c.p.c., solo se giustificata dalla linea difensiva del convenuto.

Se su questo aspetto della questione si può essere tutti d'accordo, è sul concetto di 'domanda modificata' che si rende opportuna quella messa a fuoco concettuale cui accennavo in precedenza.

Ho l'impressione che le S.U., consapevoli di aver intrapreso un percorso ermeneutico che amplia considerevolmente l'ambito di applicazione dell'art. 183, c.p.c., si siano spaventate del loro eccessivo coraggio, non traendo tutte le conseguenze del loro argomentare.

In altre parole, credo che sia riduttivo limitare l'ambito delle domande 'modificate'[16] solo a quelle alternative che non si aggiungono ma sostituiscono quella originaria.

[16] Come tali, incondizionatamente ammissibili anche con la memoria *ex* art. 183, 6° comma, n. 1, c.p.c.

Se l'obbiettivo è quello di rendere giustiziabile in tutte le sue possibili implicazioni la situazione sostanziale dedotta con l'atto introduttivo del giudizio; se tale obbiettivo è reso possibile dalla struttura dialettica dell'udienza di trattazione, che consente alle parti di difendersi adeguatamente anche in caso di ingresso di *nova*; se addirittura tale obbiettivo, oltre che possibile, è reso doveroso dall'attuazione dei principi del giusto processo, dovendosi intendere per tali non solo quello di economia processuale e ragionevole durata del processo, ma anche quello che impone che la causa si concluda con una sentenza giusta; orbene, se tutto ciò è vero, mi sembra davvero limitativo ridurre l'ambito delle domande modificate a quello delle domande alternative che sostituiscono quella originaria.

Se poniamo a fulcro della nuova interpretazione dell'art. 183 l'esigenza di rendere giustiziabile in tutte le sue possibili implicazioni la situazione sostanziale dedotta con l'atto introduttivo del giudizio, credo che si possa intendere come modificazione della domanda la possibilità di aggiungere alla domanda originaria – e, quindi, non solo sostituirla – anche quella connessa per incompatibilità, ovvero le domande accessorie. In buona sostanza tutte le possibili ipotesi di connessione delle domande che abbiano ad oggetto la medesima situazione sostanziale dovrebbero rientrare nel concetto di modificazione della domanda.

D'altronde, se si legge con attenzione la motivazione della pronuncia in commento, ci si accorgerà che la S.C., nell'individuare l'ambito delle domande modificate, ha fatto riferimento alle ipotesi di connessione previste dalla legge processuale[17].

Così aggiustato il tiro, non solo si sdrammatizzerebbe il problema dell'interpretazione dell'art. 183, 5° comma, c.p.c., nella parte in cui subordina l'ingresso delle nuove domande alla verifica del'esistenza del nesso di dipendenza dalla linea difensiva del convenuto, ma soprattutto si renderebbe possibile il raggiungimento di tutti gli obbiettivi che le S.U. si sono prefisse inaugurando questo nuovo percorso ermeneutico.

In definitiva, credo che la tesi delle S.U., sia pure con gli aggiustamenti di cui sopra, meriti convinta adesione, innanzitutto perché in grado di risolvere in maniera definitiva l'annoso problema dei *nova* consentiti nell'udienza di trattazione.

[17] Il principio di diritto formulato dalle Sezioni unite, nell'affermare che è domanda modificata (e non nuova) quella connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, conferma quanto rilevato nel testo e ridimensiona la portata delle affermazioni della stessa S.C. nella parte in cui sembrano voler far rientrare nel concetto di 'domanda modificata' solo quella, connessa alla situazione sostanziale dedotta in giudizio, che non si aggiunge ma sostituisce la domanda originaria.

In secondo luogo – ma il rilievo non è secondario – tale pronuncia testimonia una tendenza del supremo organo nomofilattico diretta ad una più attenta e compiuta ricognizione dei principi del giusto processo. Se finora la preoccupazione maggiore della S.C. sembrava essere quella di dare prevalenza sempre e comunque al principio della ragionevole durata del processo, anche sacrificando a tal fine le garanzie delle parti, sembra ora emergere, in particolare nella giurisprudenza delle Sezioni unite, una più matura consapevolezza delle problematiche connesse al 'giusto processo', da intendere come un coacervo di principi anche configgenti che vanno tra di loro contemperati. Soprattutto sembra emergere la consapevolezza che non ci può essere giusto processo se non quando la lite viene risolta da una sentenza giusta, dovendosi intendere con tale locuzione una pronuncia, fondata sull'accertamento veritiero dei fatti dedotti in giudizio, che riconosca o neghi in maniera incontrovertibile il bene della vita oggetto del processo[18].

Abstract

L'Autore esamina il problema del divieto di nuove domande alla luce dalla nuova e diversa interpretazione dell'art. 183, 5° comma, c.p.c. fornita dalle S.U. con la sentenza 12310/2015, condividendone, con alcune precisazioni, le conclusioni.

[18] Cfr. Motto, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, cit., p. 3192.

Giorgio Costantino

La Cassazione

SOMMARIO: 1. I conati di riforma – 2. Il contesto normativo – 3. L'applicazione delle riforme nella giurisprudenza della Corte – 4. Il potere di autoregolazione della Corte – 5. Cenni (e rinvio) sull'ammissibilità del ricorso – 6. Lo *jus litigatoris*

1. I conati di riforma

È stato assegnato alla Commissione giustizia del Senato il d.d.l. n. 2284/XVII/S, intitolato *Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile*. Il d.d.l. è stato presentato dal Governo l'11 marzo 2015. La Commissione giustizia della Camera dei deputati ne ha iniziato l'esame in prima lettura in sede referente il 23 aprile 2015. Nella seduta del 4 novembre 2015, quando era ancora all'esame della Commissione giustizia della Camera dei Deputati (con il numero 2953), ad esso è stato abbinato il d.d.l. n. 2921/XVII/C, intitolato *Modifiche al codice di procedura civile ed altre disposizioni per l'accelerazione del processo civile*, presentato il 2 marzo 2015 dai deputati Colletti, Agostinelli, Bonafede, Businarolo e Nesci del Movimento 5 Stelle. Questa proposta di legge è stata adottata quale testo base ed è stato fissato il termine per la presentazione degli emendamenti al 30 novembre 2015, differito al 14 dicembre 2015.

Per quanto riguarda il giudizio di legittimità, l'art. 1, lett. *c*) del d.d.l. n. 2284, vorrebbe delegare al Governo la «1) revisione della disciplina del giudizio camerale, attraverso l'eliminazione del procedimento di cui all'articolo 380-*bis* del codice di procedura civile, e previsione dell'udienza in camera di consiglio, disposta con decreto presidenziale, con intervento del procuratore generale, nei casi previsti dalla legge, in forma scritta e possibilità di interlocuzione con il medesimo, parimenti per iscritto, da parte dei difensori; 2) interventi volti a favorire la funzione nomofilattica della Corte di Cassazione, anche attraverso la razionalizzazione della formazione dei ruoli secondo criteri di rilevanza delle questioni; 3) adozione di modelli sintetici di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, se

del caso mediante rinvio a precedenti, laddove le questioni non richiedano una diversa estensione degli argomenti; 4) previsione di una più razionale utilizzazione dei magistrati addetti all'Ufficio del massimario e del ruolo, anche mediante possibilità di applicazione, come componenti dei collegi giudicanti, di quelli aventi maggiore anzianità nell'Ufficio».

A sua volta, il d.d.l. n. 2921, non contiene proposte di riforma del processo innanzi alla Corte.

Subito dopo l'approvazione del disegno di legge nel Consiglio dei Ministri del 10 febbraio 2015, l'Associazione italiana tra gli studiosi del processo civile ha espresso «forte preoccupazione per questo nuovo, ennesimo, intervento di riforma in materia di giustizia civile, sia per il metodo seguito, che per il merito delle soluzioni genericamente suggerite dai principi e criteri direttivi della delega»; l'Associazione ha anche fatto presente di non condividere «il metodo che il Governo intende adottare per perseguire l'obiettivo delle riforme, consistente nella presentazione al Parlamento di un disegno di legge delega caratterizzato da principi e criteri direttivi molto generici ed evanescenti e, in quanto tali, sottratti ad un previo e serio dibattito politico e scientifico. Anche per tale motivo auspica che il Governo voglia recedere dalla preannunciata iniziativa, per la quale non sembrano d'altra parte sussistere i requisiti prescritti dall'art. 76 Cost.».

L'*iter* parlamentare del disegno di legge induce, almeno per ora, a prescinderne.

2. Il contesto normativo

La disciplina del procedimento di legittimità, di cui agli artt. 360 ss. c.p.c., è stata, da ultimo, riformata dal dl 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, che ha modificato l'art. 360, n. 5, sostituendo al controllo sulla motivazione quello sull'omissione di un fatto decisivo per il giudizio.

L'art. 47, l. 18 giugno 2009, n. 69, a sua volta, ha modificato gli artt. 375, 376 e 380-*bis*; ha aggiunto gli artt. 360-*bis*, c.p.c. e 67-*bis* dell'ordinamento giudiziario di cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12; ha abrogato l'art. 366-*bis*, c.p.c. sui «quesiti di diritto». Ha introdotto il «filtro» ed ha, a tal fine, istituito, senza ulteriori oneri né incremento del personale, una nuova sezione, la sesta.

L'art. 366-*bis*, c.p.c., sui «quesiti di diritto», è stato introdotto dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, in attuazione della delega contenuta nella l. 14 maggio 2005, n. 80, unitamente agli artt. 380-*bis* e 391-*ter*, c.p.c. Il decreto ha anche riformato gli artt. 360, 361, 363, 366, 369, 374, 375,

380, 384, 385, 388 e 391-*bis*, c.p.c.

La delega contenuta nella legge di riforma dell'ordinamento giudiziario, l. 25 luglio 2005, n. 150, è stata realizzata con il d.lgs. 23 gennaio 2006, n. 24, che ha determinato l'organico dei magistrati addetti alla Corte, e, con il d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 25, modificato dalla l. 30 luglio 2007, n. 111, che ha istituito e regolato il Consiglio direttivo.

L'art. 1 l. 24 marzo 2001, n. 89, ha modificato l'art. 375, c.p.c., allargando l'ambito del procedimento camerale.

Con decreto del Primo presidente del 19 giugno 1999, n. 61, è stata istituita la quinta sezione tributaria.

Modifiche di scarso rilievo sono contenute nel d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, istitutivo del giudice unico, in attuazione della delega contenuta nella l. 16 luglio 1997, n. 254.

La l. 26 novembre 1990, n. 353, entrata in vigore nel 1993, ha modificato gli artt. 360, comma 1°, 361, comma 1°, 367, comma 1°, 373, comma 2°, 375, comma 1°, 377, 384, comma 1°, c.p.c. ed ha aggiunto l'art. 371-*bis*, c.p.c.

La l. 18 ottobre 1977, n. 793, ha abrogato l'art. 364, c.p.c. sul deposito per il caso di soccombenza, ed ha conseguentemente modificato gli artt. 366, 371, 374 e 381.

L'art. 3 l. 8 agosto 1977, n. 532, ha ridotto il numero dei componenti i collegi giudicanti, riformando l'art. 67, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12, ed ha riformato gli artt. 379 e 380.

Con la l. 11 agosto 1973, n. 533, è stata istituita la sezione lavoro.

Ulteriori modifiche al testo originario del codice sono contenute nella l. 14 luglio 1950, n. 581, e nel d.p.r. 17 ottobre 1950, n. 857.

3. L'applicazione delle riforme nella giurisprudenza della Corte

Convivono disposizioni processuali del 1940-1942, del 1950, del 1973, del 1990, del 1995, del 1998, del 2001, del 2005, del 2006, del 2008, del 2009, del 2010, del 2011, del 2012, del 2013, del 2014, del 2015. La disciplina è l'insieme di tessere di un mosaico, le figure del quale l'interprete è chiamato ad individuare. Una delle più impegnative, seppur fastidiose, attività consiste nel tentare di risolvere le numerose questioni di coordinamento tra disposizioni ispirate a diverse *rationes*, nel tentativo di costruire un sistema, che certamente, per quanto riguarda la normativa codicistica, non è un dato immanente.

La pendolarizzazione del quadro normativo, infatti, orienta la prevalente

attenzione e le energie degli interpreti e degli operatori alla comprensione dei nuovi testi ed alla soluzione delle inevitabili questioni di coordinamento, cosicché l'effetto più rilevante delle continue riforme consiste in un rilancio dell'editoria giuridica e del turismo processuale.

La Corte ha reagito alla frenesia legislativa.

In riferimento al nuovo art. 360-*bis*, c.p.c. la Corte, nella sua composizione più autorevole, ha sterilizzato i possibili effetti dirompenti dell'art. 47, comma 1°, lett. *a*), l. 18 giugno 2009, n. 69, ha fatto propria la lettura della disposizione prospettata dai primi interpreti ed ha immediatamente chiarito che, nonostante l'etichetta attribuita dal legislatore, nelle ipotesi considerate, si tratta di «manifesta infondatezza del ricorso», non di «inammissibilità», e che l'ambito e l'oggetto del giudizio camerale affidato alla sesta sezione non sono circoscritti alle ipotesi di cui all'art. 375, n. 1 e n. 5, c.p.c., ma comprendono tutte le fattispecie considerate[1].

In riferimento al rinnovato art. 360, n. 5, la Corte, non ha ripreso l'interpretazione della disposizione fornita nel periodo di vigenza del testo dal 1942 al 1950, ma si è adeguata alle indicazioni contenute nella Relazione al codice: «nel n. 5 il legislatore ha disciplinato il ricorso per difetto di motivazione entro precisi limiti, diretti ad evitare gli abusi che si sono verificati nella pratica sotto il vigore del codice del 1865. La Corte di Ccassazione, in quanto organo supremo della giustizia, deve infatti conoscere il difetto dei motivi della sentenza impugnata, giacché la motivazione delle decisioni è una garanzia fondamentale di retta amministrazione della giustizia. La formula adottata fa sicuramente cadere l'obiezione che il giudice supremo non può ben giudicare sulla mancanza dei motivi avendo un'inesatta nozione del fatto, giacché gli elementi di fatto, posti a base di questo mezzo di ricorso, devono chiaramente emergere dagli atti, in quanto hanno formato oggetto di discussione tra le parti». Il testo attuale, infatti, corrisponde a quello originario del codice; l'art. 360, n. 5, non aveva corrispondenti nel codice del 1865, vigente il quale i vizi logici del provvedimento impugnato erano considerati come ragioni di nullità; la disposizione è stata quindi, modificata nel 1950 e nel 2006. La Corte ha collegato il nuovo testo al principio di autosufficienza del ricorso; l'omissione deve risultare del testo della sentenza e dagli atti, non riguarda gli elementi istruttorii; la Corte ha anche analiticamente specificato i dati necessari al rispetto del principio di autosufficienza: l'indicazione del fatto, l'esame del quale sarebbe stato omesso, degli atti processuali, dai quali ne

[1] Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051, in «Foro it.», 2010, I, col. 3333, con nota di G. Scarselli e di chi scrive; in «Giur. it.», 2011, p. 885, con nota di A. Carratta; in «Giusto processo civ.», 2010, p. 1131, con nota di F.P. Luiso.

risulti l'esistenza e la discussione, e la sua «decisività»[2].

Sulla sezione «filtro», la Corte ha ripreso l'esperienza organizzativa maturata in riferimento all'applicazione del decreto del Primo presidente del 9 maggio 2005, istitutivo della «*Struttura*» in funzione dello smistamento tra udienza pubblica e Camera di consiglio, ai sensi dell'art. 375, c.p.c. La valutazione di ammissibilità del ricorso è, preliminarmente, attribuita, alla Sezione VI, che può definire il procedimento in Camera di consiglio con ordinanza con una dichiarazione di inammissibilità, di improcedibilità, di manifesta infondatezza o di manifesta fondatezza; ovvero, all'esito dell'udienza pubblica, con sentenza anche con l'accoglimento o con il rigetto del ricorso[3]. La Sezione VI può anche rimettere con ordinanza il ricorso alla sezione tabellarmente competente. Questa, a sua volta, può ancora dichiarare in Camera di consiglio con ordinanza l'inammissibilità, l'improcedibilità, la manifesta infondatezza o la manifesta fondatezza del ricorso ovvero, all'esito dell'udienza pubblica, pronunciare sentenza di accoglimento o di rigetto del ricorso. Ne consegue, tuttavia, che, se il procedimento non viene definito dalla Sezione VI, il ricorso è oggetto di una doppia valutazione, con un appesantimento del giudizio di legittimità.

In riferimento alla rivalutazione della funzione nomofilattica e agli effetti dei mutamenti di giurisprudenza, ai sensi degli artt. 363 e 374, c.p.c., le Sezioni unite hanno precisato che (*a*) l'affidamento incolpevole negli orientamenti giurisprudenziali consolidati assume rilevanza giuridica, cosicché non può essere sanzionata la parte che in essi abbia confidato; (*b*) l'affidamento incolpevole e la rimessione in termini possono utilmente essere invocati soltanto in riferimento ai mutamenti, improvvisi e repentini di giurisprudenza, non anche in riferimento alle decisioni che compongono un contrasto; (*c*) la valutazione dell'affidamento incolpevole in funzione della rimessione in termini presuppone il rilievo d'ufficio di una decadenza o l'eccezione di parte, fondati sull'indirizzo giurisprudenziale sopravvenuto, e la replica fondata sulla legittima ignoranza della norma

[2] Cass. 7 aprile 2014, n. 8053 e n. 8054, in «Foro it.», 2015, I, col. 209, con nota di P. Quero; in «Giur. it.», 2014, p. 1901, con nota di A. Turchi; in «Riv. dir. proc.», 2014, p. 1594, con nota di F. Porcelli. Cass. 9 giugno 2014, n. 12928, e Cass. 11 luglio 2014, n. 16009, hanno espressamente richiamato, in motivazione, la pronuncia delle Sezioni unite; Cass. 22 settembre 2014, n. 19881, ha riprodotto il principio di diritto, senza menzionare il precedente specifico.

[3] Cass. 20 gennaio 2014, n. 1089, in «Foro it.», 2014, I, col. 470, ha tratto dagli artt. 75 e 76 d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98, la possibilità dell'udienza pubblica anche innanzi alla sezione VI.

frutto della rinnovata interpretazione; (*d*) il riconoscimento dell'affidamento incolpevole implica la negazione della decadenza frutto della nuova interpretazione giurisprudenziale ovvero la fissazione di un termine per la rinnovazione dell'atto, a seconda della fattispecie oggetto del mutamento di giurisprudenza; (*e*) l'affidamento incolpevole e la rimessione in termini non riguardano le parti, che avrebbero potuto compiere un atto processuale ma non lo hanno fatto, confidando in un orientamento giurisprudenziale poi superato; (*f*) in riferimento all'eventualità di futuri mutamenti giurisprudenziali nell'interpretazione di disposizioni processuali, il riconoscimento dell'affidamento incolpevole implica, nell'ambito della specifica controversia, la negazione della decadenza frutto dell'interpretazione giurisprudenziale che la corte intende accogliere, ma che può essere enunciata, ai sensi dell'art. 363 c.p.c., quale principio nell'interesse della legge[4].

Si è anche affermato che, «se la formula del segmento di legge processuale, la cui interpretazione è nuovamente messa in discussione, è rimasta inalterata, una sua diversa interpretazione non ha ragione di essere ricercata e la precedente abbandonata, quando l'una e l'altra siano compatibili con la lettera della legge, essendo da preferire – e conforme ad un economico funzionamento del sistema giudiziario – l'interpretazione sulla cui base si è, nel tempo, formata una pratica di applicazione stabile»[5]; e che «la salvaguardia dell'unità e della "stabilità" dell'interpretazione giurisprudenziale (massimamente quella del giudice di legittimità e, in essa, di quella delle sezioni unite) è ormai da considerare – specie dopo l'intervento del dl n. 40 del 2006 e della l. n. 69 del 2009, in particolare con riguardo alla modifica dell'art. 374 c.p.c. ed alla introduzione dell'art. 360-*bis* – alla stregua di un criterio legale di interpretazione delle norme giuridiche. Non l'unico e neppure quello su ogni altro prevalente, ma di sicuro un criterio di assoluto rilievo. Occorre dunque, per derogarvi, che vi siano buone ragioni. E quando si tratta di interpretazione di norme processuali, occorre che vi siano ottime ragioni, come insegna il "travaglio" che ha caratterizzato negli ultimi anni l'evoluzione giurisprudenziale di queste sezioni unite civili con riguardo all'*overruling* in materia di interpretazione

[4] Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144, in «Foro it.», 2011, I, col. 2254; in «Giust. civ.», 2012, I, p. 1782; in «Corriere giur.», 2011, 1392, con note di F. Cavalla, C. Consolo, M. De Cristofaro; in «Riv. dir. proc.», 2012, p. 1072, con nota di C. Vanz; in «Giusto processo civ.», 2011, p. 1117, con nota di F. Auletta; in «Giur. costit.», 2012, p. 3153, con nota di C. Consolo.

[5] Così Cass., sez. un., 18 maggio 2011, n. 10864, in «Foro it.», 2012, I, col. 1864, con note di G.G. Poli e di C. Consolo.

di norme processuali, posto che, soprattutto in tale ambito, la "conoscenza" delle regole (quindi, a monte, l'affidabilità, prevedibilità ed uniformità della relativa interpretazione) costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di "giustizia' del processo medesimo»[6].

Nonostante ciò, non mancano mutamenti di giurisprudenza affatto originali, che suscitano scalpore ed ai quali la stessa Corte, nella sua composizione più autorevole, provvede a porre rimedio[7].

4. Il potere di autoregolazione della Corte

Questi disorientamenti della giurisprudenza della Corte sono spesso giustificati in base al principio della ragionevole durata del processo.

Sennonché la vicenda relativa alla prevalenza attribuita a questo principio su ogni altra garanzia del «giusto processo» *ex* art. 111, Cost. può

[6] Così Cass., sez. un., ord. 6 novembre 2014, n. 23675.

[7] Ne è stata emblematica espressione Cass. 9 settembre 2010, n. 19246, sui termini di costituzione nella opposizione a decreto ingiuntivo, in «Foro it.», 2010, I, col. 3014, con note di A.D. De Santis, C.M. Barone, R. Caponi, D. Dalfino, A. Proto Pisani, G. Scarselli e di chi scrive; *id.*, 2011, I, col. 117, con nota di A. Proto Pisani; in «Giur. it.», 2011, 1599, con nota di E. Dalmotto; in «Giust. civ.», 2011, I, p. 399, con nota di L. D'Angelo; *ibid.*, p. 2101, con nota di F. Cordopatri; in «Riv. dir. proc.», 2011, p. 210, con nota di E. Ruggeri; in «Giusto processo civ.», 2010, p. 1151, con note di G. Trisorio Liuzzi e di A. Briguglio; in «Corriere giur.», 2010, p. 1447, con nota di A. Tedoldi; in «Corriere merito», 2010, p. 1190, con nota di G. Travaglino; in «Nuova giur. civ.», 2011, I, p. 253, con nota di L.P. Comoglio. La questione è stata, quindi, rimessa, con una motivazione esemplare, alle Sezioni unite, da Cass. 22 marzo 2011, n. 6514. È poi, anche intervenuto il legislatore, con la l. 29 dicembre 2011, n. 218. Sulla data certa del credito nell'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali, v. Cass. 8 novembre 2010, n. 22711, e 14 ottobre 2010, n. 19251, in «Foro it.», 2011, I, col. 67, con nota di chi scrive; a queste decisioni ha fatto seguito Cass., sez. un., 20 febbraio 2013 n. 4213; *id.*, 2013, I, col. 1137. Sulla nozione di sentenze non definitive su questioni ai sensi dell'art. 360, comma 3°, c.p.c., v. Cass. 9 luglio 2014, n. 15601, e 2 luglio 2014, n. 14991; *id.*, 2014, I, col. 3098, con nota di G. Balena, A. Carratta, D. Dalfino, V. Mastrangelo, G. Olivieri, A. Proto Pisani, G. Ruffini e di chi scrive; la questione è stata, quindi, rimessa alle Sezioni unite da Cass. 26 marzo 2015, n. 6127 «anche alla luce delle posizioni dottrinali emerse negli anni di applicazione della norma in scrutinio». Sulla inammissibilità della opposizione alla esecuzione del litisconsorte necessario pretermesso, v. Cass. 23 gennaio 2015, n. 1238, in «Foro it.», 2015, I, col. 2062 con nota di chi scrive e di A. Proto Pisani; in (corso di pubblicazione in) «Giur. it.», con nota di A. Carratta; in «Riv. esecuzione forzata», 2015, p. 213, con nota di G. Monteleone. Sull'interesse ad eseguire, v. Cass. 3 marzo 2015, n. 4228, sulla quale v. G. Costantino, *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo*, in (corso di pubblicazione in) «Giusto processo civ.», 2015.

considerarsi finalmente e definitivamente superata. I vivaci contrasti provocati da quella vicenda hanno contribuito a consolidare un'esperienza, allora già in atto, di dialogo sulla giurisprudenza della Corte: in occasione della rimessione alle Sezioni unite di questioni di rilevante interesse processuale, la Corte si apre al confronto con la dottrina e con gli operatori, affinché, poi, la decisione della Corte, nella sua composizione più autorevole, possa tenere conto del dibattito sviluppatosi sul tema[8].

Occorre ricordare che le regole processuali costituiscono il punto di arrivo dell'evoluzione successiva al superamento dell'*ordo judiciarius*.

In diritto comune, la disciplina processuale era il frutto della elaborazione, stratificata nel tempo, da parte degli stessi giudici, delle prassi operative. La cristallizzazione delle disposizioni regolatrici del processo riflette l'esigenza del potere statuale di controllare l'operato dei giudici. La disciplina del processo affidata a norme generali ed astratte contenute in disposizioni statuali è un fenomeno relativamente recente.

Le corti superiori dettano le regole del proprio funzionamento. Le scarne norme di procedura dettate dagli articoli da 15 a 22, l. 11 marzo 1953, n. 87, sono completate dalla «norma integrative», che la Corte costituzionale può emettere ai sensi dell'art. 22, comma 2°. La Corte di Strasburgo e la Corte del Lussemburgo operano in base ai propri regolamenti, rispettivamente nel testo in vigore dal 1° maggio 2013 e dal 23 aprile 2015.

Costituiscono indubbiamente forzature che, se commesse da giudici di merito, implicherebbero *errores in procedendo*, ma sono espressione del potere di autoregolazione della Corte l'attribuzione alla sezione sesta del potere di tenere l'udienza pubblica e di emettere sentenze[9]; il potere di enunciare

[8] Nell'ambito di questo percorso, nell'anno in corso, si sono svolti incontri, *Dialogoi*, sui rapporti tra il principio di diritto *ex* art. 363, c.p.c. e le questioni di legittimità costituzionale (12 febbraio), sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di capacità processuale (25 marzo), sulla nozione di prove «indispensabili» (5 maggio); nonché sulla impugnabilità dell'ordinanza che dichiara inammissibile l'appello privo di una ragionevole probabilità di accoglimento *ex* art. 348-*ter*, c.p.c. (3 giugno). I materiali di ciascun incontro, nonché di quelli degli anni precedenti, sono nel sito della Corte: <http://bit.ly/1O9MDG1> (ultimo accesso 23.02.2016); e in quello del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre: <http://bit.ly/1StFt0c> (ultimo accesso 23.02.2016).

[9] Cass. 20 gennaio 2014, n. 1089, cit., per la quale «l'esplicito riferimento contenuto sia nell'art. 76, 1° comma, lett. b), R.d. n. 12 del 1941 (come modificato dall'art. 81 d.l. n. 69 del 2013), sia nell'art. 75, 2° comma, cit. (*id est*: dello stesso d.l. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98), alle udienze che si tengano presso la sesta sezione (e cioè quella di cui all'art. 376, 1° comma, c.p.c.), consenta di ritenere non solo che la detta sezione è abilitata a tenere oltre alle adunanze camerali anche udienze pubbliche, ma anche che alle udienze che si tengono presso la stessa sezione non è più obbligatoria la partecipazione del pubblico ministero. Rimane impregiudicata, ovviamente, la facoltà

un principio di diritto nell'interesse della legge, ai sensi dell'art. 363, c.p.c., anche nell'ambito del procedimento camerale e se vi è rinuncia al ricorso[10]; le limitazioni all'applicazione degli artt. 384, comma 3°, c.p.c. ai casi nei quali la Corte intende provvedere sul merito e non anche alle ipotesi in cui intenda correggere la motivazione o dichiarare l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso[11]. In questo senso possono anche essere valutate le violazioni, espresse o tacite, dell'art. 374, comma 3°, c.p.c., che dovrebbe precludere alle sezioni semplici di disattendere gli orientamenti delle sezioni unite[12]. Gli esempi potrebbero moltiplicarsi.

In realtà, il procedimento innanzi alla Corte è quello che la stessa Corte determina nell'ambito dei confini segnati dalle norme generali ed astratte. Mentre è la Corte che segna i confini per i giudici di merito, i provvedimenti dei quali possono essere cassati se li travalicano, la stessa Corte interpreta ed applica, con decisioni insindacabili, le disposizioni che regolano il procedimento innanzi a sé.

Allora, piuttosto che pensare a riforme palingenetiche del giudizio di legittimità, che la Corte potrebbe non condividere e sterilizzare, in considerazione della difficoltà di porre mano a un radicale intervento di razionalizzazione complessiva del sistema[13], oltre agli interventi organizzativi in parte già realizzati e da realizzare, un contributo potrebbe essere fornito dalla

dell'ufficio del pubblico ministero di intervenire ai sensi dell'art. 70, 3° comma, c.p.c., e cioè ove ravvisi un pubblico interesse».

[10] Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051, cit.

[11] Per l'applicabilità della disposizione soltanto all'ipotesi in cui la corte ritenga di dover decidere nel merito e non anche a quelle in cui intenda correggere la motivazione, Cass. 1° aprile 2015, n. 6669; Cass. 12 dicembre 2011, n. 26610; Cass. 30 agosto 2011, n. 17779; Cass. 22 luglio 2011, n. 16141. Per l'inapplicabilità dell'art. 384, comma 3°, c.p.c. al rilievo d'ufficio delle cause di inammissibilità del ricorso, v. Cass. 20 luglio 2011, n. 15964.

[12] Cass. 14 giugno 2011, n. 12957, in «Foro it.», 2011, I, col. 3033, con nota di chi scrive, ha ritenuto «di doversi discostare, in consapevole e motivato dissenso» dal precedente orientamento consolidato.

[13] Diversi sono stati i tentativi di porre mano ad una riforma complessiva, riscrivendo interamente il codice di rito. Ma non hanno avuto alcun esito: il Progetto Liebman (in «35° Quaderno dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile», Giuffrè, Milano 1979), il Progetto Tarzia (in «Giur. it.», 1988, IV, 257); il Progetto Vaccarella (oggetto del d.d.l. C/XIV/4573); il Progetto Proto Pisani (in «Foro it.», 2009, V, col. 1); il Progetto Vaccarella, consegnato al Ministro della Giustizia il 1° dicembre 2013. Questi progetti, tuttavia, hanno per oggetto soltanto la normativa codicistica. Nessuno di essi propone di inserire nel futuro codice, come si è fatto altrove e come sarebbe doveroso, tutta la normativa sulla tutela giurisdizionale civile, ormai contenuta anche in altri testi legislativi, compresi i regolamenti Ue. In questa direzione era la Relazione presentata nella IX Legislatura, alla Commissione Giustizia del Senato dal sen. Nicolò Lipari (in «Giust. civ.», 1985, II, pp. 520 ss., e in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1986, pp. 318 ss.).

previsione di un provvedimento legislativo che, annualmente, recepisca (o rifiuti) le indicazioni della giurisprudenza della Corte nell'esercizio della sua funzione nomofilattica, al pari di quanto avviene con la legge europea.

È il modello delle *Rules of civil procedure* nel processo federale americano: periodicamente, in base alla giurisprudenza delle corti federali, le *Rules* sono aggiornate[14].

Il legislatore, ovviamente, nella sua razionale discrezionalità, potrebbe anche disattendere le indicazioni della Corte, che, ai sensi dell'art. 101, comma 2°, Cost., sarebbe tenuta ad adeguarsi. Altrimenti, il recepimento in provvedimenti legislativi delle indicazioni della giurisprudenza di legittimità, potrebbe contribuire alla razionalizzazione del sistema, evitando il pendolarismo legislativo e cristallizzando, soprattutto nella materia processuale, la giurisprudenza della Corte, prescindendo da quanto previsto dall'art. 374, comma 3°, c.p.c., sovente disapplicato.

In subordine, come avviene, in riferimento a materie specifiche, in molti uffici di merito e come avviene per tutte le corti superiori, la stessa Corte potrebbe indicare, nel proprio sito, le «linee guida» del procedimento innanzi a sé, dettando un proprio «Statuto», fornendo agli utenti un modulo di ricorso e risolvendo così l'annosa questione relativa alla lunghezza ed alla struttura degli atti.

5. Cenni (e rinvio) sull'ammissibilità del ricorso

Nell'attuale contesto, tuttavia, appare opportuno prescindere da tali suggestive prospettive. L'aspirazione a un intervento normativo che concentri in unico testo tutta la disciplina processuale, coordinando e selezionando i frutti della frenesia legislativa è risalente e non ha ricevuto ascolto. Anche il dialogo sulla materia processuale tra legislazione e giurisprudenza costituisce un desiderio datato, che ha dovuto cedere alle intemperanze di ripetuti interventi legislativi estemporanei. L'elaborazione di «linee guida» del procedimento innanzi alla Corte presuppone una paziente e periodica analisi della giurisprudenza della stessa Corte.

Il dialogo con la Corte, già celebrato, nel decennale della istituzione, nel 1933, da Piero Calamandrei, da Francesco Carnelutti e da Ludovico Mortara, resta affidato ad altri strumenti.

Hic et nunc, appare opportuno ricordare che il processo civile di cognizione, compreso il procedimento innanzi alla Corte di Cassazione, tende ad

[14] Si rinvia a *Il processo civile tra riforme ordinamentali, organizzazione e prassi degli uffici. Una questione di metodo*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1999, pp. 77 ss.

una decisione di merito, a conoscere chi ha ragione e chi ha torto, a sapere se si può ottenere il bene della vita preteso o se tale aspirazione è priva di fondamento. Dalla Corte di legittimità, il ricorrente vuole sapere se il provvedimento impugnato è frutto di *errores in procedendo* o di *errores in iudicando* e merita, quindi, per le ragioni esposte nei motivi, di essere cassato.

La proposizione di un ricorso per cassazione, come di una domanda giudiziale, tuttavia, è sottoposta a regole, l'inosservanza delle quali ne determina l'inammissibilità.

Ogni giudice, compresa la Corte, ha il doveroso compito di verificare preliminarmente l'ammissibilità della domanda o dell'istanza proposta[15]. Non occorre, a tal fine, la previsione legislativa di un subprocedimento, che, se compiuto dal medesimo organo decidente, appesantisce, sempre e comunque, il processo[16].

In sede di legittimità, il giudizio sulla ammissibilità del ricorso è attribuito, in prima battuta, alla Sezione VI e, poi, eventualmente, anche alla sezione tabellarmente competente.

Sebbene possa essere, o possa apparire, più semplice definire il procedimento con una dichiarazione di inammissibilità se il ricorso è privo di fondamento, l'obiettivo del giudizio di impugnazione resta la valutazione degli *errores in procedendo* o degli *errores in iudicando* denunciati con il ricorso. Con la dichiarazione di inammissibilità, invece, la Corte si sottrae al proprio compito e rifiuta la decisione richiesta; imputa al difensore l'inosservanza delle regole formali per la proposizione del ricorso ed espone quest'ultimo a responsabilità per negligenza professionale.

Il compito della Corte resta quello scolpito nell'art. 65 o.g., per il quale essa «assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della

[15] I processi si uccidono da piccoli, prima che crescano e diventino difficili da gestire. Si rinvia a *Prime note sulla fase introduttiva del processo ordinario di cognizione*, in «Foro it.», 2005, V, coll. 100 ss.; *L'esperienza del processo nell'assetto attuale. Le prassi esistenti e quelle possibili*, in *Processo ed organizzazione*, a cura di G. Gilardi, Giuffrè, Milano 2004, pp. 23 ss.; e a *Note sulla struttura della decisione nei processi a cognizione piena. Un modello per la consolle del giudice*, in *Tecnologia, Organizzazione e Giustizia*, a cura di S. Zan, il Mulino, Bologna 2004, p. 191, ora in *Riflessioni sulla giustizia (in)civile*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 293, 313 e 329. V. anche le considerazioni svolte in *L'interesse ad eseguire tra valore del diritto e abuso del processo*, cit., e in *Questioni processuali tra poteri del giudice e facoltà delle parti*, in «Riv. dir. proc.», 2010, p. 1012. Sono, infatti, sintomi di patologia del processo che, innanzi alla Corte, si arrivi a discutere del contraddittorio su questioni rilevate d'ufficio ovvero che giungano in Cassazione controversie di infimo valore; questi fenomeni presuppongono un malfunzionamento dei processi di merito.

[16] In riferimento al «filtro» in appello, si rinvia a *La riforma dell'appello*, in «Giusto proc. civ.», 2013, p. 21.

legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni».

Ogni controversia, anche quelle sottoposte al giudizio della Corte suprema, coinvolge la vita delle parti, che, nei giudizi di merito, si sente palpitare negli atti e nelle aule di udienza, mentre nel giudizio di legittimità appare lontana fino a far dimenticare la sua esistenza. Ma sotto gli atti ingialliti dal tempo e dietro le raffinate questioni giuridiche vi sono sempre e comunque le vicende umane.

Lo *jus litigatoris* è garantito dall'art. 111, comma 7°, Cost. che attribuisce alla Corte il controllo di legalità sui provvedimenti giurisdizionali. Sapere se il provvedimento impugnato è viziato da *errores in procedendo* o da *errores in judicando* è un diritto garantito dalla Costituzione.

Come previsto, in generale, dall'art. 125, c.p.c., anche il ricorso per cassazione deve indicare «le parti, l'oggetto, le ragioni della domanda e le conclusioni o l'istanza». I requisiti del ricorso sono indicati dall'art. 366, comma 1°, c.p.c.; ai sensi dell'art. 365, c.p.c., inoltre, «il ricorso è diretto alla corte e sottoscritto, a pena d'inammissibilità, da un avvocato iscritto nell'apposito albo, munito di procura speciale»; l'inammissibilità è dichiarata anche se nessuna delle parti provvede all'integrazione del contraddittorio nel termine fissato, ai sensi dell'art. 331, comma 2°, c.p.c.

Il ricorso è qualificato «inammissibile» dall'art. 360-*bis*, c.p.c., ma, come si è già ricordato, la Corte, ha immediatamente chiarito che, nonostante l'etichetta attribuita dal legislatore, nelle ipotesi considerate, si tratta di manifesta infondatezza del ricorso, non di «inammissibilità»[17].

L'ammissibilità del ricorso presuppone anche la verifica della legittimazione e dell'interesse ad impugnare.

Alcuni requisiti di ammissibilità del ricorso per cassazione sono verificabili in base a dati oggettivi, rispetto ai quali i margini di opinabilità sono ridotti. L'applicazione di altri, invece, implica un più ampio potere di valutazione[18].

A tal fine, anche nella prospettiva della prossima informatizzazione del procedimento innanzi alla Corte e della attuazione dell'ufficio del processo di cui al d.m. 1° ottobre 2015, potrebbe essere semplificata la verifica dei requisiti di ammissibilità del primo tipo. Per quanto riguarda quelli del secondo tipo, invece, il compito interpretativo consiste nel segnare confini

[17] Cass., sez. un., 6 settembre 2010, n. 19051, cit.

[18] Per una analisi aggiornata dei requisiti di ammissibilità del ricorso, si rinvia alla relazione svolta il 5 novembre 2015, al corso della Formazione decentrata della Scuola Superiore della Magistratura, «*Filtri di ammissibilità e controllo di legittimità sui provvedimenti del giudice civile*», cod. P15077, <http://bit.ly/1j77uP6> (ultimo accesso 23.02.2016).

per quanto possibile certi.

A mero titolo esemplificativo, la verifica della sottoscrizione del ricorso da parte di un avvocato iscritto nell'albo speciale, l'indicazione delle parti, della procura, del provvedimento impugnato, del rispetto dei termini possono implicare indagini anche complesse, ma lasciano scarsi margini di discrezionalità[19]. Il giudizio sulla legittimazione e sull'interesse ad impugnare, sulla natura del provvedimento impugnato, sull'autosufficienza del ricorso, invece, si prestano a soluzioni opinabili.

In relazione a questi ultimi, pertanto, si tratta di proseguire, mediante il dialogo tra giurisprudenza e dottrina, la tradizionale opera interpretativa di chiarificazione e semplificazione della normativa.

[19] Basti pensare alle questioni relative all'inammissibilità del ricorso per inosservanza dei termini per impugnare, che hanno scarsi margini di opinabilità, ma non possono essere sottovalutate. In primo luogo, l'applicazione della disciplina ordinaria, oggetto di ripetute modifiche, implica la soluzione di problemi di diritto transitorio: il termine 'lungo' per impugnare è stato abbreviato dall'art. 46, comma 17°, l. 18 giugno 2009, n. 69; per valutare, quindi, l'ammissibilità dei ricorsi contro i provvedimenti non notificati occorre preliminarmente verificare se la domanda sia stata proposta prima o dopo il 4 luglio 2009. Nel calcolo dei termini, inoltre, occorre tenere presente la sospensione feriale: nelle controversie alle quali riesce applicabile la l. 7 ottobre 1969, n. 742, modificata dall'art. 16, comma 1°, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. dalla l. 10 novembre 2014, n. 162; nel computo dei termini regolati dalla sospensione feriale, pertanto, per valutare la tempestività della notificazione del ricorso e, quindi, la sua ammissibilità, occorre preliminarmente verificare se la domanda sia stata proposta prima o dopo il 1° gennaio 2015. In secondo luogo, occorre considerare le disposizioni che, in materie specifiche, prevedono termini diversi; l'analisi ed il confronto di esse sono indice del pressappochismo del legislatore; rispetto a ciascuna fattispecie, occorre verificare l'atto che determina la decorrenza dei termini: talvolta, infatti, è indicata la «comunicazione», talaltra la «notificazione», talaltra ancora è attribuito alla cancelleria il compito di notificare il provvedimento. In terzo luogo, merita attenzione la questione relativa all'individuazione del *dies a quo*, sulla quale è intervenuto il Giudice delle leggi su sollecitazione della Corte: cfr. Cass., sez. un., 1° agosto 2012, n. 13794, in «Giur. it.», 2013, p. 909, con nota di richiami, che ha fornito un'interpretazione non condivisa da Cass. 22 novembre 2013, n. 26251 (in «Corriere giur.», 2014, p. 988, con nota di F. Auletta), che, a sua volta, ha dubitato del «diritto vivente»; Corte cost. 22 gennaio 2015, n. 3, in motivazione, ha chiarito che «il ricorso all'istituto della rimessione in termini per causa non imputabile (art. 153 c.p.c.), utilizzato dalle sezioni unite (e che pure in situazioni particolari può costituire un utile strumento di chiusura equitativa del sistema), va inteso come doveroso riconoscimento d'ufficio di uno stato di fatto *contra legem* che, in quanto imputabile alla sola amministrazione giudiziaria, non può in alcun modo incidere sul fondamentale diritto all'impugnazione, riducendone, talvolta anche in misura significativa, i relativi termini (specie nella prospettiva della sopravvenuta disciplina dell'istituto e in particolare della riduzione a sei mesi del termine in questione)»; alle indicazioni del Giudice delle leggi si è, quindi, adeguata la Corte: Cass. 25 marzo 2015, n. 6050; Cass. 22 maggio 2015, n. 10675.

6. Lo jus litigatoris

Questo paziente lavoro, ovviamente, non può prescindere dai principii e dai valori deducibili dalla Costituzione.

In una recente pronuncia in materia, il Giudice delle leggi ha ribadito che «il presidio costituzionale – il quale è testualmente rivolto ad assicurare il controllo sulla legalità del giudizio (a ciò riferendosi, infatti, l'espresso richiamo al paradigmatico vizio di violazione di legge) – contrassegna il diritto a fruire del controllo di legittimità riservato alla Corte Suprema, cioè il diritto al processo in cassazione»[20].

La ricorrente aspirazione ad una limitazione all'accesso alla Corte, mediante una modifica della Costituzione[21], diretta a costruire una Corte di Cassazione diversa da quella unificata nel 1923 ed alla quale i costituenti hanno attribuito il controllo di legalità, implica, tuttavia, una corte suprema di pochi componenti, selezionati in modo diverso dal concorso, con funzioni di indirizzo di politica del diritto, nonché, probabilmente, la unificazione delle funzioni della Corte costituzionale e della Corte di Cassazione, come previsto negli Stati Uniti; e presuppone altresì una profonda revisione della struttura delle corti d'appello, alle quali sarebbe affidato il monopolio del controllo di legalità sui provvedimenti giurisdizionali.

Non appare neppure realistico pensare, senza modificare la Costituzione, alla abolizione dell'appello, liberando risorse e concentrando innanzi alla Corte tutte le impugnazioni. L'appello, come mette in evidenza Domenico Dalfino[22], sebbene non goda di garanzie costituzionali, costituisce una fondamentale garanzia di giustizia non solo contro gli errori del giudice, ma anche contro gli errori delle stesse parti.

Entrambe le soluzioni richiedono comunque profondi interventi strutturali e non sono di breve periodo. Comunque non contribuiscono a risolvere gli attuali problemi di funzionamento della Corte.

In riferimento a questi ultimi, non può essere pretermesso che quasi il 40% dei ricorsi per cassazione riguarda le controversie tributarie, alle quali occorre aggiungere quelle previdenziali, nonché i ricorsi in materia di sanzioni amministrative proposti prima del 2006, quando è stata prevista l'appellabilità delle relative decisioni.

---

[20] Così Corte cost. 9 luglio 2009, n. 207, in «Foro it.», 2009, I, col. 3281, con nota di chi scrive, *Contro l'abuso del «filtro» è pronta la «pillola del giorno dopo»: sono revocabili anche le ordinanze dichiarative della inammissibilità dei ricorsi per cassazione*.

[21] La questione è stata oggetto anche della ultima Assemblea generale, gli atti della quale sono pubblicati nel sito della Corte: <http://bit.ly/1PxUJaR> (ultimo accesso 23.02.2016).

[22] D. Dalfino, *L'appello, garanzia di giustizia*, in «Questione giustizia», 2015, pp. 107 ss.

La gestione di questa tipologia di controversie implica interventi organizzativi estranei all'esperienza di ogni altra corte suprema.

Una prospettiva seria e realistica non può prescindere dall'incidenza del contenzioso seriale, dai profili organizzativi del lavoro della Corte, dalle delicate questioni relative alla tecnica di redazione degli atti e, soprattutto, dei provvedimenti.

Il dibattito generale sulle proposte di riforma palingenetiche e sul futuribile ruolo della Corte prescinde dalla paziente e faticosa analisi delle norme, della giurisprudenza e dei flussi di contenzioso, ha per oggetto i desideri e le aspirazioni di ciascuno; sottrae energie e tempo alla soluzione delle questioni concrete.

Ancora una volta, perciò, come ha insegnato l'intera vita dell'amico al quale sono dedicate queste pagine, «ci metteremo al nostro lavoro ed adempiremo al "compito quotidiano" nella nostra qualità di uomini e nella nostra attività professionale»[23].

Abstract

Si riferisce dello stato delle proposte di legge pendenti in Parlamento. Si dà conto della successione delle riforme del procedimento di legittimità. Si indicano le soluzioni accolte dalla Corte sulle più recenti riforme. Si auspica un improbabile intervento di razionalizzazione della disciplina processuale e si ricorda il potere di autoregolazione delle Corti supreme. Si conclude segnalando i limiti e le conseguenze di una modifica della Costituzione in funzione di una restrizione dell'accesso alla Corte.

[23] Così M. Weber, *Il lavoro intellettuale come professione*, Einaudi, Torino 1967, p. 43.

Pietro Curzio

La Cassazione civile tra riforme inutili e problemi complessi

SOMMARIO: 1. Il disegno di legge di riforma del giudizio di Cassazione – 2. La discrasia tra il testo del d.d.l. e la relazione di accompagnamento – 3. Le quattro proposte contenute nel testo – 4. La revisione del giudizio in Camera di consiglio – 5. Complessità della crisi del giudizio di Cassazione

1. Il disegno di legge di riforma del giudizio di Cassazione

L'11 marzo 2015 il Ministro della Giustizia, di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze, ha presentato alla Camera dei Deputati il disegno di legge n. 2953, intitolato *Delega al governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile*.

Negli atti parlamentari si rinviene la relazione di accompagnamento, cui segue una *Relazione tecnica*, cui segue un altro testo detto *Analisi tecnico-normativa*, nonché l'*Analisi dell'impatto della regolamentazione* (AIR).

Il disegno di legge consta di un solo articolo.

Il primo comma contiene la delega al Governo ad adottare uno o più decreti legislativi recanti l'integrazione della disciplina del Tribunale delle imprese e l'istituzione del Tribunale della famiglia.

Le modifiche del giudizio di Cassazione sono collocate all'interno del secondo comma, che contiene la delega ad adottare decreti legislativi «recanti il riassetto formale e sostanziale del codice di procedura civile e della correlata legislazione speciale, mediante novelle al codice di procedura civile e alle leggi processuali speciali, in funzione degli obiettivi di semplificazione, speditezza e razionalizzazione del processo civile».

Seguono i «principi e criteri direttivi» ai quali il Governo delegato a legiferare dovrà attenersi.

I principi e criteri riguardanti il processo di Cassazione si rinvengono nella lett. *c*), articolata in quattro punti. Il primo concerne la revisione della disciplina del giudizio camerale; il secondo riguarda «interventi volti a favorire la funzione nomofilattica»; il terzo l'adozione di modelli sintetici di

motivazione dei provvedimenti, il quarto la previsione di una più razionale utilizzazione dei magistrati addetti all'Ufficio del massimario.

2. La discrasia tra il testo del d.d.l. e la relazione di accompagnamento

La prima cosa che colpisce nella lettura di questi atti è la notevole discrasia tra la relazione di accompagnamento e il contenuto della delega.

La relazione parte da un'affermazione pienamente condivisibile: «Il giudizio di cassazione è stato oggetto di troppi interventi in pochi anni», critica quindi la disciplina vigente del rito camerale e prospetta le modifiche che dovrebbero essere introdotte sulla base del punto n. 1 del secondo comma dell'articolo unico della legge delega. Torneremo più analiticamente su questo tema. Così come torneremo, sia pur brevemente, sull'ultima parte della relazione in cui vengono illustrate «ulteriori proposte di interventi» in materia di formazione dei ruoli, di modelli di motivazione, di possibilità di applicazione dei magistrati dell'Ufficio dei massimario in udienza come consiglieri.

La parte che più colpisce della relazione è quella in cui, si prospettano «interventi normativi per risolvere discrasie funzionali e strutturali».

Le «discrasie funzionali» sono così individuate: 1) eccessivo numero dei consiglieri della Corte; 2) necessità di modificare i criteri di selezione dei magistrati che accedono alla Corte; 3) responsabilizzazione dei quadri dirigenziali intermedi (Presidenti titolari e Presidenti dei collegi); 4) revisione dei criteri di conferimento dei relativi incarichi da parte del CSM; 5) creazione di «un ufficio del giudice di cassazione, che si avvale della collaborazione di neolaureati, selezionati in base al voto di laurea e del tipo di tesi, previa indicazione dei presidi dei dipartimenti di giurisprudenza, cui affidare compiti di studio e di ricerca».

Le «discrasie strutturali» sono a loro volta così indicate: 1) problema del vizio di motivazione e necessità di «rivedere il tema del sindacato sulla motivazione»; 2) opportunità di modifiche dell'art. 360 c.p.c. in materia di motivi di ricorso; 3) necessità di intervenire in tema di autosufficienza e lunghezza degli atti; 4) novella dell'art. 372, c.p.c. con introduzione della possibilità di documentare il giudicato sopravvenuto; 5) opportunità di riscrivere l'art. 360-*bis*, c.p.c., stante l'incomprensibilità della previsione contenuta nel punto n. 2 della norma; 6) modifica dell'art. 392, c.p.c. in materia di notifica della riassunzione davanti al giudice del rinvio.

Come è facile intendere si tratta di temi importanti, ed estremamente delicati, oggetto da tempo di discussioni tese ed articolate. Il problema è

che le questioni così poste non trovano riscontro nel testo del disegno di legge. L'unico frammento della proposta normativa in cui queste materie potrebbero trovare inquadramento è il punto n. 2 della lett. *c*), in cui si parla di «interventi volti a favorire la funzione nomofilattica della Corte di cassazione, anche attraverso la razionalizzazione dei ruoli […]». Ma è certo troppo poco affinché possa ritenersi che quelle complesse questioni richiamate nella relazione possano essere considerate oggetto di delega. Se in sede di decreto delegato si legiferasse su questi temi si delineerebbe un insuperabile problema di costituzionalità per eccesso di delega.

Peraltro, ponendo per un momento in disparte questa decisiva considerazione, non può omettersi di segnalare che la relazione richiama tali questioni, ma omette di indicare principi e criteri direttivi per la loro soluzione.

A solo titolo di esempio, si afferma che occorre rivedere il problema del sindacato della Corte sulla motivazione delle sentenze, ma non si comprende se l'intervento debba limitarsi a ribadire quanto hanno detto le Sezioni unite in sede di interpretazione del nuovo testo dell'art. 360, n. 5, c.p.c. (in tal caso l'intervento legislativo sarebbe pressoché inutile) o debba consistere in qualcosa di ulteriore e di diverso (ed in tal caso non si comprende cosa).

Su altro piano si dice che i giudici di Cassazione debbono essere selezionati «con criteri diversi che consentano la formazione di una Corte (e non di una disordinata moltitudine di giudici) di legittimità, che consenta la formazione di un vero 'diritto vivente' a direzione relativamente costante e accettabilmente prevedibile» e si aggiunge che i relativi incarichi devono essere conferiti da parte del CSM in modo che «conduca ad un'autentica e non spartitoria selezione degli uomini, compiuta sulla base di accertate ed indiscusse professionalità», ma non si spiega, in positivo, quali sarebbero questi criteri diversi e a quali principi dovrebbero attenersi i decreti legislativi delegati.

Nonostante l'indubbio interesse delle questioni, appare superfluo soffermarsi ulteriormente su questa parte della relazione di accompagnamento perché, come si è detto, non se ne rinviene traccia nel testo del disegno di legge.

3. Le quattro proposte contenute nel testo

Venendo a ciò che è invece contenuto nel disegno di legge delega, come si è anticipato, la previsione riguardante il giudizio di Cassazione (lett. *c*) del secondo comma dell'art. 1) consta di quattro punti.

Quelli trattati ai nn. 2, 3 e 4, sono temi minori, i quali forse, più che con un intervento legislativo, dovrebbero essere affrontati con misure interne di organizzazione della Corte il che, invero, almeno in parte, è già accaduto.

L'affermazione vale in particolare per la previsione del n. 2, che parla di «razionalizzazione della formazione dei ruoli secondo criteri di rilevanza delle questioni» (n. 2). Questo obiettivo può essere perseguito da chi forma i ruoli della Corte e, in molte sezioni e sottosezioni ciò già avviene e con risultati tangibili e documentati.

Quanto «all'adozione di modelli sintetici di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, se del caso mediante rinvio a precedenti, laddove le questioni non richiedano una diversa estensione degli argomenti» richiesta dal punto n. 3, la norma di legge c'è già. L'art. 132, c.p.c. impone ai giudici, a tutti i giudici compresi quelli di Cassazione, di redigere sentenze contenenti una «concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione». E l'art. 118, disp. att. c.p.c. torna sul tema spingendosi a richiedere un'esposizione 'succinta', con rinvio ad eventuali precedenti conformi. Una precisa volontà legislativa è quindi già espressa nel codice di rito che impone motivazioni sobrie ed asciutte, si tratta di rispettarla e di farla rispettare. Nuove leggi non servono.

L'ultimo punto del disegno di legge delega, il n. 4, prevede «una più razionale utilizzazione dei magistrati addetti all'ufficio del massimario e del ruolo, anche mediante possibilità di applicazione, come componenti dei collegi giudicanti, di quelli aventi maggiore anzianità nell'ufficio». Ma sicuramente già oggi nulla impedisce in generale una più razionale utilizzazione di questi magistrati e molto invero chi ne ha la direzione ha fatto in tal senso. L'unico passo in più riguarda la possibilità di applicazione nei collegi giudicanti, misura condivisibile, ma non decisiva.

4. La revisione del giudizio in camera di consiglio

Un certo rilievo ha invero la prima delle proposte normative contenute nel disegno di legge delega, quella in cui si prevede «la revisione della disciplina del giudizio camerale». Essa consta di una parte demolitiva, l'eliminazione del procedimento di cui all'art. 380-*bis*, c.p.c. e di una parte propositiva così tracciata: «previsione dell'udienza in camera di consiglio, disposta con decreto presidenziale, con intervento del procuratore generale, nei casi previsti dalla legge, in forma scritta e possibilità di interlocuzione con il medesimo, parimenti per iscritto, da parte dei difensori».

In questo caso la lettura della relazione di accompagnamento è utile

per comprendere meglio a cosa si tende. L'obiettivo dichiarato è di «tornare allo schema classico della camera di consiglio» eliminando la relazione e la discussione orale ed adottando un modello del tutto simile a quello della Cassazione penale.

Oggi nel giudizio civile di Cassazione, in base all'art. 376, c.p.c., i ricorsi vengono assegnati ad una apposita sezione, la sesta, nel cui ambito viene nominato un consigliere relatore. Questi esamina il ricorso e sceglie, sulla base dei criteri fissati dal codice, se rimetterlo in sezione ordinaria per l'udienza pubblica o trattarlo in sesta in Camera di consiglio. In questo secondo caso redige una relazione in cui anticipa la soluzione proposta al collegio, relazione che viene comunicata ai difensori, i quali possono depositare memorie, nonché discutere oralmente nel corso dell'adunanza in camera di consiglio, in cui già oggi non è sempre obbligatoria la presenza del procuratore generale. Terminata l'adunanza il processo viene definito con ordinanza, salvo che il collegio ritenga di scostarsi dalla proposta del relatore e di rimettere la causa all'udienza pubblica ove verrà definita con sentenza.

Le modifiche previste dal disegno di legge, come illustrato nella relazione di accompagnamento, sono l'eliminazione della relazione e l'eliminazione della discussione orale. In particolare, la relazione di accompagnamento sottolinea l'importanza della prima eliminazione, che si ritiene necessaria per due ragioni: evitare «la doppia fatica del relatore» (prima redigere la relazione e poi l'ordinanza che definisce il giudizio) ed evitare che «il difensore che si vede prospettare una sconfitta si trovi di fronte ad una possibilità difensiva assai più grande di quella che addirittura gli compete nel momento in cui la causa invece viene attribuita al teoricamente più garantito rito dell'udienza pubblica».

So di esprimere un'opinione poco condivisa (o forse del tutto isolata), ma la mia esperienza di coordinatore del settore lavoro della sesta civile, mi induce ad esternare una perplessità sulla opportunità di questa eliminazione. La doppia fatica del relatore è relativa, perché nella maggior parte dei casi, se la relazione è centrata, il collegio la condivide e il provvedimento definitivo si limita a ripetere quanto scritto in relazione. Vi è però una minoranza di casi in cui il difensore, letta la relazione, segnala un problema, e a volte accade che il collegio si convinca della fondatezza di tale segnalazione e si discosti dalla soluzione prospettata nella relazione. Tutto ciò va inserito nel contesto peculiare in cui opera la sesta civile, sezione che lavora su grandi numeri: nella sesta civile-lavoro ciascun consigliere in un mese esamina circa cento fascicoli e redige circa trenta-quaranta relazioni, che si affiancano al lavoro di redazione dei provvedimenti definitivi. In un

contesto di questo genere il margine di errore si innalza rispetto a quello dei consiglieri delle sezioni ordinarie, ed appare quindi quanto mai opportuno consentire ai difensori di far rilevare possibili errori o inesattezze.

L'assetto normativo e organizzativo della sesta civile, dopo un periodo di rodaggio, è ora andato a regime, specie nelle due sottosezioni (lavoro e tributaria) che operano con un collegio fisso. Nel 2014 tutto ciò ha permesso di definire in questa sede circa il 38% delle cause civili che giungono in Cassazione. Se le regole rimangono stabili e l'organizzazione viene ulteriormente affinata facendo tesoro dell'esperienza acquisita, questo dato è destinato a migliorare. Un rimescolamento delle regole renderebbe necessario ricalibrare il sistema, il che comporta di per sé un rallentamento dei tempi, ma soprattutto priverebbe il meccanismo di quella valvola di sicurezza che permette di prevenire errori che il ritmo elevato di lavoro ineluttabilmente comporta. Ed è superfluo sottolineare che gli errori fatti in sede di giudizio di Cassazione sono nella quasi totalità dei casi irrimediabili.

A parte questa modifica della disciplina del processo in camera di consiglio, che può dirsi di un certo rilievo, la riforma del giudizio di Cassazione contenuta nel disegno di legge delega concerne aspetti marginali e le soluzioni proposte non sembrano giustificare un intervento legislativo.

5. Complessità della crisi del giudizio di Cassazione

La crisi del giudizio di Cassazione ha dimensioni strutturali tali da richiedere interventi di ben altra consistenza.

Le sei sezioni della Cassazione civile ricevono ogni anno circa 30.000 ricorsi. Hanno da tempo elevato il ritmo di lavoro e definiscono un numero di processi a volte di poco superiore a volte di poco inferiore a quello delle sopravvenienze. Nel 2014 sono stati depositati 30.167 ricorsi, e sono stati definiti 28.198 giudizi, di cui ben 10.592 dalla sola sesta sezione. I giudici della Corte lavorano a ritmi intensissimi, in media ciascuno deposita oltre 250 sentenze ad anno. Ma ciò nonostante la pendenza a fine 2014 era di 100.778 giudizi civili.

Questa situazione osta all'adeguato assolvimento del compito, proprio della Corte, di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge» (art. 65 dell'ordinamento giudiziario). Compito che è funzionale al rispetto, in sede di interpretazione ed applicazione giudiziaria delle norme di diritto, del principio di uguaglianza.

Il problema, per fare seri passi in avanti, dovrebbe essere affrontato con ben altri mezzi. Con riforme legislative, ma certo non solo sul piano

normativo. Sono necessari: nuovo personale amministrativo, formato in maniera adeguata; un piano di informatizzazione integrale; strutture di sostegno; mezzi finanziari consistenti.

La norma di chiusura del disegno di legge afferma «all'attuazione delle disposizioni della presente legge si provvede nell'ambito delle risorse umane, strumentali e finanziarie disponibili a legislazione vigente, senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica». Con una impostazione di questo tipo problemi delle dimensioni su descritte non vengono neanche scalfiti.

Tutto ciò i magistrati della Corte lo hanno detto con chiarezza nell'assemblea generale svoltasi il 25 giugno 2015 alla presenza del Capo dello Stato (la relazione introduttiva del primo presidente G. Santacroce ed il *Documento finale* possono essere letti in «Foro it.», 2015, V, pp. 389 ss.).

6. Riflessioni e proposte

Nel *Documento finale* dell'assemblea si enumerano una serie di richieste rivolte al Parlamento, al Governo, al Consiglio Superiore della Magistratura, e a chi all'interno della Corte ha responsabilità direttive.

Facendo propria l'opinione di molti autorevoli studiosi, nel documento si prospetta una modifica del settimo comma dell'art. 111, Cost. nel senso che, salvaguardando il ricorso per Cassazione per violazione di legge contro i provvedimenti sulla libertà personale, sia rimodulata la disciplina dell'ambito di proponibilità del ricorso contro le sentenze, «circoscrivendola ai casi nei quali è ravvisabile la necessità di formulare principi giuridici di valenza generale o garantire comunque un vaglio della Suprema Corte».

Personalmente dubito che si possa affidare la selezione tra le ipotesi in cui il ricorso in Cassazione è possibile e quello in cui è inammissibile a formule ineluttabilmente elastiche. Ed, in ogni caso, mi sembra poco realistico pensare che il legislatore intervenga con una modifica costituzionale sul punto.

Ciò che invece sicuramente il legislatore ordinario dovrebbe garantire è che, in conformità alla Costituzione, il ricorso per Cassazione venga ammesso solo per violazione di legge, senza nulla aggiungere. E questo dovrebbe essere un imperativo per il legislatore, ma anche per la stessa Corte, che spesso tende, per varie ragioni, ad allargare l'ambito del suo giudizio, il che a sua volta induce gli avvocati a presentare ricorsi in cui si tenta di ottenere un terzo grado di merito.

Il legislatore invero si è avvicinato alla soluzione che consente il ricorso

per Cassazione solo per violazione di legge, riscrivendo, nel 2012, il testo dell'art. 360, secondo comma, n. 5, c.p.c. in senso fortemente restrittivo. Quanto meno è necessario che, come ha richiesto l'assemblea generale (punto n. 6 del *Documento finale*), ci si astenga da nuovi interventi modificativi di tale disposizione prima che sia trascorso un tempo sufficiente a valutare nella pratica gli effetti delle modifiche.

Una volta circoscritto il ricorso per Cassazione alla violazione di legge, le misure per consentire alla Corte di svolgere effettivamente la funzione di ricondurre ad unità l'interpretazione delle norme di diritto devono muoversi su altri piani, diversi da quello legislativo.

Non è necessario incrementare il numero dei giudici della Corte perché quanto più sono le teste tanto più è difficile l'unificazione ermeneutica. Se possibile il numero dei giudici dovrebbe essere gradualmente ridotto.

Al contrario, devono essere fortemente potenziate le strutture di supporto. Ciascun giudice deve avere un ufficio composto da personale di elevata qualificazione (magistrati, ricercatori universitari, avvocati), che prepari il lavoro su cui si baserà la decisione: verifichi i profili formali (il rispetto di termini, le regolarità delle notifiche, tutti gli elementi che incidono sull'ammissibilità e procedibilità del ricorso); operi una schedatura della singola causa e la rapporti al resto del contenzioso per eventuali accorpamenti delle trattazioni; effettui una compiuta ricerca di precedenti giurisprudenziali ed eventualmente degli interventi dottrinali sui temi oggetto della controversia. Solo con un supporto di questo tipo il singolo consigliere potrà svolgere il suo ruolo in modo adeguato, concentrando il suo impegno sulla scelta della decisione migliore e nella redazione della relativa motivazione.

Anche grazie a quel prezioso lavoro preparatorio, dovrà essere poi incrementato il numero delle decisioni in camera di consiglio in tutte le situazioni in cui all'esito dello studio del ricorso si ritenga che la controversia non comporti l'affermazione di nuovi principi di diritto, il che si rende invero necessario in un numero circoscritto di casi. Il resto, cioè molto di più dell'attuale 38% dei giudizi (ritengo circa il doppio), deve essere tutto trattato dalla sesta sezione in camera di consiglio e deciso con una sintetica ordinanza. Questa sezione, che già oggi svolge un ruolo cruciale nel sistema, deve essere fortemente potenziata e i suoi metodi di lavoro, contrariamente a quel che accade oggi, devono essere unificati, generalizzando quelli delle sue componenti che hanno mostrato maggiore efficacia.

A tutto ciò si deve aggiungere un forte incremento del personale delle segreterie, una totale e ben concepita informatizzazione del processo, un sostegno finanziario adeguato. Le risorse da impegnare devono essere consistenti, ma ne vale la pena.

Una Corte di Cassazione che svolga il suo compito di unificazione della giurisprudenza in modo adeguato comporta ricadute positive su tutto il sistema Giustizia: l'incremento della prevedibilità dell'esito dei giudizi costituisce il più serio fattore di deflazione del contenzioso. Deflazione del contenzioso significa riduzione della durata dei processi e migliore qualità delle decisioni. Tra questi elementi vi è un rapporto inversamente proporzionale.

Un'interpretazione delle norme più chiara, uniforme e stabile per un ragionevole lasso di tempo, comporta forti benefici per l'economia di un paese ed è un diritto dei cittadini. Costituisce uno strumento di attuazione del principio di uguaglianza nella concreta applicazione della legge, che è invece leso da interpretazioni giudiziarie ondivaghe e ingiustificatamente diversificate. Contribuisce a definire meglio il quadro dei diritti e dei doveri dei componenti di una comunità. È, in ultima analisi, fondamentale per la qualità di una democrazia.

Abstract

La crisi del giudizio di cassazione ha origine nell'eccessivo numero di ricorsi. Deve essere affrontata partendo da scelte che conducano la Corte ad essere solo giudice di legittimità, il cui compito è quell'unificazione dell'interpretazione senza la quale il principio di uguaglianza viene leso proprio nella sede più delicata costituita dall'applicazione giurisprudenziale delle norme. A tal fine è necessario che il ricorso per cassazione sia proponibile solo per violazione di legge, come sancito dalla Costituzione, senza ampliamenti, o, quanto meno, è necessario che il legislatore non contraddica con nuovi interventi estensivi le scelte in senso restrittivo fatte solo pochi anni fa. Ma è poi assolutamente indispensabile l'adozione di misure 'non legislative', strutturali ed organizzative, sostenute con investimenti seri in termini di risorse umane ed economiche.

Elena D'Alessandro

L'influenza esercitata dal diritto nazionale nell'elaborazione di concetti 'europei' ad opera della Corte di giustizia. Il caso Gothaer

SOMMARIO 1. Introduzione – 2. Un esempio: la vicenda *Gothaer* – 3. (*Segue*): l'idea per cui i limiti oggettivi di efficacia della pronuncia declinatoria della giurisdizione si estendono fino a coprire la motivazione è concetto mutuato dalla tradizione giuridica francese?

1. Introduzione

In virtù di quanto disposto dall'art. 267 Trattato FUE (già art. 234 Trattato CE e art. 177 Trattato CEE), *i.e.* per effetto dell'istituto del rinvio pregiudiziale interpretativo, la Corte di Giustizia dell'Unione europea svolge una funzione nomofilattica all'interno dello spazio giudiziario europeo. Alla Corte del Lussemburgo, in particolare, spetta il compito di interpretare in maniera uniforme le disposizioni di diritto dell'Unione europea contenute nei Trattati e negli altri atti normativi di derivazione comunitaria, assicurando che questi ultimi, pur dovendosi coordinare con la normativa interna di distinti ordinamenti nazionali, abbiano il medesimo significato entro lo spazio giudiziario comune. Per assolvere a tale compito, sovente la Corte di giustizia ha la necessità di elaborare concetti giuridici 'europei', ossia di attribuire ad una espressione contenuta nei Trattati, in un regolamento, in una direttiva o, più in generale, in un atto normativo di matrice europea, un significato ulteriore e diverso che costituisce una variante funzionale rispetto alla valenza semantica che tale espressione assume all'interno degli ordinamenti nazionali dei singoli Stati membri.

Il diritto processuale europeo offre molteplici esempi in proposito[1].

[1] Per una compiuta illustrazione v. C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla CEDU a sua volta),* in *Corti europee e giudici nazionali* (Atti del XXVII Convegno nazionale

Si pensi, ad esempio, alla nozione autonoma di «litispendenza comunitaria» elaborata a partire dalla sentenza *Gubisch* c. *Palumbo*[2] ovvero alla nozione autonoma del concetto di «delitti o quali delitti» di cui all'art. 5, n. 3, della Convenzione di Bruxelles del 1968 dettante regole uniformi in materia di competenza giurisdizionale, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale (oggi: art. 7, n. 2, del regolamento UE n. 1215/2012), la quale, ad avviso dei giudici di Lussemburgo, include le ipotesi di *culpa in contrahendo*[3].

Dunque, mediante l'istituto del rinvio pregiudiziale e, in particolare, tramite la elaborazione di nuovi concetti giuridici di matrice europea, la Corte di Giustizia esercita una influenza uniformatrice particolarmente efficace in considerazione del fatto che la sentenza conclusiva del procedimento *ex* art. 267 Trattato FUE ha, secondo la lettura prevalente, *l'autorité de la chose interpretée* ed è vincolante per tutti i giudici dell'Unione europea in futuro chiamati a dirimere la medesima questione esegetica.

Ben si comprende, pertanto, perché questa attività di armonizzazione abbia prevalentemente suscitato l'attenzione degli interpreti.

Minor fortuna ha riscosso un altro aspetto del medesimo fenomeno. Ci riferiamo al tentativo di stabilire se e quale influenza esercitano i concetti di diritto nazionale nel contesto del procedimento logico che porta alla elaborazione di un concetto giuridico «di matrice europea» da parte della Corte di Giustizia[4].

dell'associazione italiana fra gli studiosi del processo civile), Bologna 25-26 settembre 2009, Bononia University Press, Bologna 2011, pp. 50 ss.

[2] CGUE, 8 dicembre 1987, C-144/86 (ECLI:EU:C:1987:528), *Gubisch* c. *Palumbo*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 1988, p. 566 nonché in «Giust. civ.», 1988, I, p. 2163 con nota di V. Broggi, *Sui rapporti tra litispendenza e connessione alla stregua delle convenzione giudiziaria di Bruxelles* e in «Foro it.», IV, 1990, col. 341.

[3] CGUE, 17 settembre 2002, C-334/00 (ECLI:EU:C:2002:499), *Fonderie Officine Meccaniche Tacconi s.p.a.* c. *Heinrich Wagner Sinto Maschinenfabrik GmbH (HWS*), in «Int'l Lis», 2004, p. 133, con nota di R. Baratta, *La natura della* culpa in contrahendo *secondo la sentenza Tacconi* e in «Giur. it.», 2003, p. 1321, con nota di A. Poggio, *Titoli speciali di giurisdizione in materia di responsabilità precontrattuale nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968: l'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia.*
La questione interpretativa era stata sottoposta all'attenzione della Corte di Giustizia poiché la società tedesca convenuta in giudizio riteneva che, conformemente a quanto si verifica in diritto civile tedesco, la *culpa in contrahendo* fosse da ascrivere al *genus* della responsabilità contrattuale e che, pertanto, nella fattispecie *de qua* dovesse essere applicato l'art. 5, n. 1, della Convenzione di Bruxelles del 1968. Per contro, l'impresa Tacconi (attrice) era persuasa della bontà del suo riferimento all'art. 5, n. 3, della Convenzione, in armonia rispetto all'idea prevalente a del nostro ordinamento, quantomeno in giurisprudenza, circa la natura extracontrattuale della responsabilità precontrattuale.

[4] Siffatta prospettiva ha attratto gli interpreti soprattutto negli anni settanta ed ottanta. V. infatti U. Everling, *Rechtsvereinheitlichung durch Richterrecht in der Europäischen*

L'avvocato generale ed i giudici della Corte di Giustizia, infatti, provengono da un determinato Stato membro, in esso si sono formati giuridicamente, ed è pertanto inevitabile che un determinato concetto giuridico evochi in costoro, *prima facie*, il significato che ad esso si è soliti attribuire nel loro ordinamento di provenienza.

Tale constatazione è verosimilmente il punto di partenza del percorso che conduce all'elaborazione di un significato comune europeo: è, però, interessante verificare se «il punto di partenza», *i.e.* il modo con cui è impostato il problema esegetico, *in primis* da parte del giudice nazionale che sottopone alla Corte di giustizia il quesito pregiudiziale (posto che, nel contesto del procedimento di rinvio pregiudiziale, i giudici del Lussemburgo debbono decidere del quesito interpretativo, così come formulato dall'autorità rimettente[5]), e successivamente da parte dell'avvocato generale al momento della stesura delle conclusioni è elemento in grado di influenzare anche il risultato finale a cui perviene la Corte di Giustizia, così come la nazionalità dei componenti del collegio decidente.

Si tratta, cioè, di verificare se quelli appena enunciati sono fattori in grado di plasmare il contenuto che si attribuisce ad un determinato concetto giuridico nell'ambito del diritto europeo, orientandolo verso l'esperienza di un ordinamento piuttosto che verso l'esperienza di un altro.

Ove tale fenomeno si verifichi, la conseguenza sarà che un significato proprio della tradizione giuridica di un determinato Stato membro estenderà la sua valenza oltre i confini nazionali, in tutto lo spazio giudiziario comune (*reception and transformation of rules of national law into community law*).

Gemeinschaft, in «RabelsZ», 1986, pp. 193 ss.; P. Pescatore, *Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, a des normes déduites de la comparaison des droits des États Membres*, in «Rev. int. droit compare», 1980, pp. 337 ss., spec. pp. 343 ss., ove si fa specifico riferimento all'interpretazione autonoma della Convenzione di Bruxelles del 1968 che muove, però, dal richiamo dell'esperienza giuridica degli Stati membri; J.A. Usher, *The Influence of National Concepts on Decisions of The European Court*, in «European Law Review», 1976, pp. 359 ss. nonché, più di recente, K. Lenaerts (presidente del collegio decidente nel caso *Gothaer*, N.d.A.), *Le droit comparé dans le travail du juge communautaire*, in «Rev. trim. droit. européen», 2001, pp. 487 ss.; K. Kohler, *Nationales Recht in der Praxis des EuGH*, in «ZEuP», 2002, pp. 701 ss., spec. pp. 717 ss.; R. Sacco, *Concepts juridiques et création du droit communautaire par le juge,* in S. Schulze, *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, Mohr Siebeck, Tübingen 2003, pp. 81 ss., spec. pp. 84 ss.; R. Gosalbo Bono, *The development of general principles of law at national and community level: achieving a balance*, in Schulze, *Richterrecht und Rechtsfortbildung*, cit., pp. 99 ss., spec. pp. 102 ss.

[5] Salva la possibilità di una riqualificazione del quesito in punto di diritto. La ricostruzione degli elementi di fatto che sorreggono il quesito resta, invece, di esclusiva pertinenza del giudice *a quo*.

Trattasi, ovviamente, di una valutazione da compiersi caso per caso, con metodo empirico. Nel contesto di questo saggio tenteremo di effettuare siffatta verifica in riferimento ad una decisione che ha suscitato notevole interesse – nonché, per taluni aspetti, critiche – da parte della dottrina processualcivilistica italiana. Ci riferiamo al caso *Gothaer*[6], con cui la Corte di Giustizia ha affermato che anche le decisioni di rito sono suscettibili di circolare nello spazio giudiziario ai sensi del (l'allora vigente) regolamento CE n. 44/2001 (attualmente: ai sensi del regolamento Ue n. 1215/2012) delineandone, a livello europeo, i limiti oggettivi di efficacia.

2. Un esempio: la vicenda Gothaer

Nella vicenda *Gothaer* la Corte di Giustizia è stata chiamata a stabilire, in primo luogo, se una pronuncia di rito con la quale il giudice di uno Stato membro declini la propria *potestas decidendi* per sussistenza di una clausola attributiva della giurisdizione (nel caso di specie, a favore del foro islandese) sia una decisione suscettibile di essere riconosciuta automaticamente negli altri Stati membri ai sensi del regolamento CE n. 44/2001 (così come ai sensi della Convenzione di Lugano del 2007, applicabile nei rapporti con l'Islanda), analogamente alle sentenze di merito.

La questione giungeva per la prima volta dinanzi alla Corte di Giustizia ma non era sconosciuta alla dottrina, posto che, al fine di evitare il rischio di conflitti negativi di giurisdizione, fin dai tempi della Convenzione di Bruxelles del 1968, ci si era chiesti se le decisioni declinatorie della giurisdizione potessero circolare in base alla norma che consente il riconoscimento delle decisioni di merito che attualmente è l'art. 36 del regolamento UE n. 1215/2012.

Il presupposto implicito che avrebbe dovuto essere soddisfatto nel caso di prevalenza della soluzione favorevole alla circolazione era che si fosse

[6] CGUE, 15 novembre 2012, C-456/11 (ECLI:EU:C:2012:9520), *Gothaer Allgemeine Versicherung*, in «Int'l Lis», 2014, p. 16 con nota di D. Dalfino, *Un giudicato "europeo" sulla competenza giurisdizionale?*, e postilla di C. Consolo, L. Penasa, M. Stella e in «Foro it.», 2013, IV, coll. 32 ss. con ns. nota, *Pronunce declinatorie di giurisdizione: la Corte di giustizia impone limiti di efficacia europei*. A tali commenti si rinvia per un'analisi nel merito della conclusione cui è pervenuta la Corte di giustizia, la quale ha delineato i limiti oggettivi di efficacia del *dictum* estendendoli ai motivi portanti della decisione. Scopo del presente saggio è unicamente quello di verificare se la tradizione giuridica dell'ordinamento di provenienza dell'avvocato generale nonché dei componenti della Corte, in specie del giudice relatore abbiano svolto un ruolo se non proprio determinante, quantomeno significativo nell'orientare la decisione dei giudici del Lussemburgo.

trattato di pronuncia di rito munita di valenza extraprocessuale, analogamente a quanto si verifica per le sentenze di merito. Queste ultime, infatti, solo quando sono corredate di una siffatta efficacia possono essere esportate nello spazio giudiziario comune.

Occorre segnalare che le soluzioni adottate a tale riguardo dai singoli Stati membri non sempre coincidono. Se in Francia[7] e in Germania[8] – ordinamento a cui apparteneva il giudice che aveva formulato il quesito pregiudiziale – le decisioni declinatorie della giurisdizione, anche se emesse da un giudice non di vertice, hanno sempre valenza extraprocessuale, altrettanto non può dirsi per l'Italia, laddove, in ossequio alle idee chiovendiane, si è per lo più propensi a ritenere che il concetto di giudicato sostanziale sia esclusivo delle sentenze di merito, potendo per le sole decisioni sulla giurisdizione emesse dalla Corte di Cassazione configurarsi una valenza extraprocessuale, denominata panprocessuale[9].

Nel caso di specie, tuttavia, sembra che la richiamata divergenza tra le tradizioni dei singoli Stati membri fosse in concreto irrilevante per la Corte di Giustizia, così come irrilevante era la circostanza per cui l'avvocato generale

[7] V., in proposito, l'art. 480 del *Code de procédure civile*, secondo cui «le jugement qui tranche dans son dispositif tout ou partie du principal, ou celui qui statue sur une exception de procédure, une fin de non-recevoir ou tout autre incident a, dès son prononcé, l'autorité de la chose jugée relativement à la contestation qu'il tranche».

[8] Dove l'idea per cui le decisioni declinatorie della giurisdizione, non necessariamente emesse dal giudice di vertice, siano idonee al giudicato formale e sostanziale è dato pacifico: v. per tutti L. Rosenberg, K.-H. Schwab, P. Gottwald, *Zivilprozessrecht*, 17 Auflage, C.H. Beck, München 2010, p. 873. Riferimenti in lingua italiana in C. Consolo, *Il cumulo condizionale di domande. I. Struttura e funzione*, CEDAM, Padova 1985, p. 177 nota 108 e M. Fornaciari, *Presupposti processuali e giudizio di merito*, Giappichelli, Torino 1996, p. 45 nota 91.

[9] Come noto, la nostra dottrina ha individuato una serie di dati testuali da cui evincere che la valenza panprocessuale è propria delle sole pronunce sulla giurisdizione emesse dalla Corte di Cassazione. Segnatamente, si tratta: *i*) dell'art. 382 cod. proc. civ.; *ii*) dell'art. 310, 2° comma, cod. proc. civ.; *iii*) dell'art. 362, 2° comma n. 1, cod. proc. civ., il quale, nella misura in cui prevede che possano configurarsi conflitti negativi di giurisdizione, implicitamente afferma che le pronunce declinatore emesse da giudici diversi dalla Corte di Cassazione, non hanno valenza extraprocessuale e dunque non vincolano altri giudici italiani; *iv*) dell'art. 59 l. 69/2009 secondo cui (solo) la pronuncia sulla giurisdizione resa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione è vincolante per ogni giudice e per le parti anche in un altro processo. Così, in luogo di molti, S. Menchini, *Il giudicato civile*, UTET, Torino 2002², pp. 298 ss.; L. Montesano, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in «Riv. dir. proc.», 1971, pp. 17 ss.
Contra, ossia ritenendo che anche le pronunce declinatorie della giurisdizione non pronunciate dalla Suprema Corte abbiano una vocazione extraprocessuale, C. Ferri, *Sentenze a contenuto processuale e cosa giudicata*, in «Riv. dir. proc.», 1966, pp. 419 ss. e G. Pugliese, *Giudicato civile (diritto vigente)*, in «Enc. dir.», XVIII, Giuffrè, Milano 1969, pp. 785 ss., spec. pp. 839 ss.

fosse francese (Yves Bot) e non vi fosse alcun italiano tra i membri della terza sezione della Corte, che ha deciso il caso[10]. Infatti, la pronuncia declinatoria della giurisdizione emessa dal giudice olandese che si trattava di riconoscere in Germania, come chiarito nel quesito n. 3 formulato dal giudice del rinvio e come risulta dal punto n. 16 della motivazione della sentenza *Gothaer* (nonché dalla parte finale del punto n. 2 del dispositivo), era passata in giudicato, ossia era munita di efficacia extraprocessuale.

Così la Corte di giustizia, che è sì giudice della nomofilachia ma è anche ed *in primis* giudice del caso concreto, ha potuto rispondere al primo quesito sottopostole in senso (condivisibilmente) affermativo, senza che (sembra) per il raggiungimento di tale risultato abbia svolto un ruolo determinante la nazionalità (*rectius,* l'ordinamento di provenienza) dell'avvocato generale o dei componenti del collegio[11].

*3. (*Segue*): l'idea per cui i limiti oggettivi di efficacia della pronuncia declinatoria della giurisdizione si estendono fino a coprire la motivazione è concetto mutuato dalla tradizione giuridica francese?*

Più complessa è stata la soluzione della seconda questione pregiudiziale interpretativa, concernente l'individuazione dei limiti oggettivi di efficacia

[10] Il giudice relatore, facente anche funzioni di presidente, era il belga prof. Koen Lenaerts, attualmente presidente della Corte di Giustizia. Gli altri componenti della Corte erano i sigg. Endre Juhász (Ungheria), George Arestis (Cipro), Jiří Malenovský (Repubblica ceca) e Thomas von Danwitz (Germania).

[11] Anche se, verosimilmente, la mancanza di un rappresentante italiano nel collegio e la mancata presentazione di osservazioni da parte del governo italiano nel procedimento *de quo,* hanno fatto sì che la Corte non si figurasse i problemi di compatibilità con il diritto processuale civile italiano che il tenore della pronuncia *Gothaer* avrebbe determinato. Sul punto, a nostro modo di vedere, non guasterebbe un ulteriore intervento chiarificatore dei giudici del Lussemburgo. In sua mancanza, in applicazione del c.d. effetto utile e del principio dell'uniforme applicazione del regolamento (oggi quello) n. 1215/2012 all'interno dello spazio giudiziario europeo, non appare del tutto insensato sostenere che la pronuncia declinatoria della giurisdizione emessa da un giudice non di vertice italiano sia idonea a circolare all'interno dello spazio giudiziario comune con un'efficacia panprocessuale conferitagli dal regolamento. La incongruente conseguenza che ne deriva è però che, in tal modo, una siffatta pronuncia declinatoria vincolerebbe i giudici di un altro Stato membro investiti della medesima controversia tra le stesse parti ma non, invece, gli altri giudici italiani. Non si tratta, comunque, di una soluzione tanto diversa da quella riscontrabile all'interno dell'ordinamento tedesco, laddove, per effetto della sentenza *Gothaer*, le decisioni declinatorie della giurisdizione emesse dal giudice tedesco sono divenute vincolanti anche sui motivi per le autorità giurisdizionali di altro Stato membro (c.d. *Rechtskrafterstreckung auf Vorfragen*) mentre nel contesto del diritto processuale civile interno tedesco il vincolo è, di regola, circoscritto al mero dispositivo.

della pronuncia declinatoria della giurisdizione in caso di sussistenza di un valido accordo attributivo della *potestas decidendi* a favore di altro giudice. Poiché in presenza di fattispecie di tal fatta la pronuncia sulla giurisdizione non si compone della sola parte negativa (quella in cui l'autorità giurisdizionale adita si afferma priva di potere decisorio) ma, piuttosto, contempla anche una parte positiva (quella in cui l'autorità giurisdizionale giustifica la carenza della propria *potestas decidendi* affermando la sussistenza di un valido ed efficace accordo attributivo della giurisdizione, nel caso di specie disciplinato dalla Convenzione di Lugano) il giudice del rinvio aveva domandato alla Corte di giustizia di determinare quali fossero i confini del vincolo esercitato da tale *dictum* per l'autorità giurisdizionale di un altro Stato membro, chiamata in seconda battuta a decidere della medesima domanda, tra le medesime parti.

Tre, in astratto, le possibili alternative.

La 'prima alternativa': fare riferimento alle regole del diritto processuale dello Stato membro in cui la pronuncia declinatoria della giurisdizione è stata pronunciata, così da valutare se tale ordinamento *in primis* attribuisca valenza extraprocessuale a tale decisione e, in caso di risposta positiva, quale latitudine assegni all'accertamento vincolante. Questa soluzione è stata immediatamente scartata dall'avv. gen., nelle proprie conclusioni presentate il 6 settembre 2012, in base alla considerazione per cui «le decisioni dei giudici che statuiscono sulla loro competenza internazionale in virtù del regolamento n. 44/2001 e della convenzione di Lugano si contraddistinguono per la loro omogeneità e devono pertanto obbedire ad un regime specifico. […] tali strumenti, che prevedono norme sulla competenza valide per i giudici di tutti gli Stati membri, intese alla pronuncia, in relazione alla medesima controversia, di un'unica decisione che abbia validità internazionale, impongono di conferire un effetto vincolante identico e uniforme alle decisioni sulla competenza». La considerazione è stata poi condivisa dalla Corte di giustizia (punto 39 della motivazione).

La Corte del Lussemburgo ha dunque ravvisato la necessità di elaborare un'autonoma qualificazione (una qualificazione 'europea') della nozione di limiti oggettivi di efficacia delle decisioni declinatorie della giurisdizione.

Ciò posto, residuavano due ulteriori alternative per costruire una siffatta nozione, ambedue idonee ad evitare il rischio di conflitti negativi di giurisdizioni all'interno dello spazio giudiziario europeo.

Secondo la ricostruzione ispirata alla tradizione giuridica tedesca post Savigny[12] ('seconda alternativa'), la quale è fortemente legata all'idea per

[12] Il quale era invece dell'avviso che anche i motivi della decisione concorressero a delimitare

cui il giudicato copre solo il dispositivo e giammai i motivi della decisione, neppure quelli portanti – ricostruzione non a caso sostenuta, nel contesto del procedimento *ex* art. 267 Trattato FUE, dalle parti tedesche del procedimento *a quo* ossia la *Krones AG* e la *Gothaer*, nonché dal governo tedesco – l'effetto del riconoscimento della decisione avrebbe dovuto essere esclusivamente negativo, nel senso che esso avrebbe potuto riguardare unicamente l'accertamento del difetto di competenza internazionale del giudice olandese adito[13]. Ogni altra considerazione non avrebbe dovuto vincolare i giudici degli altri Stati membri, in quanto né l'allora vigente regolamento n. 44/2001 né la Convenzione di Lugano avrebbero autorizzato il giudice investito del ricorso a pronunciarsi sulla competenza dei giudici degli altri Stati membri o degli Stati contraenti. Inoltre, aggiungeva il governo tedesco, come sancito nella decisione *Hoffmann* c. *Krieg*[14], è il diritto dello Stato membro richiesto a fissare il limite massimo della portata dell'effetto del riconoscimento con la conseguenza che una decisione proveniente da un altro Stato membro non potrebbe esplicare, nello Stato richiesto, effetti più ampi di quelli conferiti ad una decisione equiparabile lì resa. Ciò è quanto si sarebbe verificato se il giudice del Landgericht Bremen, che aveva posto in essere il rinvio pregiudiziale, avesse dovuto considerarsi vincolato anche

l'ambito oggettivo di efficacia della decisione. V. infatti F.C. Von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, VI, Torino 1896, spec. p. 397.

[13] Si tratta della tesi sostenuta da Schlosser, il quale al punto 191 della Relazione alla Convenzione di adesione del Regno di Danimarca, dell'Irlanda e del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord al sistema di Bruxelles (in Gazz. uff. com. eur., n. C 59 del 5 marzo 1979) scriveva: «se un giudice tedesco si dichiara incompetente, un organo giurisdizionale inglese non può negare la propria competenza con la motivazione che il collega tedesco è in realtà competente […] questo può, allorché viene adito dopo l'emanazione della sentenza tedesca su questioni di rito, accogliere in ogni momento il ricorso o respingerlo per ragioni di merito». Anche in questo modo il conflitto negativo di giurisdizioni avrebbe potuto essere evitato, attraverso una tecnica che si ispira al tenore del § 11 *ZPO* («Ist die Unzuständigkeit eines Gerichts auf Grund der Vorschriften über die sachliche Zuständigkeit der Gerichte rechtskräftig ausgesprochen, so ist diese Entscheidung für das Gericht bindend, bei dem die Sache später anhängig wird»), riguardante la valenza vincolante della decisione di incompetenza per materia o funzionale (ma non anche della decisione di rigetto in rito per carenza di competenza territoriale: BGH, 13 novembre 1996, XII ARZ 17/96, in «NJW», 1997, p. 869), il quale è interpretato dalla giurisprudenza nel senso che il giudicato si estende solo alla parte negativa della pronuncia declinatoria della competenza e giammai ai motivi della decisione, in cui si indica quale è il giudice munito di competenza: *ex multis* cfr. H. Thomas, H. Putzo, *ZPO*, 31 Auflage, C.H. Beck, München 2010, p. 46.

[14] CGUE, 4 febbraio 1988, C-145/86 (ECLI:EU:C:1988:61), *Hoffmann* c. *Krieg*, in «Riv. dir. int. priv. proc.», 1989, p. 432, con nota di A. Di Blase, *Convenzione di Bruxelles e rapporti fra sentenze incompatibili*.

ai motivi della decisione declinatoria di giurisdizione, a differenza di quanto prevede il diritto processuale tedesco.

La contrapposta tesi ('terza alternativa'), di ispirazione giuridica francese, non a caso sostenuta dal governo belga e dalla Commissione, nonché condivisa dall'avvocato generale Bot, consiste, invece, nel ritenere che gli Stati membri sono tenuti a riconoscere non soltanto il dispositivo della pronuncia declinatoria della giurisdizione emessa in altro ordinamento europeo, ma anche la sua motivazione, nella parte in cui essa afferma la validità di una clausola di proroga della competenza a favore di un altro Stato membro o di uno Stato EFTA. Secondo il governo belga, in particolare, l'autorità di cosa giudicata di una siffatta decisione avrebbe dovuto estendersi a quanto, in ragione della contestazione esposta dinanzi al giudice e oggetto di contraddittorio fra le parti, aveva costituito, seppur implicitamente, fondamento necessario della decisione. Si tratta di una lettura che evoca la posizione della dottrina e della giurisprudenza francesi, storicamente propense ad attribuire valenza decisoria anche ai motivi della sentenza, nonostante l'argine costituito dall'attuale tenore dell'art. 480 del locale codice di procedura civile, il quale, nel tentativo di superare l'idea dei *motifs décisifs*, prevede che *la res judicata* copra solo il dispositivo della pronuncia[15].

Si noti, tuttavia che l'art. 95 del medesimo codice, in riferimento alle pronunce sulla competenza prevede che «lorsque le juge, en se prononçant sur la compétence, tranche la question de fond dont dépend cette compétence (nel caso *Gothaer* tale è la questione relativa alla validità, anche sostanziale, dell'accordo attributivo della giurisdizione a favore del giudice islandese, N.d.A.), sa décision a autorité de chose jugée sur cette question de fond» e che, secondo la Cour de cassation, nell'ipotesi dell'art. 95, «l'autorité de la chose jugée s'étend aux motifs de fond d'une décision prononçant sur la compétence lorsqu'ils en sont le soutien nécessaire»[16].

La terza sezione della Corte di Giustizia, presieduta da un belga, ha optato per quest'ultima ricostruzione, così come aveva fatto l'avvocato generale Bot. La scelta è stata argomentata in base alla considerazione per cui «la nozione di autorità della cosa giudicata nel diritto dell'Unione non riguarda solo il dispositivo della decisione giudiziaria in questione, ma si

[15] Su tale evoluzione v. J. Normand, *L'etendue de la chose jugée au regard des motifis et du dispositif*, <https://www.courdecassation.fr/publications_26/bulletin_information_cour_cassation_27/hors_serie_2074/jug_e_18625.html> (ultimo accesso 29.02.2016).

[16] Cour de cassation, 1 ch. civ., 12 luglio 2011, in <www.legifrance.gouv.fr> (ultimo accesso 29.02.2016), ricerca per estremi della decisione. La pronuncia è commentata da J. Ghestin, *L'autorité de chose jugée des motifs ayat tranché une question de fond dont dépendait la compétence*, in *Mélanges Jacques Normand*, Litec, Paris 2003, pp. 199 ss.

estende anche alla motivazione della stessa, che costituisce il fondamento necessario del dispositivo e, di fatto, è indissociabile da quest'ultimo»[17].

Trattasi, dunque, di argomentazione che prescinde dal richiamo delle tradizioni giuridiche di singoli ordinamenti. Piuttosto, l'argomentazione fa leva sulla nozione di limiti oggettivi delle decisioni emesse dagli organi giurisdizionali europei, quando aditi in sede contenziosa. Tale definizione è stata estesa alle decisioni emanate dalle autorità giurisdizionali di uno Stato membro in applicazione di regolamenti o convenzioni siglate dall'Unione europea.

È dunque da rigettare l'idea che l'opzione a favore di una ricostruzione giuridica piuttosto che di un'altra possa essere influenzata, oltre che da ragioni di opportunità anche, sia pure in minima parte, dalla *vicinitas* di un determinato modello giuridico rispetto alla formazione del collegio giudicante di Lussemburgo e dell'avvocato generale?

Viene il dubbio di no, non appena si legga ciò che è stato effettivamente sostenuto nella prima decisione della Corte di giustizia a cui le pronunce richiamate nella sentenza *Gothaer* fanno risalire l'enucleazione di una nozione eurounitaria del concetto di limiti oggettivi di efficacia del giudicato emanato da una corte UE. Infatti, al punto 27 della motivazione della sentenza *Asteris* del 1986 i giudici del Lussemburgo non avevano delineato (o, quantomeno, non avevano con decisione delineato) in maniera eurounitaria i limiti oggettivi di efficacia del dictum in modo da coprire, oltre al dispositivo, anche i motivi portanti della pronuncia. Piuttosto si erano limitati a sostenere che la Commissione «è tenuta a rispettare non solo il dispositivo della sentenza ma anche la motivazione da cui quest'ultima discende e che ne costituisce il sostegno necessario, nel senso che è indispensabile per determinare il senso esatto di quanto è stato dichiarato nel dispositivo. È […] questa motivazione che, in primo luogo, identifica la disposizione esatta considerata come illegittima e, in secondo luogo, evidenzia le ragioni esatte dell'illegittimità accertata nel dispositivo e che l'istituzione interessata deve prendere in considerazione nel sostituire l'atto annullato».

Dunque «non un capello si trattava ma di mero un crine di cavallo», il quale, come recita una nota canzone di Edoardo Vianello, si può confondere con il primo soltanto «avendo in cuore» un atteggiamento nazionalista.

[17] Nella motivazione della sentenza *Gothaer* viene richiamata innanzitutto CGUE, 1° giugno 2006, C-442/03 P e C-471/03 P (ECLI:EU:C:2006:356), *P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya* c. *Commissione*, in «Raccolta», 2006, p. I-4845, punto 44, laddove si rinvia alla pronuncia che per prima avrebbe sancito tale regola ossia CGUE, 26 aprile 1988, C-97, 99,193 e 215/86 (ECLI:EU:C:1988:199), *Asteris AE e Repubblica ellenica* c. *Commissione,* punto 27 della motivazione.

Abstract

Il contributo si propone di verificare se e in quale maniera i singoli diritti nazionali costituiscano modelli di riferimento per la Corte di Giustizia allorquando quest'ultima, adita in sede di rinvio pregiudiziale, constati la necessità di elaborare un concetto giuridico 'europeo' per garantire la uniforme interpretazione del diritto UE. L'analisi è posta in essere muovendo dall'esame della sentenza *Gothaer*.

Gaetano D'Auria

I giuristi e l'informazione di finanza pubblica

SOMMARIO: 1. Introduzione – 2. Il centro (apparente) delle decisioni di finanza pubblica: la legge di stabilità e il bilancio dello Stato – 3. Le regole europee – 4. Le regole nazionali – 5. La struttura del bilancio e del rendiconto – 6. I documenti dell'Ufficio parlamentare di bilancio – 7. Le fonti Istat – 8. Altri documenti – 9. Ulteriori prospettive

1. Introduzione

Negli studi sulla pubblica amministrazione, la finanza pubblica rappresenta, ancor oggi, uno dei territori nei quali prevale il sapere specialistico dei non molti addetti ai lavori. I giuristi che frequentano la materia sono, per lo più, cultori del diritto amministrativo, del diritto costituzionale o del diritto europeo, oppure sono addetti alle istituzioni che esercitano poteri pubblici – di decisione, di valutazione, di controllo – nel campo della finanza pubblica. Peraltro, le tecnicalità della materia sono tali da non favorire, in questo campo, una diffusione del dibattito simile a quella che si verifica in altri àmbiti degli studi amministrativi, come quelli – ad esempio – del procedimento o del lavoro pubblico[1].

Sotto un diverso profilo, va considerato che, sempre più di frequente, giuristi non specialisti di finanza pubblica (avvocati, magistrati, amministratori, ecc.) si imbattono nella ricostruzione di fatti o nell'interpretazione di norme, la cui comprensione implica conoscenze o informazioni nel campo degli istituti che riguardano l'acquisizione e l'impiego di risorse finanziarie da parte di pubbliche amministrazioni. Basti pensare, per fare degli esempi, alle continue interferenze del legislatore nella materia dei rapporti civili delle amministrazioni (fino alle recenti vicende del

[1] In generale, sulle fonti per lo studio delle Pubbliche amministrazioni, si v. A. SANDULLI *et al.*, *Lo studio dell'amministrazione*, in *Il sistema amministrativo italiano*, a cura di L. Torchia, il Mulino, Bologna 2009, pp. 449 ss.

pagamento dei loro debiti commerciali), o alle questioni concernenti la gestione economica delle società pubbliche (con riferimento all'intensità della partecipazione pubblica e al modo in cui sono articolati, fra soggetti pubblici e privati, i poteri di gestione), o alle situazioni in cui l'andamento degli equilibri finanziari degli enti pubblici è in grado di condizionare l'adempimento delle loro obbligazioni[2].

A sua volta, la crisi finanziaria ha contribuito a sviluppare l'attenzione per i documenti di finanza pubblica, essendo questi gli atti che manifestano le scelte di governo sull'impiego delle risorse attinte dalla collettività, con effetti diretti o indiretti su molti istituti dell'intervento pubblico, così come sui rapporti economici e sulla vita dei cittadini. Donde l'interesse crescente per la comprensione delle ragioni economico-finanziarie che ispirano quelle scelte e – per gli studiosi e gli operatori delle amministrazioni – la necessità di confrontarsi con una normazione, anche di livello costituzionale, che assume a riferimento regole finanziarie stringenti, come quelle in materia di equilibrio o di armonizzazione dei bilanci pubblici. Ci si riferisce, da un lato, alla l. cost. n. 1/2012 e alla successiva 'legge rinforzata' (n. 243/2012), che hanno dato attuazione alle norme del *Fiscal Compact*[3], e, dall'altro, alle disposizioni – europee e nazionali – che impongono discipline rigorose in tema di coordinamento finanziario, allo scopo di realizzare l'omogeneità, la confrontabilità e il consolidamento dei conti pubblici nazionali e di consentire la verifica della loro rispondenza alle condizioni di cui all'art. 126 Tue (*ex* art. 104 Tce), relativo al rispetto, da parte degli Stati membri, delle condizioni per evitare disavanzi pubblici eccessivi.

Più in generale, mette conto rilevare che i processi decisionali di finanza pubblica si sono, ormai, stabilmente arricchiti di due serie di 'attori', che contribuiscono in maniera determinante alla definizione degli obiettivi e al loro effettivo raggiungimento. Sono, da un lato (o, se si preferisce, 'verso l'alto'), le istituzioni dell'Unione Europea, i cui poteri sulle politiche economiche degli Stati membri sono stati recentemente rafforzati[4], e, dall'altro (se si preferisce, 'verso il basso'), le regioni e gli enti locali, che sono stati rivestiti – in linea di principio – di una rinnovata autonomia finanziaria, in esito alla riforma del titolo V (parte seconda) Cost. e alle

[2] Su questi e altri temi, si v., per tutti, M. Gnes, *I privilegi dello Stato debitore*, Giuffrè, Milano 2012; G. Napolitano, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 2003.

[3] Si tratta del *Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla* governance *nell'Unione economica e monetaria*, ratificato dall'Italia con la l. n. 114/2012.

[4] Si v., per tutti, R. Perez, *La finanza*, in *Istituzioni di diritto amministrativo*, a cura di S. Cassese, Giuffrè, Milano 2015[5], pp. 218 ss.; v. pure *infra*, par. 3.

norme sul c.d. federalismo fiscale. In tal senso, la giurisprudenza costituzionale testimonia, da qualche anno, l'incremento senza precedenti dei problemi che traggono origine dalla legislazione – statale e regionale – a contenuto finanziario, in relazione ai vincoli derivanti dal diritto europeo.

Lo scopo delle note che seguono è quello di segnalare i principali documenti che scandiscono le decisioni annuali e pluriennali di finanza pubblica[5] e quelli di maggior rilievo per la comprensione dei fenomeni finanziari che più direttamente interessano la gestione delle politiche (delle funzioni) che le pubbliche amministrazioni sono chiamate a perseguire. Ci si occupa, quindi, dei soli 'documenti di produzione pubblica' e delle relative fonti di informazione (intese come quelle dalle quali 'nasce' l'informazione), a prescindere dalla reperibilità dei documenti (o dall'essere questi analizzati e commentati) in luoghi o siti informatici di privati[6].

Non ci si occupa, invece, della ricognizione dei siti nei quali le amministrazioni pubblicano i documenti da esse prodotti, a prescindere dalla circostanza che taluni di questi coincidano con quelli di sèguito segnalati. Mette conto rammentare, a tale riguardo, che, a norma del d.lgs. n. 33/2013, sul riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni, queste sono tenute a pubblicare sui loro siti le informazioni concernenti – fra l'altro – i bilanci, con il relativo piano degli indicatori e dei risultati attesi, e i dati concernenti il monitoraggio degli

[5] In tema, L. Bernardi, *Introduzione*, in *Informazioni e previsioni per la finanza pubblica*, a cura di Id., il Mulino, Bologna 1990, p. 11, sottolinea «quanto la corretta assunzione delle decisioni, […] la trasparenza del dibattito relativo alla politica economica e agli interventi di prelievo e di spesa e […] lo svolgimento ordinato dell'azione amministrativa possano beneficiare di un adeguato supporto informativo e previsivo sulle entità delle grandezze pubbliche di entrata e di uscita».

[6] Un repertorio privato di fonti dell'informazione pubblica in rete è quello dell'Associazione italiana biblioteche (AIB) <http://www.aib.it> (ultimo accesso 25.02.2016): Documentazione di Fonte Pubblica in rete (DFP). In generale, sulle fonti pubbliche disponibili in rete che si prestano ad essere utilizzate per la conoscenza e lo studio dei fatti amministrativi, v. P. Cavaleri, F. Venturini, *Documenti e dati pubblici sul web. Guida all'informazione di fonte pubblica in rete*, il Mulino, Bologna 2004. Sono, comunque, di rilevante importanza i lavori di alcuni istituti privati di ricerca, che analizzano, attraverso modelli econometrici, i temi principali della politica economica italiana ed europea e formulano previsioni di breve e medio periodo sulle tendenze dell'economia (le c.d. 'previsioni di consenso'), oltre ad elaborare studi e ricerche in materia di finanza pubblica e in altre materie; gli istituti di cui si parla, accreditati di una sostanziale indipendenza, sono il Centro Europa Ricerche (CER) <http://www.centroeuroparicerche.it> (ultimo accesso 25.02.2016), Prometeia <http://www.prometeia.it> (ultimo accesso 25.02.2016) e REF Ricerche <http://www.refricerche.it> (ultimo accesso 25.02.2016).

obiettivi; informazioni, tutte, di grande utilità per correlare le risorse alle funzioni pubbliche cui le prime sono destinate[7].

I documenti citati nei paragrafi che seguono sono rinvenibili sui siti delle autorità da cui promanano.

Va segnalato, infine, che l'informazione pubblica in rete è, da alcuni anni, oggetto di numerose e non sempre coerenti attenzioni da parte del legislatore (in particolare, attraverso il Codice dell'amministrazione digitale)[8], che ha – tra l'altro – affidato ad un apposito soggetto pubblico (prima DigitPA, ora – in virtù del d.l. n. 83/2012, convertito dalla l. n. 134/2012 – l'Agenzia per l'Italia digitale-Agid[9]) la realizzazione di un sito-guida dell'informazione pubblica nazionale, ovvero di un repertorio delle fonti informative pubbliche in rete, che dovrebbe agevolare sensibilmente l'accesso e la fruibilità dei dati prodotti dalle pubbliche amministrazioni[10].

Non esistono, al momento, repertori delle fonti d'informazione privata specializzati per settori più o meno ampi di attività amministrativa.

2. Il centro (apparente) delle decisioni di finanza pubblica: la legge di stabilità e il bilancio dello Stato

La legge di stabilità e il bilancio dello Stato sono i documenti-chiave della politica economica nazionale. Va subito precisato che la centralità di questi documenti è pari alla loro congruenza con le regole del 'patto di stabilità e

[7] Le norme del d.lgs. n. 33 cit. portano a compimento le previsioni dell'art. 11 d.lgs. n. 150/2009, che, nel qualificare, per la prima volta, la trasparenza come «livello essenziale delle prestazioni erogate dalle amministrazioni pubbliche ai sensi dell'art. 117, comma 2, lett. *m*), Cost.», la definiva – con norma poi assorbita dal d.lgs. n. 33 – come «accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti».

[8] In argomento, si v. E. Carloni, *Tendenze recenti e nuovi principi della digitalizzazione pubblica*, in «Giornale dir. amm.», 2015, pp. 148 ss.

[9] <http://www.agid.gov.it> (ultimo accesso 25.02.2016).

[10] Da segnalare che, al 2010, i siti della sola amministrazione centrale ammontavano a circa 2000, alcuni dei quali (come quelli della Camera e del Senato, della Presidenza dei Consiglio dei Ministri, del Ministero dell'Economia e delle Finanze, dell'Istat, di alcune regioni e grandi comuni) funzionano già oggi come veri e propri '*hub* di informazione': F. Venturini, *L'accesso all'informazione pubblica e le biblioteche: note sparse* (intervento al 56° Congresso AIB sul tema *Accesso libero alla conoscenza. Accesso libero alla biblioteca*), Firenze 3-5 novembre 2010, in <http://eprints.rclis.org/15125/> (ultimo accesso 25.02.2016).

crescita' (PSC) definite dall'Unione Europea, è ben ristretto il margine entro il quale gli Stati membri (tanto più se tenuti a rientrare, come l'Italia, da un cospicuo debito) sono autorizzati ad effettuare scelte autonome di politica economica. L'attività finanziaria degli Stati dell'Unione è, infatti, divenuta un «oggetto composito», «nel quale la componente europea è di gran lunga prevalente rispetto a quella nazionale»[11].

Ciò detto, la legge di stabilità definisce gli obiettivi di politica economica e l'articolazione della manovra di finanza pubblica (vale a dire la composizione qualitativa e quantitativa delle entrate e delle spese) necessaria a conseguirli; il bilancio dello Stato è lo strumento di allocazione delle risorse tra le amministrazioni cui spetta di realizzare gli obiettivi ad esse assegnati mediante un complesso di «missioni» e «programmi»[12]. Mentre, però, la prima ha ad oggetto l'intero assetto degli equilibri finanziari e fissa, quindi, il quadro di finanza pubblica da valere per tutte le amministrazioni, il secondo si riferisce alle sole amministrazioni dello Stato, spettando alle autonomie regionali e locali e agli altri enti pubblici di approvare i propri bilanci.

La discussione della legge di stabilità e del bilancio dello Stato o, meglio, dei relativi disegni di legge è, ovviamente, riportata in Atti parlamentari, nei siti della Camera e del Senato. I disegni di legge sono, peraltro, sottoposti, nel corso del loro iter, a una serie di sollecitazioni, che spesso modificano sia la composizione della manovra, sia le previsioni di entrata e di spesa. Inoltre, l'esigenza di accelerare, nell'approssimarsi del nuovo esercizio finanziario, l'approvazione della legge di stabilità induce, il più delle volte, il governo ad accogliere modifiche e integrazioni che, combinate con l'originario disegno di legge e – comunque – nel rispetto dei saldi complessivi, vanno a comporre un 'maxiemendamento' (generalmente composto da un solo articolo, con un numero di commi che ha talvolta superato i mille), sul quale viene, poi, apposta la questione di fiducia. Le modifiche alla legge di stabilità vengono, quindi, recepite dal disegno di legge di bilancio (mediante 'note di variazione').

Questa vicenda determina un esito paradossale: la legge di stabilità e la

[11] Perez, *La finanza*, cit., p. 218.

[12] Il sistema di classificazione del bilancio per missioni e programmi è stato introdotto, per il bilancio dello Stato, dalla l. n. 196/2009 (legge di contabilità e finanza pubblica) ed è stato successivamente esteso (dal d.lgs. 126/2014) ai bilanci delle regioni e degli enti locali. Di regola, a ciascun programma corrisponde un unico centro di responsabilità amministrativa, talché fra il programma e la struttura amministrativa responsabile della sua attuazione vi è reciproca corrispondenza. Nel bilancio dello Stato 2015, le missioni sono 34 e i programmi 181.

legge di bilancio, così come approvate dal parlamento, non corrispondono ai disegni di legge che il governo, nel presentarli alle camere, aveva munito di una o più relazioni di accompagnamento (v. *infra*) per illustrarne i contenuti sostanziali e le implicazioni economico-finanziarie.

Di qui, l'importanza di comprendere sia l'impostazione originaria dei due disegni di legge, sia la portata delle due leggi una volta approvate dal parlamento. L'informazione, sul punto, è costituita da vari documenti.

Vi sono, anzitutto, le relazioni ai disegni di legge di stabilità e di bilancio. A differenza di quest'ultimo, che è corredato da una ordinaria relazione illustrativa, il primo è accompagnato (come tutte le leggi di spesa: *infra*, par. 5.4) anche da una *Relazione tecnica* e, soprattutto, da una *Nota tecnico-illustrativa* (pubblicata, però, dal Ministero dell'Economia separatamente dal disegno di legge), che spiega l'impatto atteso della legge sull'economia del paese. La 'nota' è prevista dall'art. 11, comma 9, l. n. 196/2009 con un duplice compito: quello di costituire il «documento conoscitivo di raccordo» *ex ante* tra il disegno di legge di bilancio e il conto economico dello Stato e quello di esporre le previsioni del conto economico delle pubbliche amministrazioni in base della manovra di finanza pubblica per il triennio di riferimento; su entrambi i versanti, spiegando gli effetti della manovra sui saldi di finanza pubblica[13] articolati nei vari settori d'intervento.

Vi sono, poi, il dibattito parlamentare (che si svolge nelle commissioni bilancio e in ciascuna commissione di merito) e le 'audizioni', mediante le quali le commissioni bilancio riunite delle due camere raccolgono le valutazioni provenienti dalle istituzioni che si occupano di finanza pubblica (Corte dei conti, Banca d'Italia, Ufficio parlamentare di bilancio, Istat, Cnel), dalle forze sociali (sindacati, imprenditori, cooperative, associazioni professionali e di altre categorie) e da organismi di ricerca.

Una volta che le due leggi sono state approvate, le stesse camere (servizi studi, servizi bilancio) producono *dossier* d'informazione, mediante i quali è possibile introdursi alla prima comprensione di disposizioni generalmente assai complesse.

Una specifica rilevazione delle implicazioni di entrata e di spesa (oltre che delle modalità di copertura finanziaria) della legge di stabilità è compiuta

[13] Si tratta, per il bilancio dello Stato, del 'saldo netto da finanziare' e, per le amministrazioni pubbliche, dell''indebitamento netto' o 'deficit pubblico'. Per più ampie informazioni su questi ed altri saldi di bilancio, si v. Ministero dell'Economia e delle Finanze. Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato. Servizio studi, *I principali saldi di finanza pubblica: definizioni, utilizzo, raccordi*, Roma, luglio 2008, in <http://www.rgs.mef.gov.it> (ultimo accesso 25.02.2016).

dalla Corte dei conti in sede di analisi, contenuta in un'apposita relazione al Parlamento, delle leggi pubblicate nel terzo quadrimestre dell'anno.

Infine, numerosi siti – da quello della Conferenza Stato-Regioni a quello dell'Anci, a quelli di enti e istituzioni culturali, a quelli delle associazioni sindacali e imprenditoriali – propongono analisi e valutazioni dedicate a specifici settori d'intervento della legge di stabilità.

Detto questo, occorre chiarire che, per quanti emendamenti possa ricevere il disegno di legge di stabilità (e, di conseguenza, quello di bilancio), le modifiche che essi introducono non investono – di norma – né i saldi complessivi che costituiscono il vincolo della manovra, né le caratteristiche di fondo delle politiche governative riflesse nel disegno di legge. Ne risentirebbero, altrimenti, sia l'impianto della politica economica del governo concordata con l'Unione, sia il rapporto di fiducia fra il governo e la maggioranza che lo sostiene. La legge di stabilità e le scelte di politica economica che essa riflette sono, infatti, come accennato, il risultato di un processo nel quale il ruolo maggiore è svolto da regole esterne all'iniziativa del governo e ai poteri del Parlamento, nel senso che l'una e gli altri sono condizionati dall'esigenza di rispettare un insieme di obblighi imposti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea[14]. Si può dire, anzi, che, dopo le riforme della *governance* finanziaria europea[15], il processo che porta all'approvazione della legge di stabilità e del bilancio dello Stato ha inizio non in Italia, ma – appunto – in Europa.

3. Le regole europee

Nell'ambito della supervisione finanziaria sugli Stati membri, l'Unione Europea ha rafforzato il controllo preventivo sul rispetto, da parte degli Stati, degli obiettivi fissati dal Patto di stabilità e crescita (PSC)[16]. A tale scopo, è stato introdotto il c.d. 'semestre europeo', consistente in un insieme

[14] Per una riflessione sul punto, anche con riguardo al rapporto fra governo e parlamento nella decisione finanziaria, si v. C. Goretti, L. Rizzuto, *Il ruolo del Parlamento italiano nella decisione di bilancio*, in «Politica economica», 2011, pp. 29 ss.

[15] Si tratta del complesso di norme che, da un lato, fissano i parametri di riferimento delle regole cui sono tenute ad attenersi le politiche di bilancio degli Stati membri e, dall'altro, disciplinano i principali strumenti per la sorveglianza di tali politiche (c.d. braccio preventivo) e per la correzione dei disavanzi eccessivi (c.d. braccio correttivo): si v. Senato della Repubblica. Servizio del bilancio, *La* governance *economica europea*, Roma, giugno 2013, in <http://www.senato.it> (ultimo accesso 25.02.2016).

[16] In base al Patto, gli Stati membri che adottano l'euro sono tenuti a rispettare la duplice regola che consiste nel mantenere il disavanzo statale annuo ad un livello non superiore al 3 per cento e un debito pubblico al di sotto del 60 per cento.

di procedure e strumenti, europei e nazionali, concentrato nel primo semestre di ogni anno, che consente all'Unione – nel periodo che va dal 1° gennaio al 30 giugno – di valutare, per ciascun paese, la politica economica e la politica di bilancio, in una fase antecedente la presentazione dei relativi documenti ai parlamenti nazionali[17]; il tutto, in funzione del raggiungimento dell'obiettivo di bilancio di medio termine (OMT), specifico per ciascun paese e coincidente, per l'Italia, con il pareggio di bilancio[18].

Il calendario del semestre europeo è articolato come segue:

- entro gennaio, la Commissione elabora l'analisi annuale della crescita (*Annual Growth Survey*), che indica le azioni prioritarie da intraprendere negli anni successivi, intese come le proposte strategiche per l'economia europea;
- nel mese di marzo, il Consiglio europeo approva le 'linee guida di politica economica e di bilancio', contenenti i principali obiettivi di politica economica dell'Unione Europea e dell'area euro, unitamente alle possibili strategie di riforma per conseguirli;
- nel mese di aprile, ciascuno Stato membro presenta alla Commissione e al Consiglio stesso – in coerenza col PSC – il proprio 'programma di stabilità' e il 'piano nazionale per le riforme strutturali' (o 'piano nazionale di riforma');
- nei mesi di giugno e luglio, la Commissione, esaminati i piani, formula ai singoli Stati le sue raccomandazioni (approvate dal Consiglio dei ministri dell'economia e delle finanze di tutti gli Stati membri – ECOFIN – e, per la parte di sua competenza, dal Consiglio dei ministri responsabili dell'occupazione e degli affari sociali – EPSCO)[19].

[17] La disciplina del 'semestre europeo' è stata recepita con la l. n. 39/2011, che ha modificato i tempi e gli strumenti della programmazione economica e finanziaria – in precedenza regolati dalla legge di riforma della contabilità (n. 196/2009) – per adeguarli al nuovo meccanismo di controllo *ex ante* delle politiche economiche e di bilancio.

[18] Obiettivo il cui raggiungimento è stato, peraltro, più volte rinviato dal governo italiano, con l'intento di attuare riforme strutturali in grado di aumentare il tasso di crescita del Pil, sia con misure strutturali intese a semplificare il quadro amministrativo e normativo, a rendere più efficiente la giustizia civile, a potenziare il quadro giuridico di repressione della corruzione e migliorare la gestione dei fondi Ue nel Mezzogiorno, sia migliorando la qualità e l'efficienza dell'intervento pubblico mediante revisioni periodiche della spesa (*spending review*). Sul pareggio di bilancio, per le informazioni principali, si v. Ministero dell'Economia e delle Finanze. Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato. Ispettorato generale del bilancio, *L'attuazione del principio costituzionale del pareggio di bilancio. Legge 243 del 2012*, Roma, febbraio 2013, in <http://www.rgs.mef.gov.it> (ultimo accesso 26.02.2016).

[19] In particolare, la Commissione europea esamina se la disciplina di bilancio sia stata

Nella seconda metà dell'anno, gli Stati membri, tenendo conto delle raccomandazioni ricevute, deliberano le misure di politica economica finalizzate alla realizzazione degli obiettivi stabiliti (in Italia, approvando la legge di stabilità e la legge di bilancio).

In sostanza, l'Unione, da un lato, determina gli obiettivi prioritari ai quali tutti gli Stati debbono finalizzare le loro politiche economiche; dall'altro, sottopone a verifica preventiva i documenti di finanza pubblica di ciascuno Stato membro e rilascia il suo avviso sulla loro congruenza con i vincoli del PSC, con eventuale richiesta di correzioni o aggiustamenti[20].

Senza voler analizzare i problemi che pongono queste regole, il più importante dei quali è costituito da una consistente cessione di sovranità degli Stati sulle proprie decisioni di politica economica, va qui segnalato come le diverse tappe del semestre europeo siano caratterizzate da una produzione documentale tanto ricca quanto non adeguatamente ordinata, nei siti dell'Unione, per paesi di riferimento. Ma ciò che più stupisce è l'insufficiente informazione a livello nazionale su tali atti, i quali non vengono né raccolti in dossier di consultazione, né altrimenti indicizzati per esercizio finanziario di riferimento, salvo rintracciare utili commenti su di essi nei siti delle Camere. Non resta, pertanto che reperirli nei diversi siti dell'Unione Europea.

Va pure osservato come le procedure esposte (e i documenti che ne sono prodotti) siano essenzialmente concentrate sulla 'fase di gestazione' delle decisioni di bilancio assunte dai singoli paesi, a significare l'importanza che

rispettata in base ai due seguenti parametri: un rapporto tra il disavanzo pubblico annuale e il Pil non superiore al 3 per cento alla fine dell'ultimo esercizio finanziario concluso; un rapporto tra il debito pubblico lordo e il Pil non superiore al 60 per cento alla fine dell'ultimo esercizio di bilancio concluso. I due dati, che costituiscono le principali grandezze di riferimento per le politiche di convergenza dell'Unione monetaria e sono stimati, rispettivamente, dall'Istat e dalla Banca d'Italia, sono trasmessi due volte l'anno (entro il 31 marzo e entro il 30 settembre) dall'Istat alla Commissione europea: si v., da ultimo, Istat, *Anni 2011-2014. Notifica dell'indebitamento netto e del debito delle amministrazioni pubbliche secondo il Trattato di Maastricht* (*Nota informativa* 21 ottobre 2015, relativa alla seconda notifica effettuata nel 2015), in <http://www.istat.it> (ultimo accesso 26.02.2016); ivi, come in tutte le 'notifiche', una *Nota metodologica* che espone le tecniche di costruzione delle tavole relative agli aggregati trasmessi alla Commissione. Per l'andamento mensile del debito, si v. Banca d'Italia. Eurosistema, *Supplementi al Bollettino statistico. Indicatori monetari e finanziari. Finanza pubblica, fabbisogno e debito*, in <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/finanza-pubblica> (ultimo accesso 26.02.2016).

[20] Sul punto, si v. Perez, *La finanza*, cit., p. 222; v. pure A. Brancasi, *Le nuove regole di bilancio*, in M.P. Chiti, A. Natalini, *Lo spazio amministrativo europeo*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 273 ss.; G. D'Auria, *Bilancio, controlli comunitari, controlli nazionali*, in Chiti, Natalini, *Lo spazio amministrativo europeo*, cit., pp. 291 ss.

l'Unione Europea attribuisce alla prevenzione degli squilibri di bilancio e, soprattutto, al rispetto delle regole di natura finanziaria sulle quali è costruito il PSC (al punto che la fase repressiva degli squilibri eventualmente verificatisi è pur essa dominata da esigenze di carattere finanziario, consistenti nel «riportare i conti in ordine», anche a costo di profonde riforme economico-sociali e sacrifici di diritti sociali[21]).

Sulla stessa linea, si deve aggiungere che, in base al regolamento del *Two pack* n. 473/2013[22], ciascuno Stato membro è tenuto ad elaborare, entro il 15 ottobre di ogni anno, un *Documento programmatico di bilancio* (DPB), contenente le implicazioni economico-finanziarie dei propri progetti di bilancio (per l'Italia, della legge di stabilità e della legge di bilancio), la motivazione delle eventuali differenze rispetto alle stime formulate nel programma di stabilità presentato nel mese di aprile, le informazioni circa il modo in cui le misure delineate nella manovra finanziaria rispondono alle specifiche raccomandazioni ricevute dal Consiglio Ue. Sul documento, la Commissione si pronuncia entro il mese di novembre, valutando la conformità dei programmi di bilancio alle raccomandazioni formulate nell'ambito del semestre europeo, nonché la congruità della manovra rispetto agli obiettivi programmatici indicati dallo Stato membro; non è escluso, però, che – com'è accaduto nel 2015[23] – la Commissione si riservi un ulteriore esame, trascorsi tre mesi dall'inizio dell'anno successivo, quando cominceranno a delinearsi gli andamenti economici e finanziari del nuovo esercizio e sarà possibile valutare l'opportunità di aprire, nei confronti dello Stato, una procedura d'infrazione.

Per completare il quadro delle regole europee, è il caso di richiamare la disciplina – richiesta dal *Six pack*[24] – sui principi e i criteri di redazione dei bilanci pubblici. In virtù di tale disciplina, gli Stati membri hanno l'obbligo

[21] Si v., anche per ulteriore bibliografia, L. Carlassare, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio* (1° dicembre 2015), in <http://www.costituzionalismo.it> (ultimo accesso 26.02.2016), fasc. n. 3, 2015; G. della Cananea, *L'Unione economica e monetaria venti anni dopo: crisi e opportunità* (3 gennaio 2012), in <http://www.costituzionalismo.it> (ultimo accesso 26.02.2016), fasc. n. 3, 2011.

[22] Artt. 6-7 regolamento (Ue) n. 473/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2013, sulle disposizioni comuni per il monitoraggio e la valutazione dei documenti programmatici di bilancio e per la correzione dei disavanzi eccessivi negli Stati membri della zona euro.

[23] Informazioni al riguardo in Senato della Repubblica. Servizio del bilancio, *L'avvio del Semestre europeo 2016*, Nota breve n. 15, dicembre 2015, in <http://www.senato.it> (ultimo accesso 26.02.2016).

[24] Direttiva 2011/85/Ue del Consiglio, dell'8 novembre 2011, relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri.

di adottare regole minime comuni per i quadri di bilancio nazionali, al duplice scopo di superare la molteplicità dei sistemi contabili vigenti ai diversi livelli di governo e di consentire la verificabilità dei conti pubblici in base a criteri di trasparenza e affidabilità. La nuova disciplina – recepita in Italia con vari atti normativi[25] – contribuisce, pertanto, a realizzare anche un maggior grado di conoscenza e confrontabilità dei dati di finanza pubblica.

4. Le regole nazionali

Come accennato, la disciplina del semestre europeo fissa all'aprile di ogni anno l'obbligo degli Stati membri dell'Unione di presentare alla Commissione e al Consiglio il proprio *Programma di stabilità* e il *Piano nazionale di riforma*.

I due documenti sono parte integrante, secondo la legge di contabilità[26], del *Documento di economia e finanza* (DEF), che il governo presenta al parlamento (entro il 10 aprile) per ottenerne l'approvazione della strategia economica e di finanza pubblica che verrà, poi, definita dalla legge di stabilità e dalla legge di bilancio. Si tratta, quindi, del documento politicamente più rilevante dell'intero processo annuale di bilancio, sul quale il confronto fra governo e parlamento è, comunque, condizionato dai margini di manovra (o di flessibilità) consentiti al paese dall'Unione Europea.

Oltre al *Programma di stabilità* e al *Piano nazionale di riforma*, il DEF si compone di un altro documento, che tratta delle 'analisi e tendenze della finanza pubblica', sulle quali il governo – anche in base ai risultati previsti per l'anno in corso – si propone di impostare la politica di bilancio per l'anno successivo[27].

Successivamente, per tener conto degli andamenti economici e finanziari,

[25] Si v. il d.lgs. n. 54/2014 (attuazione della direttiva 2011/85/Ue relativa ai requisiti per i quadri di bilancio degli Stati membri), e già i d.lgs. n. 91/2011, per le amministrazioni statali, e n. 118/2011, modificato dal d.lgs. n. 126/2014, per le regioni e gli enti locali; nonché l'art. 30 l. n. 161/2014 (legge europea 2013-*bis*).

[26] Artt. 9 e 10 l. n. 196/2009.

[27] Al DEF è, altresì, allegata una serie di altri documenti, che – per il 2015 – sono: il *Rapporto sullo stato di attuazione della riforma della contabilità e della finanza pubblica*; la *Relazione sugli interventi nelle aree sottoutilizzate*; il *Programma delle infrastrutture strategiche del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti*; la *Relazione del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare sullo stato di attuazione degli impegni per la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra*; *Le spese dello Stato nelle regioni e nelle province autonome*; la *Relazione sui fabbisogni annuali di beni e servizi della pubblica amministrazione e sui risparmi conseguiti con il sistema delle convenzioni Consip*.

il governo presenta alle camere, entro il 20 settembre, la *Nota di aggiornamento* al DEF, che reca anche le osservazioni e le eventuali modifiche e integrazioni del documento iniziale in relazione alle raccomandazioni ricevute dal Consiglio dell'Unione Europea relative al *Programma di stabilità* e al *Programma nazionale di riforma*[28].

Costituisce, da alcuni anni, una costante la presentazione al parlamento, in contemporanea con la *Nota di aggiornamento*, di una relazione del Ministro dell'Economia che, in ragione dei fattori di eccezionalità che caratterizzano la crisi economica in atto, autorizza il governo a spostare in avanti (con la nota di aggiornamento del settembre 2015, al 2018[29]) il raggiungimento dell'obiettivo di medio termine e, cioè, del pareggio di bilancio. La relazione è soggetta ad approvazione (mediante apposite risoluzioni parlamentari) a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, secondo la procedura prevista dall'art. 6, comma 3, l. n. 243/2012.

Seguono, come detto, la presentazione e l'approvazione della legge di stabilità e della legge di bilancio.

Al percorso fin qui descritto si affianca quello di approvazione del rendiconto dell'esercizio precedente, preceduta dal 'giudizio di parificazione' e dalla relazione al parlamento della Corte dei conti sul rendiconto ad essa presentato dal Ministro dell'Economia entro il 30 maggio di ciascun anno (v. *infra*, parr. 5.2, 5.3).

5. La struttura del bilancio e del rendiconto

Alcuni rapidi riferimenti alla struttura del bilancio dello Stato e del rendiconto possono essere utili a comprendere la quantità e la natura delle informazioni in essi contenute[30].

5.1 Il bilancio dello Stato è composto da uno stato di previsione per le entrate e tanti stati di previsione di spesa quanti sono i ministeri con portafoglio.

[28] Alla *Nota di aggiornamento* sono allegati una serie di relazioni sulle spese di investimento e relative leggi pluriennali e un rapporto sui risultati conseguiti in materia di misure di contrasto dell'evasione fiscale.

[29] Secondo questa relazione, il pareggio di bilancio in termini strutturali verrebbe pienamente conseguito nel 2018 e mantenuto nel 2019. Il disavanzo strutturale scenderebbe dallo 0,7 per cento del Pil nel 2016 allo 0,3 per cento nel 2017 e quindi a zero nel 2018 e 2019.

[30] Per gli approfondimenti sulla struttura del bilancio e del rendiconto, si v. A. Passaro, *Il bilancio dello Stato nella prospettiva europea*, Aracne, Roma 2013.

Gli stati di previsione della spesa sono organizzati per 'missioni' e 'programmi'. Le prime rappresentano «le funzioni principali e gli obiettivi strategici» perseguiti con la spesa; i secondi costituiscono le articolazioni delle missioni in obiettivi specifici per il raggiungimento delle finalità di ciascuna missione. Ogni programma è poi suddiviso in macroaggregati e questi ultimi in capitoli di spesa, che possono essere ulteriormente articolati in piani gestionali.

Ogni stato di previsione si apre con una *Nota integrativa*, che costituisce – per la spesa – lo strumento attraverso il quale ciascun ministero illustra i criteri di formulazione delle previsioni finanziarie in relazione ai programmi di spesa, gli obiettivi che si propone di raggiungere e gli indicatori per misurarli.

Segue, per ogni stato di previsione, una scheda illustrativa per ciascun programma, in cui, oltre agli stanziamenti ad esso destinati, si indicano le norme autorizzatorie che lo finanziano.

Oltre al bilancio finanziario, ogni stato di previsione della spesa reca, infine, il *Budget dei costi* di ciascuna amministrazione[31]. Il *budget* espone i costi previsti dalle amministrazioni, intesi come valore monetario delle risorse umane e strumentali (beni e servizi) da utilizzare effettivamente in un certo periodo (criterio della cassa), con riferimento sia alla classificazione per missioni e programmi, sia alla responsabilità organizzativa per il conseguimento degli obiettivi (i centri di responsabilità amministrativa sono 118 e 1010 i centri di costo). Il *budget* di ciascun ministero contiene anche un *Prospetto di riconciliazione* fra i dati economici e quelli finanziari, così da collegare le previsioni di costo (personale, beni e servizi) con gli stanziamenti (e con i residui presunti) indicati nel bilancio di previsione finanziario.

Viene elaborato anche un 'ecobilancio', o bilancio ambientale, dello Stato, il quale espone le spese previste dalle amministrazioni dello Stato per attività o azioni finalizzate alla protezione dell'ambiente o all'uso e gestione delle risorse naturali.

5.2 Il rendiconto espone i risultati della gestione del bilancio dello Stato nell'esercizio finanziario chiuso al 31 dicembre. Esso consente di verificare le modalità e la misura in cui ciascuna amministrazione ha dato attuazione alle previsioni del bilancio.

Il documento viene, prima, sottoposto a un esame di regolarità da parte della Corte dei conti, cui il rendiconto viene trasmesso dal Ministro dell'Economia, attraverso il Ragioniere generale dello Stato, entro la fine del mese di maggio per il c.d. 'giudizio di parificazione', che si basa sul

[31] Art. 21 della legge di contabilità, n. 196/2009.

raffronto delle risultanze del rendiconto con le scritture e con le analisi (a campione) della Corte in sede di controllo sulla gestione del bilancio.

All'esito del giudizio di parificazione, il documento viene presentato alle camere entro il 30 giugno, in forma di 'disegno di legge di approvazione del rendiconto'.

A partire dall'esercizio finanziario 2013, in conformità a quanto previsto dal Codice dell'amministrazione digitale (d.lgs. n. 82/2005), il rendiconto viene elaborato dal Ministero dell'Economia esclusivamente in formato digitale, mediante l'utilizzo di un apposito applicativo informatico, sviluppato dalla Ragioneria generale dello Stato d'intesa con la Corte dei conti.

Ai sensi dell'art. 36 della legge di contabilità (n. 196/2009), il rendiconto si compone di due parti distinte:

- il *conto del bilancio*, che illustra i risultati della gestione finanziaria rispetto alle previsioni. È diviso in tabelle (una per le entrate, una per ciascun ministero relativamente alle spese) e ripete la ripartizione funzionale delle voci di spesa in missioni e programmi. Ciascun programma è, poi, ripartito in macroaggregati, capitoli e piani gestionali. Ad ogni tabella è allegata una nota integrativa, che espone i risultati raggiunti, il grado di realizzazione degli obiettivi di ogni programma e le risorse utilizzate, giustificando gli eventuali scostamenti fra i risultati conseguiti e gli obiettivi indicati in sede di previsione;
- il *conto del patrimonio*, che descrive le variazioni intervenute nel patrimonio dello Stato e la situazione patrimoniale finale, raccordandole alla gestione del bilancio.

In maniera speculare rispetto alle previsioni, vengono allegate al conto del bilancio le risultanze economiche di ogni amministrazione, riconciliate con i dati della gestione finanziaria. È utile ricordare, in proposito, che la Corte dei conti – nella citata relazione annuale al parlamento sul rendiconto generale dello Stato[32] – fornisce i quadri di raccordo fra il rendiconto e il conto economico dello Stato per l'anno considerato, rendendo con ciò evidente il contributo del bilancio dello Stato all'indebitamento netto (che costituisce, come accennato, il parametro principale delle verifiche in sede europea ai fini del rispetto del patto di stabilità e crescita).

Si dispone – in corrispondenza dell'ecobilancio' – anche di un 'ecorendiconto', che costituisce una sezione della relazione illustrativa del disegno di legge relativo al rendiconto generale dello Stato. Vi si espongono le risultanze delle spese ambientali delle amministrazioni centrali dello Stato,

[32] Cap. I, *Il rendiconto dello Stato nel quadro di finanza pubblica*.

ovvero delle spese aventi per finalità la protezione dell'ambiente e l'uso e gestione delle risorse naturali.

5.3 Uno dei documenti di maggior interesse fra quelli fin qui citati è la *Relazione della Corte dei conti al parlamento sul rendiconto generale dello Stato*, che accompagna la decisione di parificazione e che realizza la funzione costituzionale attribuita alla Corte dei conti di esercitare «il controllo successivo sulla gestione del bilancio dello Stato», riferendo «direttamente alle camere il risultato del riscontro eseguito» (art. 100, comma 2, Cost.). Si tratta, inoltre, del documento seriale più aggiornato e sistematico sull'impiego delle risorse che il parlamento rimette al governo per l'attuazione delle politiche pubbliche finanziate con la legge di bilancio.

La Corte dei conti pubblica, altresì, dal 2010, un *Rapporto sul coordinamento della finanza pubblica*, che esamina il funzionamento degli strumenti di razionalizzazione e contenimento della spesa nei diversi settori dell'intervento pubblico.

5.4 Di particolare importanza per comprendere, in corso d'anno, le implicazioni sugli equilibri finanziari delle singole leggi di spesa approvate dal parlamento sono due documenti. Il primo è costituito dalle 'relazioni tecniche' ai disegni di legge, mediante le quali il governo espone al parlamento – da un lato – la quantificazione degli oneri recati da ciascuna disposizione e – dall'altro – le relative coperture, con la specificazione, per la spesa corrente e per le minori entrate, degli oneri annuali fino alla completa attuazione delle norme e, per le spese in conto capitale, della loro articolazione nel triennio cui si riferisce il bilancio pluriennale e dell'onere complessivo in relazione agli obiettivi fisici previsti. Il secondo è dato dalle 'relazioni quadrimestrali' con le quali la Corte dei conti riferisce al parlamento circa l'effettiva coerenza e congruenza delle quantificazioni e delle coperture recate dalle singole leggi di spesa.

Il Senato (Servizio del bilancio) pubblica anche un riepilogo periodico (semestrale o annuale) di dati statistici sulla legislazione di spesa approvata nell'anno.

Ancora, è previsto che il Ministro dell'Economia presenti alle camere, entro il mese di aprile di ogni anno, una *Relazione generale sulla situazione economica del paese* per l'anno precedente. Il documento dovrebbe aprire, in realtà, il ciclo annuale delle decisioni di bilancio, avendo lo scopo di costituire – attraverso le sue analisi sull'evoluzione dell'economia italiana a raffronto con quella internazionale e in rapporto agli anni precedenti – il punto di partenza del dibattito pubblico sugli interventi di politica economica che il governo si

propone di realizzare nel medio periodo[33]. Ma l'ultimo documento presentato è relativo al 2012.

Viene, invece, regolarmente pubblicato dal Ministero dell'Economia (a cura del Dipartimento delle finanze e del Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato) il *Rapporto mensile sull'andamento delle entrate tributarie e contributive* (previsto dall'art. 14, comma 5, l. n. 196/2009), mentre un analogo rapporto, elaborato dalla Corte dei conti su di una differente base informativa, non viene pubblicato.

6. I documenti dell'Ufficio parlamentare di bilancio

L'esigenza di garantire, all'interno degli Stati, il rispetto delle indicazioni provenienti dal PSC e dalla *survey* annuale della Commissione, dalle 'linee guida' del Consiglio e – poi – dalle raccomandazioni della Commissione ai singoli Stati ha portato all'istituzione, anche in Italia, di un organismo *ad hoc*, che ha lo scopo – sul modello altrove introdotto dei *fiscal councils* – di valutare in maniera indipendente la rispondenza dei documenti finanziari agli obiettivi eurounitari e alle regole di bilancio che il governo è impegnato a rispettare. Si tratta, quindi, di un organismo che ha anche lo scopo di rendere neutrale l'informazione a supporto del parlamento per le decisioni di finanza pubblica, rompendo il 'monopolio informativo' prima esercitato dell'esecutivo[34].

L'organismo di cui si parla è l'Ufficio parlamentare di bilancio (Upb), istituito dalla l. n. 243/2012 con il compito di svolgere analisi e verifiche sulle previsioni macroeconomiche e di finanza pubblica del governo, sull'impatto macroeconomico dei provvedimenti legislativi di maggiore rilievo, sul rispetto delle regole di bilancio nazionali ed europee, sulla sostenibilità della finanza pubblica nel lungo periodo.

L'Ufficio predispone analisi e rapporti anche su richiesta delle Commissioni parlamentari competenti in materia di finanza pubblica. Il Presidente, se richiesto, svolge audizioni presso le Commissioni parlamentari di cui al primo periodo.

Inoltre, qualora l'Ufficio esprima valutazioni significativamente divergenti rispetto a quelle del governo, questo, su richiesta di almeno un terzo

[33] Come si legge nel sito del Ministero dell'Economia <http://www.rgs.mef.gov.it> (ultimo accesso 25.02.2016), «la *Relazione generale* non manifesta intenzioni […], né contiene decisioni (come il bilancio), ma si limita a offrire un quadro, che dovrebbe essere quello di riferimento per l'azione di governo dell'economia, della situazione economica».

[34] Sul punto, si v. Goretti, Rizzuto, *Il ruolo del Parlamento italiano nella decisione di bilancio*, cit., p. 49.

dei componenti di una Commissione parlamentare competente in materia di finanza pubblica, illustra i motivi per i quali ritiene di confermare le proprie valutazioni ovvero ritiene di conformarle a quelle dell'Ufficio.

Il lavoro dell'Upb contribuisce, pertanto, ad assicurare la trasparenza e l'affidabilità dei conti pubblici, soprattutto sotto il profilo della correttezza delle previsioni, consentendo altresì al parlamento il miglior esercizio delle sue funzioni di controllo e di indirizzo nei confronti del governo[35].

7. Le fonti Istat

Vi sono, infine, le fonti Istat, incentrate sulla pubblica amministrazione come produttrice di beni e servizi, il cui valore viene rilevato nell'ambito della contabilità economica nazionale.

Le relative elaborazioni sono finalizzate all'assunzione delle decisioni di politica economica e a raffrontare gli andamenti economici nazionali con quelli degli altri paesi (in primo luogo europei), mentre le rilevazioni specifiche di finanza pubblica si propongono di fornire le informazioni necessarie alla dislocazione delle risorse internamente al sistema pubblico.

Nondimeno, siccome la pubblica amministrazione è una componente essenziale dell'economia del paese e le politiche economiche dei governi influiscono sullo sviluppo di tutti i settori economici, vi sono informazioni di finanza pubblica (intesa come finanza delle pubbliche amministrazioni) che debbono essere fornite all'Unione Europea in termini di contabilità nazionale, per consentire alla Commissione e al Consiglio di esercitare i loro poteri di coordinamento fra le politiche economiche degli Stati membri e quelli di sorveglianza sull'evoluzione economica in ciascuno degli Stati membri e nell'Unione (art. 121 Tue, *ex* art. 99 Tce). D'altra parte, non possono mancare, anche a livello nazionale, raccordi informativi tra la contabilità nazionale e la finanza pubblica, per le scelte che competono al governo e al parlamento sul piano delle scelte di politica economica generale.

In questo contesto, l'Istat produce, nell'ambito della contabilità nazionale, una serie di statistiche sui conti pubblici, le più importanti delle quali sono:

[35] Da segnalare che il sito dell'Upb dispone di una sezione per la Navigazione dinamica del Bilancio dello Stato <http://www.upbilancio.it/bilancio-dello-stato> (ultimo accesso 25.02.2016), a partire da quello per l'esercizio 2010, che – utilizzando *open data* del Ministero dell'Economia – consente di esplorare i contenuti di questo documento secondo la ripartizione della spesa per missione, programma, ministero, categoria economica, macroaggregato, capitoli. I risultati della ricerca sono esportabili.

- i conti economici delle Amministrazioni pubbliche (Ap), variamente disaggregati al loro interno (conti economici delle Ap per sottosettore, spesa pubblica per funzioni, conti satellite della protezione sociale, ecc.);
- le statistiche di base sui dati di bilancio degli enti territoriali (regioni, comuni, province) degli enti di previdenza e degli enti minori centrali e locali (camere di commercio, enti di ricerca, fondazioni liriche e concertistiche, consorzi tra enti pubblici, ecc.)[36].

Ai fini di entrambe le linee di produzione statistica appena indicate, l'Istat ha il compito di aggiornare annualmente l'Archivio delle Amministrazioni pubbliche, che costituisce la base di riferimento per la costruzione del *Conto economico consolidato delle amministrazioni pubbliche* e, cioè, dell'aggregato che individua il contributo del settore pubblico all'economia nazionale e sul quale è calcolato il rispetto dei parametri europei relativi al deficit e al debito[37].

L'archivio o elenco delle Amministrazioni pubbliche ha acquistato, peraltro, anche un valore giuridico di primaria importanza, dato che dalla sua pubblicazione da parte dell'Istat[38] discende, secondo molteplici disposizioni di legge, la sottoposizione degli enti che vi sono inseriti alle misure restrittive della spesa previste dalle leggi per le amministrazioni e gli enti pubblici. Donde un nutrito contenzioso instaurato da enti che, inseriti nell'elenco, non ritengono di appartenere alla categoria statistica delle Amministrazioni pubbliche[39].

[36] Ulteriori informazioni in Istat, *La produzione dell'Istat in materia di finanza pubblica*, Audizione del presidente dell'Istituto nazionale di statistica, L. Biggeri, presso le Commissioni riunite I (affari costituzionali), V (Bilancio) e VI (Finanze e tesoro) del Senato, Roma, 17 novembre 2008, in <http://www.istat.it> (ultimo accesso 25.02.2016).

[37] Le regole per l'elaborazione dell'archivio sono contenute nel SEC 2010 (il Sistema europeo dei conti – istituito dal regolamento (Ue) n. 549/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013 – che ha sostituito il Sec 95), nell'ambito del quale il Settore S13 «è costituito dalle unità istituzionali che agiscono da produttori di beni e servizi non destinabili alla vendita […] destinat[i] a consumi collettivi e individuali e […] finanziate da versamenti obbligatori effettuati da unità appartenenti ad altri settori, nonché dalle unità istituzionali la cui funzione principale consiste nella redistribuzione del reddito e della ricchezza del paese» (par. 2.111).

[38] …prevista dall'art. 1 della legge di contabilità, n. 196/2009.

[39] Da segnalare, peraltro, che il perimetro della 'pubblica amministrazione', quale risulta dall'elenco Istat, è più ampio di quello che, ai fini della disciplina dei rapporti di lavoro 'privatizzati', è contemplato dal t.u. del lavoro pubblico (d.lgs. n. 165/2001), né coincide con quello che, ai fini del censimento delle amministrazioni pubbliche (previsto dal d.lgs. n. 33/2013), è stato effettuato dalla Presidenza del Consiglio dei ministri (Dipartimento della funzione pubblica). A sua volta, la Corte dei conti ha 'ricomposto' i vari elenchi, rilevando,

8. Altri documenti

8.1 Ci si è soffermati, fin qui, sui documenti di finanza pubblica che accompagnano le decisioni 'macro' di finanza pubblica, quelle, cioè, dalle quali dipendono le scelte di politica economica che si riflettono nelle politiche pubbliche di settore; e ciò nel contesto delle regole e dei vincoli derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea.

Vi è, però, una serie di documenti che interessa soprattutto il versante 'micro' della finanza pubblica, che è quello sul quale operano i singoli enti della pubblica amministrazione: i ministeri, le regioni, gli enti locali, gli enti pubblici, le aziende sanitarie e ospedaliere, le società partecipate o controllate dagli enti di cui appena s'è detto.

Le informazioni che riguardano la finanza di questi soggetti sono reperibili con gradi diversi di difficoltà. I minori problemi di accesso alle informazioni riguardano i ministeri. Per questi, gli stati di previsione della spesa e il rendiconto dello Stato, insieme alle 'note illustrative' di cui s'è detto e alla *Relazione al parlamento* presentata dalla Corte dei conti, cui si aggiungono le relazioni al parlamento della stessa Corte (Sezione di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, Sezioni regionali di controllo) su temi e aspetti i più diversi delle gestioni svolte dai ministeri, offrono un ventaglio di opportunità informative abbastanza ampio e completo.

Altrettanto si può dire della maggior parte delle regioni, specie dopo che anche per esse è stato previsto (dal d.l. n. 174/2012, convertito dalla l. n. 213/2012) che le sezioni regionali di controllo della Corte dei conti presentino annualmente ai consigli regionali, in occasione della parificazione del rendiconto generale della regione, una relazione «nella quale la Corte dei conti formula le sue osservazioni in merito alla legittimità e alla regolarità della gestione e propone le misure di correzione e gli interventi di riforma che ritiene necessari al fine, in particolare, di assicurare l'equilibrio del bilancio e di migliorare l'efficacia e l'efficienza della spesa»[40]. La stessa Corte (Sezione di controllo sugli enti) svolge il compito di riferire al parlamento sulla gestione degli «enti a cui lo Stato contribuisce in via ordinaria» e (Sezione delle autonomie) elabora annualmente una relazione complessiva sugli andamenti aggregati della finanza regionale.

Più articolata è la situazione relativa agli enti locali, per i quali, al di là

per la sola amministrazione centrale, l'esistenza di 153 enti non censiti dal Dipartimento della funzione pubblica, con un onere, a carico del bilancio dello Stato, di oltre un miliardo nel 2014: v. Corte conti, Sez. riunite, 11 giugno 2015, n. 8, *Rapporto di coordinamento della finanza pubblica 2015*, in «Riv. Corte conti», 2015, fasc. 3-4, pp. 14 ss.

[40] Art. 1, comma 5, d.l. n. 174/2012, convertito dalla l. n. 213/2012.

della pubblicità dei loro bilanci e rendiconti, le informazioni sugli andamenti finanziari e sugli eventi che li condizionano sono del tutto ineguali. Esistono, però, delle fonti aggregate ed altre fonti specifiche, che si sono sviluppate in concomitanza con la necessità di accrescere il controllo sulla finanza locale (che costituisce, all'incirca, il 30 per cento dell'intera finanza pubblica). Quanto alle prime, si segnala la relazione annuale della Corte dei conti (Sezione autonomie) al parlamento sugli andamenti della finanza locale. Quanto alle seconde, vi sono sezioni regionali della stessa Corte che elaborano rapporti periodici sugli andamenti della finanza locale in ambito regionale ma, soprattutto, le pronunce delle singole sezioni regionali sui bilanci preventivi e consuntivi degli enti locali, dalle quali si traggono elementi di dettaglio circa le criticità che contrassegnano la gestione dei singoli enti. Analoghe pronunce delle sezioni regionali della Corte dei conti riguardano la gestione degli enti sanitari (aziende sanitarie e ospedaliere).

Non numerosi, ma qualificati, gli istituti regionali di ricerca che elaborano dati economico-finanziari di rilievo regionale. Il più noto è l'Istituto regionale programmazione economica della Toscana (IRPET), che pubblica annualmente, insieme ad altri istituti regionali di ricerca, un *Rapporto sulla finanza territoriale*, giunto nel 2015 alla sua undicesima edizione.

Con riferimento alla finanza sia regionale che locale, informazioni costantemente aggiornate, di natura generale e per singoli settori, sono fornite dal sito della Conferenza delle regioni e delle province autonome <http://www.regioni.it> (ultimo accesso 25.02.2016) e dai siti delle singole regioni. Sul processo di armonizzazione contabile degli enti territoriali (regolato dal d.lgs. n. 118/2011 e dal d.lgs. n. 126/2014), documenti e informazioni sono disponibili sulla sezione Arconet del sito del Ministero dell'Economia.

Decisamente più ardua si presenta la conoscenza di dati e informazioni sulla gestione delle società pubbliche, alle quali il legislatore dedica, da alcuni anni, una particolare attenzione, proprio per la loro attitudine ad eludere le misure di contenimento della spesa pubblica. Inoltre, mancano ancora, benché normativamente previste, forme di consolidamento fra i bilanci delle società e quelli degli enti di riferimento. Informazioni significative sono, comunque, contenute in relazioni della Corte dei conti (Sezione delle autonomie) al parlamento, in documenti del Dipartimento della funzione pubblica e, ancora di recente, nei lavori del Commissario alla *spending review*.

Per parte sua, il Ministero dell'Economia (Dipartimento del tesoro) pubblica dal 2011 un *Rapporto sulle partecipazioni detenute dalle amministrazioni pubbliche*, la cui ultima edizione (2015), che riporta dati aggiornati al

31 dicembre 2013 (ma non completi), espone l'esistenza di 42.682 partecipazioni dirette e indirette, detenute da pubbliche amministrazioni – centrali e locali – in 8.324 società.

Ulteriori informazioni dovrebbero derivare dall'attribuzione alla Corte dei conti del compito di acquisire direttamente dalle società partecipate i dati economici e patrimoniali della loro gestione (art. 30, comma 4, l. n. 161/2014, legge europea 2013-*bis*).

8.2 Numerosi sono anche i documenti che forniscono informazioni (non solo finanziarie) sull'andamento di singole categorie di spesa o sull'andamento della spesa in specifici settori.

Vanno qui richiamate, anzitutto, le relazioni della Corte dei conti (nelle sue sezioni centrali e regionali di controllo), alle quali s'è già accennato, sulla gestione finanziaria delle amministrazioni dello Stato, delle regioni, degli enti pubblici, degli enti locali e degli enti sanitari.

S'è pure accennato all'allegato del DEF che riporta – fra l'altro – lo stato di avanzamento delle c.d. grandi infrastrutture.

Vi sono, poi, due fonti di informazione sulla componente più rilevante della spesa pubblica, costituita dal personale pubblico. La prima è il 'conto annuale' del Ministero dell'Economia (Ragioneria generale dello Stato), che raccoglie i dati provenienti dai 'conti del personale' relativi ai dipendenti delle singole amministrazioni. La seconda è la relazione della Corte dei conti sul 'costo del personale pubblico', che riferisce annualmente al parlamento sulla gestione delle risorse finanziarie destinate al personale del settore pubblico (l'ultima relazione è stata pubblicata nel 2013).

Di rilievo, poi, i lavori di analisi svolti dai commissari straordinari che si sono succeduti nell'opera di revisione della spesa (*spending review*), ai quali – e, in particolare, a quello (C. Cottarelli) che è rimasto in carica dal novembre 2013 all'ottobre 2014 – si deve una ricognizione ad ampio raggio dei settori in cui sarebbe possibile intervenire con misure strutturali, sia per contenere o migliorare la qualità della spesa, sia per reperire risorse pubbliche ai fini del rilancio della crescita del Paese[41].

La l. n. 196/2009 (art. 41) prevede, altresì, l'elaborazione, con cadenza triennale, di un *Rapporto sulla spesa delle amministrazioni dello Stato*, col quale il Ministero dell'Economia (Dipartimento della Ragioneria generale

[41] Il documento *Proposte per una revisione della spesa pubblica (2014-16)*, presentato dal Commissario Cottarelli nel marzo del 2014, è stato pubblicato (unitamente ai rapporti dei gruppi di lavoro), a distanza di un anno (nel marzo 2015), in <http://revisionedellaspesa.gov.it> (ultimo accesso 25.02.2016). Sull'attività svolta dal Commissario, si v. C. Cottarelli, *La lista della spesa*, Feltrinelli, Milano 2015.

dello Stato) illustra al parlamento «la composizione e l'evoluzione della spesa, i risultati conseguiti con le misure adottate ai fini del suo controllo e quelli relativi al miglioramento del livello di efficienza delle stesse amministrazioni». Si tratta, in sostanza, di un rapporto periodico sulle operazioni di *spending review* realizzate dal ministero con riguardo alle principali aree di spesa del bilancio dello Stato. Il primo rapporto è stato presentato nel 2012.

8.3 Vanno pure ricordate le oltre 250 relazioni che, secondo le leggi vigenti, è richiesto a singoli ministeri o amministrazioni di presentare al parlamento su andamenti, gestioni, stato di interventi e attuazioni legislative di ogni genere, raccolti nella serie *Documenti* della Camera e del Senato.

8.4 Il Ministero dell'Economia (Direzione generale del tesoro) ha pubblicato, nel 2015, il primo *Rapporto sul debito pubblico*, riferito al 2014. Vi si riferisce dei risultati ottenuti nell'esercizio dell'attività di emissione, gestione accentrata, ammissione a quotazione e negoziazione dei titoli di Stato, realizzata in attuazione del t.u. in materia di debito pubblico (d.p.r. n. 398/2003).

8.5 Utili informazioni comparative sulla situazione della spesa pubblica nei paesi dell'Unione Europea sono contenute nel documento del Ministero dell'Economia (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato) *La spesa pubblica in Europa. Anni 2000-2013*, pubblicato nel 2014.

9. Ulteriori prospettive

L'esposizione che precede mostra come l'informazione di finanza pubblica, un tempo limitata a oggetti e materie rigorosamente dominati dal legislatore nazionale, abbia ormai acquisito una dimensione europea: si può dire, anzi, che nessuno dei documenti menzionati in questa rassegna (peraltro incompleta) prescinde da nessi più o meno intensi con l'assetto che alla finanza pubblica del nostro paese, come a quelle degli Stati membri dell'Unione Europea, è stato impresso dagli sviluppi dell'integrazione fra le economie degli Stati.

Con riguardo all'uso che di questa informazione viene fatta dai giuristi, si assiste, poi, a un singolare paradosso. Essa ha acquistato un'importanza di prim'ordine, per non dire decisiva, nella ricostruzione di interi complessi normativi, con le relative implicazioni su rapporti istituzionali (come quelli fra Stato e autonomie) e, soprattutto, sul godimento dei

diritti sociali e civili (quelli, ad esempio, alla salute, all'istruzione, all'occupazione o alla previdenza); non è un caso, del resto, che regole complesse in tema di equilibri di bilancio e controllo della spesa siano state introdotte anche a livello costituzionale, con norme che condizionano fortemente le scelte di politica economica e sociale dei governi (nazionale, regionali, locali). Per contro, l'utilizzo di questa informazione da parte dei giuristi è relativamente modesta, sostanzialmente limitata all'area degli operatori (tecnici e controllori delle amministrazioni, funzionari delle assemblee legislative e pochi altri soggetti) e ai cultori del 'diritto del bilancio' (che spesso coincidono con i primi).

Ciò è significativo, probabilmente, della persistente 'divisione del sapere' fra giuristi ed economisti, ma, ancor più, della difficoltà di coniugare l'analisi di tematiche giuridiche con le *tecnicalities* della disciplina finanziaria pubblica; difficoltà cui non è estranea l'ancor debole pratica, nel nostro paese, dell'analisi economica del diritto proprio nell'area disciplinare – il diritto pubblico – più interessata dalle vicende della finanza pubblica[42].

La diffusione dell'informazione di finanza pubblica appare, comunque, destinata a migliorare, grazie a tre eventi principali.

Dei primi due s'è detto all'inizio.

Il primo è costituito dall'obbligo di tutte le amministrazioni (cui corrisponde un vero e proprio diritto soggettivo dei cittadini) di pubblicare sui propri siti, nel quadro normativo della 'trasparenza totale' delle amministrazioni pubbliche, tutti i dati, i documenti e le informazioni afferenti le attività svolte nell'esercizio di funzioni pubbliche. È interessante osservare come, nel prevedere quest'obbligo, le norme (artt. 2 e 48 e all. A al d.lgs. n. 33/2013) si spingano a definire la struttura che ogni amministrazione è tenuta ad osservare nell'allestimento di un'apposita sezione – definita Amministrazione Trasparente – del proprio sito istituzionale; struttura che comprende, fra l'altro, i bilanci (preventivi e consuntivi), il piano degli indicatori e i risultati attesi di bilancio, i dati sul monitoraggio degli obiettivi, i beni immobili e la gestione del patrimonio, gli standard di qualità dei servizi pubblici, i tempi di pagamento dei debiti, i rilievi degli organi di controllo (interni ed esterni) circa l'organizzazione e l'attività dell'amministrazione o di singoli uffici.

Il secondo è dato dalla creazione dell'Agenzia per l'Italia digitale (AgID), con il compito di rendere effettiva la libera accessibilità ai dati e ai documenti

[42] Sullo stato degli studi di economia del diritto in questo settore, si v. G. Napolitano, M. Abrescia, *Analisi economica del diritto pubblico*, il Mulino, Bologna 2009; AIPDA, *Annuario 2006. Analisi economica e diritto amministrativo* (Atti del Convegno annuale), Venezia, 28-29 settembre 2006, Giuffrè, Milano 2007.

delle pubbliche amministrazioni[43], secondo il principio dell'*open data by default*. La prospettiva è, infatti, quella dell'*open government* e, cioè, dei 'dati aperti', in funzione di trasparenza e di apertura delle attività amministrative e politiche al controllo diffuso dei cittadini e degli utenti.

Il terzo, che è anche il più pertinente all'oggetto di queste note, è dato dalla realizzazione, al momento in fase iniziale, dell'impegno, posto a carico del Ministero dell'Economia (Dipartimento della Ragioneria generale dello Stato) dalla legge di contabilità del 2009 (art. 13), di costituire una «banca dati delle amministrazioni pubbliche» (BDAP), con lo scopo di raccogliere e analizzare «i dati concernenti i bilanci di previsione, le relative variazioni, i conti consuntivi, quelli relativi alle operazioni gestionali» e, in genere, i fenomeni di finanza pubblica. La banca dati è, al momento, accessibile solo da utenti professionali delle amministrazioni centrali, delle Camere e della Corte dei conti, ma i suoi dati non potranno che rientrare nella disciplina di 'accessibilità totale' delle informazioni di fonte pubblica.

È appena il caso di osservare come questi eventi siano destinati a indurre una 'confidenza' diffusa e generale dell'opinione pubblica anche con i dati e le informazioni in materia di finanza pubblica, e non v'è dubbio che gli stessi giuristi – avvocati, magistrati, amministratori, studiosi e cultori della materia – avranno a disposizione opportunità di analisi e strumenti di conoscenza e valutazione prima d'ora impensabili[44]. Non

[43] ... e, per far ciò, di gestire il catalogo dei dati aperti resi disponibili dalle amministrazioni <http://www.dati.gov.it> (ultimo accesso 25.02.2016), di aggiornare il repertorio delle basi dati delle amministrazioni <http://basidati.agid.gov.it/catalogo> (ultimo accesso 25.02.2016), di gestire il «repertorio nazionale dati territoriali» <http://www.rndt.gov.it/RNDT/home/index.php> (ultimo accesso 25.02.2016), di valorizzare il patrimonio informativo e la promozione del suo riutilizzo <http://www.agid.gov.it/agenda-digitale/open-data/accesso-fruibilita-dati> (ultimo accesso 25.02.2016).

[44] Non sono esclusi alcuni problemi, come quelli collegati all'uso commerciale cui si prestano i 'dati aperti', per loro natura «gratuiti, manipolabili perché in formati non proprietari e riutilizzabili perché privi di restrizioni giuridiche» (F. Venturini, *Il diritto per pochi, il diritto per tutti: mito e realtà della biblioteca digitale giuridica tra professionisti e cittadini* (relazione al Convegno delle Stelline *Digital library/La biblioteca partecipata: collezioni/connessioni/comunità*) Milano, 12-13 marzo 2015, in <http://www.fventurini.it/Diritto_per_pochi_Diritto_per_tutti.pdf> [ultimo accesso 25.02.2016], par. 12, il quale rileva, a proposito degli *open data* giuridici ma con osservazione valevole per la generalità degli *open data*, come «le informazioni strutturate (o "strutturabili") chiuse dentro il mondo delle banche dati fin dagli anni '60, diventano "materia prima" che, trasferita sul web in dataset aperti e interoperabili, suscettibili di infinite interconnessioni, diventa disponibile al mercato degli operatori e dei riutilizzatori»); anche questo tipo di uso può tradursi, tuttavia, in un ulteriore vantaggio informativo per gli interessati, oltre che in uno stimolo per le pubbliche amministrazioni a sviluppare modalità informative concorrenziali (tanto più perché gratuitamente fruibili) con quelle dei privati.

resta, perciò, che seguire l'evoluzione delle realizzazioni annunciate, salvo rilevare – ma l'osservazione apre un altro ordine di questioni – che l'informazione pubblica, per quanto ricca possa essere diventata, è espressione di una cultura di governo che appare, in questo momento, assai più attenta ai dati e agli esiti della politica finanziaria che non preoccupata dei risultati – in termini di efficienza ed efficacia – delle politiche pubbliche 'sostanziali'.

Abstract

Il lavoro si propone di illustrare i principali documenti che scandiscono, in Italia, il processo delle decisioni annuali e pluriennali di finanza pubblica e quelli di maggior rilievo per la comprensione dei fenomeni finanziari che più direttamente interessano la gestione delle politiche pubbliche. L'attenzione è rivolta essenzialmente ai 'documenti di produzione pubblica' e alle relative fonti di informazione (intese come quelle dalle quali 'nasce' l'informazione), a prescindere dalla loro reperibilità (o dall'essere analizzati e commentati) in luoghi o siti informatici di privati.

Domenico Dalfino

Controversie in materia di licenziamento e nuove forme di conciliazione

SOMMARIO: 1. Controversie in materia di licenziamento e *favor* per lo strumento conciliativo – 2. Licenziamento per g.m.o. e conciliazione 'preventiva' – 3. Conciliazione 'successiva' e sistema delle tutele crescenti – 3.1 L'ambito di applicazione – 3.2 L'individuazione delle sedi 'protette' e la procedura esperibile – 3.3 Il contenuto dell'offerta – 3.4 L'accettazione dell'offerta – 3.5 L'organo di conciliazione: funzioni e poteri – 3.6 Offrire e accettare conviene? – 3.7. Monitoraggio e obblighi di comunicazione del datore di lavoro – 3.8. Dubbi di legittimità costituzionale – 4. Conclusioni: «monetizzazione» del posto di lavoro e arretramento delle tutele dei lavoratori

1. Controversie in materia di licenziamento e favor *per lo strumento conciliativo*

Le controversie relative al licenziamento sono sottoposte ad un trattamento ulteriormente differenziato rispetto a quelle in materia di lavoro, in ragione della peculiarità dei valori in gioco e delle esigenze contrapposte, che hanno portato il legislatore degli ultimi anni ad attribuire ad esse una 'corsia preferenziale' sul piano processuale.

Dopo l'attenzione dedicata a questa tipologia di liti (e, congiuntamente, a quelle relative alla legittimità del termine apposto al contratto, ai trasferimenti di cui all'art. 2103, c.c. e ai trasferimenti di cui all'art. 2112, c.c.) dai progetti di riforma susseguitisi dal 2001 al 2006 sotto il duplice profilo dell'assoggettamento ad un procedimento sommario non cautelare e della razionalizzazione degli strumenti conciliativi e arbitrali[1], nel 2010 il c.d.

[1] V. il c.d. progetto Foglia (*bis*), elaborato dalla Commissione per lo studio e la revisione della normativa processuale del lavoro, istituita con d.m. 28 novembre 2006 presso il Ministero della Giustizia e il Ministero del Lavoro e della Previdenza sociale, e insediatasi il 20 dicembre 2006 (l'articolato e la Relazione generale ai lavori della Commissione, in «Foro it.», 2007, V, 190). La bozza del progetto ripercorre in parte le opzioni dei precedenti lavori iniziati nel 2001 e accantonati nel corso della XIV Legislatura.

collegato lavoro (l. 183/2010) ha modificato la disciplina dell'impugnazione del licenziamento:

a) introducendo un doppio termine di decadenza (con ciò mettendo in discussione, secondo alcuni, la possibilità di continuare a sostenere la natura di mero accertamento dell'azione);

b) rendendo facoltativo il tentativo di conciliazione, al contempo, abrogando le disposizioni del codice di procedura civile – già salvate dalla Corte costituzionale[2] – che dal 1998 (d.lgs. 80/1998 e successive modificazioni) regolavano lo stesso quale condizione di procedibilità e conservando l'obbligatorietà per le sole controversie relative alla certificazione dei contratti di lavoro, ai sensi dell'art. 80, 4° comma, d.lgs. 276/2003, e succ. modif., nonché a livello endoprocessuale *ex* art. 420, c.p.c. ed endoarbitrale *ex* art. 412-*quater*, 8° comma, c.p.c.[3]

c) provvedendo ad un ampliamento e ad una rivisitazione delle sedi 'protette'[4].

Nel 2012, la riforma Fornero (l. 92/2012), lasciando sostanzialmente invariato il sistema introdotto due anni prima, ha introdotto misure volte ad adeguare la disciplina del licenziamento al «mutato contesto di riferimento». In particolare:

Inoltre, v. i dd.ll. n. 106/XV/C (Cordoni e altri), 595/XV/S (Ripamonti-Tibaldi), 1047/XV/S (Salvi, Treu e altri), 1163/XV/S (Sacconi e altri).

[2] V. Corte cost. 13 luglio 2000, n. 276, in «Foro it.», 2000, I, 2752: «è infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 410, 410 *bis* e 412 *bis* c.p.c., come modificati, aggiunti o sostituiti dagli art. 36, 37 e 39 d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, e dall'art. 19 d.lgs. 29 ottobre 1998 n. 387, sollevata in quanto il tentativo obbligatorio di conciliazione per le controversie di cui all'art. 409 c.p.c. limita il diritto d'azione e ne ritarda l'esercizio facendo sorgere questioni processuali inutili e contrarie alla finalità deflattiva perseguita dal legislatore, in riferimento all'art. 24 Cost.».

[3] Resta controversa – per quanto la soluzione negativa sia quella preferibile – la persistente vigenza del tentativo obbligatorio di conciliazione in materia di licenziamenti individuali, di cui all'art. 5 l. 108/1990. Cfr. D. Borghesi, L. De Angelis, *Il processo del lavoro e della previdenza*, UTET, Torino 2013, pp. 2 ss.; P. Lambertucci, *La nuova disciplina della conciliazione delle controversie di lavoro nella legge 4 novembre 2010, n. 183 (Collegato lavoro): prime riflessioni*, in «Riv. it. dir. lav.», 2011, pp. 581 ss.; A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in <http://csdle.lex.unict.it/working-papers.aspx> (ultimo accesso 02.03.2016), 245, 2015, pp. 21 s.

[4] In virtù di questa disciplina, la conciliazione può essere raggiunta, prima del processo, innanzi alla Direzione provinciale del lavoro (art. 410, c.p.c.), in sede sindacale (art. 412-*ter*, c.p.c.), innanzi ad un collegio di conciliazione e arbitrato *ad hoc* (art. 412-*quater*, c.p.c.), con effetti identici sul piano negoziale e su quello esecutivo, ma differenti in ipotesi di mancata conciliazione.

La l. 183/2010 (art. 38), inoltre, ha modificato la conciliazione disciplinata dall'11 d.lgs. 124/2004, in relazione alla esecutività del verbale di conciliazione.

a) ha modificato il testo dell'art. 18, St. lav., stabilendo quattro possibili livelli di tutela del lavoratore (reintegratoria 'forte', reintegratoria 'debole', indennitaria 'forte', indennitaria 'debole') a seconda della tipologia di licenziamento intimato e, quindi, della ragione della sua illegittimità (art. 1, 42° comma ss., l. 92 cit.);
b) ha stabilito un nuovo e specialissimo procedimento per la trattazione e decisione delle liti aventi ad oggetto l'accertamento della legittimità del recesso datoriale, obbligatorio, suddiviso in due fasi (l'una a carattere sommario, l'altra a cognizione piena in forma di giudizio di opposizione con vocazione *lato sensu* impugnatoria, sviluppantesi in un due gradi di merito e in uno di legittimità) (art. 1, 47° comma ss., l. 92 cit.);
c) ha predisposto una nuova forma di conciliazione, da esperire obbligatoriamente e solo in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in un momento anteriore non soltanto al sorgere di una controversia, ma addirittura all'intimazione effettiva del licenziamento (v. l'art. 1, 40° comma, l. 92 cit., che ha modificato l'art. 7, l. 604/1966).

Infine, il d.lgs. 23/2015 (c.d. *Jobs Act*), nel distinguere, sia sul piano sostanziale sia su quello processuale, il trattamento delle controversie in materia di licenziamento in base alla data di assunzione del lavoratore, ha attuato un sistema di 'doppio binario'. In particolare:

a) ha proceduto a differenziare il regime delle tutele del lavoratore illegittimamente licenziato, relegando la reintegrazione ai casi di recesso discriminatorio o nullo per altre ragioni ovvero a quelli dettati da un giustificato motivo oggettivo o soggettivo in cui, però, «sia direttamente dimostrata in giudizio la insussistenza del fatto materiale», ed affermando, per tutti gli altri casi, l'operatività di una tutela meramente indennitaria determinabile in base a parametri legati all'anzianità di servizio (sistema delle tutele crescenti);
b) ha abrogato il rito precedentemente introdotto dalla l. 92/2012, conservandone l'applicabilità con riferimento alle sole controversie attinenti a licenziamenti di lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015;
c) ha inserito una nuova figura, la c.d. offerta di conciliazione, ad iniziativa del solo datore di lavoro, da effettuare innanzi ad una delle sedi di cui all'art. 2113, 4° comma, c.c. o a quella di cui all'art. 76, d.lgs. 276/2003, a seguito dell'intimazione del licenziamento (v. l'art. 6, d.lgs. 23 cit.), anch'essa (in linea di principio) applicabile soltanto ai licenziamenti di lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015.

La successione di interventi normativa, appena riferito in maniera

assolutamente sintetica, sta a dimostrare con chiarezza che al legislatore continua a stare particolarmente a cuore la regolamentazione delle conseguenze, sostanziali e processuali, dell'esercizio illegittimo da parte del datore di lavoro del diritto potestativo di porre termine al rapporto di lavoro, e che le controversie in materia hanno bisogno e meritano un trattamento inevitabilmente diverso dalle altre. È quasi superfluo sottolineare che non soltanto le politiche di 'ingresso', ma soprattutto quelle di 'uscita' sono destinate ad incidere profondamente sulla misura degli investimenti stranieri nel nostro Paese e che, allo stesso tempo, su di essa influisce certamente il fattore determinato dai costi e dai tempi del processo.

Per quel che qui interessa porre in evidenza, dal complesso degli interventi in parola spicca pure un notevole *favor* per lo strumento conciliativo – invero, già in atto ad un livello più ampio e generale che ha visto la diffusione sempre più penetrante degli Adr in numerosi e diversi contesti – a sua volta perfettamente coerente con precedenti iniziative normative assunte sempre in materia di lavoro. La finalità perseguita è stata per lo più di tipo deflativo, sicché, quel *favor* si è risolto in una speciale attenzione al profilo quantitativo piuttosto che a quello qualitativo. Molto probabilmente anche per questa ragione il 'filtro' di procedibilità introdotto nel 1998, pur ritenuto legittimo dalla Corte costituzionale, non è riuscito a produrre risultati appaganti, anzi, si è rivelato un vero e proprio fallimento[5].

Le più recenti riforme, pur non rinunciando affatto a valorizzare il ricorso agli Adr, si sono mosse in una prospettiva opposta. Infatti, per un verso, il tentativo di conciliazione è divenuto facoltativo e si sono moltiplicate le sedi 'protette' nelle quali è possibile raggiungere accordi sottratti al regime di invalidità di cui all'art. 2113, c.c., puntandosi sulla volontarietà dell'accesso alla via non giurisdizionale[6]; per un altro, si è scommesso sull'operatività di

[5] Ciò non toglie che le procedure di conciliazione di cui agli artt. 410 ss., c.p.c., come 'riviste' dal c.d. collegato lavoro, hanno mostrato di possedere uno scarso *appeal*. Infatti, per quanto il passaggio al regime di facoltatività del tentativo di composizione della lite sia stato determinato dalla presa d'atto del fallimento del precedente regime di obbligatorietà, il sistema vigente a partire dal 2010 non sembra aver prodotto un significativo cambiamento. L'accesso volontario al procedimento di conciliazione non è molto frequente e comunque le conciliazioni continuano ad essere poche, questa volta a causa soprattutto della complessità procedurale o dell'improbabilità di talune soluzioni tecniche (ad esempio, quella che introduce la procedura c.d. *med-arb*, che consente alle parti che abbiano avviato il percorso conciliativo, di affidare al medesimo organo di conciliazione il potere di decidere la controversia nelle forme arbitrali).

[6] L'opzione per la 'facoltatività' è soltanto apparentemente in controtendenza rispetto a quella di cui al d.lgs. 28/2010, emanato pochissimo tempo prima, che, in materia di mediazione delle controversie civili e commerciali, aveva introdotto un 'filtro' di procedibilità,

strumenti diversificati, alcuni alquanto ragionevoli e bilanciati, altri, invece, più subdoli e cinicamente orientati. Ulteriori aperture alla via conciliativa, peraltro, sono emerse quasi contestualmente in un contesto ben differente, quale quello giudiziale, attraverso la modifica dell'art. 420, c.p.c. (attuata dal d.l. 69/2013, cit., a sua volta, da leggere unitamente a quella apportata dalla l. 69/2009 all'art. 91, c.p.c.) e l'introduzione dell'art. 185-*bis*, c.p.c. (anch'essa avvenuta ad opera del d.l. 69/2013, cit.).

In questo breve scritto dedicato al carissimo Maurizio, amico e guida preziosa, dedicherò alcune brevi riflessioni sui due strumenti conciliativi introdotti rispettivamente nel 2012 e nel 2015, cui innanzi ho fatto cenno, tentando di offrirne una lettura integrata nel 'contesto di riferimento' relativo alla tutela del lavoratore che abbia perso il posto di lavoro.

2. Licenziamento per g.m.o. e conciliazione 'preventiva'

La forma di conciliazione di cui all'art. 7, l. 604/1966, come modificato dall'art. 1, 40° comma, l. 92/2012 (e poi dal d.l. 76/2013, conv. in l. 99/2013), è preventiva, nel senso che è anteriore non soltanto al giudizio, ma persino al licenziamento, e obbligatoria[7].

dichiarato incostituzionale nel 2012 (Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in «Foro it.», 2013, I, pp. 1091 ss.) e poi ripristinato dal legislatore nel 2013 con il d.l. 69/2013, conv. con modif., in l. 98/2013 (sul quale v. A.D. De Santis, *Rapporti tra mediazione, conciliazione e processo*, in *Manuale della mediazione civile e commerciale*, a cura di A. Maietta, CEDAM, Padova 2014, pp. 175 ss.). In realtà, ad un più ponderata lettura, si può realizzare che non vi è schizofrenia nell'attività normativa del legislatore, dal momento che la conciliazione delle controversie di lavoro è cosa ben distinta da quella delle controversie in materia civile e commerciale (se non altro, per la diversità della natura dell'oggetto del contendere, molto spesso costituito da situazioni sostanziali a carattere esclusivamente o prevalentemente patrimoniale di rango costituzionale o comunque consistenti in diritti indisponibili o semi-indisponibili o protetti da norme inderogabili). Ciò che legittima, per un verso, la scelta di disciplinare lo strumento conciliativo in maniera affatto peculiare, per un altro, impone di non trapiantare in seno ad esso istituti concepiti in relazione ad altri contesti.

[7] Ai sensi dell'art. 7, 6° comma, l. 604/1966, come sostituito dal d.l. 76/2013, cit., non sono soggetti alla obbligatorietà della procedura: *a*) l'intimazione del licenziamento per avvenuto superamento del periodo di comporto di cui all'art. 2110, c.c.; *b*) le intimazioni di licenziamento o interruzione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato effettuati in conseguenza di cambi di appalto, ai quali siano succedute assunzioni presso altri datori di lavoro, in attuazione di clausole sociali che garantiscano la continuità occupazionale prevista dai contratti collettivi nazionali di lavoro stipulati dalle organizzazioni sindacali dei lavoratori e dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale; nonché all'intimazione di interruzione di rapporto di lavoro a tempo indeterminato,

La procedura, pur non complessa, è tuttavia estremamente contingentata nei tempi. In particolare, comunicata dal datore di lavoro, a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento oppure tramite pec, alla DTL e al lavoratore per conoscenza[8], l'intenzione di procedere al licenziamento, nonché le motivazioni e le eventuali misure di assistenza per la ricollocazione del lavoratore interessato (v. anche la circ. 3/2013), la DTL deve convocare le parti, nel termine perentorio di 7 giorni a mezzo raccomandata o pec, innanzi alla nominata Commissione provinciale di conciliazione di cui all'art. 410 c.p.c., facendo in modo che l'incontro si svolga entro 20 giorni dalla convocazione. Come sottolineato dalla circolare 3/2013 citata, il rispetto rigoroso dei termini è estremamente importante per non vanificare l'intera procedura; per questo motivo, gli uffici di conciliazione devono adottare ogni necessaria misura di carattere organizzativo per assicurare la convocazione e la conclusione della procedura nei tempi prescritti.

Ad ogni modo, sotto il profilo strutturale, è comunque garantita una certa flessibilità, potendo i termini su indicati essere prorogati (se sussista una volontà delle parti in tal senso) oppure la procedura essere sospesa in presenza di un legittimo impedimento del lavoratore a partecipare all'incontro (v. art. 7, 6° e 9° comma, l. 604, cit.).

L'esito positivo della procedura, cioè il raggiungimento dell'accordo, comporta, secondo l'ipotesi che il legislatore contempla come ordinaria, la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro, sia pure con il riconoscimento al lavoratore del diritto a godere prima dell'ASpi *ex* art. 2, l. 92/2012, poi, a partire dal 1° maggio 2015, della NASPI *ex* art. 1, d.lgs. 22/2015, nonché con l'eventuale affidamento del lavoratore ad una Agenzia per il lavoro per consentirne la ricollocazione (v. art. 7, 7° comma, l. 604, cit.).

Ciò non toglie che si possano raggiungere anche intese diverse, come messo in evidenza dalla circolare 3/2013, in relazione ad «altre questioni di natura economica afferenti il rapporto di lavoro», che possano essere risolte unitamente alla questione del licenziamento. A questo proposito, però, si sottolinea la necessità che il lavoratore abbia «piena consapevolezza» della «definitività» dell'accordo su ogni questione. Tali soluzioni potrebbero consistere, ad esempio, nella trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a parziale, nel trasferimento del lavoratore, nell'assegnazione

nel settore delle costruzioni edili, per completamento delle attività e chiusura del cantiere cambi di appalto, nonché *c*) al completamento delle attività e alla chiusura del cantiere con riferimento alle costruzioni edili, ai sensi dell'art. 2, 34° comma, l. 92/2012.

[8] La circolare 3/2013 specifica che la comunicazione al lavoratore deve essere effettuata al domicilio eletto nel contratto o a quello successivamente indicato oppure consegnata a mano «con ricezione attestata da una firma sulla copia».

ad altre mansioni, e così via.

Non si può non rimarcare che l'ambito di applicazione dell'istituto è piuttosto limitato, riguardando esso soltanto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (la cui definizione è stabilita dall'art. 3, l. 604/1966 ed è stata poi chiarita dalla circolare 3/2013[9]) che i datori di lavoro sopra-soglia *ex* art. 18, 8° e 9° comma, l. 300/1970 abbiano l'intenzione di intimare a lavoratori assunti sino al 6 marzo 2015, sempre che si tratti di licenziamenti individuali da effettuare nell'arco temporale di 120 giorni, anche per i medesimi motivi, senza raggiungere il numero di cinque (v. la circolare citata), dovendosi, altrimenti, far ricorso alla procedura di riduzione collettiva del personale, ai sensi dell'art. 4, l. 223/1991[10].

Ulteriori svantaggi, inoltre, parrebbero derivare dalla limitazione posta dalla legge con riferimento alla sede 'protetta' in cui la conciliazione può essere esperita (soltanto la Commissione di conciliazione costituita presso la DTL)[11].

Tuttavia, lo strumento pare avere riscosso un notevole successo, poiché dai dati statistici disponibili risulta che, almeno sino al primo semestre del 2014, mentre il 16% delle procedure era ancora in corso di definizione, addirittura nel 47% delle procedure avviate l'accordo è stato raggiunto e che soltanto nel 37% dei casi l'esito è stato negativo[12]. Il che, a parte l'elevata concentrazione e la celerità del risultato (positivo o negativo che sia), dovrebbe poter essere ricondotto alla ragionevolezza in sé della scelta di avviare un procedimento conciliativo in via, come detto, 'preventiva' al sorgere di una vera e propria controversia.

Ciò non toglie che la disciplina in parola presenti aspetti non alquanto criticabili, in particolare, quelli attinenti alla regolamentazione dell'esito negativo della procedura.

Questa può dipendere dalla mancata convocazione delle parti entro 7 giorni oppure dall'abbandono della procedura o mancata presentazione all'incontro di una o di entrambe le parti oppure ancora dal fallimento delle attività condotte innanzi alla Commissione di conciliazione oppure[13].

[9] La circolare 3/2013 ha precisato che tra le ipotesi di g.m.o. rientrano la ristrutturazione dei reparti, la soppressione del posto di lavoro, la terziarizzazione, la esternalizzazione di attività.

[10] Cfr. anche Trib. Milano, 16 ottobre 2014.

[11] La 'competenza' territoriale della DTL e della Commissione, in tal caso, non segue i criteri dell'art. 413, c.p.c., ma è fissata nel luogo di svolgimento dell'attività lavorativa da parte del lavoratore.

[12] Cfr. P. Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento fra obbligo e facoltà*, in «Lavoro giur.», 2015, p. 575; Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 20.

[13] Ipotesi quest'ultima che, se posta in essere per rinuncia del datore di lavoro, potrebbe significare la volontà di quest'ultimo di rinunciare al licenziamento individuale. Cfr. in

Nel primo caso, il datore può procedere al licenziamento. Nel secondo, ai sensi dell'art. 7, 4° comma, l. 604, cit., la condotta «è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 116 del codice di procedura civile». Nel terzo, l'art. 7, 8° comma, l. 604, cit. stabilisce che «il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche da verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'art. 18, settimo comma, della l. 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, e per l'applicazione degli artt. 91 e 92 del codice di procedura civile»[14].

Proprio con riferimento a questi ultimi due casi, le perplessità annunciate emergono prepotenti, perché denotano l'incapacità del legislatore di afferrare l'importanza di non stabilire mai, per quanto possibile, occasioni di interferenza tra conciliazione e processo, dal momento che ciò inevitabilmente nuoce alla genuinità della prima e porta a confondere piani di risoluzione della lite del tutto differenti (se non opposti).

3. Conciliazione 'successiva' e sistema delle tutele crescenti

La seconda delle due procedure alternative alla giurisdizione è disciplinata dall'art. 6, d.lgs. 23/2015, recante norme in materia di «contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti» ed emanato in attuazione della legge delega 183/2014[15]. Essa può essere avviata soltanto dopo che il licenziamento è stato intimato e si risolve in un cinico e sfacciato gioco di offerta secca e accettazione, il cui scopo dichiarato è quello di evitare la proposizione della impugnativa in sede giudiziale[16]. In sostanza, il datore

tal senso Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento*, cit., 575.

[14] Questo non significa, come chiarito dalla circolare, che si debbano «riportare tutte le questioni sollevate», ma soltanto che si debba fare in modo che il verbale faccia riferimento alle «questioni sostanziali» relative «ad esempio, ad eccezioni sollevate dal lavoratore o da chi lo assiste […] o alla assoluta indisponibilità a trovare una soluzione di natura economica alla controversia o ad accettare soluzioni alternative al recesso». Ciò che rileva, insomma, è l'eventuale atteggiamento non collaborativo tenuto dalle parti. A tal proposito e a questo fine, sembra quanto mai opportuno che la Commissione di conciliazione si adoperi per attuare un intervento effettivamente attivo (v. art. 7, 6° comma, l. 604, cit.), ovviamente con l'accortezza di non ingerirsi negli affari delle parti.

[15] Ampiamente sulla delega v. *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II*, a cura di F. Carinci, ADAPT University Press, 2014.

[16] Nel senso che non si tratta di un «una nuova figura di conciliazione, sebbene una innovativa modalità di conciliazione, da espletarsi in quelle che sono le sedi già individuate dalla legge o dalla contrattazione collettiva», v. C. Valle, *La revoca del licenziamento e l'offerta di conciliazione*, in «Foro it.», 2015, V, p. 253.

di lavoro, che abbia assunto con contratto a tempo indeterminato, può licenziare il lavoratore, contando sull'operatività di un meccanismo che gli consente di prevenire la reazione di quest'ultimo, non attraverso la proposizione di un'azione di accertamento negativo dell'illegittimità del licenziamento (o, se si vuole, di accertamento positivo della sua legittimità), bensì attraverso l'instaurazione di una procedura di auto-composizione della (potenziale) controversia.

Si tratta di una vera e propria novità rispetto agli strumenti conciliativi sinora conosciuti dall'ordinamento giuridico interno, peraltro, soltanto apparentemente analogo a quello già adottato in Germania una decina di anni or sono[17]. In linea teorica, ci sarebbe da aspettarsi un certo successo di risultati, se si considerano il corredo di vantaggi sul piano fiscale e contributivo che si accompagnano all'accettazione dell'offerta, la portata generale (per quanto limitata *ratione temporis*) dell'ambito di applicazione (non circoscritto ad una particolare tipologia di licenziamento né ancorato alla sussistenza di determinati requisiti dimensionali dell'impresa), la possibilità di avviare la procedura innanzi a una qualsiasi delle sedi 'protette' di conciliazione. In concreto, tuttavia, non è possibile effettuare alcuna precisa previsione, poiché la convenienza dell'offerta e dell'accettazione dipendono da più di una variabile.

3.1 L'ambito di applicazione

L'ambito di applicazione della nuova procedura di conciliazione è segnato dalle seguenti coordinate:

a) lavoratori che rivestano la qualifica di operai, impiegati o quadri assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato,

[17] Già noto, invece, in Germania da una decina d'anni, nella disciplina introdotta dalla c.d. l. Hartz IV, del 24 dicembre 2003, in vigore dal 1° gennaio 2005 (il cui testo, tradotto in italiano da M. Borzaga e da G. Bolego, è pubblicato anche in «Riv. it. dir. lav.», III, 2005, pp. III, pp. 93 ss., e commentato da M. Corti, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in «Riv. it. dir. lav.», I, 2005, pp. 365 ss.).
Il modello contemplato dall'art. 6 si discosta da quello tedesco sotto molteplici aspetti. Quest'ultimo, infatti, ha un differente ambito di applicazione, ristretto alle «*urgenti necessità aziendali*» e, dunque, non esteso ai licenziamenti per motivi disciplinari o discriminatori, non prevede forme di incentivazione fiscale, stabilisce un meccanismo di articolazione dell'offerta molto diverso, individua un contenuto che non coincide con quello dell'offerta stessa, impone al datore di lavoro di effettuare l'offerta unitamente alla comunicazione del licenziamento, onde dar modo al lavoratore di valutare il da farsi, e cioè se accettare la somma oppure impugnare il licenziamento.

con esclusione dei dirigenti e dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni[18];

b) lavoratori assunti sia da datori di lavoro che integrino i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, 8° e 9° comma, l. 300/1970 sia da datori che tali requisiti non integrino;

c) licenziamenti individuali e licenziamenti collettivi;

d) qualsivoglia tipologia di licenziamento[19], tranne, probabilmente, quello intimato in via orale[20];

e) lavoratori (come sopra individuati) assunti dopo il 7 marzo 2015; regola questa, che soffre due eccezioni, con riferimento a:

b1) i lavoratori assunti prima di tale data con contratto a tempo determinato o con contratto di apprendistato, che successivamente sia stato trasformato in contratto a tempo indeterminato o stabilizzato;

b2) i lavoratori assunti da datori di lavoro che dopo il 7 marzo 2015 abbiano raggiunto i requisiti dimensionali di cui all'art. 18, 8° e 9° comma, l. 300/1970.

3.2 L'individuazione delle sedi 'protette' e la procedura esperibile

Uno dei vantaggi della procedura in esame rispetto a quella, preventiva e obbligatoria, applicabile ai licenziamenti per g.m.o. intimati ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, sta nel fatto che non vi sono limitazioni in ordine alla sede innanzi alla quale avviarla; pertanto, essa può essere individuata in una qualsiasi di quelle indicate dall'art. 2113, ultimo comma, c.c. oppure in una delle commissioni di certificazione di cui all'art. 76, d.lgs. 276/2003.

[18] Cfr. Valle, *La revoca del licenziamento*, cit., p. 254, secondo cui l'esclusione dipende dal fatto che l'offerta di conciliazione è «suscettibile di contrasto con l'art. 97 Cost., non potendo una pubblica amministrazione procedere a licenziamento di un suo dipendente senza previa valutazione circa la sussistenza di giusta causa o giustificato motivo». Nello stesso senso già Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 9.

[19] Cfr. F. Amendola, *Offerta di conciliazione*, in *Il licenziamento all'indomani del d.lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, a cura di F. Carinci e C. Cester, ADAPT University Press, 2015, § 2 nota 8; R. Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare": l'irresistibile forza deflattiva dell'art. 6, D.Lgs. n. 23/2015*, in «Lavoro giur.», 8-9, 2015.

[20] In tal senso v. Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare"*, cit., il quale osserva che, dal momento che il termine per l'impugnazione stragiudiziale decorre dalla ricezione della comunicazione del licenziamento in forma scritta e che tale termine non può essere applicato al licenziamento verbale, non può di conseguenza ritenersi applicabile la procedura di cui all'art. 6, d.lgs. 23/2015 a questa ipotesi.

Quanto ai profili procedurali, i primi commentatori hanno subito sollevato il dubbio su come debba essere effettuato il coordinamento tra le regole stabilite per lo svolgimento della procedura in parola e quelle già previste dagli art. 410 ss., c.p.c. e dall'art. 76, d.lgs. 276, cit., applicabili innanzi alla sede, di volta in volta, prescelta[21]. A questo proposito, pare ragionevole evitare interpretazioni che comportino un ingessamento delle attività, ciò che non sembra corrispondere affatto alle intenzioni del legislatore. Deve ritenersi, dunque, che il rinvio alle sedi di cui sopra serva principalmente a chiarire che l'offerta di conciliazione debba essere articolata nei 'luoghi protetti' individuati dalla legge, non in altri, nel rispetto delle peculiarità indefettibili del singolo modello di conciliazione adottato.

In particolare, l'istanza di avvio della procedura va presentata dal datore di lavoro presso una delle sedi su indicate, nell'ambito delle quali sarà costituita la commissione o il collegio di conciliazione. La presentazione dell'istanza, da ritenersi idonea ad interrompere la prescrizione e la decadenza ai sensi dell'art. 410, 2° comma, c.p.c.[22], deve essere comunque effettuata entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, vale a dire entro sessanta giorni dalla ricezione da parte del lavoratore della comunicazione del recesso datoriale[23].

[21] Cfr. Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento*, cit., p. 567. Per D. Borghesi, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in <www.judicium.it>, 2015 (ultimo accesso 25.02.2016), si dovrebbe comunque instaurare uno dei procedimenti già previsti con riferimento alla specifica sede 'protetta' prescelta.
Invece, per una più ampia libertà di forme, v. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19. Secondo F. Pasquini, *Jobs Act e conciliazione: pochi, maledetti e subito… ma non per tutti*, in ADAPT University Press, 2015, p. 87, la quale ritiene «più plausibile che ogni commissione pretenda che venga seguita la "propria" procedura, almeno nei suoi tratti formali essenziali»; tuttavia, poi, osserva che «se dovesse passare l'interpretazione per cui rivolgersi ad una specifica commissione comporterà il doverne rispettare anche la relativa procedura, il dichiarato intento di semplificazione risulterà ampiamente fallito».
[22] Cfr. anche Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19.
[23] Nel senso che l'offerta costituisce «obbligazione a carico del solo proponente», ai sensi dell'art. 1333 c.c., e quindi «deve ritenersi irrevocabile quando sia giunta a conoscenza del lavoratore», il quale, «una volta accettata l'offerta, potrà agire l'adempimento», v. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 16. Secondo Valle, *La revoca del licenziamento*, cit., p. 255, «non può, tuttavia, escludersi che le parti, nell'ambito di una controversia di lavoro che investe profili di carattere retributivo e rispetto ai quali sopravvenga un licenziamento intimato dopo che la causa era già stata iscritta a ruolo, chiedano di comparire spontaneamente dinanzi al giudice a fini conciliativi – anche in via anticipata rispetto alla prima udienza già fissata – e in detta sede il datore di lavoro formuli l'offerta ai sensi dell'art. 6 d.lgs. 23/15».
Cfr. la nota operativa del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali del 27 maggio 2015, n. 2788 per ciò che concerne la comunicazione in via telematica dell'offerta di conciliazione.

A questo proposito, si pone un più serio problema interpretativo, determinato dalla coincidenza del termine per impugnare il licenziamento in via stragiudiziale e di quello per effettuare l'offerta di conciliazione ai sensi dell'art. 6. Questa coincidenza, infatti, sembra imporre al datore di lavoro che voglia evitare il giudizio, di attivare la procedura, come qualcuno giustamente ha scritto, 'al buio'[24], senza sapere cioè se il lavoratore abbia l'intenzione di impugnare il licenziamento. Peraltro, può ben accadere che l'impugnativa sia comunicata prima della scadenza dei sessanta giorni, ma che giunga a conoscenza del datore di lavoro soltanto dopo, a termine scaduto, scissione temporale che, secondo la Cassazione, permette comunque di ricondurre il prodursi dell'effetto impeditivo della decadenza all'invio della raccomandata[25].

Orbene, se si vuole consentire una concreta operatività al meccanismo in parola, la soluzione più ragionevole sembra essere quella di ritenere sufficiente aver presentato l'istanza di avvio della procedura, con indicazione degli estremi dell'assegno circolare, ciò che serve a rendere credibile e seria l'offerta[26]. Dovrebbero respingersi, invece, interpretazioni che ritenessero necessaria l'avvenuta convocazione della parti da parte dell'organo di conciliazione, quale che sia, nel termine di sessanta giorni, non essendo tale attività nella disponibilità del datore di lavoro, oppure che affermassero la necessità di consegnare comunque l'importo al lavoratore tramite assegno circolare, essendo previsto dall'art. 6 che ciò avvenga soltanto in una delle sedi 'protette'.

Il 1° comma dell'art. 6 consente infine di «addivenire a ogni altra modalità di conciliazione prevista dalla legge». Il significato di questa previsione è molto piano. Con essa il legislatore ha voluto lasciare alle parti la possibilità di scegliere lo strumento conciliativo (o, se si preferisce, la modalità) più confacente alla singola e specifica vicenda, alle problematiche ad essa connesse e alla convenienza del caso. Tuttavia, è altrettanto chiaro, per quanto non espressamente stabilito, che l'accesso ad una forma di conciliazione diversa da quella qui in esame non permette di usufruire delle agevolazioni

[24] Cfr. Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare"*, cit.

[25] V. Cass., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, in «Foro it.», I, 2010, I, p. 3416, con nota di S. Rubino, in «Mass. giur. lav.», 2010, p. 737, con nota di A. Vallebona, in «Corriere giur.», 2010, p. 1591, con nota di R. Conte, in «Riv. it. dir. lav.», II, 2010, II, p. 899, con nota di D. Buoncristiani.
Da ultimo, sulla scissione del momento perfezionativo agli effetti della interruzione della prescrizione, v. Cass., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822.

[26] V. anche F. Rossi, *L'offerta di conciliazione prevista dall'art. 6 del D.Lgs. n. 23 del 2015*, in «Lavoro giur.», 8-9, 2015.

fiscali e contributive di cui allo stesso art. 6, 1° comma. Deve ritenersi, inoltre, che la scelta per un altro modello non escluda la possibilità di porre in essere le attività (in particolare, l'offerta di conciliazione tramite assegno circolare) appartenenti al modello di cui all'art. 6, essendo necessario soltanto, a tal fine, aver rispettato il termine di sessanta giorni dalla comunicazione del licenziamento[27].

3.3 Il contenuto dell'offerta

Della determinazione dell'importo da offrire al lavoratore si occupa il 1° comma dell'art. 6, secondo cui esso deve essere «di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità».

Manca qui, a differenza degli art. 2, 3° comma, 3 e 4 d.lgs. 23/2015, un esplicito riferimento al fatto che la retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR sia «l'ultima», ma con tutta probabilità si tratta di una 'svista'[28]. Problemi interpretativi ben più seri, invece, sono destinati a sorgere in relazione al significato esatto da attribuire alla locuzione «retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», poiché, infatti, non è affatto chiaro se e in quale misura essa rinvii all'art. 2120, c.c. e ai criteri ivi stabiliti[29], concernenti la determinazione della retribuzione annua attraverso un rimando ai contratti collettivi ovvero, in mancanza, alle indicazioni normative[30].

Nell'ipotesi in cui il datore di lavoro occupi meno di 15 dipendenti, l'importo si dimezza, in base a quanto dispone l'art. 9, 1° comma, d.lgs. 23/2015; in particolare, per ogni anno di servizio va calcolata metà della retribuzione dovuta, per una misura che nel minimo non può essere inferiore a una mensilità e nel massimo a sei.

L'offerta va concretizzata e non semplicemente annunciata. L'art. 6, 1° comma, infatti, stabilisce che essa debba avvenire «mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare», cioè attraverso una forma di pagamento

[27] Cfr. in tal senso Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 19.
[28] Cfr. Rossi, *L'offerta di conciliazione*, cit.
[29] Va tenuto presente, ad ogni modo, quanto stabilito dall'art. 8, d.lgs. 23/2015: «Per le frazioni di anno d'anzianità di servizio, le indennità e l'importo di cui all'articolo 3, comma 1, all'articolo 4, e all'articolo 6, sono riproporzionati e le frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni si computano come mese intero».
[30] Cfr. Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare"*, cit.; Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 9; Amendola, *Offerta di conciliazione*, cit., § 2.

(pressoché) equivalente al denaro, che il lavoratore è libero di accettare oppure no.

3.4 L'accettazione dell'offerta

L'art. 6, 1° comma, nulla dice in ordine alle forme di accettazione dell'assegno, stabilendo soltanto che essa possa avvenire esclusivamente nella sede 'protetta'. Ciò, da un lato, dovrebbe consentire una certa libertà nelle forme di comunicazione, dall'altro, che l'accettazione eventualmente espressa dal lavoratore al di fuori di tale sede non solo è esposta al regime di invalidità di cui all'art. 2113, 1° comma, c.c., ma non è idonea neanche a produrre gli effetti e i vantaggi sul piano fiscale e contributivo connessi al perfezionamento dell'intesa nei luoghi istituzionali a ciò preposti.

Con l'accettazione si perfeziona l'accordo. Da ciò conseguono gli effetti individuati dalla norma, vale a dire: *a*) l'estinzione del rapporto alla data del licenziamento; *b*) la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche quando il lavoratore l'abbia già proposta.

In occasione della formalizzazione dell'accordo sul licenziamento, può ben accadere che le parti addivengano anche ad altri e diversi accordi e che ciò risulti da un unico processo verbale. In tale ipotesi l'ultima parte dell'art. 6, 1° comma, stabilisce che «le eventuali ulteriori somme pattuite nella stessa sede conciliativa a chiusura di ogni altra pendenza derivante dal rapporto di lavoro sono sottratte al regime fiscale ordinario». A questo proposito, peraltro, va precisato che, proprio perché l'accordo su tali «eventuali ulteriori somme» (ad esempio, crediti maturati dal lavoratore durante il corso del rapporto di lavoro e mai corrisposti dal datore)[31] non produce i medesimi effetti – sul piano fiscale – dell'accettazione dell'importo contenuto nell'offerta, il suo contenuto deve essere tenuto ben distinto nel processo verbale[32], affinché sia chiaro quale parte delle intese raggiunte va esente da tributi e quale no.

Ciò detto, problemi interpretativi sorgono ove il datore di lavoro offra una somma inferiore a quella dovuta *ex lege* e il lavoratore accetti. Si potrebbe sostenere plausibilmente che l'accettazione valga a 'sanare' l'errore di calcolo e, quindi, a privare il lavoratore del potere di impugnare successivamente non soltanto l'intesa raggiunta per l'importo inferiore, ma anche il licenziamento. A ben vedere, però, si dovrebbe distinguere: *a*) la mera accettazione dell'assegno circolare, senza altra dichiarazione, non

[31] Cfr. Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare"*, cit., il quale condividilmente fa rientrare tra le «ulteriori somme» anche quelle dovute al lavoratore per gli eventuali anni di lavoro 'a nero'.
[32] V. anche Amendola, *Offerta di conciliazione*, cit., § 2.

dovrebbe comportare gli effetti abdicativi di cui all'art. 6, 1° comma; invece, *b*) l'accettazione dell'assegno annessa ad una rinuncia esplicita all'impugnazione dovrebbe essere sempre idonea a produrre quegli effetti[33]. Ad ogni modo, è molto probabile che quello prospettato si riveli un 'falso problema', dato che ben difficilmente il lavoratore sarà così sprovveduto, specie se assistito, da non provvedere ad un attento esame della correttezza della misura dell'importo e da non ponderare le conseguenze delle proprie dichiarazioni.

3.5 L'organo di conciliazione: funzioni e poteri

Se non si vuole ridurre il ruolo dell'organo di conciliazione a quello di mero 'patrocinatore' della procedura, gli si devono riconoscere funzioni e poteri non meramente relegati ad un controllo di regolarità formale delle attività. Tanto più in considerazione dei su visti drastici effetti dell'accettazione dell'offerta con riferimento alle sorti del rapporto di lavoro.

Dunque, sembra ragionevole affermare che esso possa e debba svolgere un ruolo più attivo e che, in particolare, sia chiamato a: *a*) spiegare (o a ribadire quanto eventualmente già spiegato da chi assiste il lavoratore nel procedimento) i criteri in base ai quali il datore di lavoro ha proceduto alla quantificazione dell'importo, nonché *b*) eliminare ogni dubbio o equivoco su quali siano le conseguenze dell'accettazione[34]; *c*) verificare la non esorbitanza della offerta rispetto ai limiti legali[35]; *d*) redigere processo verbale assicurando di tenere ben distinto l'accordo relativo al licenziamento da quello attinente alle altre «eventuali ulteriori somme».

3.6 Offrire e accettare conviene?

Il meccanismo appena descritto, basato sullo scambio di offerta e accettazione, sembrerebbe convenire per almeno due motivi: in primo luogo, consente di usufruire di un regime agevolato sul piano fiscale e contributivo; in secondo luogo, annulla alea, tempi e costi del giudizio.

[33] Cfr. Rossi, *L'offerta di conciliazione*, cit.

[34] Sull'importanza di fornire ampie illustrazione del significato e degli effetti dell'accettazione, v. anche Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare"*, cit., nonché Rausei, *La conciliazione in caso di licenziamento*, cit., p. 566.

[35] Di questo avviso sembrano anche *ibid.*, p. 565 e Valle, *La revoca del licenziamento*, cit., p. 254. Osserva Amendola, *Offerta di conciliazione*, cit., § 2, che «le parti potrebbero avere un comune interesse ad incrementare la retribuzione quantificata a parametro, magari gravando su di essa altre poste oggetto di transazione, per giovarsi dell'esenzione fiscale». Ciò che sembra dare conferma dell'opportunità di un controllo di conformità dell'offerta ai limiti legali da parte dell'organo di conciliazione.

Sotto il primo profilo, ai sensi dell'art. 6, 1° comma, l'importo «non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche» e, inoltre, «non è assoggettabile a contribuzione previdenziale». Agevolazioni queste che, unitamente alle modalità attraverso le quali l'offerta deve essere effettuata (vale a dire, mediante assegno circolare) rendono particolarmente appetibile l'accettazione; allo stesso tempo, contribuiscono ad impedire che rinunce e transazioni siano poste in essere in luoghi diversi dalle sedi istituzionali e, quindi, al di fuori di ogni controllo. Peraltro, il datore di lavoro, grazie all'accettazione del lavoratore, ottiene definitiva certezza sulle sorti del rapporto di lavoro. Infine, anche lo Stato non resta indifferente all'operazione, dal momento che riesce a compensare[36] la rinuncia ad incamerare gli introiti corrispondenti a quei titoli attraverso la riduzione della quantità dei giudizi di impugnativa del licenziamento e il conseguente alleggerimento dei ruoli dei giudici del lavoro[37].

Sotto il secondo profilo, le parti evitano di affrontare i fisiologici margini di incertezza connessi alla via giudiziale. Il lavoratore, in particolare, potrebbe trovare conveniente accettare pur di conseguire la disponibilità di una somma di denaro nell'immediato e non, forse, dopo diversi anni di giudizio.

In concreto, tuttavia, la valutazione di convenienza dipende dal singolo e specifico caso e presuppone la ponderazione di diversi e concorrenti fattori. Nella individuazione della migliore strategia attuabile, in particolare, non si può prescindere dal considerare, almeno, l'anzianità di servizio del lavoratore, gli elementi spendibili sul piano probatorio nell'eventuale giudizio sulla legittimità del licenziamento, il risultato che si intende effettivamente perseguire.

3.7 Monitoraggio e obblighi di comunicazione del datore di lavoro

Il 2° comma dell'art. 6 prevede l'utilizzazione del sistema istituito ai sensi dell'art. 1, 2° comma, l. 92/2012, ai fini del monitoraggio sull'attuazione della procedura prevista dal 1° comma e basata sull'offerta di conciliazione

[36] Occorre precisare, peraltro, che l'art. 6, 2° comma, d.lgs. 23/2015, stabilisce che «Alle minori entrate derivanti dal comma 1 valutate in 2 milioni di euro per l'anno 2015, 7,9 milioni di euro per l'anno 2016, 13,8 milioni di euro per l'anno 2017, 17,5 milioni di euro per l'anno 2018, 21,2 milioni di euro per l'anno 2019, 24,4 milioni di euro per l'anno 2020, 27,6 milioni di euro per l'anno 2021, 30,8 milioni di euro per l'anno 2022, 34,0 milioni di euro per l'anno 2023 e 37,2 milioni di euro annui a decorrere dall'anno 2024 si provvede mediante corrispondente riduzione del fondo di cui all'articolo 1, comma 107, della legge 23 dicembre 2014, n. 190».

[37] Cfr. Voza, *"Gli farò un'offerta che non potrà rifiutare"*, cit., che parla di conciliazione «*trilaterale*, nel senso che anche lo Stato vi partecipa, mettendoci del suo».

mediante assegno circolare da parte del datore di lavoro.

A questo specifico fine, il datore ha l'obbligo di integrare la comunicazione telematica di cessazione del rapporto di lavoro già imposta dall'art. 4-*bis*, punto 6-*ter*, d.lgs. 181/2000, e succ. modif., con un'ulteriore comunicazione, entro 65 giorni dalla cessazione, in cui egli deve indicare «l'avvenuta o la non avvenuta conciliazione di cui al comma 1 e la cui omissione è assoggettata alla medesima sanzione prevista per l'omissione della comunicazione di cui all'articolo 4-bis». In mancanza, va incontro alla sanzione pecuniaria stabilita dall'art. 19, 3° comma, d.lgs. 276/2003 (da 100 a 500 euro, riducibile a 166,66 euro *ex* art. 16 l. 689/1981), applicabile in virtù del rinvio all'art. 21, 1° comma, l. 264/1949, come modificato dall'art. 6, 3° comma, d.lgs. 297/2002, contenuto nel citato art. 4-*bis*.

La nota del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali del 27 maggio 2015, n. 2788 ha precisato che, «pertanto, a partire dal 1° giugno 2015 nella sezione "ADEMPIMENTI del portale cliclavoro (www.cliclavoro.gov.it) sarà disponibile una applicazione denominata "UNILAV Conciliazione" attraverso la quale tutti i datori di lavoro potranno comunicare le informazioni relative al procedimento di conciliazione previsto dall'articolo 6 del citato decreto legislativo». La nota contiene ulteriori indicazioni di carattere operativo per effettuare la comunicazione e, inoltre, a fini meramente esemplificativi, è accompagnata da uno *screenshot* della procedura da seguire.

La misura del termine (sessantacinque giorni) non è casuale, dal momento che il legislatore deve aver immaginato che la comunicazione possa e debba avvenire dopo la scadenza del termine (sessanta giorni) per impugnare stragiudizialmente il licenziamento e per effettuare l'offerta di conciliazione. Sennonché, sarà ben difficile che il datore di lavoro possa inviare tempestivamente la comunicazione, se si considera quanto innanzi osservato in ordine alla coincidenza dei termini dall'art. 6, 1° comma, d.lgs. 23/2015 e dall'art. 6 l. 604/1966[38], ciò che probabilmente lo costringerà, come detto, ad attivarsi 'al buio'.

3.8 Dubbi di legittimità costituzionale

Della disciplina appena sinteticamente passata in rassegna è stata prospettata l'illegittimità costituzionale per violazione degli artt. 24 e 76, Cost.

Sotto il primo profilo, a ben vedere, la censura va respinta, poiché, infatti, la procedura di conciliazione di cui all'art. 6, d.lgs. 23, cit. non

[38] V. anche Rossi, *L'offerta di conciliazione*, cit.

è in alcun modo obbligatoria[39]; pertanto, essa non impedisce né rende eccessivamente difficoltoso o oneroso l'accesso alla tutela giurisdizionale. Dunque, non si pongono nemmeno i dubbi che tradizionalmente sono stati posti in relazione alle ipotesi di c.d. giurisdizione condizionata.

Sotto il secondo profilo, si è rilevato che la legge delega non prevedeva affatto tra i propri principi e criteri direttivi la istituzione di un nuovo strumento conciliativo. Eppure, si è fatto notare, tale previsione poteva rientrare in qualche modo nelle previsioni di cui all'art. 1, 7° comma, lett. *b*), volte a rendere «più conveniente il contratto a tempo indeterminato rispetto agli altri tipo di contratto in termini di oneri diretti e indiretti». La genericità della delega[40] avrebbe giustificato l'esercizio di una più ampia discrezionalità da parte del legislatore delegato[41].

4. Conclusioni: «monetizzazione» del posto di lavoro e arretramento delle tutele dei lavoratori

Il *favor conciliationis* di cui innanzi si è detto, in materia di lavoro e di licenziamento in particolare, sembra rispondere a due finalità di ordine generale. La prima è quella di evitare per quanto possibile il processo e la decisione.

[39] V. anche Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit.

[40] Cfr. Speziale, *Le Politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la Riforma dei Contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". IT», n. 233/2014, pp. 5 ss.

[41] Cfr. Amendola, *Offerta di conciliazione*, cit., § 3; Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., il quale prospetta anche la possibilità di una violazione delle direttive comunitarie in materia di discriminazione di genere (art. 18, direttiva 2006/54/CEE, sulle misure che gli Stati membri devono necessariamente introdurre «per garantire, per il danno subito da una persona lesa a causa di una discriminazione fondata sul sesso, un indennizzo o una riparazione reali ed effettivi, da essi stessi stabiliti in modo tale da essere dissuasivi e proporzionati al danno subito. Tale indennizzo o riparazione non può avere un massimale stabilito a priori») e non (v. direttive 200/43 e 2000/78), nonché in materia di licenziamenti collettivi (direttiva 1998/59/CE, la cui violazione, in base alla elaborazione della Corte giust. 8 giugno 1995, n. 383/92, *Dir. lav.*, 1994, II, 290, comporta l'applicazione di sanzioni che abbiano il carattere della effettività, della proporzionalità e della dissuasività).
Cfr. anche Rossi, *L'offerta di conciliazione*, cit., che pone il problema della possibile violazione dell'art. 30, Carta di Nizza e dell'art. 24, Carta Sociale Europea, ma esclude che questa possa dirsi perpetrata, come anche la violazione dell'art. 24, Cost., proprio perché la procedura, come detto anche nel testo, è del tutto volontaria.
In generale, sui profili di conformità alla Costituzione del d.lgs. 23/2015, S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT», 2015, n. 246.

La seconda, più subdola e ciononostante agevolmente individuabile, è quella di assicurare flessibilità in uscita come incentivo all'impiego.

Sulla prima finalità non v'è molto da aggiungere a quello che da molti e da molto tempo è stato scritto[42]. Ci si può qui limitare ad osservare che quando si ricorre alla conciliazione per perseguire la deflazione del contenzioso si commettono quasi sempre i seguenti quattro errori di valutazione:

1) quello più macroscopico è costituito dall'attribuzione allo strumento conciliativo della funzione di 'filtro' di accesso alla giurisdizione. Allorché si è deciso di puntare su questo espediente, i risultati ottenuti sono stati per lo più fallimentari;
2) il secondo dipende dal fatto che non si investe adeguatamente sulla 'competenza' dei conciliatori, a ciò non bastando il possesso di nozioni giuridiche, essendo necessario, invece, anche una adeguata e sperimentata conoscenza delle tecniche di gestione del conflitto e della comunicazione;
3) il terzo consiste nella introduzione di procedure complesse, improntate ad una logica pseudo-processuale, nonché nella previsione di continue occasioni di interferenza dello strumento conciliativo con il processo;
4) il quarto si sostanzia nello stabilire occasioni di interferenze tra procedimento di conciliazione e processo, ad esempio riconducibili alle ripercussioni che il comportamento delle parti nel primo ha nel secondo, soprattutto sul piano probatorio, su quello della decisione e su quello della distribuzione delle spese di lite.

Il perseguimento e l'attuazione della seconda finalità comporta un arretramento delle tutele del lavoratore.

Di tanto si trae conferma in particolar modo dalla disciplina dell'offerta di conciliazione introdotta dall'art. 6, d.lgs. 23/2015. I vantaggi e le utilità innanzi descritti (detassazione, eliminazione dell'alea, dei tempi e dei costi del giudizio) conseguibili per espressa previsione legislativa, infatti, integrano piuttosto un modo per indorare una amarissima pillola (la stabilizzazione di un licenziamento illegittimo e la rinuncia ad impugnarlo e, di conseguenza, la perdita del posto di lavoro), se non un ricatto. A nulla vale affermare che la scelta del lavoratore è libera e che non vi è alcun obbligo di accettare l'offerta del datore di lavoro, poiché, porgere una somma di denaro a chi ha ormai perduto tutto e per recuperarlo ha dinanzi a sé la prospettiva di una lunga battaglia giudiziaria, significa non porgli alternative.

[42] V. da ultimo G. Vidiri, *Il licenziamento disciplinare nel primo decreto attuativo del jobs act tra luci e (non poche) ombre*, in «Argomenti dir. lav.», 2015, pp. 353 ss.

In piena coerenza con l'intera disciplina del contratto a tutele crescenti, siamo al cospetto di una chiara manifestazione di una linea politica orientata ormai da anni a considerare il lavoro pura merce di scambio e l'interesse del lavoratore meritevole di ristoro soltanto sul piano monetario[43]. La reintegrazione è circoscritta a casi eccezionali, poiché di norma (in particolare, quando è in ballo una scelta imprenditoriale del datore di lavoro) il licenziamento non lede un diritto fondamentale del lavoratore. A questa linea politica, contraria al tenore degli artt. 1, 2, 4, 24, 35, Cost., occorre opporsi con fermezza per affermare che la prestazione lavorativa costituisce un momento di realizzazione della personalità del lavoratore e di esercizio di un diritto fondamentale di libertà della persona umana[44] e che, pertanto, la tutela reale non può che costituire la regola nel nostro ordinamento, non l'eccezione, in quanto misura rispondente a quella che, in altra sede[45], si è voluto definire come forma principale di 'effettività adeguata'.

Abstract

Il saggio pone in evidenza le ragioni che impongono, o comunque rendono estremamente opportuno, un trattamento differenziato delle controversie relative al licenziamento rispetto a tutte le altre in materia di lavoro. In particolare, nel delineare i tratti essenziali della normativa in vigore con specifico riguardo agli strumenti di conciliazione, esso rimarca l'attuale tendenza del legislatore a 'monetizzare' il posto di lavoro con l'arretramento delle tutele del lavoratore che ne consegue.

[43] Come condividibilmente ha osservato V. Speziale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in «Riv. it. dir. lav.», 2012, I, p. 531 (v. anche *La riforma del licenziamento individuale tra* law and economics *e giurisprudenza*, in «Riv. giur. lav.», 2014, I, pp. 345 ss. E pp. 447 ss.). Sulla tema del *firing* o *severance cost*, v., invece, la nota posizione di P. Ichino, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano 1996, pp. 120 ss.

[44] Quella che è stata definita teoria della 'rottura efficace del contratto'. Cfr., per una serrata critica, V. Speziale, *Situazione delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro* (Atti del convegno), Foggia 14-15 novembre 2003, a cura di M. Barbieri, F. Macario e G. Trisorio Liuzzi, Giuffrè, Milano 2004, pp. 88 ss.; G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in «Giornale dir. lav. relazioni ind.», 2012, pp. 129 ss. In giurisprudenza, v. Corte cost., 31 marzo 1994, n. 108, in «Foro italiano», 1996, I, p. 87.

[45] Cfr. D. Dalfino, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, pp. 907 ss.

Luigi de Angelis

La motivazione della sentenza (di lavoro): una vita complicata

Sommario: 1. L' evoluzione normativa – 2. Atteggiamento critico della dottrina – 3. Esigenze di semplificazione, distorsioni, riaffermazione del ruolo di garanzia della motivazione – 4. Motivazione e sperpero di giurisdizione – 5. La (modesta) incidenza della motivazione sulla eccessiva durata dei processi

1. L'evoluzione normativa

Può sorprendere che in una recente sentenza delle sezioni unite della Corte di Cassazione[1], sulla quale si ritornerà in seguito, sia contenuta la ricostruzione dell'evoluzione culturale, normativa e giurisprudenziale della motivazione della sentenza con uno spazio ed un'insistenza abbastanza inusuali per una decisione giudiziale sia pure del massimo organo di nomofilachìa. Il fatto è, però, che l'attenzione del legislatore nei confronti della sentenza è stata negli ultimi anni particolarmente accentuata[2]: nel 2009 si é soppresso lo svolgimento del processo (v. art. 132, n. 4, c.p.c.) e si é modificato l'art. 118, disp. att. c.p.c. prevedendo che la esposizione dei fatti rilevanti e delle ragioni giuridiche della decisione debba essere succinta e che possa essere fatta anche con riferimento a precedenti conformi. Nel 2013 si è andati oltre, limitandosi, con l'art. 79 del d.l. n. 69, la concisa esposizione ai fatti decisivi e ai principi di diritto su cui si è fondata la decisione e prevedendo il rinvio anche al contenuto specifico degli atti delle parti, il tutto però soppresso nella legge di conversione

[1] Cass. s.u. 16 gennaio 2015, n. 642, in «Foro it.», 2015, I, col. 1609, con nota di G. Grasso, *La riproduzione di un atto di parte nella sentenza civile: diritto senza letteratura?*, e in «Giusto proc. civ.», 2015, p. 121, con nota di B. Capponi, *Motivazione "laica, funzionalista, disincantata"*.

[2] Utilizzo quanto già svolto in L. de Angelis, *Dispositivo e motivazione della sentenza (di lavoro)* e nuova efficienza, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>, 2015, n. 258 (ultimo accesso 29.02.2016), anche di prossima pubblicazione in «Arg. dir. lav.», 2015, pp. 807 ss.

n. 98 del medesimo anno. Per il d.d.l. delega (poi superato) presentato alla Camera dei Deputati il 12 febbraio 2014 il giudice poteva limitarsi a pronunciare il dispositivo corredato dei fatti e delle norme fondanti la decisione e delimitanti l'oggetto dell'accertamento, salva la richiesta di motivazione preceduta dal versamento di una quota di contributo unificato. Ci si rifaceva così alla nota e discussa proposta, avanzata molti anni fa e poi successivamente ripresa in dottrina[3], della c.d. motivazione a richiesta. In precedenza, per il rito del lavoro di cui qui ci si occupa, nel 2008 si è introdotta la c.d. motivazione contestuale, salvo eccezioni. Il d.d.l. n. 2953/C/XVII presentato dal Governo alla Camera dei Deputati l'11 marzo 2015 si è infine interessato alla motivazione con riguardo alle impugnazioni, prevedendo che «il giudice di appello potrebbe motivare nel modo sommario di sempre, ovvero anche richiamando la motivazione adottata dal primo grado quando essa risulti avere superato le doglianze» (p. 5, seconda colonna):

- nel giudizio di appello «strutturato in forma impugnatoria» si dovrebbe prevedere «l'ampliamento dell'utilizzo del provvedimento dell'ordinanza (soggetta a ricorso per cassazione) in funzione decisoria» (p. 20, seconda colonna);
- la sentenza della Suprema Corte dev'essere «atto di autorità motivata anche solo con riferimento ai propri indirizzi e, comunque, secondo un'assoluta esigenza di sintesi» (p. 23, seconda colonna)[4].

La logica è di rapidità-efficienza in sintonia con la logica delle tante misure processuali freneticamente introdotte negli ultimi anni e finalizzate, nell'intenzione del legislatore, ad attrarre i famosi investimenti specie stranieri; una logica diversa da quella di garanzia, interna e (per alcuni) esterna al processo, propria della motivazione secondo gli studi in argomento condotti anche alla luce dell art. 111, 6° co., Cost. Da questo punto di vista contraddittoriamente il c.d. rito Fornero[5], pure introdotto sempre con finalità acce-

[3] Cfr. S. Chiarloni, *Accesso alla giustizia e uscita dalla giustizia*, in «Doc. giust.», 1995, nn. 1-2, p. 40 ed altri scritti dello stesso autore. Per riferimenti a posizioni favorevoli e contrarie cfr., di recente, F. Santangeli, *La motivazione della sentenza civile su richiesta e i recenti tentativi di introduzione dell'istituto della «motivazione breve» in Italia,* in <judicium.it>, 2011, p. 11 nota 51.

[4] Il testo del d.d.l. n. 2953 è stato approvato il 10 marzo 2016 non prevedendo più la parte relativa alla motivazione in appello e prevedendo, quanto al giudizio di cassazione, «l'adozione di modelli sintetici di motivazione dei provvedimenti giurisdizionali, se del caso mediante rinvio a precedenti, laddove le questioni non richiedano una diversa estensione degli argomenti» (art. 1, comma 2°, lett c, n. 3).

[5] Tale rito è inapplicabile ai contratti a tutele crescenti contemplati dal d.lgs. n. 23 del 2015 ai sensi dell'art. 11 del medesimo. Al riguardo cfr., anche per profili critici, L. de

leratorie, ha eliminato nella materia dei licenziamenti soggetti all'art. 18 della l. n. 300 del 1970, secondo la dominante interpretazione letterale[6], lo iato temporale tra dispositivo e motivazione e lo strumento della pubblicazione tramite lettura, con ricadute sulle misure dell'eseguibilità del dispositivo e dell' appello con riserva dei motivi.

2. Atteggiamento critico della dottrina

Si spiega allora perché le sezioni unite siano pervenute alla soluzione dell'ipotesi concreta portata al loro esame ragionando a fondo sulla motivazione nel nostro sistema. Ovviamente tutto ciò ha attratto l'interesse anche della dottrina[7]. Da parte mia in più di un'occasione[8] ho commentato le modifiche su accennate, e, pur ponendone in luce gli aspetti critici, ho tentato di coglierne anche i lati positivi individuandoli nel tentativo di contenere lo 'spreco di giurisdizione'. Ma le modifiche, come del resto tante delle misure processuali sommatesi nel tempo, sono state valutate più severamente dai più. In particolare, l'autore degli studi fondamentali nella materia che qui interessa, prendendo in considerazione tali modifiche ed anche l'art. 2 dello schema di legge delega collegato alla legge di stabilità del 2014 (ora però superato: v. *infra*), ne ha scorto l'avversione del legislatore verso la motivazione e la sua obbligatorietà viste tra le cause principali della crisi della giustizia civile, ne ha posto in luce le debolezze concettuali, si è chiesto

Angelis, *Il contratto a tutele crescenti. Il giudizio*, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>, 2015, n. 250, pp. 2 ss., anche in *Jobs Act: il contratto a tutele crescenti*, diretto da M.T. Carinci ed A. Tursi, Giappichelli, Torino 2015, pp. 245 ss. (edizione ridotta può leggersi in «Foro it.», 2015, V, coll. 256 ss.).

[6] *Contra*, Id., *Art. 18 dello statuto ei lavoratori e processo: prime considerazioni*, in «Giorn. dir. lav.», 2015, pp. 701 ss.

[7] Cfr., tra gli altri, E. Scoditti, *Ontologia della motivazione semplificata*, in «Giust. civ.», 2014, pp. 677 ss.; M. Taruffo, *La motivazione della sentenza: riforme* in peius, in «Lavoro e dir.», 2014, pp. 373 ss.; Id., *Addio alla motivazione?*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, p. 375; B. Sassani, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza e sulla sua (in) controllabilità in cassazione*, in «Corriere giur.», 2013, pp. 849 ss.; G. Monteleone, *Riflessioni sull'obbligo di motivare le sentenze (motivazione e certezza del diritto)*, in «Giusto processo civ.», 2013, pp. 1 ss.; C. Di Iasi, *Il vizio di motivazione dopo la l. n. 134 del 2012*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, pp. 1441 ss.; M. Acierno, *La motivazione della sentenza tra esigenze di celerità e giusto processo*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2012, pp. 437 ss.; L. de Angelis, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, in «Arg. dir. lav.», 2010, pp. 106 ss.

[8] Cfr. de Angelis, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, cit., pp. 104 ss.

pur se retoricamente se alla motivazione dovesse dirsi addio[9]. E molto di recente si è scritto che viene alla ribalta la funzione della sentenza che decide mentre la motivazione è considerata un'appendice quasi inessenziale sì da potersi dire di passaggio dalla sentenza al verdetto[10].

3. Esigenze di semplificazione, distorsioni, riaffermazione del ruolo di garanzia della motivazione

Qualunque sia la valutazione degli interventi normativi sul processo sopra accennati, e degli altri attuati sempre in una logica economicistica (spesso giuridicamente sostenuta dal richiamo al principio di giusto processo e ragionevole durata del medesimo quale molto opinabile criterio interpretativo[11]) pur se di differente tipo nel biennio 2010-2011 e riguardanti soprattutto (ma non solo) il processo previdenziale[12], è comunque certa un' indicazione legislativa orientata verso l' abbreviazione della durata delle controversie.

Ciò anche attraverso snellimento e semplificazione della motivazione[13], che fa il paio con l'ampia discussione in corso sull'esigenza di sinteticità degli atti di parte[14]. In proposito merita particolare attenzione la su richiamata Cass. s.u. 16 gennaio 2015, n. 642, che, giudicando un caso di decisione motivata esclusivamente riproducendo testualmente quanto contenuto in un atto difensivo di una delle parti e dalla Corte di Cassazione ritenuta valida, ha ricostruito – lo si è accennato all' inizio – l'evolversi culturale, normativo ed anche giurisprudenziale della motivazione della sentenza, e ne ha tra l'altro sottolineato i caratteri di semplificazione e appunto di

[9] Cfr. Taruffo, *Addio alla motivazione*, cit., pp. 375 ss.
[10] Cfr. B. Capponi, *L'omesso esame del n. 5 dell'art. 360 c.p.c. secondo la Corte di cassazione*, in <judicium.it>, 2015, p. 5.
[11] Per critiche al riguardo cfr. D. Dalfino, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in «Foro it», 2009, V, coll. 183 ss.; R. Caponi, *Divieto di frazionamento giudiziale del credito: applicazione del principio di proporzionalità nella giustizia civile*, nota a Cass. S.U. 15 novembre 2007, n. 23726, in «Foro it.», 2009, I, col. 1524; de Angelis, *Il processo del lavoro tra ragionevole durata e interventi normativi del biennio 2008-2009*, cit., pp. 133 ss.
[12] In proposito cfr. Id., *Il processo previdenziale nel vortice della crisi*, in «Riv. dir. sic. soc.», 2012, pp. 37 ss.
[13] Cfr., ad es., Di Iasi, *Il vizio di motivazione*, cit., 2013, p. 1447; Acierno, *La motivazione della sentenza*, cit., 2012, p. 438.
[14] Su cui, anche per riferimenti, cfr. Capponi, *Sulla "ragionevole brevità" degli atti processuali civili*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, pp, 1075 ss.

snellimento. Ed alla semplificazione persino delle decisioni di legittimità, pur se in alcune ipotesi, il primo presidente, riprendendo e puntualizzando precedente iniziative di altro primo presidente, il 22 marzo 2011 ha invitato i collegi delle sezioni civili della medesima, anche richiamando alcune delle indicazioni normative che ho prima segnalato[15], non senza però notare «che anche la motivazione semplificata deve comunque fornire una spiegazione chiara della *ratio decidendi*, riferita specificamente alla fattispecie decisa (non potendosi esaurire quindi nell'adozione di formule di stile applicabili ad ogni fattispecie), pure se espressa con la maggiore sintesi possibile e senza le argomentazioni richieste dalla motivazione di una decisione costituente esercizio della funzione di nomofilachia»[16].

Tali spunti e considerazioni aiutano a riportare le modifiche a ciò che realmente sono, le quali, se valutate *cum grano salis*, lasciano appunto intatto il ruolo di garanzia della motivazione che d' altronde, anche in forza dell'art. 111, Cost., non può che essere rimasto immutato, e richiamano solo, con prescrizione normativa e non come mera indicazione di stile, all'evitare lo spreco di attività giurisdizionale. Questo tanto più se nel processo d'individuazione della regola giuridica posta dall'enunciato legislativo si consideri, in adesione ad una tendenza sempre più corposa in tema d'interpretazione della legge, l'apporto costitutivo della fase applicativa, per questo essendo ancor maggiormente necessario riportare la decisione sul piano della intersoggettività per renderla così controllabile[17]. Diversamente si scende sul terreno dell'arbitrio, e, oltre che impedire la verifica sociale della soluzione del caso (per chi crede alla rilevanza esterna della motivazione), si rende impossibile o estremamente difficoltosa la valutazione della decisione dalle parti al fine di 'fermarsi' – onde la funzione anche deflattiva – ovvero di procedere all' impugnazioni. Con ciò non ha nulla a che vedere, nei casi di motivazione contestuale, la stesura da parte del giudice dell'intera sentenza prima dello svolgimento della discussione, e non eventualmente del solo schema logico da confrontare con gli argomenti svolti appunto nella discussione come può essere proprio del cruciale momento dello studio della controversia. Si svalorizza invece così

[15] Cfr. *Motivazione semplificata di sentenze e di ordinanze decisorie civili*, in «Foro it.», 2011, V, col. 183.

[16] Per la tesi che la motivazione semplificata non è una forma eccezionale di motivazione richiesta da contingenti esigenze di snellezza ma è la forma ordinaria di motivazione cfr. Scoditti, *Ontologia della motivazione*, cit., pp. 677 ss.

[17] Cfr. da ult. L. Nogler, *La subordinazione nel d.lgs. n. 81 del 2015: alla ricerca dell'"autorità dal punto di vista giuridico"*, <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>, 2015, n. 267, pp. 6 ss., ed *ivi* riferimenti.

e si frustra il ruolo di essa, di chi la compie e della stessa funzione giudiziaria, nella migliore delle ipotesi dando luogo ad una naturale resistenza a modificare ciò che si è prima preparato magari faticosamente. A ciò è altrettanto estranea una sorta di sollecitazione a 'tirare via', all'approssimazione o all'incompletezza del discorso giustificativo alla base di legittimità e razionalità del *decisum*, e che costituisce l'essenza della motivazione. Se appunto l'obbligo di motivazione è preposto a fornire una giustificazione razionale della decisione giudiziale, vale a dire a svolgere un insieme di argomentazioni che la facciano apparire come giustificata sulla base di criteri e modelli intersoggettivi di ragionamento, la motivazione non può non essere completa, nel senso che deve contenere la giustificazione specifica della decisione di tutte le questioni di fatto e di diritto che costituiscono l'oggetto della controversia: è infatti solo a questa condizione che tale finalità viene assolta[18].

Possono esservi motivazioni lunghe e ridondanti ma incomplete, così come vi possono essere motivazioni concise che però includono tutte le ragioni che sono necessarie per giustificare la decisione[19]: il richiamo legislativo di cui si diceva è ad esse e solo ad esse, come ad esse si riferisce, per le ordinanze, il richiamo dell'art. 134 del codice di rito. E la citata sentenza n. 642 del 2015 delle sezioni unite si muove in questa direzione ponendo in risalto che ciò che conta è l'oggettiva idoneità e sufficienza della motivazione a sostenere, anche *per relationem*, la decisione, ma rilevando la necessità di correttezza, completezza, chiarezza, coerenza ed esaustività. Non aiuta, però, a dare rilievo a tali requisiti, ne sono consapevole, e conforta anzi le preoccupazioni di letture riduttive espresse da alcuni[20] e non le ipotesi ampliative per altri prospettabili[21], l'interpretazione data dalle stesse sezioni unite alla riformulazione dell'art. 360, 1° co., n. 5, c.p.c. disposta dall'art. 54 del d.l. n. 83 del 2012, convertito nella l. n. 134 del 2012[22], per

[18] Cfr. Taruffo, *Motivazione della sentenza*, cit., p. 773, ed altri numerosi scritti di tale autore; in particolare, sulla sufficienza della motivazione *sub specie* dell'art. 360, n. 5, c.p.c., vecchio testo, Id., *La motivazione della sentenza civile*, cit., pp. 555 ss.
[19] Da ult. cfr. Grasso, *La mera riproduzione di un atto.*, cit., col. 1629.
[20] Cfr. Di Iasi, *Il vizio di motivazione*, cit., p. 1451.
[21] Cfr. R. Poli, *Le modifiche relative al giudizio di cassazione*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, a cura di C. Punzi, Giappichelli, Torino 2013, p. 203; Taruffo, *La motivazione della sentenza: riforme* in peius, cit., p. 380. Su differenti letture del nuovo art. 360 n. 5 c.p.c. cfr., da ult., G. Meliadò, *La riforma della cassazione e la giustizia del lavoro*, in «Riv. it. dir. lav.», 2015, pp. 19 ss., ed *ivi*, alla nota 38, riferimenti bibliografici; L. Rovelli, *La nomofilachia alla prova del nuovo art. 360 n. 5 c.p.c.*, in <http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>, 18 giugno 2015.
[22] Che ha eliminato la ricorribilità in cassazione per omessa, insufficiente o contraddittoria

la quale la nuova disposizione deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 delle preleggi, come riduzione al 'minimo costituzionale' del sindacato di legittimità sulla motivazione, con la conseguente denunciabilità in Cassazione solo dell'anomalia motivazionale che si tramuti in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sé, purché il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali; anomalia che si esaurisce nella «mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico», nella «motivazione apparente», nel «contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili» e nella «motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile», esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di 'sufficienza' della motivazione[23]. Si tratta di un'interpretazione che, utilizzando la modifica dell'art. 54 cit., va oltre la stessa impostazione resa sulla base del precedente testo introdotto nel 2009 e per la quale si è abbandonato da parte del legislatore il modello di sentenza analitico-argomentativo per lasciare al giudice il dovere di mettere in evidenza soltanto i fattori decisionali della sua volizione specifica essendo mutato il parametro di valutazione della sentenza, non più esaminabile in quanto 'documento' ma in quanto espressione di un'attività decisionale, non quindi enunciazione logico-formale ma piuttosto decisione pratica da considerare essenzialmente come estrinsecazione di un potere decisionale e non come prodotto dell'attività argomentativa dell'estensore.

In ciò, appunto secondo tale impostazione, starebbe il significato della sostituzione del termine 'motivi' con il diverso termine 'ragioni' nel novellato art. 132, c.p.c., con la conseguenza che anche la Corte di Cassazione, nel valutare le decisioni dei giudici di merito, dovrebbe limitarsi a cogliere la ragione della decisione, la sua razionalità (intesa come congruità di quanto deciso rispetto alla ragione esposta) e la sua compatibilità con l'ordinamento[24].

---

motivazione circa un punto decisivo della controversia, sostituendola con l' omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti. Per riflessioni critiche in proposito cfr., tra i tanti, Sassani, *Riflessioni sulla motivazione della sentenza*, cit., pp. 849 ss.

[23] Cfr. Cass. s.u.. 22 settembre 2014, n. 19981 e 7 aprile 2014, n. 8053, in «Foro it.», 2015, I, col. 209, con nota di P. Quero.

[24] Cfr. *Corso laboratorio sui rapporti tra giurisprudenza di merito e giurisprudenza di legittimità Relazione sugli esiti del seminario introduttivo*, in <www.ca.milano.giustizia.it/allegato_corsi.aspx?File_id_allegato=758> (ultimo accesso 29.02.2016), a cura di A. Manna *et al.*, p. 5. Di essa e delle critiche mosse all'impostazione dà conto Di Iasi, *Il vizio di motivazione*, cit., pp. 1447 ss.

4. Motivazione e sperpero di giurisdizione

Nel paragrafo precedente ho segnalato l'estraneità alle modifiche normative della motivazione preformata e della motivazione che non risolve le varie questioni poste; vizi, entrambi, che non mancano nella pratica giudiziaria, per quel che interessa in questa sede nella materia del lavoro. Ma – e solo per riferirmi ad una pronuncia recente – mi è anche capitato di leggere una sentenza di legittimità[25] che da più parti è stata apprezzata per la soluzione, per la cultura giuridica di cui è espressione, per la razionalità del suo argomentare; apprezzamento che, sotto tutti questi aspetti, è più che meritato. Mi chiedo però se la motivazione sia conforme alle prescrizioni normative che ho prima segnalato: si trattava, è vero, di questione di particolare importanza e di soluzione fortemente innovativa ad essa, ma 84 pagine complessive, di cui 81 di parte motiva, non sembrano rispondere ai concetti di 'conciso' né tantomeno di 'succinto', e pertanto al testo e allo spirito degli artt. 132, c.p.c. e 118, disp. att. c.p.c. Lo spreco di giurisdizione, è il caso di sottolinearlo, può riguardare anche le decisioni pregevoli e pure ad esse si rivolgono le modifiche normative sulla motivazione.

Appunto la concisione, o, se si vuole, la sintesi e la succintezza, richiedono però professionalità e sforzo, e, ancor prima, un atteggiamento culturale di approccio alla controversia (direi, anzi, più in generale, all'espletamento della funzione) che ponga equilibratamente attenzione non solo alla giustezza della soluzione ma anche alla prontezza e rapidità della medesima. A ciò dovrebbe essere fortemente orientata la formazione istituzionale dei magistrati, e non sempre lo è stato e lo è tuttora[26].

All' interrogativo posto (retoricamente) da alcuni, quindi, deve rispondersi che non vi è, e non può esservi anche per ragioni costituzionali, nessun addio alla motivazione.

---

[25] Cfr. Cass. 12 dicembre 2014, n. 26242, in «Foro it.», 2015, I, col. 862, con note di R. Pardolesi e A. Palmieri, *Nullità negoziale e rilevazione officiosa a tutto campo (o quasi)*; A. Proto Pisani, *Rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*; M. Adorno, *Sulla rilevabilità d'ufficio della nullità contrattuale: il nuovo intervento delle sezioni unite*; F. Di Ciommo, *La rilevabilità d'ufficio ex art. 1421 c.c. secondo le sezioni unite: la nullità presa (quasi) sul serio*; S. Pagliantini, *Nullità di protezione e facoltà di non avvalersi della dichiarabilità: quid iuris?*; S. Menchini, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull'oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto.*

[26] Ho utilizzato in questi passaggi quanto già da me scritto in *Il processo del lavoro tra ragionevole durata*, cit., pp. 112 ss.

5. La (modesta) incidenza della motivazione sulla eccessiva durata dei processi

Più dubbi pongono non tanto la nuova normativa in materia di motivazione, quanto i diversi approcci culturali che può ingenerare[27], con prassi ed equivoci sopra segnalati che vanno con forza respinti: il prezzo da pagare all'efficienza può davvero essere troppo alto in termini di autorevolezza e credibilità della pronuncia – indispensabili anche per la deflazione delle impugnazioni – e alla fine, per usare una parola molto impegnativa, di democrazia. L'aiuto ad un equilibrato approccio e ad un'equilibrata interpretazione deve venire come spesso dalla Costituzione, che obbliga alla motivazione dei provvedimenti la quale si sostanzia, lo si ripete, nella giustificazione razionale della decisione, che, come tale, non può non essere giustificazione specifica di tutte le questioni di fatto e di diritto che costituiscono l'oggetto della controversia.

Dal quadro sopra descritto vien fuori come il legislatore avesse qualche motivo per intervenire sulla motivazione per come é stata intesa anche nell'immaginario collettivo, vale a dire, come si legge in Cass. n. 642 del 2015 più volte citata, non solo come «scritto esponente le ragioni di una decisione giurisdizionale», ma «(spesso innanzitutto)» come «"la prova" e la "misura" (in positivo e in negativo) della quantità e qualità del lavoro del giudice». Penso, però, che il contributo alla crisi della giustizia, per quel che qui interessa, del lavoro, che la motivazione ha dato sia tutto sommato marginale. L'eccessiva durata del processo dipende assai poco dalla stesura della sentenza, pur dovendosi non sottovalutare lo spreco di giurisdizione – da me considerata da sempre tra le cause prime della crisi del processo[28] – che la motivazione sovrabbondante ed ultronea comporta. A parte le (pur esistenti) carenze di organico ed organizzative varie tradizionalmente lamentate a volte anche stucchevolmente, è l'approfondito studio della controversia da parte del giudice ad avere un ruolo centrale anche sul piano dell'uso sobrio dell' attività giudiziaria e in genere sul piano dell'efficienza, incidendo sull'ammissione o meno dei mezzi istruttori, sulla conduzione della prova, sulla gestione della discussione, sulla prontezza della decisione senza ricorrere a strumentali rinvii, e infine anche sulla rapidità e completezza stessa della motivazione. E ad avere un ruolo fondamentale è anche l'organizzazione dell'ufficio, spesso affidata a dirigenti selezionati in modo non soddisfacente. Il discorso, allora, dovrebbe spostarsi, come qui

[27] Spunto in Di Iasi, *Il vizio di motivazione*, cit., p. 1447.
[28] Cfr., L. de Angelis, *Il processo del lavoro tra funzionalità e rispetto delle garanzie*, in «Riv. it. dir. lav.», 1994, I, pp 340 ss., e altri scritti, precedenti e successivi, dello stesso autore.

non può farsi, sulla formazione professionale e sui criteri di scelta dei capi degli uffici e delle sezioni e soprattutto sulla loro corretta applicazione, e proprio su quest'ultimo aspetto l'autonomia della magistratura, così come è stata esercitata nelle varie sedi, è tutt'altro che priva di pecche.

Abstract

L'Autore esamina l'evoluzione normativa in tema di motivazione della sentenza, in particolare di lavoro, ne indica le ragioni d'efficienza riaffermandone il ruolo di garanzia, evidenzia alcune distorsioni nella pratica giudiziaria, sostiene che la motivazione 'tradizionale' abbia avuto un ruolo modesto nella crisi della giustizia.

Michele De Luca

Uguaglianza e lavoro: quanto (poco) resta nel nostro 'diritto vivente'[*]

SOMMARIO: Impostazione del tema d'indagine: La 'parità di trattamento' nel rapporto di lavoro subordinato è ancora un 'problema aperto' nel nostro ordinamento? – 1. Valutazione 'quantistica' ed ordinamento in 'cerchi concentrici' delle 'dimensioni' diverse dell'uguaglianza: socioeconomica, giuridica, giurisdizionale e giurisprudenziale – 2. Ragioni del problematico 'scarto' tra dimensione giuridica dell'uguaglianza, da un lato, e dimensione giurisdizionale e giurisprudenziale, dall'altro: 'gerarchia assiologica' tra fonti (predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU) – 3. (*Segue*): 'gerarchia assiologica' tra principi e valori (l'autonomia privata è la regola ed il principio di uguaglianza la eccezione) – 4. 'Gerarchia assiologica' tra principi e valori (l'autonomia privata è la regola ed il principio di uguaglianza la eccezione): problemi di coerenza con il 'modello' della 'economia sociale di mercato' – 5. (*Segue*): problemi di coerenza con il 'monito' della Corte costituzionale (sentenza n. 103 del 1965) sulla garanzia della 'pari dignità sociale dei lavoratori' quale limite all'autonomia privata del datore di lavoro – 6. Licenziamenti discriminatori: conservazione della 'tutela reale originaria' ed implicazioni sulla stessa 'tutela' della riproposizione di vecchi problemi – 7. Giurisdizione e giurisprudenza: tra inadeguatezze concrete ed attitudini potenziali in funzione paritaria – 8. (*Segue*): nomofilachia ed 'interpretazione uniforme' della legge in funzione paritaria

[*] Saggio già pubblicato in «Riv. it. dir. lav.», 2016.

La 'parità di trattamento' nel rapporto di lavoro subordinato è ancora un 'problema aperto' nel nostro ordinamento?

Palese la ragione del dubbio.

Il 'diritto vivente'[1] sembra averne dato, infatti, una 'soluzione consolidata'[2].

[1] Sul 'diritto vivente' – nella accezione accolta dalla Corte costituzionale – vedi, per tutti: G. Zagrebelsky, V. Marcenò, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 2012, pp. 371 ss.; G. Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, il Mulino, Bologna 1988, pp. 285 ss.; Id., *La dottrina costituzionale del diritto vivente*, in «Giur. cost.», 1986, I, p. 1148; R. Lenzi, G. Navone, G. Perlingieri, *Il diritto vivente nell'età dell'incertezza. Saggi su art. 28 l. not. e funzione notarile oggi*, a cura di S. Pagliantini, Giappichelli, Torino 2011, p. VIII; V. Carbone, *Le difficoltà dell'interpretazione giuridica nell'attuale contesto normativo: il diritto vivente*, in «Corriere giur.», 2011, p. 183; *Esperienze di diritto vivente. La giurisprudenza negli ordinamenti di diritto legislativo*, a cura di A.S. Bruno e M. Cavino, Giuffrè, Milano 2011, *passim*; G. Alpa, *Il diritto giurisprudenziale e il diritto «vivente». Convergenza o affinità dei sistemi giuridici?*, in «Sociologia dir.» 2008, fasc. 3, p. 37; V. Speziale, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, in «Giornale dir. lav. relazioni ind.», 2008, p. 613; S. Chiarloni *et al.*, *La giustizia civile tra nuovissime riforme e diritto vivente*, in «Giur. it.», 2009, I, p. 1599; S. Evangelista, G. Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in «Foro it.», 2005, V, p. 82; A. Anzon, *Il giudice a quo e la corte costituzionale tra dottrina dell'interpretazione conforme a costituzione e dottrina del diritto vivente* (Nota a Corte cost., 23 aprile 1998, n. 138), in «Giur. cost.», 2008, p. 1082; Id., *La Corte costituzionale e il diritto vivente*, *id.*, 1984, I, p. 304; M.R. Morelli, *Il diritto vivente nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in «Giust. civ.», 1995, I, p. 149.

[2] Sulla giurisprudenza consolidata – che nega l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale 'parità di trattamento' nel rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di privati – vedi, per tutti:
Cass., sez. un., 29 maggio 1993, n. 6030 ed altre rese alla stessa udienza (in «Corriere giur.», 1993, p. 1057, con nota di G. Pera; in «Riv. it. dir. lav.», 1993, II, p. 653, con nota di R. Del Punta). *Adde*: M. De Luca, *Parità di trattamento e rapporto di lavoro: profili problematici e prospettive dopo l'intervento delle sezioni unite*, in «Dir. lav.», 1994, I, p. 171, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori;
Cass., sez. un., 17 maggio 1996, n. 4570 (in «Corriere giur.», 1996, p. 1057, con nota di G. Pera; «Giust. civ.», 1996, I, p. 1899, con nota di R. Del Punta).
Cass. 27 maggio 2004, n. 10195, in «Riv. giur. lav.», 2004, I, p. 584, con nota di M. Vitaletti, alla quale si rinvia per riferimenti ulteriori. *Adde*: Cass. 19 luglio 2007 n. 16015; 19 agosto 2004, n. 16282; 18 agosto 2004, n. 16179 (inedite a quanto consta).
Sul remoto orientamento – in senso contrario – della giurisprudenza di legittimità, vedi, per tutti, M. De Luca, *Parità di trattamento nei rapporti privati di lavoro: profili problematici e prospettive di un recente "revirement" giurisprudenziale*, in «Dir. lav.», 2001, I, pp. 406 ss. ed in *Studi in onore di Renato Scognamiglio*, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.
Con riferimento al rapporto di lavoro 'privatizzato' alle dipendenze di amministrazioni pubbliche – nel quale la 'parità di trattamento', imposta da disposizione specifica (art. 45, d.l. 30 marzo 2001, n. 165), risulta limitata al livello individuale (con esonero della contrattazione collettiva) dalla giurisprudenza consolidata di legittimità – vedi, per tutti: Cass., sez un., 23 aprile 2008, n. 10454 (inedita a quanto consta). Cass. 28 marzo 2012, in «Riv. it. dir. lav.», 2013, con nota di G. Desto, *Parità di trattamento nel pubblico*

Né da questa si può, all'evidenza, prescindere – quale punto di partenza – in qualsiasi indagine, volta a dare risposta all'interrogativo di apertura e, con essa, a disegnarne le prospettive.

1. Valutazione quantistica ed ordinamento in cerchi concentrici delle dimensioni diverse dell'uguaglianza: socioeconomica, giuridica, giurisdizionale e giurisprudenziale

Intanto – all'esito di una 'valutazione', per così dire, 'quantistica' – possono essere ordinate – in 'centri concentrici' – le 'dimensioni' diverse della uguaglianza.

Collocata nel cerchio esteriore la più ampia 'dimensione socioeconomica' ed in quello intermedio la più ristretta 'dimensione giuridica', il cerchio interno resta riservato, infatti, alla – ancora più ristretta – 'dimensione giurisdizionale' (e 'giurisprudenziale') dell'uguaglianza.

Attiene alla 'allocazione' e/o 'distribuzione' della ricchezza la 'dimensione socioeconomica' dell'uguaglianza e ne risulta, coerentemente, affidato – a misure 'riallocative' e/o 'redistributive' – qualsiasi intervento correttivo[3].

Al pari di qualsiasi altro fenomeno 'macroeconomico' o 'macro sociale' (si pensi, ad esempio all'occupazione), non può essere, all'evidenza, 'governata' dal solo diritto.

Palese ne risulta, quindi, la 'ragione' dello 'scarto' – tra la 'dimensione socioeconomica' e la 'giuridificazione' dell'uguaglianza – anche a prescindere da scelte 'astensionistiche' del legislatore.

Più problematico pare, invece, lo 'scarto' – tra 'dimensione giuridica' e 'dimensione giurisdizionale' (e 'giurisprudenziale') dell'uguaglianza – attesa la 'coerenza' necessaria della 'interpretazione' – ancorché 'creativa'[4] – con la norma, che ne risulta interpretata.

---

impiego e contrattazione collettiva, al quale si rinvia per riferimenti ulteriori. *Adde*: Cass. 20 gennaio 2014, n. 1037; 29 aprile 2013, n. 10105 (inedite, a quanto consta).

[3] Vedi, per tutti: A. Salento, *Disuguaglianza e patrimonializzazione dell'economia*, relazione a questo stesso convegno; OCSE, *Rapporto sulle disuguaglianze dei redditi*, 2012; Id., *Distribuzione dei redditi e povertà nei Paesi OCSE: una crescita diseguale*, 2008; Fondazione Hume, *Rapporto sulle disuguaglianze*, 2015; L. Ricolfi, *La leggenda delle disuguaglianze crescenti*, in «Il Sole 24 Ore», 27 aprile 2015; B. Bisazza, *Distribuzione dei redditi, Italia seconda in Europa per disparità*, in «Il Sole 24 Ore», 24 giugno 2013.

[4] Vedi, da ultimo, R. Guastini, *Interpretare, costruire, argomentare,* in «Osservatorio delle fonti», 2015, fasc. 2, pp. 1 ss., *passim.*

Sembra dipendere, tuttavia, da 'gerarchie assiologiche'[5], che l'interprete stabilisce tra fonti e principi.

2. Ragioni del problematico scarto tra dimensione giuridica dell'uguaglianza, da un lato, e dimensione giurisdizionale e giurisprudenziale, dall'altro: gerarchia assiologica tra fonti (predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU)

Il 'predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU'[6] è l'approdo finale (per il momento) del processo di 'smantellamento', che la Corte costituzionale – attraverso l''allargamento dei controlimiti'[7]– conduce contro il 'nuovo rapporto' che la stessa Corte aveva stabilito[8] – sulla base della 'parte quinta' della Costituzione, come 'riformata' nel 2001 (art. 117, 1° comma) – tra ordinamento nazionale e ordinamento internazionale convenzionale[9].

[5] Vedi, da ultimo, Guastini, *op. cit.*, spec. pp. 18 ss.

[6] Vedi Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, commentata da A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno,* in *Consulta online*, per g.c. di *Diritto penale contemporaneo*.

[7] Vedi M. De Luca, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme CEDU*, in «Foro it.», 2013, I, col. 791.

[8] Con le sentenze gemelle 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in «Foro it.», 2008, I, col. 40, con note di R. Romboli, A. Travi, L. Cappuccio, F. Ghera; «Corriere giur.», 2008, p. 185, con nota di M. Luciani; ««Giornale dir. amm.», 2008, 25 (m), con note di B. Randazzo, V. Mazzarelli, M. Pacini; «Giust. civ.», 2008, I, p. 51 (m), con note di G. Duni, P. Stella Richter; «Giur. cost.», 2007, p. 3475, con nota di C. Pinelli e A. Moscarini; annotata da A. Ruggeri, *La Cedu alla ricerca di una nuova identità (sentenze numero 347 e 348/2007)*, in «Consulta online», 2007.

[9] Infatti – «per le fonti convenzionali di diritto internazionale – la giurisprudenza costituzionale (vedi Corte cost. nn. 349 e 348 del 2007, Foro it., 2008, I, col. 39; 11 marzo 2011, n. 80, Giur. Cost. 2011, 1224 ed, ivi, riferimenti ulteriori alle sentenze 39/08, Foro it., 2008, I, col. 1037; 311/09 e 317/09, *id.*, 2010, I, col. 1073 e 359) pare consolidata nel senso che le norme — prodotte da tali fonti — integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale (di cui all'art. 117, 1° comma, Cost.), nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali.
In tale prospettiva — ove si profili un (eventuale) contrasto fra norma interna e norma di diritto internazionale convenzionale — il giudice comune deve, innanzitutto, verificare la praticabilità di un'interpretazione della prima in senso conforme alla seconda.
Solo all'esito negativo della verifica, lo stesso giudice — non potendo, in questo caso, rimediare tramite la disapplicazione della norma interna contrastante — deve denunciare la rilevata incompatibilità, proponendo questione di legittimità costituzionale in riferimento all'indicato parametro.
Una volta che ne sia investita dello scrutinio, la Corte costituzionale — pur non potendo sindacare l'interpretazione che, della norma internazionale, sia data dalla corte rispettiva

Ben più rilevante ai nostri fini – essendo i 'principi paritari' accolti dall'ordinamento dell'Unione Europea[10], che conserva il 'primato' rispetto agli ordinamenti interni[11] – pare, tuttavia, la 'gerarchia assiologica' – tra valori e principi – che il nostro 'diritto vivente' pone a base dell'orientamento consolidato in materia di 'parità di trattamento' nel rapporto di lavoro subordinato.

*3. (*Segue*): gerarchia assiologica tra principi e valori (l'autonomia privata è la regola ed il principio di uguaglianza la eccezione)*

Il punto di sintesi dell'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità (del nostro 'diritto vivente', appunto) – che nega l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale inderogabile di 'parità di trattamento' nel rapporto di lavoro subordinato – risulta enunciato nei termini testuali seguenti: «[…] la esatta delimitazione del campo di applicazione del principio di parità di trattamento, l'ambito delle differenziazioni consentite e le conseguenze delle violazioni della parità dovrebbero sempre essere determinati

(in ipotesi, la Corte europea dei diritti dell'uomo) — resta, tuttavia, legittimata a verificare se, così interpretata, la norma internazionale — la quale si colloca, pur sempre, ad un livello sub-costituzionale — si ponga in conflitto con altre norme della Costituzione. L'esito positivo di tale verifica configura — secondo la stessa Corte costituzionale (vedi corte cost. n. 80/2011, cit.) — ipotesi eccezionale nella quale dovrà essere esclusa l'idoneità della norma convenzionale ad integrare il parametro considerato»: così, testualmente, M. De Luca, *Diritti dei lavoratori: patrimonio costituzionale comune versus declino delle garanzie*, in «Foro it.», 2011, V, col. 216, spec. §9.
Sullo 'sviluppo' della stessa tesi – in senso riduttivo dell'efficacia, nel nostro ordinamento, delle norme di 'fonti internazionali convenzionali' – vedi, da ultima, Corte cost. 26 marzo 2015, n. 49, commentata da A. Ruggeri, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in «Consulta online», per g.c. di *Diritto penale contemporaneo.*
Vedi, altresì, De Luca, *Quanto incide l'allargamento dei controlimiti sulla efficacia delle norme CEDU*, cit.

[10] Vedi, per tutti, la relazione – a questo convegno – di G. Bronzini, alla quale si rinvia.

[11] Vedi art. 11 della Costituzione – secondo il quale «l'Italia […] consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo» – e la Dichiarazione relativa al primato (n. 17, allegata al trattato UE), laddove si legge: «La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza.
Inoltre, la conferenza ha deciso di allegare al presente atto finale il parere del Servizio giuridico del Consiglio sul primato, riportato nel documento 11197/07 (JUR 260)».

sulla base di specifiche disposizioni legislative: nei casi dubbi, dovrebbe prevalere la ammissibilità della differenziazione, costituendo l'autonomia privata, la regola, ed il principio di uguaglianza, la eccezione»[12].

3.1 Coerente con tale principio – 'l'autonomia privata è la regola', appunto, 'ed il principio di uguaglianza la eccezione' – risulta, infatti, la giurisprudenza consolidata – in materia di parità di trattamento – con riferimento sia al rapporto di lavoro subordinato 'privato' che a quello 'pubblico privatizzato'.

Intanto una 'specifica disposizione legislativa' in materia di rapporto tra contratto collettivo ed individuale di lavoro (art. 2077, 2° comma, c.c.) – che, «nell'imporre la sostituzione con le norme collettive delle clausole difformi contenute nei contratti individuali salvo che tali clausole siano più favorevoli al lavoratore, prevede di fatto un allineamento dei contratti individuali di lavoro alla disciplina collettiva non in tutti i casi, ma solo in quelli in cui il contratto individuale di lavoro contenga disposizioni meno favorevoli per il lavoratore» – viene invocata[13] al fine, affatto diverso, di sostegno della ribadita negazione di un diritto soggettivo del lavoratore subordinato 'privato' alla parità di trattamento.

Mentre altra 'disposizione specifica' in materia di 'pubblico impiego privatizzato' (art. 45 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165) – secondo la quale le amministrazioni pubbliche garantiscono ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale – viene interpretata restrittivamente – in ossequio al principio generale contrario, parimenti di fonte giurisprudenziale – nel senso che la stessa disposizione «opera nell'ambito del sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva e vieta trattamenti migliorativi o peggiorativi a titolo individuale, ma non costituisce parametro per giudicare le differenziazioni operate in quella sede»[14].

In altri termini, la 'parità di trattamento' – ancorché imposta da una 'disposizione specifica' – opera soltanto a livello individuale, mentre non incide sulla contrattazione collettiva per il pubblico impiego 'privatizzato'.

[12] Così, testualmente, Cass., sezioni unite civili, n. 6030 del 1993, cit. – che conferma l'orientamento consolidato, spegnendo conati giurisprudenziali di segno contrario (ispirati, asseritamente, da Corte costituzionale 103 del 1989) – prospettando, tuttavia, che l'assunto – secondo cui «*l'autonomia privata* è *la regola ed il principio di uguaglianza la eccezione*» – costituisce la «*conclusione della più accreditata dottrina che si è occupata del problema nel diritto privato*».

[13] Da Cassazione, sez. un., n. 4570 del 1996, cit.

[14] Così, testualmente, da ultima, Cass. n. 1037 del 2014, in conformità della giurisprudenza consolidata, cit.

4. Gerarchia assiologica tra principi e valori (l'autonomia privata è la regola ed il principio di uguaglianza la eccezione): problemi di coerenza con il modello della economia sociale di mercato

C'è da domandarsi se quel principio di fonte giurisprudenziale ('l'autonomia privata è la regola ed il principio di uguaglianza la eccezione') – laddove stabilisce, sostanzialmente, una sorta di 'gerarchia assiologica'[15] tra valori e principi pariordinati ('autonomia privata', appunto, ed 'uguaglianza') – risulti coerente con il modello di 'economia sociale di mercato', accolto dalla nostra costituzione e dall'ordinamento dell'Unione Europea[16].

*5. (*Segue*): problemi di coerenza con il monito della Corte costituzionale (sentenza n. 103 del 1965) sulla garanzia della pari dignità sociale dei lavoratori quale limite all'autonomia privata del datore di lavoro*

C'è da domandarsi altresì, se lo stesso principio risulti rispettoso del 'monito' della Corte costituzionale[17].

5.1 La Corte costituzionale, invero, non si pronuncia circa l'esistenza, nel nostro ordinamento, del principio generale della parità di trattamento nel rapporto di lavoro.

Eppure l'ordinanza di rimessione[18] aveva sollevato la questione di legittimità costituzionale (degli articoli 2086, 2087, 2095, 2096 e 2103, c.c. In relazione all'articolo 41 della costituzione) – «nella parte in cui consentono all'imprenditore di attribuire ai dipendenti, a parità di mansioni

[15] Vedi Guastini, *op. loc. ult.*

[16] Infatti l'articolo 41 della nostra costituzione si coniuga con l'articolo 3, comma 3, TUE, laddove si legge: «*3. L'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico*».
In dottrina, vedi, per tutti, G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, in *Le nuove istituzioni europee*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, il Mulino, Bologna 2008, cap. VI.

[17] Nella sentenza 9 marzo 1989, n. 103, in «Foro it.», 1989, I, col. 2505, con nota di M. De Luca; in «Riv. it. dir. lav.», 1989, II, p. 396, con nota di G. Pera; «Mass. giur. lav.», 1989, p. 127, con nota di R. Scognamiglio; «Riv. giur. lav.», 1989, II, p. 7, con nota di U. Natoli; ««Dir. lav.», 1989, II, p. 455, con nota di R. Foglia; *ibid.*, II, p. 524 con nota di C. Laudo.

[18] Pret. Napoli 18 novembre 1986, «Foro it.», Rep. 1987, voce *Lavoro* (rapporto), n. 1334 e, per esteso, in «Lavoro 80», 1987, p. 84.

e nello stesso reparto, diversi livelli o categorie generali di inquadramento retributivo» – muovendo dalla premessa che la costante giurisprudenza di legittimità nega l'esistenza, nel nostro ordinamento, del principio generale della parità di trattamento nel rapporto di lavoro.

La pronuncia di rigetto – 'nei sensi di cui in motivazione' – consente, tuttavia, di ricavare dalla 'motivazione' – che ne costituisce, appunto, parte integrante – utili spunti per la 'qualificazione tipologica'[19] – e, con essa, per la definizione delle prospettive – della stessa pronuncia[20].

5.2 La sentenza della Corte costituzionale (n. 103 del 1989) «fotografa la situazione risultante dall'interpretazione delle norme e dei principi vigenti in materia e da essa richiamati»: è lo stesso giudice redattore Francesco Greco a 'confessarlo' nella relazione ad un convegno[21].

Ne risulta, infatti, la ricognizione – peraltro criticata sotto profili diversi (dalla omessa considerazione dell'ordinamento comunitario ad 'imprecisioni' nella indicazione di fonti del diritto internazionale convenzionale)[22] – dello 'stato dell'arte'[23].

[19] Sulle 'tipologie' delle pronunce della Corte costituzionale, vedi, per tutti, Zagrebelsky, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 255 ss.; Zagrebelsky, Marcenò, *La giustizia costituzionale*, cit., pp. 337 ss., al quale si rinvia per riferimenti ulteriori.
[20] Vedi De Luca, nota a Corte cost. n. 103 del 1989, cit.
[21] Vedi F. Greco, *L'intervento della Corte costituzionale in materia di lavoro*, in «Mass. giur. lav.», 1989, pp. 513 ss., spec. pp. 523-524.
[22] Segnala l'omessa considerazione delle 'fonti comunitarie' Foglia, *op. cit.*, mentre denuncia imprecisioni – nella indicazione di fonti internazionali convenzionali – Laudo, *op. cit.*
Per l'esame analitico delle fonti – prese in esame da Corte cost. n. 103 del 1989 – Vedi Greco, *L'intervento della Corte costituzionale in materia di lavoro*, *op. cit.*
[23] Nei termini testuali seguenti:
«In base all'art. 2095 c.c., nel testo sostituito dall'art. 1 l. 13 maggio 1985 n. 190, i lavoratori subordinati si classificano in quattro categorie: dirigenti, quadri, impiegati ed operai.
Le leggi speciali e i contratti collettivi (ora anche i contratti aziendali) determinano i requisiti di appartenenza alle dette categorie in relazione a ciascun ramo della produzione e alla particolare struttura dell'impresa.
[…] Per quanto riguarda le mansioni, l'art. 2103 c.c., sostituito dall'art. 13 l. 20 maggio 1970 n. 300 (c.d. statuto dei lavoratori), prevede l'obbligo del datore di lavoro di destinare il lavoratore alle mansioni per cui lo ha assunto o a mansioni equivalenti, senza, però, diminuzione di retribuzione, o alla categoria superiore successivamente acquisita. Sicché può affermarsi che nella determinazione delle mansioni e dei conseguenti livelli retributivi, l'autonomia del datore di lavoro, cui spetta l'organizzazione dell'azienda, è fortemente limitata dal potere collettivo, ossia dai contratti collettivi e dai contratti aziendali.
[…] Ma, per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali. Essi assicurano, in via generale, la tutela del lavoro (art. 35 Cost.); l'elevazione morale e professionale dei lavoratori; la proporzionalità tra retribuzione e quantità

Con essa concorre, tuttavia, un significativo 'monito' rivolto ai giudici.

5.3 Infatti – osserva la Corte – è demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori – nelle categorie e nei livelli retributivi, in base alle mansioni effettivamente svolte – non solo «con osservanza della regolamentazione apprestata sia dalla legge, sia dalla contrattazione collettiva nazionale ed aziendale», ma anche «con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principî posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente, ispirato, come si è detto, anche ai principî contenuti nelle convenzioni e negli atti internazionali regolarmente ratificati».

In tale prospettiva – osserva ancora la Corte – «il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari, perché il lavoratore riceva l'inquadramento che gli spetta nella categoria o nel livello cui ha diritto».

---

e qualità di lavoro e la sufficienza, in ogni caso, di essa perché sia assicurata al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa; e, in via più specifica, la pari dignità sociale anche dei lavoratori; pongono il divieto di effettuare discriminazioni per ragioni di sesso, di razza, di lingua e di religione (art. 3 Cost.), anche se sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento, sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli.
Alla donna lavoratrice si devono assicurare gli stessi diritti dei lavoratori e, a parità di lavoro, le stesse retribuzioni; i minori, a parità di lavoro, hanno diritto alla parità di retribuzione (art. 37 Cost.).
I principî costituzionali di tutela della dignità sociale e di divieto di discriminazioni nel campo del lavoro sono stati testualmente trasfusi nello statuto dei lavoratori.
[…] La vasta serie di interessi dei quali è portatore il lavoratore è protetta anche per la sfera esterna all'azienda: sono protetti non solo gli interessi di natura economico-professionale ma altresì quelli personali e sociali.
La dignità sociale del lavoratore è tutelata contro discriminazioni che riguardano non solo l'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale finalizzata all'obiettivo strumentale dell'autotutela degli interessi collettivi, ma anche l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore. La dignità è intesa sia in senso assoluto che relativo, cioè per quanto riguarda la posizione sociale e professionale occupata dal cittadino nella qualità di prestatore di lavoro dipendente.
Risulta notevolmente limitato lo *ius variandi* del datore di lavoro, mentre, proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 Cost., il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principî fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana.
Le norme richiamate sono, peraltro, anche attuazione dei principî contenuti in vari atti e convenzioni internazionali.
[…]».

5.4 Coerente risulta, poi, la declinazione contestuale – da parte della stessa Corte – dei «richiamati precetti costituzionali e dei principî posti in via generale dall'ordinamento giuridico», che il giudice – per quanto si è detto – è tenuto a 'rispettare'.

Ne risulta, infatti, che – 'per tutte le parti, anche quelle sociali' – 'vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali'.

E questi «assicurano, in via generale, la tutela del lavoro (art. 35 Cost.); l'elevazione morale e professionale dei lavoratori; la proporzionalità tra retribuzione e quantità e qualità di lavoro e la sufficienza, in ogni caso, di essa perché sia assicurata al lavoratore e alla sua famiglia una esistenza libera e dignitosa».

5.5 Per quel che particolarmente interessa in questa sede, poi, gli stessi precetti costituzionali garantiscono – 'in via più specifica' – la 'pari dignità sociale anche dei lavoratori'.

Ed impongono – come parimenti sottolinea la Corte – il «divieto di effettuare discriminazioni per ragioni di sesso, di razza, di lingua e di religione (art. 3 Cost.)».

Tuttavia, «sono tollerabili e possibili disparità e differenziazioni di trattamento» – conclude la stessa Corte – «sempre che siano giustificate e comunque ragionevoli».

5.6 Pare, proprio, la garanzia della 'pari dignità sociale dei lavoratori' a realizzare il coordinamento ed il bilanciamento tra valori e principi pariordinati – quali 'autonomia privata', appunto, ed 'uguaglianza' – in coerenza con il 'modello' della 'economia sociale di mercato'.

Dallo stesso 'modello', invece, palesemente si discosta – per quanto si è detto – la 'gerarchia assiologica' tra gli stessi valori e principi ('l'autonomia privata è la regola', appunto, 'ed il principio di uguaglianza la eccezione'), che ispira l'orientamento consolidato della giurisprudenza di legittimità, che nega l'esistenza, nel nostro ordinamento, del principio generale della 'parità di trattamento' nel rapporto di lavoro.

5.7 Affatto diverso – dallo stesso principio generale della 'parità di trattamento' nel rapporto di lavoro – pare, tuttavia, la garanzia della 'pari dignità' del lavoratore, quale 'limite' alla 'libertà di iniziativa economica' e, con essai, alla 'autonomia' – 'privata'.

Coerente deve, quindi, risultare la definizione – all'evidenza, problematica – della 'pari dignità' del lavoratore e, con essa, del 'sistema rimediale' deputato a ripararne e sanzionarne le lesioni.

Destinata a convivere con l'autonomia privata del datore di lavoro – e,

se del caso, con la 'proporzionalità' della retribuzione – la 'pari dignità' del lavoratore sembra precludere, infatti, soltanto 'trattamenti *in peius*'.

La parabola evangelica degli 'operai della vigna' (Matteo, 20, 1-16)[24] – all'esito di una 'lettura laica' – pare 'autorevole esemplificazione' di garanzia della 'pari dignità' dei lavoratori.

La medesima retribuzione a lavoratori – occupati per orari quantitativamente diversi tra loro – risulta, infatti, rispettosa dell'autonomia privata – laddove dà attuazione al contratto tra le parti – e, peraltro, non preclude 'trattamenti *in melius*' – ancorché non paritari – per alcuni lavoratori, solo in quanto non ne risulta alcun 'torto' per gli altri.

5.8 Così intesa, la garanzia della 'pari dignità' confina – fino, quasi, a confondersi – con il contiguo divieto di discriminazione[25].

Concorre, comunque, ad assicurarne la 'generalità'.

E, forse, ne mutua il 'sistema rimediale'.

[24] Nella parabola degli operai della vigna (Matteo, 20, 1-16) si legge testualmente: «Il regno dei cieli è simile a un padrone di casa che uscì all'alba per prendere a giornata lavoratori per la sua vigna. Accordatosi con loro per un denaro al giorno, li mandò nella sua vigna. Uscito poi verso le nove del mattino, ne vide altri che stavano sulla piazza disoccupati e disse loro: Andate anche voi nella mia vigna; quello che è giusto ve lo darò. Ed essi andarono. Uscì di nuovo verso mezzogiorno e verso le tre e fece altrettanto. Uscito ancora verso le cinque, ne vide altri che se ne stavano là e disse loro: Perché ve ne state qui tutto il giorno oziosi? Gli risposero: Perché nessuno ci ha presi a giornata. Ed egli disse loro: Andate anche voi nella mia vigna. Quando fu sera, il padrone della vigna disse al suo fattore: Chiama gli operai e dà loro la paga, incominciando dagli ultimi fino ai primi. Venuti quelli delle cinque del pomeriggio, ricevettero ciascuno un denaro.
Quando arrivarono i primi, pensavano che avrebbero ricevuto di più. Ma anch'essi ricevettero un denaro per ciascuno.
Nel ritirarlo però, mormoravano contro il padrone dicendo: Questi ultimi hanno lavorato un'ora soltanto e li hai trattati come noi, che abbiamo sopportato il peso della giornata e il caldo.
Ma il padrone, rispondendo a uno di loro, disse: Amico, io non ti faccio torto. Non hai forse convenuto con me per un denaro? Prendi il tuo e vattene; ma io voglio dare anche a quest'ultimo quanto a te. Non posso fare delle mie cose quello che voglio? Oppure tu sei invidioso perché io sono buono? Così gli ultimi saranno primi, e i primi ultimi».

[25] In tema di discriminazioni, vedi – da ultimi – *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano 2007; *Il diritto antidiscriminatorio tra teoria e prassi applicativa*, a cura di L. Calafà e D. Gottardi, Ediesse, Roma 2009; D. Izzi, *Eguaglianza e differenza nei rapporti di lavoro*, Jovene, Napoli 2005; A. Lassandri, *Le discriminazioni nel lavoro. Nozione, interessi, tutele*, CEDAM, Padova 2010; E. Tarquini, *Le discriminazioni sul lavoro e la tutela giudiziale*, Giuffrè, Milano 2015.
Per la dottrina meno recente, vedi riferimenti in De Luca, *Parità di trattamento nei rapporti privati di lavoro: profili problematici e prospettive di un recente "revirement" giurisprudenziale*, cit., spec. nota 1.

6. Licenziamenti discriminatori: conservazione della tutela reale originaria ed implicazioni sulla stessa tutela della riproposizione di vecchi problemi

Tuttavia la 'discriminazione' – e, segnatamente, il 'licenziamento discriminatorio' – è stata investita, di recente, da un problema specifico.

6.1 La 'tutela reale originaria' (di cui all'articolo 18 SL) è rimasta finora immutata – per i licenziamenti 'discriminatori' – non essendo stata investita dalla riforma della 'tutela reale', immediatamente precedente (di cui alla legge n. 92 del 2012), né dalla disciplina attuale del 'contratto di lavoro a tutele crescenti' (d.l. n. 23 del 2015).

La stessa riforma precedente aveva, peraltro, esplicitamente esteso (art. 18, commi 1-3 SL, come 'novellato' dalla legge n. 92 del 2012) la 'tutela reale' al licenziamento – «determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 del codice civile» – oltre che al 'licenziamento orale' e ad altre ipotesi di 'licenziamento nullo'[26].

Ed analoghe estensioni sono previste, ora, dalla disciplina attuale del 'contratto di lavoro a tutele crescenti' (decreto legislativo n. 23 del 205, articolo 2).

6.2 L'estensione esplicita prospettata ha comportato la riproposizione – sotto un profilo nuovo e, comunque, diverso – di un vecchio problema.

Se ne è ricavata, talora, la conclusione che il licenziamento discriminatorio non possa essere considerato una ipotesi di licenziamento nullo – perché «determinato da un motivo illecito determinante»[27] – essendo questo previsto separatamente.

Ma debba esserne accolta, invece, un'autonoma 'nozione oggettiva' od 'ontologica'.

La conclusione prospettata, tuttavia, doveva fare i conti con la contestuale

[26] Quali il licenziamento per causa di matrimonio oppure in periodo di divieto per gravidanza o puerperio: vedi, per tutte, Cass. 10 luglio 2009, n. 16305 («Foro it.», 2010, I, col. 103, con nota di richiami, alla quale si rinvia) e, rispettivamente, Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620 (*id.*, 2007, I, col. 1453, con nota di richiami, alla quale parimenti si rinvia).

[27] Siccome ritenuto dalla giurisprudenza 'consolidata' della Corte di Cassazione: vedine, per tutte, le sentenze n. 3986 del 27 febbraio 2015, inedita (a quanto consta); n. 6501 del 14 marzo 2013, in «Mass. giur. lav.», 2013, p. 864, con nota di L. Perina e *id.*, 2014, p. 237, con nota di G. Sigillò Massara; in «Riv. ir. dir. lav.», 2013, II, p. 888, con nota di L. Ratti; n. 17087 del 8 agosto 2011, in «Riv. giur. lav.», 2012, II, p. 326, con nota di G. Cannati; n. 16925 del 3 agosto 2011, in «Riv. it. dir. lav.», 2012, II, p. 362, con nota di C. Pederzoli; n. 6282 del 18 marzo 2011, inedita (a quanto consta); n. 16155 del 9 luglio 2009, in «Riv. giur. lav.», 2010, II, p. 59, con nota di E. Gragnoli.

definizione di 'licenziamento discriminatorio', che – anche nel nuovo testo dell'articolo 18 dello statuto dei lavoratori (come 'novellato' dalla legge n. 92 del 2012) – risultava dal rinvio a disposizione (dell'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108), sulla quale si fonda la consolidata giurisprudenza di legittimità in senso contrario[28].

Il 'principio direttivo' della delega[29] – come lo 'schema' di decreto legislativo[30] – in materia di 'contratto di lavoro a tutele crescenti' faceva riferimento, invece, al 'licenziamento discriminatorio', senza specificazioni ulteriori.

C'era da domandarsi, quindi, se – una volta 'spogliato' dai riferimenti pregressi (al 'motivo illecito', appunto, ed all'articolo 3 della legge 11 maggio 1990, n. 108) – potesse ritenersi accolta una 'nozione oggettiva' od 'ontologica' di licenziamento discriminatorio[31].

Tuttavia il decreto legislativo – nel testo definitivo[32] – ripropone l'esplicito riferimento – al «licenziamento discriminatorio a norma dell'articolo 15 della legge 20 maggio 1970, n. 300» – e, con esso, il nodo problematico prospettato.

6.3 La soluzione del problema prospettato, all'evidenza, non può essere affidata a riforme – che si sono concentrate, essenzialmente, sul 'sistema sanzionatorio' – ma va ricercata nella definizione della 'fattispecie' di licenziamento discriminatorio.

E questa deve essere attinta dall'ordinamento comunitario (ora eurounitario) e dalla giurisprudenza relativa[33], dalle leggi nazionali –

[28] Sullo 'stato dell'arte' – dopo la legge Fornero (n. 92 del 2012) – vedi M. De Luca, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in «ADL», 2013, I, pp. 1 ss., spec. § 4.

[29] Vedi l'articolo 1, comma 7, lettera *c*, legge 10 dicembre 2014, n. 183: sulla quale vedi M. De Luca, *Legge delega sui tipi di contratti di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, in «Il Lavoro nella giurisprudenza», 2015, pp. 349 ss.

[30] Vedi lo schema di decreto legislativo recante *disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* (atto del Governo n. 134, divenuto decreto legislativo n. 23 del 2015), art. 2.

[31] Per la soluzione positiva della questione, sembra propendere F. Carinci, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti*, in «CSDLE», Newsletter n. 1, 2015.

[32] Vedi il decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23, art. 2: sul quale vedi M. De Luca, *Contratto di lavoro a tutele crescenti e sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi*, in «Il Lavoro nella giurisprudenza», 2015, pp. 545 ss.

[33] Vedi, da ultima, Corte giust. 26 aprile 2013, causa C-81/12, che – pur occupandosi essenzialmente, di riparto dell'onere della prova e sistema sanzionatorio in tema, appunto, di discriminazioni – ritiene, tuttavia, che – se sono dimostrati, dal lavoratore, «fatti che consentono di presumere la sussistenza di una discriminazione diretta o indiretta» – incombe,

che ne danno attuazione – nonché da spunti della nostra giurisprudenza di merito[34] – che si discosta, talora, dalla consolidata giurisprudenza di legittimità – e, perfino, della Corte costituzionale[35].

Non è questa la sede, tuttavia, per affrontare *funditus* la questione prospettata[36].

sul datore di lavoro, l'onere di provare che, «nonostante tale apparenza di discriminazione, non si è verificata alcuna violazione del principio della parità di trattamento […]».

[34] Per una rassegna di giurisprudenza di merito, vedi *Senza distinzioni. Quattro anni di contrasto alle discriminazioni istituzionali nel Nord Italia*, a cura di A. Guarisio, in «Quaderni di Apn», 2012, n. 2.

[35] Vedi Corte cost. 27 gennaio 1987, n. 17 (in «Foro it.», 1987, I, p. 1003), laddove sostiene – che «l'art. 37 Cost., il quale sancisce parità di diritti e di retribuzione, a parità di lavoro, tra la lavoratrice ed il lavoratore ed ha successivamente avuto specifica attuazione con la legge 9 dicembre 1977 n. 903, ha efficacia generale per tutti i cittadini che, pertanto, lo devono osservare» – per motivare il rigetto della «questione di legittimità costituzionale degli art. 1 l. n. 903 del 1977, sulla parità fra uomini e donne in materia di lavoro, e 15, ultimo comma, l. 20 maggio 1970, n. 300 – nella parte in cui escludono la rilevanza del comportamento del terzo che abbia comunque indotto il datore di lavoro a procedere al licenziamento della lavoratrice per ragioni di sesso – in riferimento agli art. 3, 4 e 37 cost. (nella specie, si trattava del licenziamento di una lavoratrice dipendente da un istituto di vigilanza, conseguente al comportamento del committente che asseriva non più sussistenti posti assegnabili a personale femminile)».

[36] Anche dopo la riforma della 'tutela reale' contro i 'licenziamenti illegittimi', tuttavia, ne risultano riproposte – in dottrina – le soluzioni alternative ricordate nel testo:

- per la nozione 'soggettiva' di licenziamento discriminatorio – quale licenziamento per 'motivo illecito determinante' – vedi F. Carinci, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, che costituisce lo sviluppo del (suo) pensiero, riprendendo ed ampliando quanto già scritto in saggi precedenti, in «ADL», 2012, pp. 461 ss.: per la evoluzione del pensiero dello stesso autore – in relazione a sopravvenienze legislative – vedi riferimenti a nota 31;
- in senso contrario, per la nozione 'oggettiva' od 'ontologica' di licenziamento discriminatorio, vedi M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in «Riv. giur. lav.», 2013, I, pp. 138 ss.

Non può essere trascurata, tuttavia, la sentenza recentissima della Corte di Cassazione (5 aprile 2016, n. 6575), che – conformandosi alla giurisprudenza della Corte di giustizia (sentenza 26 febbraio 2008, in causa C 508/06, in «Riv. it. dir. lav.», 2008, II, 747, con nota di Forni; «Mass. giur. lav.», 2008, 388, con nota di Maretti; «Riv. critica dir. lav.», 2008, 481, con nota di Cappelli; «Lavoro e prev. oggi», 2008, 1023, con nota di Schiavone; «Giur. it.», 2008, 2141, con nota di Trucco; «Rass. dir. civ.», 2009, 851, con nota di D'Auria; «Dir. relazioni ind.», 2010, 288 (m), con nota di Crotti) e discostandosi, del pari consapevolmente, dalla precedente giurisprudenza di legittimità (Cass. n. 3986/2015; Cass. n. 17087/11; Cass. n. 6282/11; Cass. n. 16155/09, citate dalla stessa sentenza) – perviene alla conclusione seguente (in applicazione della disciplina previgente, appunto, e con riferimento a licenziamento di lavoratrice, motivato da assenze dal lavoro per sottoporsi alla inseminazione artificiale): «La discriminazione, diversamente dal motivo illecito, opera obiettivamente – ovvero in ragione dei mero rilievo del trattamento deteriore riservato al lavoratore quale effetto della sua appartenenza alla categoria protetta – ed a prescindere dalla volontà illecita del datore di lavoro».

6.4 Non può essere trascurato, tuttavia, che la configurazione del licenziamento discriminatorio – quale licenziamento «determinato da un motivo illecito determinante» – finisce con l'incidere sull'accesso del lavoratore discriminato alla 'tutela reale'.

Infatti la prova di una giusta causa o di un giustificato motivo – in ottemperanza dell'onere posto, in linea generale, a carico del datore di lavoro (art. 5, legge 604 del 1966) – esclude che il concorrente 'motivo discriminatorio' del licenziamento – ancorché provato dal lavoratore, che ne ha l'onere – possa considerarsi 'determinante'.

Ne risulta cancellata – nella sostanza – quella 'tutela privilegiata', che – per i licenziamenti discriminatori, appunto – risulta imposta dalla Corte costituzionale – fin dallo 'storco monito' del 1965, una sorta di 'mito fondativo' del nostro sistema di tutela[37] – ed assicurata dalle disposizioni di legge – che ne hanno dato fedele attuazione – ivi comprese le recenti riforme in materia.

In altri termini, il licenziamento discriminatorio – al pari di qualsiasi altro licenziamento – non dà diritto a tutela nel caso di prova della giusta causa o del giustificato motivo.

La situazione risulta, all'evidenza, aggravata nel regime introdotto dalle recenti riforme in materia, che impone ai licenziamenti 'illegittimi' – diversi da quello 'discriminatorio' – un vistoso 'cammino a ritroso' nel sistema di tutela.

7. Giurisdizione e giurisprudenza: tra inadeguatezze concrete ed attitudini potenziali in funzione paritaria

Eppure non può essere trascurato – a fronte delle prospettate inadeguatezze – che è, proprio, la giurisdizione (e la giurisprudenza) a risultare la più idonea a 'governare' la 'complessità'[38] e, segnatamente, ad adeguare la disciplina legislativa – 'generale' ed 'astratta' – alle 'specificità' della 'fattispecie concreta' ed a meglio realizzare – per tale via – l'attuazione del principio paritario.

[37] Sullo 'storico monito' (di Corte cost. n. 45 del 1965, in «Foro it.», 1965, I, p. 1118), vedi M. De Luca, *La disciplina dei licenziamenti fra tradizione e innovazione: per una lettura conforme a costituzione*, in «ADL», 2013, I, pp. 345 ss., spec. § 1.

[38] «L'adeguamento del diritto ai mutamento della realtà non può essere rimesso solo ad uno strumento rigido, quale la legge; richiede anche uno strumento flessibile, quale è la giurisprudenza, idoneo ad evolversi giorno per giorno in sintonia con l'evoluzione della realtà»: così, testualmente, S. Cassese, *Il mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, il Mulino, Bologna 2008, pp. 17 ss.

Le prospettive del diritto del lavoro nelle 'società multiculturali'[39] possono rappresentarne un esempio significativo – ancorché limitato, per ora, a poche pronunce di merito – ed un utile laboratorio.

*8. (*Segue*): nomofilachia ed interpretazione uniforme della legge in funzione paritaria*

Resta da considerare, infine, la 'nomofilachia'[40].

Funzione 'propria' della Corte di Cassazione, la 'nomofilachia'[41] vincola, tuttavia, anche gli altri giudici.

L'uniforme interpretazione della legge' – che ne risulta 'assicurata' – all'evidenza garantisce – con la 'certezza del diritto' – la 'parità di trattamento', anche nel rapporto di lavoro subordinato[42].

[39] Vedi: *Diritto del lavoro e società multiculturale*, a cura di A. Viscomi, Editoriale scientifica, Napoli 2011, *passim*; A. Viscomi, *Diritto del lavoro e fattore religioso: rassegna delle principali disposizioni legislative*, in «Quaderni dir. politica ecclesiastica», 2001, 2, p. 377; Id., *Osservazioni critiche su lavoro e "tendenza" nelle fonti internazionali e comunitarie*, in «LD», 2003, p. 582; Id., *Immigrati comunitari ed autonomia collettiva: un breve appunto su parità e differenza*, in «DRI», 1992, p. 121; S. Carmignano Caridi, *Diritto del lavoro e libertà religiosa*, in <www.olir.it> (ultimo accesso 29.02.2016); B. Veneziani, *Il "popolo" degli immigrati e il diritto del lavoro: una partitura incompiuta*, in «Riv. giur. lav.», 2007, I, p. 555; M. De Luca, *Lavoratori migranti extracomunitari: per un diritto del lavoro nelle società multiculturali (note minime)*, in «Foro it.», 214, V, col. 280.
Su pluralismo giuridico e pluralismo normativo, vedi, altresì, A. Facchi, *I diritti nell'Europa multiculturale*, Laterza, Roma-Bari 2001, spec. pp. 51 ss.

[40] In tema di 'nomofilachia', vedi, da ultimi: C. Lamberti, *Stare decisis, nomofilachia e supremazia nel diritto*, in «Giur. it.», 2013, p. 976; G.P. Cirillo, *La nozione di nomofilachia*, in «Giurisd. Amm.», 2012, IV, p. 253; R. Rordorf, *Nomofilachia e motivazione*, in «Il Libro dell'anno del diritto», Treccani, Roma 2012, p. 659; G. Canzio, *Nomofilachia, valore del precedente e struttura della motivazione*, in «Foro it.», 2012, V, col. 305; M. Croce, *La lunga marcia del precedente: la nomofilachia come valore costituzionale (a proposito di Corte costituzionale n. 30 del 2011)*, in «Contratto e impresa», 2011, p. 647.
Con riferimento a 'materie' specifiche, anche lavoristiche, vedi; F. Roselli, *Clausole generali e nomofilachia*, in «Mass. giur. lav.», 2014, p. 292; P. Curzio, *Nomofilachia e autonomia collettiva,* in «Giornale dir. lav. relazioni ind.», 2014, p. 753.

[41] Vedi l'articolo 65 dell'ordinamento giudiziario, secondo cui «La corte suprema di cassazione, quale organo supremo della giustizia, assicura l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge […]».

[42] Sulla 'nomofilachia come valore costituzionale' – sia pure a fini diversi – vedi, da ultima, Corte cost. 27 gennaio 2011, n. 30. in «Foro it.», 2011, I, col. 644 con nota di G. Costantino; «Giur. cost.», 2011, p. 356, con nota di F.G. Scoca. Vedi, altresì, Croce, *op. cit*.

Abstract

L'Autore muove dall'analisi del c.d. 'diritto vivente', che nega l'esistenza, nel nostro ordinamento, di un principio generale ed inderogabile di parità di trattamento nel rapporto di lavoro subordinato; si propone dunque di verificarne le prospettive future di applicazione, anche con riferimento all'ordinamento europeo.

Giuseppe De Marzo

La sorte delle statuizioni civilistiche dopo il d.leg. n. 7 del 2016

I. I temi aperti dai recenti interventi normativi in materia di abrogazione e depenalizzazione dei reati sono numerosi.

Una delle questioni di non agevole soluzione è rappresentata dalla sorte delle statuizioni civilistiche nei giudizi di impugnazione.

Con l'ordinanza 9 febbraio 2016, n. 7215, pur destinata ad non avere concreto seguito, dal momento che il Primo Presidente della S.C. ha, nel frattempo, provveduto alla restituzione degli atti, ai sensi dell'art. 618, cod. proc. pen. e dell'art. 172, disp. att. cod. proc. pen., la Corte di Cassazione ha operato un avanzato sforzo di riflessione sulle conseguenze derivanti dalla scelta del legislatore di distinguere formalmente un gruppo di reati abrogati, ma, a determinate condizioni, assoggettati ad una c.d. sanzione pecuniaria civile (art. 4 del d.leg. n. 7 del 2016), da un altro gruppo di fattispecie oggetto di depenalizzazione e riconfigurate in termini di illecito amministrativo (d.leg. n. 8 del 2016).

La Corte dà atto, infatti, per un verso, della soluzione interpretativa che conduce a travolgere le statuizioni civilistiche e, per altro verso, della possibilità di qualificare, in termini sostanziali, la sanzione pecuniaria civile delineata dall'art. 4 del d.leg. n. 7 del 2016 in termini punitivi tali da consentire di individuare anche nell'intervento abrogativo che riguarda gli illeciti di cui al citato art. 4 una depenalizzazione, che aprirebbe le porte all'applicazione analogica del meccanismo delineato dall'art. 9 del d.leg. n. 8 del 2016 e del principio del quale è espressione l'art. 578, cod. proc. pen.

II. L'ordinanza n. 7125 del 2016 suggestivamente coglie, sul piano sostanziale, una affinità delle due soluzioni, una volta rilevato che la c.d. sanzione pecuniaria civile può definirsi tale solo in quanto destinata ad essere irrogata con l'applicazione delle regole del codice di procedura

civile, come si dirà meglio infra, concretandosi in una sanzione di carattere pubblicistico.

Pure, la prospettiva di un'applicazione analogica, nel caso di *abolitio criminis* disciplinato dal d.leg. n. 7 del 2016, dell'art. 9, comma 3°, del d.lgs n. 8 del 2016, che utilizza lo schema dell'art. 578, cod. proc. pen., adattandolo alle ipotesi di depenalizzazione, *de iure condito*, pare collidere con il fatto che l'art. 12, comma 1° del d.leg. n. 7 prevede, altresì, il potere – dovere del giudice di applicare le cd. sanzioni pecuniarie civili ai fatti commessi anteriormente alla data di entrata in vigore del decreto, con il solo limite della irrevocabilità della decisione penale.

Ne discende che, si applicasse l'art. 9, comma 3°, secondo periodo del d.leg. n. 8 del 2016 anche nei procedimenti aventi ad oggetto reati abrogati dal d.leg. n. 7 e rientranti nell'elenco di cui all'art. 4 dello stesso d.leg., si imporrebbe anche alla Corte di Cassazione, quale giudice dell'impugnazione, di compiere valutazioni di merito, alla stregua dei criteri di cui all'art. 5 del d.leg. n. 7, sulla base di elementi fattuali che le parti avrebbero diritto di prospettare al giudice, in quanto rimasti estranei al contraddittorio nel processo penale (si pensi all'arricchimento del soggetto responsabile o alle condizioni economiche dell'agente).

E se è vero che la destinazione delle sanzioni civili alla Cassa delle Ammende (art. 10 d.leg. n. 7 del 2016) esclude che possa essere la parte civile a dolersi di una incompleta istruttoria, è però anche vero che la lesione del diritto di difesa potrebbe essere lamentata dall'imputato che, nel corso del processo di merito, non aveva alcun interesse a contraddire su profili – come il suo arricchimento o le sue condizioni economiche – irrilevanti, all'epoca, ai fini della decisione.

La soluzione che sembra imposta dal silenzio del legislatore, allora, ossia quella della generale caducazione delle statuizioni civilistiche, per effetto dell'abrogazione del reato oggetto del procedimento, lascia aperta la questione della violazione del principio di ragionevole durata del processo (art. 111, comma secondo, Cost.), in quanto, per i procedimenti in corso, costringe la parte civile a promuovere un nuovo processo nel quale far valere le proprie pretese.

E, tuttavia, il carattere transitorio dell'inconveniente e la sua riconducibilità all'alea alla quale si espone il danneggiato che scelga di esercitare l'azione civile nel processo penale (si veda, di recente, Corte cost. 29 gennaio 2016, n. 12) rendono non agevolmente percorribile la strada dell'incidente di costituzionalità.

Resta il punto problematico delle spese sopportate dalla parte civile nel processo penale, che, in altri casi, il legislatore affronta (ad es., art. 444,

comma 2°, cod. proc. pen.), ponendo un problema di ragionevolezza della disparità di trattamento nel caso che ci occupa.

L'alternativa sarebbe ipotizzare una liquidazione successiva – quale componente del danno – da parte del giudice civile successivamente adito.

Certo si avvertono delle criticità rispetto al sistema, che si ispira al principio della liquidazione da parte del giudice del processo al quale le spese si riferiscono, e comunque poco lineare anche sul piano dogmatico, inoltre non si tratta di un pregiudizio riconducibile alla condotta colpevole dell'autore dell'illecito.

III. Una soluzione alternativa astrattamente prospettabile potrebbe essere quella – anch'essa menzionata dall'ordinanza in rassegna – di valorizzare direttamente l'art. 578, cod. proc. pen., considerando l'autonomia dell'azione civile innestata nel processo penale e il principio generale del *tempus regit actum*, al fine di sottrarla alle conseguenze derivanti dall'abrogazione del reato.

Siffatta ricostruzione, tuttavia, ripropone le questioni legate all'applicazione della c.d. sanzione pecuniaria civile. Peraltro, qualora dovesse accompagnarsi alla prospettiva di non irrogarla, nella fase transitoria, finirebbe per entrare in rotta di collisione con il citato art. 12, comma 1°, d.leg. n. 7 del 2016.

IV. Tuttavia, in un caso almeno deve ritenersi che il giudice dell'impugnazione, nonostante l'abrogazione della fattispecie, conservi il potere di esaminare le doglianze della parte civile. Si tratta dell'ipotesi delineata dall'art. 576, cod. proc. pen.

Le conclusioni indicate nel par. I, infatti, come, del resto, emerge sistematicamente dall'analisi dell'art. art. 9, comma 3° del d.leg. n. 8 del 2016, assumono significato solo nel caso di sentenza di condanna.

Invero, il principio generale che emerge dall'art. 538, cod. proc. pen. incontra una deroga, in primo luogo, nell'ipotesi prevista dall'art. 578, cod. proc. pen., per il caso in cui il reato sia estinto per amnistia o prescrizione.

Ne discende che, invece, la remissione di querela intervenuta nel giudizio di cassazione travolge le statuizioni civili collegate ai reati estinti (Sez. 2, n. 37688 del 08/07/2014, Gustinetti, Rv. 259989; Sez. 5, n. 41316 del 16/04/2013, Tucci, Rv. 257935). Incidentalmente, può rilevarsi che, per questa ragione, nel caso di remissione di querela intervenuta all'interno di un procedimento penale che registri la costituzione di parte civile rispetto

a reato abrogato, la Corte di Cassazione potrebbe, senz'altro, annullare senza rinvio la sentenza impugnata perché il fatto non è più previsto come reato, senza occuparsi delle statuizioni civilistiche, che sarebbero comunque destinate a cadere.

Una seconda deroga si rinviene nell'ipotesi contemplata dall'art. 576, comma 1°, del codice di rito, che lascia impregiudicata la facoltà di impugnazione della parte civile contro la sentenza di proscioglimento pronunciata nel giudizio.

Tale soluzione si impone perché, dovendo essere unitario il regime concernente le sentenze di proscioglimento – giacché unitaria è la loro considerazione nell'art. 576, cod. proc. pen. –, non è conforme al sistema che la parte civile sia privata del diritto di impugnare una sentenza sfavorevole, che, almeno nei casi di cui all'art. 652, cod. proc. pen., finisce per pregiudicare il successivo, autonomo esercizio dell'azione civile.

E ciò senza dire del diritto, riconosciuto dall'art. 111, comma settimo, Cost., di proporre ricorso per cassazione contro tutte le sentenze.

Ci pare, pertanto, che ad identiche conclusioni debba pervenirsi, atteso il tenore letterale del citato art. 576, cod. proc. pen., anche nelle ipotesi in cui si dovesse ritenere che la sentenza di proscioglimento non ha efficacia vincolante nel processo civile (come, secondo l'orientamento espresso da Sez. 5, n. 11090 del 07/01/2015, Decarli, Rv. 263037, accadrebbe nell'ipotesi di non punibilità ai sensi dell'art. 599, cod. pen.).

V. Al fine di saggiare la tenuta della proposta ricostruttiva, occorre esaminare i possibili sviluppi processuali conseguenti all'eventuale accoglimento del ricorso della parte civile.

A) Per i procedimenti pendenti dinanzi alla Corte di Cassazione, in caso di accoglimento del ricorso della parte civile (in caso di inammissibilità o di rigetto non si prospetta alcuna questione applicativa), verrà in questione l'art. 622, cod. proc. pen. e sarà il giudice civile competente per valore in grado di appello a decidere sulle questioni civilistiche, rimanendo escluso, atteso il proscioglimento dell'imputato (e in assenza di impugnazione del P.M., ossia a fronte della irrevocabilità della decisione assolutoria: art. 12, comma 1°, d.leg. n. 7 del 2016), che possa farsi luogo all'applicazione delle cc.dd. sanzioni pecuniarie civili, non essendo evidentemente ammissibile che l'intervenuta abrogazione del reato possa comportare, sul versante sanzionatorio, conseguenze peggiorative per l'imputato assolto in via definitiva.

Una diversa soluzione, rappresentata dal mero annullamento senza

rinvio della sentenza, al fine di rimuovere la decisione che, ove divenuta irrevocabile, pregiudicherebbe irrimediabilmente la posizione della parte civile che ha ragione, non appare coerente né con il disposto dell'art. 576, comma 1°, sopra citato, che espressamente mantiene fermo il potere di decidere sulle domande civilistiche del giudice penale, pur in caso di proscioglimento, né con il generale tenore dell'art. 622 del codice di rito, né con le esigenze di deflazione del contenzioso e di ragionevole durata dei processi, in quanto finisce per costringere la parte civile che ha ragione a partire nuovamente dal primo grado di giudizio.

B) Nei procedimenti pendenti in appello, in caso di accoglimento del gravame (infatti, l'eventuale rigetto non pone alcun problema poiché si ricade, in caso di ricorso per cassazione, nell'ipotesi di cui sopra), il giudice pronuncerà ai soli effetti civili, con esclusione di qualunque applicazione di sanzioni pecuniarie civili per le ragioni di cui sopra.

A quest'ultimo riguardo, una diversa soluzione non pare si possa prospettare nei casi, eccezionali, in cui la parte civile sia legittimata a proporre impugnazione anche agli effetti penali (ed es., il ricorrente che abbia chiesto la citazione a giudizio dell'imputato dinanzi al giudice di pace, ai sensi dell'art. 21 d.leg. n. 274 del 2000: art. 38, comma 1°, d.leg. n. 274 del 2000), giacché, in tale ipotesi, per effetto dell'intervenuta abrogazione, si deve ritenere l'impugnazione circoscritta agli effetti civili e ricondotta nell'alveo della generale previsione di cui all'art. 576, cod. proc. pen.

La possibilità che il giudice penale d'appello possa applicare le sanzioni pecuniarie civili sembra infatti esclusa dalla evidente *voluntas legis* che scaturisce, come si è sopra sottolineato, dalla generale applicazione delle regole del codice di procedura civile, ai sensi dell'art. 8, comma 4°, d.leg. n. 7 del 2016.

Abstract

Sono trattati alcuni aspetti dell'intreccio tra procedimento penale pendente e processo civile instaurato a seguito del recente intervento normativo in materia di abrogazione e depenalizzazione dei reati (d.leg. 7/2016).

Angelo Danilo De Santis

Tecniche di tutela collettiva e selezione degli interessi

SOMMARIO: 1. La selezione degli interessi e la tecnica processuale – 2. Le forme della tutela giurisdizionale collettiva – 3. La complementarietà della tutela giurisdizionale (individuale e collettiva) rispetto agli strumenti di *public enforcement* – 4. Le *guidelines* della comunicazione COM-2013/401 della Commissione al Parlamento europeo

1. La selezione degli interessi e la tecnica processuale

L'occasione di queste rapide riflessioni nasce da un recente incontro di studi organizzato dall'Ambasciata del Brasile in Italia, dall'Università degli Studi Roma Tre e dall'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata", e che ha avuto ad oggetto la comparazione tra i principi del processo civile italiano e alcune delle nuove soluzioni tecniche adottate dal legislatore brasiliano nella *lei* n. 13.105 del 16 marzo 2015, introduttiva del nuovo codice di procedura civile, entrato in vigore a partire dal 16 marzo 2016[1].

L'esperienza brasiliana può essere considerata una sorta di laboratorio nel quale sono stati sperimentati gli effetti del 'trapianto' di tecniche processuali di tutela collettiva in un ordinamento di *civil law*.

Non sono molte le novità rispetto agli strumenti previsti dalla legge 7.347/85 (*lei da Ação Civil Pública*) e dalla legge 8.078/90 (*Código de Defesa do Consumidor*), che hanno avuto il merito di distinguere le situazioni giuridiche soggettive a rilevanza collettiva nelle tre categorie dei diritti «diffusi», «collettivi» e «omogenei individuali», ai quali corrispondono diversi tipi di rimedi, ciascuno dei quali, a sua volta, si differenzia sotto il profilo procedurale e con riferimento al tipo di provvedimento ottenibile.

[1] La mancanza di una disciplina transitoria rende incerta la data di effettiva entrata in vigore della nuova disciplina.
Per un primo quadro di riferimento alle principali novità del nuovo codice di procedura civile, v. H.V.M. SICA, *Aspetti fondamentali del nuovo codice di procedura civile brasiliano*, in <http://www.judicium.it>, 2015 (ultimo accesso 29.02.2016).

Sul piano generale, l'intenzione del legislatore del nuovo codice di procedura civile è stata quella di marginalizzare l'esperienza del processo collettivo, che continuerà ad essere un microsistema separato dal codice e, soprattutto, di ampliare le tecniche di accelerazione-agglomerazione dei processi c.d. ripetitivi, cioè quelli relativi alle controversie seriali individuali attraverso la valorizzazione del principio del precedente vincolante.

Sotto questo profilo, rilevano *a*) l'art. 139, che incoraggia il giudice a suggerire al Pubblico ministero e alle altre parti legittimate di proporre l'azione civile pubblica al fine di agglomerare le domande individuali relative a controversie seriali; *b*) gli articoli da 976 a 987, che disciplinano il c.d. *incidente de demandas repetitivas*, consistente in uno strumento finalizzato a cumulare tutte le domande aventi ad oggetto questioni connesse e a sottoporle ad un'unica decisione destinata a costituire un precedente vincolante per le future controversie fondate sul medesimo titolo e aventi il medesimo oggetto.

Non ha visto la luce invece l'art. 333, originariamente facente parte del progetto di nuovo codice e finalizzato a favorire la conversione di una domanda individuale in domanda collettiva.

A fronte della delusione suscitata dalle scelte tecniche contenute nel nuovo codice brasiliano, apparse timide e probabilmente inadatte a favorire l'incremento del ricorso alle azioni collettive, occorre tuttavia prendere atto del fatto che il legislatore sembra aver avuto, quanto meno, le idee chiare in ordine alle finalità perseguite, rappresentate dalla riduzione del carico degli uffici giudiziari.

Mettendo da parte le previsioni di successo o di insuccesso, pare essenziale soffermare l'attenzione sulla strumentalità delle scelte tecniche rispetto agli interessi volta per volta ritenuti meritevoli di tutela.

È risaputo, infatti, che le finalità perseguite con la predisposizione di strumenti di tutela giurisdizionale collettiva consistono:

a) nel limitare gli effetti della disparità di risorse fra coloro che subiscono o sono minacciati di subire la condotta plurioffensiva (normalmente parti «occasionali» di cause civili) e il loro comune avversario (parte «abituale»), onde evitare che tale disparità si traduca in una eliminazione di fatto della garanzia dell'accesso alla giustizia spettante ai primi;

b) nell'agevolare, quindi, il ricorso alla tutela giurisdizionale, aggirando la necessità della causa individuale, i cui costi sono particolarmente gravosi in rapporto a controversie di basso valore economico;

c) nell'ottimizzare il risultato, in termini di quantità di controversie risolte (se possibile, anche in via transattiva) e di impiego delle risorse della giustizia, senza però pregiudicare l'esattezza dell'attuazione della legge sostanziale;

d) nel realizzare un effetto deflattivo del contenzioso seriale, ove esistente;

e) nel predeterminare, per il danneggiante, i costi della propria condotta (si pensi alle *defendant* o *shield class actions* statunitensi);

f) nel ristabilire la fiducia nel mercato.

Tra questi, il legislatore brasiliano del 2015 ha scelto di dare prevalenza alla deflazione del contenzioso seriale: occorrerà verificare se le scelte tecniche saranno in grado di centrare l'obiettivo.

Sul fronte del diritto italiano, è lecito chiedersi se si possa vantare una analoga consapevolezza oppure se, invece, il sistema della tutela giurisdizionale collettiva sia un insieme di galassie scollegate tra loro o, peggio, non sia affatto possibile parlare di sistema.

2. Le forme della tutela giurisdizionale collettiva

Non c'è dubbio che le forme della tutela collettiva costituiscono un banco di prova particolarmente indicativo dei livelli di efficienza dell'amministrazione della giustizia perché, quale che sia il modello adottato, gli operatori sono chiamati a confrontarsi con strumenti particolarmente complessi e sofisticati.

Occorre quindi avere consapevolezza del fatto che la materia è contraddistinta da un elevato tasso di tecnicismo, che deriva dalla necessità di adattare i principi costituzionali del giusto processo alla fisiologica dissociazione tra legittimazione ad agire e destinatari degli effetti del provvedimento[2].

Inoltre, l'esperienza pratica maturata in altri ordinamenti, nonché quella tutto sommato recente vissuta in Italia, suggeriscono ormai l'adozione di un approccio rimediale rispetto agli strumenti collettivi di *private enforcement*.

Le *rationes* delle forme di tutela collettiva affondano le proprie radici nel diverso bisogno di giustizia che viene, volta per volta, in rilievo.

Può, in primo luogo, consistere in quello di una pluralità di soggetti esposti al rischio della lesione dei propri diritti o della propria sfera patrimoniale: in tal caso, si tratta di prevenire un evento dannoso ovvero di limitarne le conseguenze, evitando il protrarsi dell'illecito o il reiterarsi.

In secondo luogo, possono essere considerate le esigenze di coloro che abbiano già subìto un danno e pretendano di essere risarciti.

Soltanto nella prima ipotesi, l'interesse collettivo o superindividuale assume effettiva rilevanza sul piano formale perché la cessazione della condotta plurioffensiva è idonea a soddisfare congiuntamente ciascuno e tutti i portatori.

[2] Sul punto, sia consentito rinviare a A.D. De Santis, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Jovene, Napoli 2013, *passim*.

In Italia, gli esempi di azioni collettive inibitorie non mancano, sin dal 1940, cioè almeno sin dall'art. 2601 c.c. – che regola l'azione delle associazioni professionali – e poi ricorrono nell'art. 28 St. lav., negli abrogati artt. 1469-*sexies* c.c. e 3, l. 281/1998, nonché agli artt. 37, 140 del codice del consumo; soltanto nel 2009 è stata introdotta l'azione di classe a favore dei consumatori (art. 140-*bis* cod. consumo), finalizzata a tutelare i diritti individuali omogenei al risarcimento e alle restituzioni.

Occorre tener presente che la reintegrazione patrimoniale dei soggetti danneggiati da un evento illecito non sempre è in grado di soddisfare gli interessi generali, di natura pubblicistica, sottesi alla repressione di condotte in ambiti quali la tutela dei consumatori, la tutela della concorrenza e del mercato, la tutela dell'ambiente ecc.

Il rimedio inibitorio, sotto questo profilo, si configura anche come un efficace strumento di perequazione economica, dato che, in alcuni casi, i vantaggi che un'impresa è in grado di trarre dal protrarsi di una condotta illecita sono superiori ai costi che questa corre il rischio di sostenere nel caso in cui debba far fronte al risarcimento di tutti i danni prodotti.

Non c'è dubbio però che il ricorso agli strumenti collettivi di *private enforcement* debba essere favorito mediante accorgimenti processuali che consentano ai soggetti legittimati (enti esponenziali o singoli danneggiati) di colmare lo squilibrio informativo, cognitivo ed economico che fisiologicamente contraddistingue la c.d. *mass litigation*.

3. La complementarietà della tutela giurisdizionale (individuale e collettiva) rispetto agli strumenti di public enforcement

In ambiti contraddistinti dalla attitudine di soggetti ad incidere con le loro condotte su situazioni giuridiche di una pluralità di individui e, contemporaneamente, a pregiudicare interessi di tipo pubblicistico, alcuni dei principiali ordinamenti occidentali ricorrono a strumenti di *public enforcement*, che, in Italia, vedono un ruolo di primo piano attribuito alle autorità indipendenti.

Un punto cruciale è costituito dall'equilibrio tra il loro ruolo e quello dell'autorità giudiziaria.

Le autorità sono generalmente dotate di poteri di controllo e sanzione nei confronti di operatori e possono adottare misure cautelari.

Basti considerare l'art. 66 cod. consumo (inserito dal d.lgs. 41/2014, che ha attuato la direttiva 2011/83/UE sui diritti dei consumatori, recante modifica delle direttive 93/13/CEE e 1999/44/CE e che abroga le direttive

85/577/CEE e 97/7/C), rubricato *Tutela amministrativa e giurisdizionale*, in cui si prevede che «l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, accerta le violazioni delle norme di cui alle Sezioni da I a IV del presente Capo [cioè in materia di contratti a distanza], ne inibisce la continuazione e ne elimina gli effetti»; l'art. 27 cod. consumo, che curiosamente reca la medesima rubrica «Tutela amministrativa e giurisdizionale», e che al comma 1-*bis* (introdotto dal d.lgs. 41/2014), stabilisce che «la competenza ad intervenire nei confronti delle condotte dei professionisti che integrano una pratica commerciale scorretta, fermo restando il rispetto della regolazione vigente, spetta, in via esclusiva, all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che la esercita in base ai poteri di cui al presente articolo, acquisito il parere dell'Autorità di regolazione competente»; al comma 2° si prevede che «l'Autorità, d'ufficio o su istanza di ogni soggetto o organizzazione che ne abbia interesse, inibisce la continuazione delle pratiche commerciali scorrette e ne elimina gli effetti».

Prendendo a modello la materia dell'antitrust e della tutela dei consumatori, si ha l'impressione di essere al cospetto di snodi in cui si intersecano le esigenze di tipo pubblicistico di tutela del mercato, da un lato, e, dall'altro, di tipo privatistico di reintegrazione del pregiudizio economico che ampie masse di singoli subiscono (o rischiano di subire) a causa delle condotte illecite.

Si tratta dei settori in cui appare in modo lampante lo squilibrio tra le parti del rapporto sostanziale e la tendenza dei legislatori europei a prevedere, da un lato, accorgimenti finalizzati ad incrementare i poteri (pubblicistici) di controllo e sanzione, dall'altro, a migliorare, incidendo sul piano processuale, le *chances* di tutela giurisdizionale dei singoli.

Basti considerare, come segno dell'attitudine della *competition law* a (di)segnare i modelli di *private enforcement* in Europa, che, con il *Consumer Rights Act* del marzo 2015, è stata introdotta per la prima volta nel Regno Unito la possibilità che un'azione collettiva, instaurata da un consumatore per violazione di norme antitrust, estenda, sotto uno stretto controllo del *Competition Appeal Tribunal* (CAT), i propri effetti nei confronti di altri consumatori sulla base del meccanismo dell'*opt-out*.

Si pensi al Libro bianco in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie (COM (2008) 165, 2 aprile 2008) e sulle quali il legislatore interno è chiamato a prendere una posizione in sede di recepimento, entro il 27 dicembre 2016, della dir. U.E. n. 104/2014 (cosiddetta *private enforcement*), «relativa a determinate norme che regolano le azioni per il risarcimento del danno ai sensi del

diritto nazionale per violazioni delle disposizioni del diritto della concorrenza degli Stati membri e dell'Unione europea».

In Europa, si è ormai fatta strada l'idea secondo la quale un efficiente sistema di responsabilità civile, affidato all'amministrazione della giustizia e basato su un controllo – per così dire – diffuso delle dinamiche di mercato, assolva una mera funzione di supporto rispetto ai tradizionali strumenti di *public enforcement*, il che attesta, per certi versi, lo stato di crisi in cui giace la giurisdizione.

In tal senso, vengono in rilievo il 7° considerando del reg. C.E. n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, che, pur sottolineando la funzione essenziale svolta dalle giurisdizioni nazionali nell'applicazione delle regole di concorrenza europee, con particolare riguardo alla tutela dei diritti soggettivi garantiti attraverso lo strumento del risarcimento del danno, definisce il ruolo della giurisdizione «complementare rispetto a quello delle autorità garanti della concorrenza degli Stati membri»; ma, soprattutto, l'art. 16, comma 1°, del citato reg. C.E. n. 1/2003, a tenore del quale «quando le giurisdizioni nazionali si pronunciano su accordi, decisioni e pratiche ai sensi dell'articolo 81 (ora 101) o 82 (ora 102) del trattato che sono già oggetto di una decisione della Commissione, non possono prendere decisioni che siano in contrasto con la decisione adottata dalla Commissione. Esse devono inoltre evitare decisioni in contrasto con una decisione contemplata dalla Commissione in procedimenti da essa avviati. A tal fine le giurisdizioni nazionali possono valutare se sia necessario o meno sospendere i procedimenti da esse avviati».

Inoltre, occorre considerare le fisiologiche difficoltà che i soggetti a valle incontrano nell'accesso agli strumenti di *private enforcement* (siano essi le azioni individuali o quella risarcitoria di classe), in termini di necessità di dimostrare tanto il danno derivante dall'intesa (e il nesso causale) quanto, a monte, l'esistenza di una condotta che impedisca, restringa o alteri il gioco della concorrenza, la cui prova è generalmente nella disponibilità dell'autore della condotta.

La scelta di restringere o allargare le maglie della legittimazione si coglie anche sotto un altro aspetto, costituito dalla condivisa necessità di attribuire determinati strumenti – per lo più di tipo inibitorio – a soggetti che sappiano fronteggiare, per dimensioni, forza e *know how*, i grandi operatori del mercato, soprattutto al fine di colmare il fisiologico squilibrio che si ravvisa in termini di accesso alla prova e, prima ancora, alla conoscenza dei fatti da provare.

Proprio il tema dell'accesso alla prova, veicolato dalla legislazione europea ad esempio con l'art. 121-*bis* c.p.i., e ora dagli artt. da 5 a 7 della

dir. 104/2014, è percepito di cruciale importanza per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale in settori contraddistinti da una fisiologica disparità di forze e in cui la conoscenza del fatto e della prova sono nella disponibilità della parte responsabile della condotta asseritamente illecita.

Da questo punto di vista, le scelte da compiere appaiono chiare.

Da un lato c'è l'interesse alla repressione di comportamenti che incidono su valori di rango pubblicistico (in questo sono condivisi da una pluralità di individui); dall'altro, quello alla completa reintegrazione dei patrimoni dei soggetti danneggiati dalla condotta illecita, da perseguire senza alterare i consolidati sistemi della responsabilità civile (si pensi alle conclamate resistenze del nostro ordinamento al riconoscimento delle sentenze statunitensi che dispongono i cc.dd. *punitive damages*)[3].

Per far fronte a queste esigenze, le strade sono varie e passano:

1) dal potenziamento degli strumenti di *public enforcement*, quali le autorità indipendenti o le *agencies*, destinate ad essere dotate di poteri di indagine e sanzionatori più efficaci e di condizionare, con le loro decisioni, i giudizi c.d. 'a valle' avviati dai destinatari delle condotte illecite accertate;

2) dall'incremento dell'effettività del *private enforcement*, mediante il

2.1) conferimento della legittimazione a singoli individui, accompagnata dalla previsione di forti strumenti di incentivazione economica per l'avvocato che intende patrocinare una causa che non condurrà ad una reintegrazione economica per il singolo[4];

2.2) ovvero tramite il conferimento della legittimazione ad agire a soggetti pubblici (sul modello della *açao coletiva publica*) o ad enti esponenziali (che costituisce la scelta compiuta, ad esempio, in materia di tutela dei consumatori o di repressione della condotta antisindacale).

Negli ultimi due casi, si pone comunque il problema della conoscenza dei fatti e dell'accesso alle informazioni, cui può ovviarsi ricorrendo *a*) a strumenti di avvicinamento al modello della *discovery* ovvero basati sulla valorizzazione del canone della lealtà processuale che condurrebbe ad affermare l'esistenza di un obbligo di verità gravante sulle parti[5]; oppure,

[3] Nel senso che sia incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto dei danni punitivi, v. Cass. 8 febbraio 2012, n. 1781, in «Foro it.», 2012, I, coll. 1449 ss., con nota di R. de Hippolytis; v., anche, Cass. 19 gennaio 2007, n. 1183, *id.*, 2007, I, coll. 1461 ss., con nota di G. Ponzanelli, *Danni puntivi: no, grazie.*
Da ultimo, v. P. Pardolesi, *Contratto e nuove frontiere rimediali. Disgorgement v. punitive damages*, Cacucci, Bari 2012, *passim*.

[4] In questo senso sia consentito rinviare a A.D. De Santis, *Il drafting della nuova tutela giurisdizionale collettiva risarcitoria (e inibitoria)*, in «Foro it.», 2015, I, coll. 2795 ss.

[5] Cfr. M. Gradi, *Omessa indicazione di fatti decisivi e violazione dell'obbligo di lealtà processuale*, in «Foro it.», 2015, III, coll. 198 ss. ed ivi per ulteriori riferimenti, in nota a Cons.

b) come suggerisce la direttiva 104/2014, nelle azioni che seguono l'accertamento della illiceità della condotta compiuto in sede amministrativa, escogitando accorgimenti che vincolino il giudice civile al risultato del provvedimento reso dall'Autorità (o dal giudice c.d. 'del ricorso', che in Italia è il giudice amministrativo)[6].

4. Le guidelines *della comunicazione COM-2013/401 della Commissione al Parlamento europeo*

L'aggregazione delle pretese risarcitorie scaturenti da un illecito 'di massa' è un obiettivo dichiarato del processo di omogeneizzazione della legislazione europea: la ragione è intuibile e consiste nel garantire, anche sul piano degli strumenti di *private enforcement*, il margine più elevato possibile di *deterrence* delle condotte illecite.

L'indagine compiuta dalla Commissione europea non lascia spazio ad equivoci circa l'obiettivo della armonizzazione degli strumenti di c.d. 'ricorso collettivo', rappresentati dalla necessità di «conservare la competitività a livello globale e avere un mercato unico aperto e funzionante».

La Commissione dà conto della necessità per l'Unione di rispettare i diversi ordinamenti giuridici e le diverse tradizioni giuridiche degli Stati membri, «in particolare in settori (come il diritto processuale) che a livello nazionale sono decisamente consolidati mentre sono piuttosto recenti a livello dell'UE».

Sotto il profilo della tecnica processuale, si ravvisa una assimilazione,

Stato, sez. V, 25 febbraio 2015, n. 930, secondo il quale «il comportamento della parte, che promuove un giudizio di ottemperanza per un credito che era già stato saldato quanto al capitale e di cui era in corso il saldo quanto agli accessori, e che di tali circostanze non abbia reso edotto il giudice, integra una violazione del dovere di lealtà e probità sancito dall'art. 88 c.p.c. e giustifica la condanna della parte medesima ai sensi dell'art. 26, comma 2°, cod. proc. amm.»; secondo C. Consolo, *Note necessariamente divaganti quanto all'«abuso sanzionabile del processo» e all'«abuso del diritto come argomento»*, in «Riv. dir. proc.», 2012, pp. 1298 ss., si assiste oggi ad una «esigenza di ripresa di mordente del dovere di lealtà e probità» delle parti, proprio con riguardo «al problema del rapporto fra processo e verità».

[6] Cfr. M. De Cristofaro, *Onere probatorio e disciplina delle prove quale presidio di efficienza del private antitrust enforcement*, in corso di pubblicazione in AIDA, il cui dattiloscritto è stato consultato per gentile concessione dell'autore; A. Giussani, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in corso di pubblicazione negli studi in onore del Prof. Andres de la Oliva Santos, il cui dattiloscritto è stato consultato in anteprima per gentile concessione dell'autore; S. Vincre, *La dir. 2014/104/Ue sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in «Riv. dir. proc.», 2015, pp. 1154 ss.; v., anche, A.D. De Santis, *Processo civile, antitrust litigation e consumer protection*, in «Riv. dir. proc.», 2015, pp. 1494 ss.

nella nozione di ricorso collettivo, tra quello finalizzato ad ottenere rimedi inibitori e quello strumentale ad ottenere il risarcimento del danno o, in generale, la reintegrazione dei patrimoni dei singoli.

Si considera l'opportunità di riconoscere la legittimazione ad agire ad associazioni rappresentative per la concessione di rimedi inibitori.

La Commissione ritiene che, nel quadro europeo orizzontale sui ricorsi collettivi, sia auspicabile che le azioni collettive siano accessibili in tutti gli Stati membri alle persone fisiche e giuridiche come strumento per chiedere collettivamente interventi inibitori o risarcitori per danni causati da violazioni di diritti conferiti dalle norme dell'Unione.

Sotto il profilo dell'estensione degli effetti del provvedimento, la scelta pare chiaramente orientata verso il meccanismo di inclusione volontaria nella classe (c.d. *opt-in*), alla luce dei vantaggi che comporta, rispetto al c.d. *opt-out*, adottato da una minoranza degli ordinamenti europei e che invece appartiene alla tradizione giuridica della *class action* statunitense.

Sotto questo profilo, occorre sottolineare ancora una volta l'equivoco costituito dall'accomunare forme di tutela diverse; infatti, l'estensione degli effetti del provvedimento della azione collettiva è un problema che si pone soltanto, sotto un profilo strettamente tecnico, nella azioni finalizzate alla reintegrazione patrimoniale, mentre nelle azioni inibitorie la possibilità per gli interessati di giovarsi del provvedimento è ontologicamente connessa con il tipo di rimedio.

La Commissione sottolinea la necessità di garantire strumenti di adeguata informazione degli interessati potenziali *class members*, ma, anche sotto questo aspetto, può essere utile tenere distinte le diverse fattispecie: talora l'informazione al fine di essere inclusi nella classe appare irrilevante (nell'inibitoria, anche alla luce dell'esperienza statunitense delle *mandatory class action* che hanno ad oggetto l'*injunction* o *declaratory judgements* ed in cui è quasi sempre escluso il *right to opt-out*), talaltra (nella risarcitoria) le modalità di diffusione della informazione possono essere modulate sulla base del titolo azionato in giudizio (ad es., se si invoca la responsabilità da contratto e si è in presenza di contratti standard, sarà molto più agevole imporre al convenuto di reperire e contattare tutti i potenziali membri della classe).

Di indubbio rilievo è il problema del possibile corto circuito tra giurisdizione, adesione all'azione, deroga della giurisdizione di appartenenza per il *class member* (la cui azione individuale rientrerebbe in altra giurisdizione) e legge applicabile alla controversia collettiva; si tratta di un profilo che impone una scelta politica di fondo alla quale la stessa Commissione dichiara apertamente di volere sottrarsi («la Commissione non è ancora persuasa dell'opportunità di introdurre una norma specifica per le azioni collettive

che obbligherebbe il giudice ad applicare un'unica legge alla causa. Questo potrebbe portare ad incertezza qualora non si tratti della legge del paese di colui che chiede il risarcimento»).

La Commissione, infine, si occupa dei profili relativi al finanziamento e alla risoluzione consensuale delle controversie (sul punto, significativa importanza riveste la direttiva 2013/11/UE, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori).

La Comunicazione, nel suo insieme, non sembra suggerire spunti di particolare rilievo e, in taluni passaggi, favorisce la confusione tra diversi rimedi inibitori e risarcitori.

Considerando l'eterogeneità delle scelte compiute negli ordinamenti continentali (si pensi all'esperienza del *Kapitalanleger-Musterverfahrensgesetz* in Germania e a quella, lontanissima, del *Consumer Rights Act* inglese) l'obiettivo dell'armonizzazione degli strumenti di *private enforcement* appare ancora una chimera, il che consente di comprendere la preferenza accordata al *public enforcement* per la sua attitudine a garantire l'uniformità dei rimedi nello spazio comune di giustizia europeo.

Abstract

Il successo degli strumenti di tutela collettiva, che si misura in termini di efficienza e deterrenza delle condotte illecite, dipende dagli obiettivi che i legislatori perseguono. Le scelte compiute in Brasile, con l'adozione del nuovo c.p.c., paiono il sintomo di una certa disaffezione nei confronti della tutela giurisdizionale collettiva; in Europa, invece, i conati di armonizzazione si scontrano con l'eterogeneità delle scelte sinora compiute dagli ordinamenti interni, nonché con il ruolo complementare che gli strumenti di *private enforcement* sono destinati a svolgere in settori nevralgici del mercato.

Giorgio Di Benedetto

Sulla tecno-riforma del processo e su un possibile programma di ricerca nel campo dei sistemi linguistici, giuridici e informatici

SOMMARIO: 1. La tecno-riforma del processo – 2. Tecnologia e processo – neutralità e contaminazioni sintattiche – 3. Le tre ragioni di un possibile programma di ricerca – 4. Prima ragione: la formazione del giurista nei processi a tecnologie avanzate – 5. Seconda ragione: gli strumenti di analisi nella programmazione degli applicativi; neutralità dei programmi – 6. Terza ragione: la convergenza delle istanze etiche ed economiche – 7. I tre filoni di studio: giuridico, informatico e linguistico-argomentativo – 8. Regole e condizioni di produzione degli enunciati – brevità e ascolto – 9. Tempi di scrittura e di lettura; ragionevole durata dei processi e ragionevole lunghezza dei testi; numero di fogli da cui è mediamente composto il fascicolo processuale – 10. 'Copia e incolla' *vs* 'leggi e capisci' – le regole dell'ascolto e delle parole. Il rasoio di Ockham – 11. Ascolto e lettura – 12. Informazione e forma degli atti – formalismo teorico e di massa – 13. Uomo e sistemi – rifiuto della tecnologia

1. La tecno-riforma del processo

L'introduzione delle tecnologie informatiche all'interno del processo civile e penale ha dato vita ad un fenomeno nuovo, fatto di norme giuridiche così strettamente legate ad aspetti tecnici e organizzativi e così direttamente implicate nei modi di operare e finanche di 'pensare' dei soggetti cui sono dirette, da indurre molti ad allargare il campo di osservazione a settori nuovi, normalmente estranei al campo di indagine del giurista e tali da delineare nel loro complesso un oggetto di ricerca inedito, sfornito inoltre, proprio a causa della sua novità, del repertorio di casi ed esperienze normalmente richiesto per la scientificità di uno studio.

2. Tecnologia e processo – neutralità e contaminazioni sintattiche

A generare tale tendenza è la constatazione che le tecnologie più avanzate non sono mai 'neutrali' rispetto alle realtà cui sono riferite. Modificando il

rapporto dell'uomo con i suoi oggetti, esse tendono a modificare le rappresentazioni di tali realtà e con esse i valori e comportamenti che ne derivano. Se ciò è vero l'introduzione delle tecnologie informatiche all'interno del processo civile e penale è di per se stessa idonea a realizzare una sua particolare riforma degli ordinamenti processuali, osservabile in se stessa, a prescindere dal dato normativo formale da cui deriva o che può derivarne, nella sola parte, isolatamente analizzabile, che possa ricondursi alla sola presenza di tali tecnologie, più in particolare, alle diverse rappresentazioni, e con esse ai diversi rapporti e valori sintattici e semantici, che le tecnologie informatiche introducono all'interno del processo. Il fenomeno prodotto da tali cambiamenti, nella misura in cui viene, più o meno consapevolmente, circoscritto agli specifici effetti delle tecnologie informatiche, viene talvolta definito tecno-riforma del processo.

3. Le tre ragioni di un possibile programma di ricerca

Nell'osservazione di tale fenomeno l'individuazione delle sequenze logiche e delle forme attraverso le quali si produce una tale contaminazione dell''oggetto processo' da parte delle tecnologie informatiche, ossia delle forme attraverso le quali tali tecnologie tendono a coniugarsi con il processo, costituisce la parte forse più interessante e al tempo stesso più urgente della ricerca che potrebbe tentarsi. Ciò per tre ordini di ragioni.

4. Prima ragione: la formazione del giurista nei processi a tecnologie avanzate

Il primo ordine di ragioni attiene alla formazione del giurista, ossia al retroterra di nozioni e attitudini culturali di cui lo stesso deve munirsi per interagire correttamente con i nuovi strumenti. Se ci si sofferma, anche per un solo istante, all'accelerazione logaritmica assunta dal progresso tecnologico e alla affannosa rincorsa con la quale ordinamento giuridico e strumenti tecnologici tentano faticosamente di raggiungersi e adeguarsi l'uno all'altro, si vede subito come il ritmo dell'aggiornamento scientifico cui parrebbe obbligato il giurista sia per forza di cose incompatibile con gli impegni e i tempi della sua normale esistenza. A ciò è da aggiungere che l'acquisizione dell'intero bagaglio di abilità pratiche, nozioni tecniche e conoscenze giuridiche oggi richieste per il corretto uso degli applicativi oggi utilizzati, quand'anche possibile nel limitato tempo a disposizione di ciascuno, potrebbe da un lato rivelarsi insufficiente a fornire al pratico la

totalità degli strumenti di cui avrebbe bisogno, dall'altro risultare inidoneo a munirlo di quella capacità di comprensione e adattamento alla futura evoluzione di un fenomeno strutturalmente instabile come il sistema tecnologico/normativo che viene a delinearsi.

In questo senso uno studio privo di profondità, non esteso alla ricerca delle costanti di ordine logico e teleologico sottostanti a talune tipiche funzioni dei sistemi, ma limitato, alla maniera di un manuale di istruzioni, alla superficie testuale di norme e regole tecniche vigenti o all'apprendimento delle abilità pratiche richieste per il miglior utilizzo degli applicativi oggi conosciuti, è destinato a non offrire al giurista le basi teoriche necessarie per una comprensione del fenomeno del processo a tecnologie avanzate, capace di 'reggere' all'inevitabile futura evoluzione di norme e programmi. Di qui l'esigenza di un livello teorico di ricerca – se non anche di una vera e propria teoria generale del processo, civile o penale, a tecnologie avanzate – sufficientemente astratto dall'attualità da consentire l'inquadramento di nuove e vecchie regole entro categorie e 'contenitori mentali' sufficientemente ampi da dare la necessaria coerenza, stabilità e riconoscibilità alle nozioni di volta in volta apprese o ri-apprese dall'utente sotto il flusso di informazioni prodotto dall'accelerazione del progresso tecnologico.

5. Seconda ragione: gli strumenti di analisi nella programmazione degli applicativi; neutralità dei programmi

Il secondo ordine di ragioni è legato ad esigenze pratiche immediate che fanno già da oggi del processo telematico, e in generale del processo a tecnologie informatiche, un fenomeno 'orfano' di una propria teoria. Ci si riferisce alla constatata insufficienza delle sole categorie giuridiche a fare da idonea base concettuale ad un'analisi dei flussi e degli eventi processuali che si presenti sufficientemente astratta dal sistema di norme e teorie da cui dette categorie sono ricavate da risultare compatibile, e a sua volta 'riusabile', con i diversi contesti tecnologici e normativi che potranno succedersi nel tempo, e con le diverse interpretazioni che di ciascuna disposizione o gruppo di disposizioni ciascun soggetto del processo è legittimato a fornire; tale quindi da dare una qualche risposta non solo all'istanza economica (e morale) di contenere il numero (e i costi) degli altrimenti continui aggiornamenti, ma anche all'esigenza, tecnologica e giuridica, di non introdurre, nel momento dell'interpretazione, condizionamenti tecnologici in grado di limitare la libertà dell'interprete e in tal modo determinare, per via tecnologica, una sostanziale violazione del principio

di esclusiva soggezione del giudice alla legge, o, in altre parole, introdurre una sorta di nuova e abusiva fonte del diritto, nascosta nell'analisi e nei compilati dei programmi. Tali aspetti, attinenti alla più generale questione della neutralità tecnologica dei programmi, se pongono già da ora, in relazione a taluni applicativi in uso, problemi di rigidità e obsolescenza, sono nel tempo destinati ad accrescersi e al contempo convergere con le ragioni culturali prime segnalate[1].

6. Terza ragione: la convergenza delle istanze etiche ed economiche

Il terzo ordine di ragioni è dato dalla constatazione che istanze etiche e di efficienza tendono nei sistemi informatici a convergere e sovrapporsi delineando un unico modello di organizzazione, condotte e 'buone abitudini' (o 'buone prassi' che dir si voglia) la cui acquisizione non può fare difetto all'abito professionale del professionista e che da null'altro può discendere che da un'accresciuta consapevolezza su natura, funzione e condizioni di operabilità di ciascuna risorsa. Per la migliore comprensione di tale aspetto è tuttavia necessario tornare su taluni degli argomenti cui si è già fatto cenno.

7. I tre filoni di studio: giuridico, informatico e linguistico-argomentativo

Le precedenti constatazioni portano ad individuare tre campi di indagine, corrispondenti ai tre settori (giuridico, informatico e linguistico/semiotico) che entrano in gioco nell'esperienza del processo telematico e più in generale – come si è affermato – in ogni «rappresentazione della conoscenza nell'ambito tecnologico e in quello del diritto»[2]. Ci si è chiesti al riguardo se le esperienze raggiunte in uno di questi settori possa suggerire «soluzioni operative o programmi di ricerca non ancora esplorati» e si è a tal proposito osservato:

1. che «la difficoltà di articolare il passaggio dal linguaggio naturale, con cui è rappresentata la realtà, al linguaggio tecnico giuridico con cui è articolata la realtà del diritto» è assimilabile alla «difficoltà di

[1] Convergono in tale direzione le capacità di autonoma programmazione che i comuni utenti dei sistemi sono destinati ad acquisire nel tempo, e la contemporanea evoluzione dei sistemi di programmazione verso applicativi di sempre più facile utilizzo, molti dei quali, peraltro, già da oggi presenti nei programmi più diffusi (si vedano le funzioni di registrazione di macro istruzioni o di progettazione in *visual basic* inseriti nei pacchetti *office*).

[2] M. Durante, *Il futuro del web: etica, diritto, decentramento*, Giappichelli, Torino 2004, p. 55.

articolare il passaggio dal linguaggio naturale al linguaggio artificiale, formalizzato, del computer»;

2. che analoghe difficoltà si riscontrano (e in ciò è il nucleo dei problemi oggetto della nostra ricerca), «nel passaggio dal linguaggio tecnico del diritto […] al linguaggio artificiale delle applicazioni informatiche al diritto»[3].

Si è quindi rilevato come problema comune a queste tre trasformazioni (1. lingua naturale → computer; 2. lingua naturale → diritto; 3. diritto → computer) sia quello della rappresentazione di un sistema semantico aperto, come quello della lingua naturale, all'interno di un sistema sintattico chiuso, come quello dei sistemi formali, e come tale rapporto, nel passaggio dal linguaggio del diritto al linguaggio artificiale dell'informatica, veda il primo nel ruolo, normalmente assegnato alla lingua naturale, di sistema aperto da includere all'interno del sistema chiuso dei linguaggi formali del computer.

Il riconoscimento del diritto come sistema aperto – non solo perché «attraversato da conoscenze e significati provenienti dal linguaggio naturale» ma anche perché frutto esso stesso di «un contesto di esperienze in continua evoluzione»[4] – costituisce nozione ormai ampiamente acquisita[5]. Da essa discende tuttavia la riflessione sulle sue analogie con i sistemi delle lingue naturali, e in particolare sulle capacità comuni ai due sistemi – come ad altre strutture aperte (psicologiche, biologiche, musicali) – di evolvere naturalmente, per effetto dei diretti e continui scambi con i rispettivi sistemi di riferimento, senza mai uscire dalle «proprie frontiere»[6], ossia senza perdere di integrità e identità in virtù delle regole di arricchimento e conservazione evolutiva presenti nelle rispettive grammatiche di trasformazione.

Su tali premesse la triplicità dell'approccio al fenomeno del 'processo telematico' – o più in generale al fenomeno del 'processo informatico' o dell''informatica processuale' – e con esso l'accettazione di un qualche grado di contaminazione fra le tre discipline, dovrebbe costituire la premessa dello studio e della teoria da tentare.

---

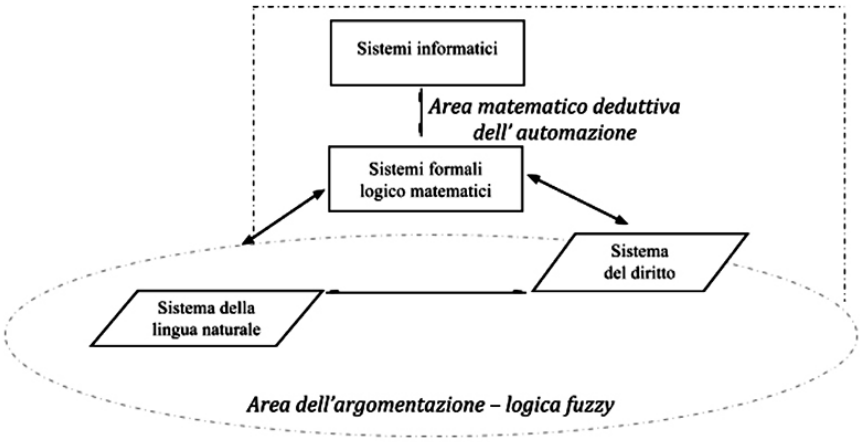
[3] *Ivi.*

[4] *Ibid.*, p. 56; v. anche G. Di Benedetto, *L'informatica nell'udienza civile*, in «Giust. Civ.», 2000, II, p. 412.

[5] Si veda la citazione di K. Larenz con cui R. Alexy esordisce nella sua T*eoria dell'argomentazione giuridica*, trad. di M. La Torre, Giuffrè, Milano 1998: «Nessuno può più seriamente affermare […] che l'applicazione delle norme di legge non sia altro che la sussunzione logica secondo premesse maggiori astrattamente formulate».

[6] J. Piaget, *Lo strutturalismo*, Il Saggiatore, Milano 1994, p. 44; ed. orig. *Le structuralisme*, PUF, Parigi 1968.

Senza entrare sulle concrete modalità di un tale scambio di materiali, e indipendentemente quindi dalle conclusioni cui lo studio e l'esperienza potranno condurre, il rapporto fra i tre settori può provvisoriamente essere rappresentato nei termini di una reciproca interferenza di campi e nozioni che ponga tuttavia il sistema aperto della lingua naturale come *medium* fra il sistema chiuso dell'informatica, da un lato, e il sistema aperto del diritto, dall'altro, similmente, in questo, all'analoga funzione di *medium* che i sistemi logico matematici svolgono fra diritto e computer nel campo delle operazioni di logica formale riducibili ad algoritmi.



8. Regole e condizioni di produzione degli enunciati – brevità e ascolto

Ma, indipendentemente dalla correttezza e condivisione di un tale modello, il convincimento che le caratteristiche del nuovo processo ne rendano necessario un approccio non più solo giuridico e informatico, ma anche linguistico e argomentativo dovrebbe ormai considerarsi ampiamente condiviso. A ciò dovrebbe condurre non solo la constatazione che il primo momento di ogni processo informativo e di ogni enunciato giuridico è quello della produzione dei relativi segni – con la conseguenza che è nei sistemi di produzione di tali segni, con le loro piccole e grandi strutture, che vanno cercati 'i mattoni', ossia i nuclei elementari, dei sistemi informativi e giuridici – quanto l'urgenza di munirsi di quelle regole

di produzione e ricezione di messaggi ed enunciati, e con esse delle regole di generazione, riconoscimento ed evitamento delle ridondanze, che sono oggi indispensabili per la progressiva affermazione di sistemi improntati all''ascolto' e alla 'brevità' dei testi piuttosto che alla prolissità e al rumore prodotto dai 'copia e incolla'.

9. Tempi di scrittura e di lettura; ragionevole durata dei processi e ragionevole lunghezza dei testi; numero di fogli da cui è mediamente composto il fascicolo processuale

La preoccupazione per la lunghezza dei testi e per la sua incidenza sulla durata dei processi è ormai da tempo avvertita e recepita dal Legislatore in molte delle recenti modifiche normative[7]. Sintomatica tuttavia della scarsa sensibilità per le dinamiche dei sistemi informativi è l'attenzione quasi esclusivamente prestata all'influenza di tale lunghezza sui tempi di materiale redazione del testo, piuttosto che sui tempi, di gran lunga più rilevanti, di successiva lettura e comprensione dello stesso. Nessuna considerazione viene similmente destinata alla complessiva dimensione del fascicolo processuale e ai tempi minimi necessari per la sua completa lettura, col risultato che, a fronte del limite temporale di ragionevole durata entro il quale i processi devono essere definiti, nessun corrispondente limite testuale, di 'ragionevole lunghezza' sembra essere stato 'pensato', prima ancora che previsto, per garantire il serio rispetto del primo limite; nessuna norma in altre parole impedirebbe oggi ad un avvocato o magistrato grafomane, appassionato dei 'copia e incolla', di depositare atti o provvedimenti di migliaia di pagine o richieste di prove testimoniali con migliaia di capitoli, col risultato che solo una lettura estremamente sommaria e altrettanto irresponsabile degli atti di causa consentirebbe al giudice di rispettare il limite temporale di ragionevole durata[8]. In tale contesto

[7] Si vedano in particolare il d.lgs. 19 febbraio 1998 n. 51, del capo 3-*bis* del titolo I lib. II del codice di procedura civile contenente l'art. 281-*sexies*, ove è prevista la «*'concisa' esposizione della ragioni di fatto e diritto della decisione riforme, la riforma*», e la l. 18 giugno 2009, n. 69 ove identica espressione viene introdotta nel testo dell'art. 132, c.p.c. e ove il testo dell'art. 118, d.a. c.p.c. è stato modifica con la previsione della 'succinta esposizione'.

[8] Significativa è anche l'assenza di dati sul numero di fogli o facciate da cui è mediamente composto un fascicolo processuale, con essa sui tempi medi occorrenti per il lavoro, preliminare alla redazione di qualsiasi atto o provvedimenti, di individuazione e selezione dei dati rilevanti. Alcuni primi dati sono emersi dal monitoraggio dell'attività di digitalizzazione dei fascicoli processuali recentemente compiuta nel Tribunale di Sulmona. Dalla scansione sino ad ora compiuta su un primo blocco di 100.000 fogli, corrispondenti a 1030

strumenti e abilità tecniche, ove non sorretti da adeguate consapevolezze e 'responsabilità' linguistiche e informative, farebbero dell'utente un sordo produttore di 'rumore' ulteriore, incapace a sua volta (e forse anche incurante) di decifrare il 'rumore' prodotto dai suoi interlocutori.

10. 'Copia e incolla' vs *'leggi e capisci' – le regole dell'ascolto e delle parole. Il rasoio di Ockham*

Contro questo pericolo l'informatica può ancora poco o forse nulla, avendo essa fornito, per dirla con una battuta, gli strumenti del 'copia e incolla', non anche quelli del 'leggi e capisci', funzione quest'ultima che resta appannaggio esclusivo dell'essere umano; ossia delle sue capacità di chiarezza nel momento in cui produce l'informazione e delle sue capacità di ascolto e attenzione nel momento in cui riceve l'informazione. L'acquisizione di tali qualità comunicative costituisce, a questo scopo, l'unica risorsa possibile per rendere 'migliore', anche sul piano etico, l'elemento 'uomo' intorno al quale è incentrato ogni sistema informativo, ossia l'unico elemento di tale sistema cui può essere affidato il difficile compito di maneggiare, senza amputazione di significati essenziali, un delicato strumento come il rasoio di Ockham, indispensabile per l'esercizio, all'interno dei sistemi informativi, della necessaria funzione economica ed 'ecologica', ma sempre pericoloso, come ogni rasoio o bisturi, se usato senza la necessaria competenza e conoscenza 'anatomico patologica' dell'organismo sul quale si interviene.

11. Ascolto e lettura

Regole linguistiche e argomentative si pongono in tal modo non solo come principi per la corretta produzione dell'informazione all'interno dei sistemi giuridici – ossia dei sistemi, informativi e informatici, mediante i quali il diritto viene prodotto, o più semplicemente, 'detto' – ma anche come regole di lettura e di ascolto, ancor più necessarie delle prime, forse,

fascicoli appartenenti a tutti i settori è risultata una media di 98 fogli per fascicolo processuale dei quali 92 fogli per quelli di cognizione ordinaria, 248 per quelli di lavoro, 12 per quelli di volontaria giurisdizione e 275 per quelli dell'Ufficio GIP GUP. Di qui ipotizzando tempi medi di lettura di un solo minuto e 30 secondi per ciascun foglio, la conclusione di un tempo medio di lettura del singolo fascicolo processuale, non ulteriormente comprimibile, di 2 ore e 25 minuti.

per la corretta ricezione e fruizione dell'informazione prodotta. Sotto tale profilo lo studio del processo a tecnologie avanzate dovrebbe contribuire a modificare la prospettiva con cui generalmente si affronta il problema della durata dei processi. Se è infatti vero che il c.d. 'collo di bottiglia' a partire dal quale si origina il rallentamento dei processi è costituito dal numero e dai tempi dei provvedimenti finali è per converso altrettanto vero che, per ampliare il numero e ridurre i tempi di tali provvedimenti, il momento di cui occuparsi con maggiore preoccupazione – e a partire dal quale intervenire con maggiore determinazione – non è quello della materiale compilazione del provvedimento finale ma quello in cui gli atti (precedenti) vengono letti e compresi. Di qui l'importanza di uno studio sulle tecniche di redazione di atti e provvedimenti che sia mirato, prima ancora che alla rapida e corretta stesura dei testi, alla loro rapida e corretta lettura. È in altre parole della successiva lettura che bisogna pre-occuparsi nel momento della stesura dell'atto[9], così come è dalle condizioni delle precedente scrittura che bisogna partire per la corretta e rapida comprensione dei testi. Ciò implica e sollecita un mutamento di prospettiva e di atteggiamento mentale, più attento all'ascolto e alla lettura di parole e testi che alla loro rapida formulazione; che cerchi quindi nell'ascolto le regole del parlare e nel parlare le regole dell'ascolto (e parallelamente nella lettura le regole dello scrivere e nello scrivere le regole della lettura); regole, inoltre, la cui importanza non verrebbe mai appieno compresa se allo studio dei nuovi sistemi restasse estranea ogni considerazione sul valore etico, e al tempo stesso pratico e di efficienza, che assumono le propensioni alla brevità e all'ascolto, ossia le qualità delle persone che i sistemi informativi non possono far altro che recepire.

12. Informazione e forma degli atti – formalismo teorico e di massa

Sotto questo profilo la conoscenza e riflessione sui vari sistemi utilizzati negli uffici giudiziari tende a saldarsi alla riflessione sullo scopo pratico e sul 'significato' giuridico delle singole operazioni, con essa alla riflessione sullo scopo tipico che 'in-forma' ogni atto processuale dettandone le regole di formazione e valutazione tanto nella versione 'aperta' e non formalista presente negli artt. 121 e 156 del codice di procedura civile, quanto nella versione, 'chiusa' e formale, degli artt. 177-186 del codice di procedura penale. È questo forse il più importante punto di incontro fra istanze etiche

[9] Corollario del principio per cui la prima regola dell'argomentazione è costituita dall'uditorio.

e di efficienza da una parte e regole linguistiche, giuridiche e informatiche dall'altro, ossia il punto in cui il criterio di idoneità teleologica di una determinata struttura si pone al tempo stesso come a) principio di validità degli atti processuali, b) regola di 'in-formazione' sulla cui base censire e misurare le operazioni necessarie per il compimento di una determinata funzione, c) criterio etico/economico di valutazione degli stessi modelli teorico-pratici utilizzati per la costruzione e misurazione dei sistemi.

Parallela a tale considerazione è la riflessione da condurre sul rapporto in cui deve porsi l'utente rispetto alle norme e ai sistemi informatici attraverso i quali quelle norme andrebbero applicate. L'ingenua fiducia riposta dalle prime teorie formalistico-positivistiche sulla capacità del sillogismo di adattarsi a qualsiasi ragionamento giuridico, si è tradotta, al primo contatto con le tecnologie informatiche, in una fiducia, altrettanto ingenuamente riposta dai primi studiosi, sulla possibilità di trasformare in algoritmo qualsiasi ragionamento giuridico. Un tale approccio alle norme, sebbene largamente superato dalla più attenta dottrina, tende oggi a ripresentarsi con insolita frequenza e facilità, sotto forma di una (cattiva) abitudine mentale, tanto nel momento dell'analisi e realizzazione degli applicativi quanto nel momento in cui tali programmi vengono utilizzati da magistrati, avvocati e cancellieri. Nel primo caso lo scrupolo di completezza che può avvertire il programmatore (di alto livello), unito alla tendenza dello studioso di informatica a percepire il diritto come sistema di norme astratte in tutto equiparabili ai principi logico –matematici che regolano il funzionamento del computer, può indurlo a cercare nel contenuto delle norme il materiale su cui eseguire l'analisi dei *task* da far svolgere al programma, in tal modo auto-investendosi di una funzione interpretativa che non gli compete; nel secondo caso l'utente (magistrato, difensore, cancelliere o parte) – per timore riverenziale verso un applicativo realizzato da 'esperti', o più semplicemente per una sorta di pigrizia mentale o di bisogno di rapidità – può accettare di vedersi privato della funzione interpretativa a lui solo riservata. In entrambi i casi una sorta di nuovo formalismo di massa tende a diffondersi e ad investire i programmi di una *vis* normativa che non posseggono. Dell'eccesso di tipizzazione, o difetto di astrazione riconducibili a questo nuovo formalismo inconsapevole, vi è notevole presenza nei primi applicativi[10], così come notevole

[10] Numerose le 'lacune' presenti nei 'tipi di atti' consentiti nelle prime versioni della 'consolle' del magistrato, dall'assenza del 'tipo sentenza' nei registri della fase fallimentare – escluso sull'erroneo presupposto che il fallimento possa essere dichiarato solo in fase prefallimentare, dimenticando in tal modo i fallimenti dichiarati in estensione – alla minuziosa e conseguentemente incompleta elencazione dei vari tipi di decreti o verbali, senza previsione, in molti

diffusione del parallelo eccesso di pigra o reverenziale remissività comincia a manifestarsi fra gli utenti.

Se ciò è vero al programma di ricerche proposto non può rimanere estraneo il compito di ristabilire i corretti rapporti fra utenti, norme e programmi, con essi la consapevolezza che, nel contrasto fra le operazioni consentite da un programma privo di *vis* normativa[11], e l'interpretazione che della disposizione applicabile è data dall'utente a ciò legittimato – è pur sempre all'interpretazione di quest'ultimo che spetta la prevalenza.

13. Uomo e sistemi – rifiuto della tecnologia

Oggetto privilegiato e punto di partenza di tale ricerca non può essere altri pertanto che l'utente dei sistemi, nella duplice veste di elemento, 'interno al' sistema, che al funzionamento dello stesso è chiamato a concorrere, e di termine, 'esterno al' sistema, ai cui scopi e bisogni l'intero sistema è al tempo stesso orientato. Da questi due punti di vista processo e tecnologie del processo hanno come componenti strutturali e termini finali null'altro che le parti, i difensori, il personale di cancelleria, i giudici e i loro ausiliari; constatazione, di ovvia evidenza, sulla quale val la pena tuttavia soffermarsi a) per il preponderante rilievo che le autonome 'ragioni della tecnica' tendono generalmente ad assumere ogni qual volta ci si avvale di una tecnologica, complessa e pervasiva come quella informatica, capace, per tali caratteristiche, di modificare l'oggetto stesso della sua azione e con esso le regole del suo rapporto con l'utilizzatore; b) per la conseguente esigenza di un costante riequilibrio fra dette ragioni tecniche – interne al sistema e che del funzionamento del sistema costituiscono *conditio sine qua non* – e le ragioni 'antropologiche', esterne al sistema ma che del sistema stesso costituiscono la ragion d'essere e l'unico criterio di valutazione.

Dall'equilibrio, o, se si preferisce, dal proficuo rapporto dialettico che si riesce a stabilire fra tali gruppi di ragioni – le prime tese a considerare l'utente come una componente del sistema, da ordinare al pari delle altre, le seconde volte ad esigere, che sia il sistema stesso, viceversa, ad essere orientato ai fini e bisogni dell'utente – discendono il corretto approccio ai problemi e l'utile ed eticamente corretto sviluppo e utilizzo dei pro-

casi di tipi generici da applicare alle occorrenze non previste – così come alla altrettanto minuziosa e conseguentemente lacunosa tipizzazione degli eventi processuali previsti nei registri di cancelleria.

[11] Salvo il caso pertanto, poco auspicabile e non ancora verificatosi, in cui sia lo stesso 'compilato' ad essere richiamato dalla norma.

grammi. Di qui l'esigenza di una maturata consapevolezza di tale duplicità e interscambiabilità, di ruoli fra utente e sistema, entrambi tesi a porsi (e imporsi) come strumento e fine dell'altro ma entrambi collocati all'interno di una dinamica il cui motore e fine ultimo resta tuttavia sempre l'utente.

Sintomi dell'insufficiente maturazione di tale consapevolezza sono i sentimenti di inadeguatezza e straniamento espressi da molti dopo le prime applicazioni del processo telematico: (a) inadeguatezza per un percepito difetto di abilità tecnica nell'utilizzo delle nuove tecnologie, (b) straniamento legato alla percezione di una generale perdita di senso e utilità del lavoro svolto. Si tratta di sentimenti entrambi convergenti nel generare la frustrazione e il sotterraneo o esplicito rifiuto della tecnologia registrati in molti uffici giudiziari. Di tali sentimenti bisogna prendere atto e riconoscere la legittimità quale sintomo, forse, di un difetto di consapevolezza dell'identico disegno che tecnologia e diritto devono ricercare nella 'profonda struttura interna dell''azione' umana; ossia nella forma, intesa come 'veste intrinseca al corpo, vera forma'[12], alla cui nozione in ultima analisi va ricondotto l'autentico significato di informazione.

Abstract

Il processo telematico suggerisce una riflessione (a) sulle ripercussioni dell'informatica nell'attività dell'interprete (b) sulle caratteristiche di neutralità che i sistemi devono possedere (c) sul bagaglio teorico di cui il giurista deve essere oggi munito. La ricerca che si propone è sulle grammatiche di trasformazione – comuni alla lingua naturale, al diritto e ai sistemi informatici – con le quali il diritto viene declinato o più semplicemente 'detto' all'interno del processo.

[12] V. Frosini, *La struttura del diritto*, Giuffrè, Milano 1971, p. 215, nella sua acuta citazione dell'*Analisi dell'esperienza comune* di G. Capograssi.

Nicola Lettieri, Ernesto Fabiani

Dati, computazione, scienza: estendere i confini del processo civile telematico

SOMMARIO: 1. Il processo telematico: oltre il *tòpos* dell'efficienza – 2. Dati e computazione: paradigmi emergenti della scienza sociale – 3. Studi giuridici computazionali: nuove prospettive per il PCT

1. Il processo telematico: oltre il tòpos *dell'efficienza*

Sono passati ormai quindici anni dall'emanazione del d.p.r. 123/2001 e l'informatizzazione della giustizia è ancora un tema di grande attualità. All'indomani di un percorso caratterizzato da una articolata evoluzione normativa[1], fonte di una pluralità di problematiche[2], il processo telematico è un progetto ancora *in fieri*, ricco di potenzialità, carico di aspettative e fonte, in dottrina, di considerazioni e reazioni anche molto diverse[3]. A una visione riduttiva, tendente a circoscrivere la portata del PCT alla sostituzione del documento cartaceo con quello elettronico, si sono contrapposte una serie di indagini tendenti a valorizzarne la portata, ravvisando, anzitutto, nell'informatizzazione non solo un'occasione di semplificazione del

[1] Sull'evoluzione normativa subita dal PCT: G. POLI, *Profili teorico-pratici del deposito degli atti nel processo civile telematico*, in «Foro it.», 2014, V, coll. 137 ss.; A. DE SANTIS, G. POLI, *Il processo civile telematico alla prova dell'obbligatorietà: lo stato dell'arte agli inizi del 2013*, *id.*, 2013, V, coll. 109 ss.; A. BARALE, *Il processo civile telematico di cognizione: uno sguardo sul futuro prossimo*, in «Corriere giur.», 2012, pp. 285 ss.; F. FERRARI, *Il processo telematico alla luce delle più recenti modifiche legislative*, in «Riv. dir. proc.», 2010, p. 1379.
[2] Si va dalle questioni più generali, prima su tutte quella del possibile impatto del PCT in termini di modelli processuali sotto il profilo della contrapposizione oralità/scrittura, a quelle più specifiche riguardanti la disciplina di taluni istituti processuali, di organizzazione degli uffici giudiziari. Sul punto v. G. POLI, *Il processo civile telematico del 2015 tra problemi e prospettive*, in «Giusto proc. civ.», 2015, p. 229.
[3] Cfr. per tutti, S. ZAN, voce *Processo civile telematico*, in «Enc. dir.», Annali I, Giuffrè, Milano 2007, pp. 982 ss.

processo e delle sue dinamiche interne, ma anche un'opportunità di ripensamento della struttura di taluni istituti processuali attualmente vigenti[4]. In questa prospettiva, taluna dottrina ha ritenuto che il PCT sia in grado di determinare una «rivoluzione nel settore della giustizia civile, correggendo alcune distorsioni nella redazione degli atti processuali indotte dall'impiego di elaboratori elettronici e di programmi di videoscrittura», nonché, senza pregiudicare l'oralità in favore della scrittura, di favorire un percorso volto a rendere il processo il «punto di incontro tra lingua giuridica e lingua comune», posto che «la maggiore accessibilità e circolazione dei documenti digitali rispetto ai cartacei» dovrebbe risvegliare «nei cittadini una fondamentale pretesa alla chiarezza ed alla trasparenza del linguaggio processuale»[5].

Una lettura ancor più avanzata è stata sostenuta da altra dottrina che, nel rimarcare i limiti strutturali del sistema informativo degli uffici giudiziari, ha posto l'accento sulle potenzialità del PCT quale strumento di acquisizione di informazioni determinanti per intervenire sull'organizzazione della giustizia civile contribuendo a contrastare la crisi in cui questa versa da tempo[6]. Il processo telematico rappresenta in quest'ottica un importante «vettore di cambiamento»[7] il cui merito risiede non solo nell'aver riportato al centro del dibattito dottrinale la dimensione organizzativa della funzione giurisdizionale[8], ma anche nell'aver richiamato l'attenzione verso il ruolo che l'informazione statistico-quantitativa può svolgere per la qualità complessiva dell'amministrazione della Giustizia.

Le analisi formulate in dottrina, tuttavia, catturano solo una parte, per quanto essenziale, delle opportunità insite nell'informatizzazione della Giustizia. I progressi conseguiti dalla scienza e dalla tecnologia permettono di immaginare nuove intersezioni tra l'esercizio della funzione giurisdizionale e le ICT, sviluppi che se, per un verso, si radicano nella disciplina vigente, per altro verso ne rappresentano un esito non previsto, un avanzamento concepibile solo volgendo lo sguardo verso fenomeni a prima vista eccentrici rispetto al mondo del diritto, prima su tutti la recente evoluzione in senso computazionale delle scienze sociali. Combinandosi con altri mutamenti in

[4] Cfr. B. Fabbrini, *Il processo civile telematico, tra interpretazione del vigente e future evoluzioni*, «Giusto proc. civ.», 2013, pp. 271 ss.
[5] Cfr. R. Caponi, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2015, p. 305.
[6] Cfr. P. Liccardo, *Introduzione al processo civile telematico*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2000, p. 1165.
[7] Cfr. S. Zan, *Efficienza, tecnologia, organizzazione*, in *Tecnologia, Organizzazione e Giustizia. L'evoluzione del Processo Civile Telematico*, a cura di Id., il Mulino, Bologna 2004, p. 163.
[8] Cfr. Id., *Processo civile telematico*, cit., p. 989.

atto nella società dell'informazione, la digitalizzazione può abilitare nuove forme di valorizzazione del patrimonio informativo generato (e generabile) all'interno del PCT, per scopi ulteriori rispetto alla efficienza del processo (intesa innanzitutto come celerità delle comunicazioni tra le parti e il recupero delle risorse mediante taglio delle mansioni 'routinarie') al centro dall'attuale disciplina.

2. Dati e computazione: paradigmi emergenti della scienza sociale

Il progresso della scienza è stato sempre fortemente condizionato dalle capacità degli strumenti di indagine usati dal ricercatore. Per lungo tempo frutto della sola osservazione diretta, l'esplorazione scientifica della realtà è stata nel corso dei secoli mediata da artefatti via via più complessi, capaci di offrire nuove e più realistiche rappresentazioni del mondo. Nei fatti, la ricerca è un'attività 'mediata dallo strumento', il risultato di un processo iterativo nel quale l'evoluzione tecnologica è al contempo fattore abilitante ed esito del progresso scientifico. Da questo processo è dipesa la nascita di intere aree di ricerca: le nano-scienze, per fare solo un esempio recente, non sarebbero potute nascere senza l'invenzione del microscopio elettronico.

Un discorso nella sostanza analogo può essere fatto per le tecnologie dell'informazione. La digitalizzazione, presupposto essenziale affinché un'informazione possa essere elaborata da un computer, rappresenta un elemento decisivo anche per la ricerca scientifica e noi stiamo attraversando un periodo caratterizzato da un esponenziale aumento dell'informazione digitale[9]. Un processo alimentato dal web e dai social media, dalla diffusione degli *smartphones*, dei dispositivi di sorveglianza e dall'utilizzo sempre più ampio di sensori collegati in rete, permette la raccolta di una enorme mole di dati da cui è possibile estrarre conoscenze con importati ricadute tanto sul piano applicativo, quanto su quello scientifico[10].

[9] Si consideri che la quantità di informazione digitale generata in tutto il mondo raddoppia ogni anno.

[10] L'espressione invalsa per indicare l'accumulo e l'utilizzo di enormi moli di dati in formato digitale è 'Big Data', una delle manifestazioni più recenti della società dell'informazione che trasforma in conoscenza e in risorsa economica una quantità di dati che cresce esponenzialmente col passare degli anni e che trova applicazione in aree che vanno dal *management* al *marketing*, dalle attività delle pubbliche amministrazioni alla ricerca. Sul punto si v. V. Mayer-Schönberger, K. Cukier, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, Boston 2013.

Di questa circostanza dà conto un recente rapporto della *Royal Society* di Londra, la più antica associazione scientifica britannica, che analizza il legame sempre più diretto tra la comprensione scientifica della realtà e l'analisi massiva di dati digitali[11]. Sfruttando crescenti capacità di calcolo ed algoritmi capaci di inferenze sempre più affidabili, le scienze computazionali permettono di estrarre conoscenze esistenti solo in termini impliciti all'interno di vasti insiemi di dati usati non più solo per validare teorie e ipotesi ma per identificare regolarità e correlazioni rilevanti per comprendere meglio la realtà e fare previsioni sui suoi sviluppi futuri. In questo contesto, vengono in gioco tecniche diverse che vanno dal '*data mining*' (identificazione di regolarità all'interno di grandi insiemi di dati digitali) alla '*information integration*' (fusione di informazioni provenienti da fonti eterogenee caratterizzate da differenti rappresentazioni concettuali e tipografiche), al riconoscimento delle immagini e del parlato. A partire da queste premesse la '*data-led science*', la scienza che sfrutta la computazione e i dati per produrre conoscenza, si candida a incarnare un nuovo paradigma per la ricerca scientifica: il quarto, come è stato sostenuto[12], dopo le 'sensate esperienze', le 'certe dimostrazioni' di Galileo e dopo le simulazioni al computer.

Il processo descritto non è destinato a rimanere confinato alle scienze fisiche e naturali per comprensibili ragioni più aduse all'analisi dei dati e al calcolo. Solo sei anni fa la rivista «Science» ha pubblicato un articolo 'manifesto' che identifica nel diluvio informativo digitale e nella computazione il punto di partenza per un rinnovamento scientifico e metodologico destinato a coinvolgere anche le scienze sociali. Nell'emergente prospettiva delle 'scienze sociali computazionali'[13] (SSC), l'analisi dei dati generati dalle nostre interazioni con le tecnologie digitali, l'impiego di metodologie di indagine quantitative e computazionali[14] e una visione non disciplinare

[11] Cfr. G. Boulton *et al.*, *Science as an open enterprise*, Royal Society, London 2012, p. 104: «Modern computers permit massive datasets to be assembled and explored in ways that reveal inherent but unsuspected relationships. The data-led science is a promising new source of knowledge».

[12] In tal senso v. *The Fourth Paradigm: Data-intensive Scientific Discovery*, a cura di S. Tansley *et al.*, Microsoft Research, Redmond 2009.

[13] D. Lazer *et al.*, *Computational Social Science*, in «Science», 2009, Vol. 323, Iss. 5915, p. 721.

[14] I principali metodi di ricerca impiegati nelle SSC sono: 'estrazione e analisi automatica dell'informazione': metodi algoritmici per estrarre da testi e altre fonti informazioni utilizzabili per lo sviluppo di modelli computazionali o per analisi statistico-matematiche; 'social network analysis': teoria dei grafi applicata ai sistemi sociali; 'teoria della complessità': principi, e modelli delle scienze della complessità applicati all'analisi dei sistemi sociali; 'simulazione

della ricerca spingono le scienze dell'uomo verso la cumulatività e il rigore che storicamente hanno caratterizzato lo studio del mondo fisico e biologico. I risvolti vanno al di là della ricerca: aumentando la nostra capacità di comprendere e prevedere i fenomeni sociali, le SSC offrono spunti per nuove applicazioni e nuovi supporti conoscitivi ai legislatori favorendo l'identificazione di soluzioni ai problemi della contemporaneità sempre più radicate nella scienza.

3. Studi giuridici computazionali: nuove prospettive per il PCT

L'incontro tra il paradigma delle SSC e il diritto è un fenomeno recente che ha già dato tuttavia vita a una nuova area di studi – definibile con l'espressione «studi giuridici computazionali»[15] – che non si concentra solo, come tende a fare l'Informatica giuridica, sulla messa a punto di applicazioni, ma si propone anche di indagare i processi sociali sottesi al fenomeno giuridico, aprendosi a tal fine al dialogo con altre scienze.

A partire da questo approccio si è delineato un eterogeneo orizzonte di ricerca[16] al cui interno molti temi di indagine si segnalano per la loro connessione con l'uso di dati generati in ambito giudiziario. L'analisi computazionale di sentenze e atti processuali è uno di questi. Negli ultimi anni diverse ricerche si sono dedicate alla messa a punto di tecniche per l'identificazione automatica dei precedenti giurisprudenziali più rilevanti[17]; per lo studio dell'evoluzione storica degli ordinamenti e del linguaggio

computazionale': riproduzione di fenomeni sociali all'interno di modelli simulati al computer; 'analisi geospaziale': sistemi informativi georeferenziati per l'analisi della dimensione spaziale dei fenomeni sociali. Cfr. C. Cioffi-Revilla, *Scienza sociale computazionale e scienza giuridica*, in *Diritto e tecnologie. Verso le scienze sociali computazionali. Attualità e orizzonti dell'informatica giuridica*, a cura di S. Faro, N. Lettieri, A. Tartaglia Polcini, ESI, Napoli 2011, p. 205.

[15] Si affiancano oggi definizioni simili che vanno dai «*Computational legal studies*» di Daniel Katz della Michigan State University, alla «*Computational legal science*» di Dazza Greenwood del MIT fino a *Law and computational social science*, titolo un recente lavoro pubblicato nel 2013 in «Informatica e diritto», volume monografico su *Law and Computational Social Science*, a cura di N. Lettieri, S. Faro.

[16] Sul punto si v., *Law and computational social sciences*, cit., ed ivi con più specifico riferimento alle possibili interazioni fra scienza sociali computazionali e diritto processuale civile: E. Fabiani, *Law and Computational Social Science: Brief Notes of a Civil Procedure Law Scholar*.

[17] Si v., tra gli altri J.H. Fowler *et al.*, *Network Analysis and the Law: Measuring the Legal Importance of Supreme Court Precedents*, in «Political Analysis», 2007, 15, 3, p. 324; N. Lettieri *et al.*, *A Computational Approach to the Study of EU Case Law: Analysis and Implementation*, in *Fifth International Workshop on Social Network Analysis (ARS'15)* (Capri, April 29-30), 2015.

giuridico[18] o lo svolgimento di indagini di carattere sociologico[19].

Altro interessante settore è lo studio del fenomeno criminale. L'applicazione delle tecniche di *network analysis* al contenuto di documenti processuali[20] permette di estrarre importanti conoscenze sulle caratteristiche strutturali delle organizzazioni criminali e sul ruolo dei singoli al loro interno mentre le simulazioni abilitano previsioni sempre più attendibili sull'evoluzione e la diffusione del crimine[21] con risultati promettenti tanto sul piano dell'elaborazione delle strategie di lotta al crimine quanto su quello processuale. Lo studio dell'organizzazione giudiziaria è, infine, un altro ambito promettente. Il *data mining* e le simulazioni al computer offrono nuovi modi di indagare le caratteristiche strutturali e dinamiche delle procedure giudiziarie favorendo non solo l'acquisizione di nuove conoscenze ma anche l'individuazione di soluzioni utili alla reingegnerizzazione dei processi[22].

L'elenco potrebbe continuare. Per quanto incompleto, lo scenario abbozzato riesce tuttavia a offrire alcune suggestioni in merito a possibili impieghi del patrimonio informativo generato nel PCT, una vasta fonte di dati da cui si può estrarre uno spaccato della vita sociale, culturale ed economica del Paese utilizzabile per innumerevoli scopi. L'efficienza e la trasparenza delle dinamiche processuali rappresentano in quest'ottica solo una parte degli obiettivi realizzabili. Grazie ai metodi delle SSC, i dati del PCT potrebbero essere utilizzati per dar vita a inedite forme di

[18] V., tra gli altri, un interessante lavoro basato su tecniche di linguistica computazionale: D.M. Katz *et al.*, *Legal N-Grams? A Simple Approach to Track the 'Evolution' of Legal Language*, in *Proceedings of JURIX 2011: The 24th International Conference on Legal Knowledge and Information Systems*, 2011, <http://ssrn.com/abstract=1971953> (ultimo accesso 29.02.2016).

[19] Cfr. G. Giura *et al.*, *Socio-Legal Analysis of Criminal Sentences: A Preliminary Study*, in *Proceedings of the 4th International AAAI Conference on Weblogs and Social Media*, 2011. Gli autori analizzano il testo di oltre 700 sentenze in materia di crimine organizzato pronunciate in Sicilia dal 2000 al 2006 per estrarne informazioni sul processo, sull'ambiente socio-economico nel quale gli eventi giudicati si sono verificati e sulle differenze tra i vari uffici che hanno condotto le indagini.

[20] Un prototipo basato sull'analisi delle intercettazioni telefoniche riportate in richieste di misure cautelari è presentato in N. Lettieri *et al.*, *Text and Social Network Analysis As Investigative Tools: A Case Study*, in *Law and Computational Social Science*, cit., p. 263.

[21] Si v., tra gli altri, *Artificial Crime Analysis Systems: Using Computer Simulations and Geographic Information Systems*, a cura di L. Liu, Information Science Reference (IGI Global), London 2008.

[22] L. Bonaventura, A. Consoli, *Priorities for Backlog of Criminal Cases Pending in Courts: A Computational Agent-based Model*, in *Law and computational social science*, cit., pp. 155 ss. Gli autori utilizzano un modello di simulazione ad agenti per valutare gli effetti che i criteri di priorità utilizzati dal giudice nel trattare procedimenti differenti (tipologia di reato e grado di offensività) possono avere sull'entità e la composizione del carico pendente.

analisi di impatto della regolamentazione volte ad accertare gli esiti delle riforme processuali o di tutta quella parte dell'attività legislativa che ha una qualche eco nel processo civile offrendo nuovo supporto al legislatore e all'analisi delle politiche pubbliche.

L'elaborazione del contenuto degli atti processuali potrebbe supportare indagini di interesse per diverse aree di ricerca: dall'analisi economica del diritto alla sociologia giuridica fino ad arrivare a settori esterni al diritto, dalla sociologia all'antropologia culturale. Lo studio automatico dei testi e la linguistica computazionale permettono oggi di esplorare l'emersione e la diffusione di concetti, l'evoluzione del linguaggio nonché le trasformazioni istituzionali e culturali[23] e il processo telematico potrebbe contribuire anche a questo genere di sviluppi.

Stiamo attraversando un'epoca in cui la scienza e la tecnologia disegnano opportunità talvolta difficili da cogliere e da contestualizzare. L'innovazione è un obiettivo sfuggente e complesso, subordinato al verificarsi di condizioni tecniche, economiche e culturali. Affinché le ipotesi abbozzate si traducano in realtà, con ulteriori vantaggi per gli operatori del diritto e per la collettività, è necessario non solo un avanzamento nella digitalizzazione dei contenuti del processo, ma anche e soprattutto l'avvio di un'interazione tra il mondo della ricerca e quello della giustizia che faciliti un ciclo virtuoso tra avanzamenti scientifico-metodologici e applicazioni concrete. Le priorità nel breve termine, appaiono probabilmente essere altre: il PCT si confronta ancora oggi con problemi organizzativi, tecnici, di *governance* e di risorse che una normativa frutto di interventi spesso frammentari e d'urgenza fatica a risolvere. La messa a regime di nuove futuribili applicazioni richiederà senza dubbio tempo e il verificarsi di condizioni di là da venire. Ciò non rende superflue e rinviabili le sperimentazioni e la riflessione sul futuro. Il percorso che conduce all'innovazione ha bisogno di prospettive e, pur essendo solitamente veicolato da processi graduali, conosce alle volte accelerazioni che solo un'attività speculativa, anche quando si fa visionaria, riesce a innescare: con buona pace di Linneo, l'innovazione, alle volte, fa salti.

[23] È il caso, quest'ultimo, della c.d. «Culturomics» definita come «a form of computational lexicology that studies human behavior and cultural trends through the quantitative analysis of digitized texts» (B. Hayes, *Bit Lit*, in «American Scientist», 2011, 99, 3, p. 190).

Abstract

Il contributo evidenzia le enormi potenzialità della informatizzazione della giustizia in considerazione delle nuove tecnologie di analisi dei dati. La digitalizzazione, infatti, può condurre ad un utilizzo del patrimonio informativo generato all'interno del processo civile telematico per scopi che vanno oltre l'efficienza del processo: grazie all'analisi computazionale di sentenze ed atti processuali, si spazia dall'identificazione automatica dei precedenti giurisprudenziali più rilevanti, allo studio dell'evoluzione storica degli ordinamenti e del linguaggio giuridico fino allo svolgimento di indagini di carattere sociologico.

Massimo Fabiani

Per la qualità delle conoscenze giuridiche, tra nostalgia e tutela dei diritti

SOMMARIO: 1. L'esperienza della biblioteca – 2. Conoscenze e informazioni – 3. Riflessi su esercizio della giurisdizione e tutela dei diritti – 4. Proiezioni propositive

1. L'esperienza della biblioteca

Nelle scienze umane e sociali, le conoscenze sono state sempre tramandate dalle letture e, di riflesso, da luoghi quasi sacri come le biblioteche.

La biblioteca è un luogo di sentimenti, di passioni, di evoluzione dell'essere umano. Spesso le biblioteche rappresentano anche delle icone per l'intrinseca bellezza che le avvolge.

Non di rado molti ne sono incuriositi per il fascino che rilasciano, spesso composto da un rapporto duale antichità-modernità. Pensiamo solo per citare un caso fra i molti, alla particolare austerità della Morgan Library combinata con la modernità di una parte della struttura.

Si percepisce come se la modernità non dovesse essere fine a se stessa, ma funzionalizzata ad una migliore fruizione. L'inserimento di una biblioteca in un contesto dove sia più semplice farvi accesso. Questo dovrebbe essere l'intreccio virtuoso fra valori della tradizione e giusta innovazione.

Possiamo pensare che le conoscenze del mondo del diritto si conformino a questo 'teorema'?

Generazioni di accademici, di magistrati e di professionisti si sono formati studiando nelle biblioteche, andando alla ricerca di volumi dai quali trarre spunti per elaborare teorie, per scrivere sentenze sapienti, per redigere atti idonei a convincere il giudice dell'esattezza di una certa tesi.

Costoro, molto probabilmente non hanno svolto le loro ricerche semplicemente passando in rassegna scaffali e scaffali, nella vocazione di leggere tutto e proprio tutto. Ciascuno di essi si sarà 'difeso' da questa attività tanto esaltante quanto irrealizzabile in concreto, e avrà cercato delle scorciatoie.

Queste scorciatoie erano i repertori di giurisprudenza, così come i massimari, il mai dimenticato dizionario bibliografico di V. Napoletano.

Lo studioso del diritto faceva affidamento sulla completezza di quei volumi e sulla sistematicità delle classificazioni. Di solito, poi, si affezionava ad una o all'altra edizione e di questa imparava tutti i trucchi del mestiere per rendere la ricerca il più completa e affidabile possibile.

La diffusione dei calcolatori non ha mutato quel quadro dal punto di vista della genetica della ricerca sino a che si è rimasti off line.

I repertori, ormai divenuti a tutti gli effetti 'banche-dati', sono stati organizzati per consentire ricerche più veloci: dallo studioso che doveva aprire ad uno ad uno i repertori per poi cercare una voce e ciò per una lunga sequenza di anni, si è passati a quello studioso che con pochi e facili clic è riuscito in poco tempo ad avere una ricchezza di informazioni, restituite dal sistema, tale da appagarlo in pieno, sempre che si fosse, prima, impadronito di un metodo.

Potremmo definire il repertorio informatico l'equivalente dell'ingresso realizzato da Renzo Piano nella Morgan Library. Cioè uno strumento per una migliore, più agile e se si vuole più condivisa ricerca.

Non è seriamente dubitabile che questa innovazione abbia creato molti più vantaggi che svantaggi; ha consentito di essere più coerenti con un mondo in movimento dove le velocità sono incommensurabilmente multiple rispetto a quelle di solo venti anni fa.

Ma il valore di queste innovazioni dove si trovava? Credo altrettanto certo che il valore stesse nel pensiero e non nell'azione. Il pensiero di chi aveva organizzato il sistema per dialogare con chi era sulla stessa lunghezza d'onda di quel pensiero.

Personalmente non riuscirei mai ad abbandonare un repertorio informatico statico. Se le cose fossero rimaste a quel punto dato, non saremmo qui a discuterne.

Avremmo ancora le biblioteche quali luoghi frequentati da chi voleva approfondire l'informazione, corretta, trovata rapidamente. Quegli strumenti erano funzionalmente complementari alle letture tradizionali. Una naturale evoluzione. Una evoluzione arricchitasi (oggi si direbbe 'implementata') con il passaggio da off line ad on line.

Si è transitati in quel preciso momento in un ambiente completamente diverso. Un ambiente fatto di immediatezza non più come valore-mezzo ma come valore-fine. Non contano più in modo apprezzabile i contenuti perché ciò che conta sono le informazioni. È importante avere l'informazione prima ancora che averla giusta.

Le conoscenze on line rappresentano una fonte straordinaria di informazione, molto democratica e globale perché alla portata di tutti e in tutto

il mondo. E se si guarda alle cose sul versante dell'informazione è difficile credere che questa modernità sia davvero perniciosa. La libertà di acquisire informazioni centuplica le risorse conoscitive.

Quando ciascuno di noi vuol togliersi una curiosità su un certo fatto, su un certo interrogativo, si colloca virtualmente su un motore di ricerca e trova le risposte. Certo, tante volte, queste risposte non saranno davvero precise, come pure avranno un livello di tecnicismo forse approssimativo, ma ci restituiscono esattamente ciò che cerchiamo.

Quando, però, quello che cerchiamo non sono informazioni ma saperi delle scienze umane e sociali, le cose cambiano radicalmente, quasi si ribaltano. Scambiamo le informazioni per conoscenze, crediamo, presuntuosamente, di avere capito subito tutto e pensiamo di avere con ciò risolto il problema che ci aveva spinto ad effettuare la ricerca.

Ed allora, ecco che si pone la questione della qualità. I bassi costi di informazione certo non fanno premio sulla bassa efficienza della ricerca. La qualità della ricerca ha un costo. La condivisione magmatica delle informazioni sembra quasi a costo-zero. Nel *trade-off*, pare, ai più, che debba soccombere la qualità della ricerca a favore dell'immediatezza, della naturale incompletezza e della assoluta asistematicità.

La ricerca effettuata su un motore di ricerca è rapida, a bassissimo costo, tendenzialmente aggiornata in tempo reale. Ma è, pure, una ricerca molto rumorosa e priva di una comparazione differenziale. In una ricerca tradizionale su strumenti organizzati è tanto importante cercare quello che c'è quanto sapere quello che non c'è. Nella ricerca digitale pura è impossibile impostare una ricerca in 'negativo'.

La ricerca solipsistica, avulsa da criteri selettivamente organizzati e comprovati è, alla fin fine, una 'non-ricerca' e tuttavia appare, oggi, lo strumento più diffuso nel mondo del diritto.

È, per fortuna, indiscusso che anche sulla rete si trovino informazioni organizzate e tali da poter essere adeguate ad un certo livello di ricerca. Molti sono i siti strutturati, ma il più delle volte il metodo della ricerca, sebbene con qualche marchingegno più selettivo, è quello generalista dei motori di ricerca. Pochi, ancora, sono i casi – nelle scienze umane e sociali – di siti conformati, ancorché con il vestito digitale, sul modello della rivista tradizionale con tanto di direzione, comitati di redazione e referaggio. Di questi non occorre occuparsi perché rappresentano, solo, una versione moderna, più fruibile, più immediata della fonte di documentazione tradizionale.

Là dove il video sostituisce la carta si può ben essere nostalgici ma senza che questo conduca ad un giudizio di disvalore. Chi si è abituato a leggere un quotidiano sul *tablet*, avrà perso il piacere di ritrovarsi con

i polpastrelli anneriti dall'inchiostro, ma certo si trova di fronte ad un prodotto che non ha nulla di meno e, spesso, molto di più. Tanta carta in meno dispiacerà agli imprenditori del settore ma di sicuro non guasta all'equilibrio e all'armonia del Pianeta.

2. Conoscenze e informazioni

Il tema, lo si è capito, non è 'carta *vs* video', ma quello ben più serio 'conoscenze *vs* informazioni'. La deriva della preminenza dell'informazione presenta un profilo di negatività di secondo livello.

Non solo si corre dietro all'informazione, ma una volta avutala, ci si disinteressa del sapere. Tutto ciò che non 'sta su internet', è 'vecchio', ancor prima di essere conosciuto. Per certi aspetti anche internet sta precocemente invecchiando là dove le informazioni circolano ancor prima sui social network, in una inesausta rincorsa dove il più bravo è colui che riesce a diffondere per primo sulla rete una certa notizia.

Le sentenze e i commenti pubblicati su carta non interessano più perché l'informazione è stata già conquistata.

Molti editori cercano con tutti i mezzi di rincorrere il dinamismo del web, ma questa è una partita che decolla con un *handicap* incolmabile. Solo la qualità del prodotto può salvarli e non a caso in molte occasioni cercano di conquistare il prestigio della collocazione nella 'fascia A' della nomenclatura delle riviste.

Sennonché come si accennava, queste esperienze restituiscono un ulteriore aspetto di criticità. Se il commento nasce vecchio per definizione e quello immediatamente disponibile sul web è, per la necessità della sua apparenza, poco approfondito, gli unici parametri di riferimento attuale per il giurista, divengono le decisioni perché sono intrinsecamente (così si assume) autorevoli.

Probabilmente sono autorevoli ma, soprattutto, in virtù di questi meccanismi informativi sono autoreferenziali. Ormai, nelle decisioni dei giudici di merito, cioè di coloro che danno la svolta al bene della vita oggetto della lite, si trovano solo citazioni di altri precedenti a loro volta conosciuti sul web.

L'autoreferenzialità si riflette, direttamente, sui diritti delle parti. Il caso concreto viene sviscerato con minore intensità perché si preferisce immettere nella decisione interi brani prelevati da altre decisioni (con il tanto diffuso 'taglia-copia-incolla') quando si vuole decidere in modo conforme ad altri provvedimenti, oppure quando ci si vuole distaccare (non raramente con un narcisismo giudiziario che non era diffuso sino a poco tempo fa, salvo qualche

caso limite), si tende a scrivere per slogan, quasi che il vincolo del 140 caratteri della messaggistica degli smartphone dovesse essere replicata nelle decisioni.

Penso sia facile per un lettore 'nativo-digitale' tacciare le superiori riflessioni di inutile nostalgia. Ma è vera nostalgia?

Credo che la risposta giusta sia: non nostalgia ma preoccupazione. Il pericolo che si corre è che all'obnubilamento della conoscenza corrisponda simmetricamente l'obliterazione dei diritti. È, per ora, solo una preoccupazione.

Perché la situazione non degeneri credo che siano ancora essenziali dei buoni maestri, fra gli accademici, fra gli avvocati, ma soprattutto fra i giudici. Sarebbe un mirabile esempio di equilibrio fra 'rottamazione' e 'trasmissione di conoscenze' che coloro che vengono messi in disparte dalle regole ferree sull'anzianità avessero voglia di occuparsi delle nuove generazioni trasmettendo metodi e saperi antichi perché solo la conoscenza del passato consente di stare, con consapevolezza, al passo con i tempi.

Anche qui verrebbe da obiettare che si è avvinti dalla nostalgia. Ed invece vi è più di qualche motivo per predicare che se le conoscenze sono in grado di 'esprimere' un metodo scientifico, questo metodo, con gli opportuni adattamenti, potrà essere esportato anche nel più dinamico ambiente digitale.

3. Riflessi su esercizio della giurisdizione e tutela dei diritti

Come enunciato *supra*, le riflessioni sulla prevalenza delle informazioni sui saperi non intercettano soltanto discussioni 'filosofiche', ma ridondano di un rilevantissimo impatto sull'esercizio della giurisdizione.

Per un corretto e utile esercizio della giurisdizione e ciò al fine di assicurare la tutela dei diritti, la leale collaborazione fra parti e giudice è uno snodo decisivo. Ma una leale collaborazione non può prescindere dal reciproco impegno professionale.

Orbene, è noto a tutti che la crisi economica degli ultimi lustri ha determinato sul versante del 'pubblico' una sempre più diffusa *spending review* che incide sugli acquisti delle biblioteche, tanto dell'accademia quanto degli uffici giudiziari (per fortuna questa in parte mitigata dalla fruizione da parte dei magistrati di vari portali giuridici nei quali, volendo, si trovano non solo le informazioni del giorno corrente ma anche gli approfondimenti); sul fronte del 'privato' la contrazione dei costi che in molti studi professionali sono ridotti sotto livelli di decenza, ha generato la diffusione di metodi di acquisizione di conoscenze fondate sul web e su prodotti compilativi-riepilogativi, frutto della deriva del materiale consultabile per concorsi ed esami vari post-laurea.

Perché è, dunque, a rischio la giurisdizione e di riflesso, la giustizia

intesa come 'giusta decisione'? Perché la decisione presuppone oltre che lucida analisi delle vicende dedotte nella lite, la conoscenza delle regole e della loro interpretazione, stratificata a vai livelli.

La lettura degli atti processuali di parte e delle decisioni induce a ritenere che nei primi, la costruzione della tesi difensiva tenda ad essere annegata nella inclusione di brani di massime (e più raramente di motivazioni), nella speranza di aver trovato quella più recente e più convincente, senza una particolare attenzione al caso specifico e quindi alla realità del diritto che si vuole difendere. Nelle decisioni, invece, molto spesso la mancanza di conoscenze approfondite (anche se si vuole giustificata dai ritmi incalzanti del numero dei processi) spinge il giudice a considerare come spunto interpretativo solo le letture sul web (come già detto si fa qui riferimento alle informazioni e non ai saperi che pure il web ospita), e spesso le discussioni sui forum e sulle *mailing list*. Una *agorà* virtuale sarebbe un *atout* formidabile per la diffusione dei saperi, ma viene sfruttata in modo inversamente proporzionale alle sue immense potenzialità.

Tante altre volte la conoscenza superficiale delle regole porta ad applicare i principi. È noto come sia, nei tempi attuali, molto diffuso il dibattito fra regole e principi; orbene, 'regole *vs* principi', al fondo vuol esprimere il dialogo fra certezza della legge e della sua applicazione e creatività giurisprudenziale.

In tante materie, specie quelle a più elevato impatto economico-sociale, si assiste ad una proliferazione delle decisioni fondate sui principi, un criterio che tradizionalmente è stato visto come appropriato e coerente con le esigenze di un ordinamento moderno di evolversi e di riconoscere 'nuovi diritti'.

Tuttavia quando la legiferazione diviene incessante e ipertrofica e, purtroppo, il più delle volte neppure assistita da una base tecnica accettabile, si fatica a trovare un filo conduttore e a ricostruire in ciascuna materia dei principi regolatori. Il rischio, allora, è quello di rendere *bonne à tout faire*, alcuni principi che nati per colmare esigenze di tutela del diritto, sono divenuti il grimaldello per rifiutare l'applicazione della legge. Se la legge non piace la si disapplica (un concetto che nel sistema dovrebbe essere un corpo estraneo) e, in sua vece, si applica il principio.

Uno fra i molti che più sta diventando alla moda è quello dell'abuso del diritto (come pure quello dell'abuso del processo), ma così facendo la certezza del diritto è infranta irrimediabilmente e forse varrebbe la pena cancellare le leggi e affidarsi alla saggezza del giudice se le regole non hanno più valore e se le interpretazioni – conosciute con i dovuti strumenti – sono divenute un pesante fardello.

Perché le nuove tecnologie possono portare rischi sulla tutela dei diritti? Perché, in genere, nel nostro Paese noto per i compromessi, spesso

la legislazione va in una direzione che confligge radicalmente con quella precedente, così da determinare un pendolo fra riforme e contro-riforme. Spesso si transita da un polo a quello opposto senza mediazioni. L'esperienza del processo civile telematico è solo un esempio.

Dalla polvere dei fascicoli si è stabilito di passare alla pura tecnologia e si è esaltata la tecnologia col risultato di elevare i formalismi a dispetto della reale tutela dei diritti. Errori informatici (e davvero solo informatici) hanno comportato severe reazioni e perdite di diritti con l'applicazione di sanzioni di decadenza.

È chiaro che le potenzialità del processo telematico impongono che l'esperienza vada portata avanti purché si abbia cura di consentirne, per un periodo di transizione, un'applicazione ragionevole e scevra da farne occasione per comode scorciatoie in rito da parte di avvocati e giudici.

4. Proiezioni propositive

In ogni occasione in cui mi sono trovato a dovermi confrontare con novità, ho sempre cercato di fronte a panorami pessimistici di provare ad offrire delle letture propositive, ed allora vorrei, da ultimo, riflettere su come – senza essere nostalgici per il passato e repulsivi verso il nuovo – sia praticabile un equilibrato rapporto fra soggetti e fra condotte per rendere vivida la giurisdizione.

In primo luogo chi ha la responsabilità della gestione dei 'luoghi' di formazione delle conoscenze deve difendere il patrimonio e non lasciarsi intimidire dalla carica delle informazioni mere. Non si può pensare ad una controffensiva fondata sullo stesso piano (l'accelerazione dei processi di conoscenza) perché un approfondimento se tale lo si vuol definire, impone necessariamente una quantità di tempo che è incompatibile con la rapidità ed allora, la controffensiva deve basarsi sull'incremento della qualità delle conoscenze, mediata dalla capacità di trasmetterle in modo che siano note alla più ampia comunità di interessati.

In secondo luogo, chiunque voglia inserirsi nel 'mercato' delle conoscenze anche con gli strumenti più innovativi, deve dotarsi di un metodo riconoscibile, la cui affidabilità non potrà che essere rimessa agli utilizzatori.

Per converso, chi presenta una tesi o la declama deve avere consapevolezza che nel lungo periodo la qualità premia più della rapidità.

Una giustizia ritardata è sì una giustizia negata, ma negare il diritto per non aver voluto conoscere non è certo un esito più propizio per gli interessati.

Si è soliti dire che occorre conoscere per competere ed allora è anche

utile pensare che la competizione non si vince solo con le statistiche giudiziarie dalle quali risulti un decremento percentuale (spesso in termini relativi insignificante) dei processi, ma anche con la certezza delle regole, con la stabilità delle decisioni, con l'autorevolezza delle ragioni per le quali un diritto è affermato o negato, con l'impressione restituita alla comunità che la decisione sia assunta nel rispetto delle regole senza un eccesso di acrobatici narcisismi indotti da slogan diffusi nella rete.

Di fronte ad una legge nuova si moltiplicano le ansie da 'prima lettura' o da 'prima decisione' ed il web a questo proposito una cassa di risonanza senza confini. Molte volte, considerata l'oggettiva tenue qualità della legislazione, questi primi interventi interpretativi sono, anche, fortemente critici proprio nei confronti del legislatore cui non vengono risparmiati i più feroci epiteti.

Tuttavia non bisogna, neppure, mai dimenticare che 'se le leggi potessero parlare si lamenterebbero dei giuristi' e probabilmente ancor di più del dominio dei 'giuristi-informatori'.

Abstract

Il breve saggio vuole affrontare un tema delicato quale è quello del rapporto fra informazioni e conoscenze nel campo delle scienze giuridiche e come, di riflesso, l'abbandono delle conoscenze quale riflesso dell'esaltazione del web possa porre a rischio un corretto esercizio della giurisdizione e, al fondo minare la tutela dei diritti.

Vincenzo Ferrari

La giurisprudenza e i canoni ermeneutici dell'esistenza

Sommario: 1. *Saudade* – 2. La 'scoperta' del «Repertorio del Foro italiano» – 3. La massimazione della giurisprudenza e la prassi giudiziaria – 4. La giurisprudenza come fonte del diritto – 5. La giurisprudenza come ermeneutica esistenziale – 6. Chiosa a chiusa

1. Saudade

Cittadella del Capo, negli anni Sessanta del secolo scorso, prima che l'edilizia e l'antropizzazione selvaggia deturpassero la costa tirrenica cosentina, era il luogo delle nostre dimore estive. Di giorno ci si spostava, con la barca a remi, lungo scogliere incontaminate e spiagge deserte: lunghe remate sotto il sole bollente, nuotate vigorose ed immersioni in apnea nel mare limpido e fresco. Di sera il giardino di casa Converso accoglieva tutti: balli più o meno scatenati (i lenti erano sostanzialmente proibiti da un cartello riproducente un segnale stradale di divieto di sosta nel quale si scorgeva la sagoma di una coppia abbracciata), amori più o meno platonici (severamente controllati dallo stesso cartello), spensieratezza giovanile e gioia esistenziale.

Negli anni seguenti la percezione dell'esistenza, per il naturale avanzare della vita, si estendeva alla problematicità dei fatti che in essa accadono: minore spensieratezza e maggiore consapevolezza del dramma esistenziale animavano discussioni, talvolta particolarmente accese fino ad invadere la vicina piazzetta del borgo marinaro, con numerosi spettatori estranei alla compagnia, che si intrattenevano ad ascoltare variegati confronti, per lo più di ordine filosofico, nei quali i contendenti ricercavano quei punti di riferimento che potessero dare un senso alla propria dimensione esistenziale.

I sentimenti di allora sono vivi nel ricordo, come viva è la consapevolezza che la scelta di frequentare la Facoltà di Giurisprudenza non fu casuale e venne ispirata dall'entusiasmo con cui il mio amico Maurizio mi parlò della bellezza della ricerca giuridica cui lui già si dedicava, facendomi

comprendere che il diritto è materia vivente, mutevole nello spazio e nel tempo, totalmente calata nell'esistenza. Quell'entusiasmo, nonostante gli immancabili 'colpi dell'avversa fortuna', credo che l'abbiamo mantenuto entrambi, se ancora oggi non abbiamo rinunciato a ricercare la nostra dimensione esistenziale nella giuridicità dei fatti della vita.

2. La 'scoperta' del «Repertorio del Foro italiano»

Fu nel 1976 che varcai per la prima volta l'ingresso di via Pietro Cossa 41, colpito dal vetro satinato della porta sul quale si leggeva (ed ancora oggi si legge) "IL FORO ITALIANO fondato nel 1876". Cento anni di Rivista «Il Foro italiano» ed altrettanti di «Repertorio Generale di Giurisprudenza» mi accoglievano e, con gli auspici di Maurizio Converso, iniziavo la mia ininterrotta collaborazione, oramai quarantennale, sulle ultracentenarie colonne.

All'epoca «Il Foro italiano» era diretto da Virgilio Andrioli, Giuseppe Branca e Carlo Scialoja, saldi riferimenti nella memoria, mentre il «Repertorio» era affidato ad Onofrio Fanelli, tutt'ora guida preziosa dell'indomita compagine redazionale. Maurizio, nonostante la giovane età, aveva già acquisito un ruolo di primo piano, dedicandosi integralmente alla grande opera della quale è stato asse portante per decenni (oggi dirige la banca dati «Merito ed extra», nuovo archivio a complemento dell'assetto tecnologicamente avanzato datosi dal Foro on-line). Da lui sono stato iniziato ai 'misteri' della ricerca giurisprudenziale. Misteri che ancora adesso pratico preferendo al video il contatto fisico, tattile e olfattivo con i fascicoli e i volumi cartacei, mentre lui si è proiettato verso il futuro divenendo il massimo esperto di tecniche e tecnologia della documentazione giuridica, tanto da essere incaricato dell'insegnamento di informatica giuridica e logica giuridica in diverse università italiane [cfr. il sito <www.bitinia.com/uniroma3/> (ultimo accesso 01.03.2016)].

Una delle prime cose che mi ha detto e che, non solo non dimentico, ma verifico e sperimento quotidianamente sul campo, riguardava il ruolo centrale che ai fini dell'affidabilità della ricerca assume il «Repertorio», definendolo un 'ordinatore mentale'. Questo concetto mi ha fatto comprendere con immediatezza che gli studi giuridici, per essere proficui ed efficaci, non debbono fare affidamento sulla capacità di memorizzare i testi, bensì debbono essere condotti con metodo.

Il metodo del «Foro italiano» assicura la puntualità dei riferimenti nelle note della rivista attraverso il sistema dei richiami a catena: ogni

nota garantisce la completezza del percorso a ritroso fino ad una precedente nota, alla quale viene passato il testimone che, volendolo il lettore, gli consentirà di risalire fino al 1876. Le note corredano massime la cui redazione si basa, non su meri riassunti di parti della motivazione della decisione giurisprudenziale annotata, bensì sull'individuazione in essa del *decisum* (o dei *decisa*) da esporre in concisi concetti.

Nel «Repertorio» confluiscono annualmente tutte le massime (non solo dal «Foro italiano», ma anche provenienti da altre riviste) che concettualizzano la giurisprudenza pubblicata nell'anno, nonché i riferimenti alla bibliografia edita nello stesso anno e gli estremi degli atti normativi entrati in vigore nel medesimo lasso di tempo.

Fondamentale, sia per il «Foro» sia per il «Repertorio», è il sistema di indici (delle voci, fisso per articoli, fisso delle leggi e dei decreti, variabile per articoli della Costituzione, dei codici e delle leggi, delle decisioni, dei nomi degli autori, dei nomi delle parti) che, oltre ai sommari delle singole voci, permettono di 'viaggiare' efficacemente in lungo e in largo nella generalità delle materie trattate, consentendo percorsi specifici ed affidabili, ma anche veri e propri viaggi nello 'spazio-tempo' della giurisprudenza. Di ogni singolo istituto giuridico, in qualsiasi branca dell'ordinamento, è possibile ripercorrere l'evoluzione storica risalendo fino al 1876 (non a caso a ridosso dell'installazione in Roma della capitale dell'Italia unita) e scandagliare l'articolazione nel territorio della giurisprudenza di merito.

Oggi si parla di navigazione nel 'cyberspazio', potenziata da nuove tecnologie che affrancano il ricercatore dalle fatiche della consultazione cartacea, ma nulla può sostituire il piacere della navigazione manuale nello 'spazio-tempo' della giurisprudenza. Piacere che si dischiude, però, solo a chi ha effettivamente scoperto quella meravigliosa macchina del tempo che è il «Repertorio del Foro italiano».

3. La massimazione della giurisprudenza e la prassi giudiziaria

La massima giurisprudenziale, come diceva il Prof. Andrioli, dovrebbe essere formulata in modo da stimolare nel lettore la curiosità di conoscere l'intera motivazione, ma la prassi giudiziaria ha fatto assurgere la massima a dato conoscitivo autoreferenziale: i giudici scrivono le sentenze basandosi sulle massime ed altrettanto fanno gli avvocati negli scritti difensivi. Ne risulta che la giurisprudenza si forma su dati concettuali filtrati dall'opera dei massimatori, che, per quanto fedele al testo, è pur sempre un'interpretazione di ciò che il testo della motivazione afferma.

La giurisprudenza si alimenta delle stesse massime che produce, dando vita ad un tessuto normativo che sostanzialmente si sovrappone a quello degli enunciati legislativi, fino a sostituirlo. Ciò induce gli attori del processo (giudici ed avvocati) a 'ragionare per sentenze' prescindendo dalla formulazione del testo normativo ed affidandosi agli enunciati delle massime giurisprudenziali. Si tratta di un fenomeno ben conosciuto dagli operatori del diritto, che tuttavia sarebbe riduttivo spiegare come una sorta di deviazione della prassi giudiziaria.

Il fenomeno investe in modo massiccio la giurisprudenza di merito, come si può del resto rilevare consultando la banca dati «Merito ed extra» (con grande lungimiranza ideata e sviluppata per «Il Foro italiano» da Maurizio Converso), ma non lascia del tutto indenne la giurisprudenza di legittimità, più propensa a ragionare sulle motivazioni anziché sulle massime, con l'esito di scoprire anche qualche sorpresa indotta dal tralaticio adagiarsi su una massima giurisprudenziale (si veda, in motivazione, Cass. 13 giugno 2014 n. 13537, in «Foro it.», 2014, I, coll. 2470 ss., con nota di R. Pardolesi, nella quale si segnala che la giurisprudenza di legittimità prodottasi negli ultimi cinquant'anni sull'applicazione, al risarcimento danni da morte, del principio della *compensatio lucri cum damno*, si fonda tutta su una sentenza capostipite, Cass. 7 febbraio 1958 n. 370, che non riguardava il problema).

4. La giurisprudenza come fonte del diritto

Autorevole dottrina (cfr. P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, ESI, Napoli 2006, p. 564) ha osservato come nel rinnovato sistema delle fonti del diritto non sia più attuale la centralità del testo scritto, interpretabile esclusivamente con modalità e limiti descritti dall'art. 12, disp. prel. cod. civ., assumendo l'interprete un ruolo primario ed essenziale nella comprensione della norma giuridica, che non vive più soltanto nell'enunciato normativo, bensì è frutto di una ponderazione assiologia del testo scritto che solo l'interprete può condurre completando l'opera del legislatore.

Il ruolo di interprete compete tanto alla giurisprudenza quanto alla dottrina, mentre a quest'ultima va riconosciuto soprattutto il valore di fonte culturale, alla giurisprudenza, ed in particolare a quella di legittimità, non può disconoscersi una effettiva funzione di fonte del diritto (cfr. G. Gorla, *Dans quelle misure la jurisprudence et la doctrine sont-elles des sources du droit?,* in «Foro it.», 1974, V, coll. 241 ss., nonché *Postilla sull'uniforme*

interpretazione della legge e i tribunali superiori, id., 1976, V, coll. 129 ss.).

Si tratta, però, di una fonte *extra ordinem*, non collocabile nella gerarchia del sistema, in quanto non contemplata dall'art. 1 disp. prel. cod. civ., tuttavia da inquadrarsi come fonte *de facto* (cfr. A. Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario del Codice Civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma 1977, pp. 22 e 535). Ciò comporta che la giurisprudenza non soggiace alla gerarchia delle fonti-atto, bensì va collocata, quale fonte-fatto, nel rinnovato assetto del sistema delle fonti, derivante dalla novellazione dell'art. 117, Cost., per cui soggiace alla gerarchia dei valori, cui può dare attuazione solo attraverso un'interpretazione di tipo assiologico (cfr. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, cit.), ponendo il problema della corretta individuazione della norma applicabile al caso concreto.

Negli ordinamenti di *common law* il problema viene affrontato modulando il principio del precedente vincolante, mentre in quelli di *civil law*, annettendosi al precedente solo carattere persuasivo e non vincolante, la giurisprudenza dovrebbe mantenere funzione interpretativa, quale fonte culturale al pari della dottrina. La necessità di fronteggiare con strumenti adeguati la domanda di giustizia, che non sempre può risultare appagata dalle previsioni astratte delle norme legislative, costringe l'interprete a travalicare i limiti della funzione ed è quanto è accaduto in Italia, dove si è fatta assurgere al rango di 'diritto vivente' la giurisprudenza di legittimità (cfr. R. Rordorf, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, in «Foro it.», 2006, V, coll. 279 ss.), venendo a determinarsi problemi di tutela dell'affidamento (cfr. G. Costantino, *Gli orientamenti della Cassazione su mutamenti di giurisprudenza e affidamento incolpevole*, *id.*, 2011, V, coll. 150 ss.) e ad alimentarsi dibattiti sulla funzione creatrice della giurisprudenza (cfr. S. Patti, *L'interpretazione, il ruolo della giurisprudenza e le fonti del diritto privato*, *id.*, 2014, V, coll. 114 ss.) e sulla funzione nomofilattica (cfr. G.M. Berruti, *La giurisprudenza fra autorità e autorevolezza:la dottrina delle Corti*, *id.*, 2013, V, coll. 181 ss.; C.M. Barone, *Dottrina delle Corti e funzione nomofilattica*, *ibid.*, coll. 184 ss.).

Non si è mancato di rilevare come «il perseguimento della ragionevole durata del processo ha portato la giurisprudenza degli ultimi anni ad adottare soluzioni che, paradossalmente, riducono gli spazi di effettività della tutela giurisdizionale, in nome di un eccessivo ossequio della rapidità «a tutti i costi» e rendono, di conseguenza, meno competitivo l'ordinamento nell'aspetto dinamico del diritto vivente» (cfr. D. Dalfino, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, *id.*, 2009, V, coll. 180 ss.). La tematica è indubbiamente complessa e

coinvolge variegati aspetti, anche di natura processuale (su cui, v. A. Proto Pisani, *Giusto processo e giustizia civile nella giurisprudenza della Cassazione*, *id.*, 2013, V, coll. 1 ss.).

Al diritto vivente va comunque riconosciuto di avere dato effettività di fonte del diritto alla giurisprudenza di legittimità, talvolta creando norme prive di enunciato legislativo, ricavate dal contesto ordinamentale attraverso interpretazioni costituzionalmente orientate, delle quali sarebbe lungo l'elenco. Basti qualche significativo esempio, come la creazione della norma che riconosce copertura assicurativa all'infortunio sul lavoro *in itinere*, poi recepita dal legislatore (sia consentito il rinvio a V. Ferrari, *Ontologia dell'infortunio in itinere*, *id.*, 2012, I, coll. 2296 ss.), la creazione della norma sulla risarcibilità del danno biologico, parimenti recepita dal legislatore (per riferimenti v. Corte cost. 16 ottobre 2014, n. 235, *id.*, 2014, I, coll. 3345 ss., con nota di A. Palmieri), le alterne vicende delle diverse voci di danno non patrimoniale (cfr. Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585, *id.*, 2013, I, coll. 3433 ss., con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Il ritorno di fiamma del danno esistenziale (e del danno morale soggettivo): l'incerta dottrina della Suprema corte sull'art. 2059 c.c.*, e di G. Ponzanelli, *Nomofilachia tradita e le tre voci di danno non patrimoniale*; annotata altresì da P.G. Monateri, *L'ontologia dei danni non patrimoniali*, in «Danno e resp.», 2014, p. 55; P. Russo, *La Cassazione e l'anno d'oro del danno esistenziale*, in «Resp. civ.», 2014, p. 103) e, da ultimo, la negazione del danno tanatologico ad opera delle Sezioni unite (sent. 22 luglio 2015 n. 15350, in «Foro it.», 2015, I, coll. 2682 ss., con note di A. Palmieri, R. Pardolesi, *Danno da morte: l'arrocco delle sezioni unite e le regole (civilistiche) del delitto perfetto*; R. Caso, *Le sezioni unite negano il danno da perdita della vita: giorni di un futuro passato*; R. Simone, *La livella e il (mancato) riconoscimento del danno da perdita della vita: le sezioni unite tra principio di inerzia e buchi neri dei danni non compensatori*).

5. La giurisprudenza come ermeneutica esistenziale

Sosteneva il compianto Angelo Lener, a dispetto dell'amaro destino rimasto punto di riferimento inamovibile in questi quaranta anni di impegno nell'informazione giuridica, che occorre sfuggire alle pulsioni di un laboratorio puramente mentale e ciò è possibile individuando un referente obiettivo, come la giurisprudenza, al fine di pervenire ad un «inquadramento ragionato e sistematico dell'informazione inteso a presentare il momento, e le linee dell'evoluzione, della realtà sociale ed istituzionale ordinata nelle

forme del diritto» (A. Lener, *La cultura delle riviste di giurisprudenza*, in «Foro it.», 1983, V, coll. 269 ss.).

Questa impostazione culturale consente di apprezzare il valore della giurisprudenza in quanto 'specchio' che, riflettendo i fatti esistenziali in modo obiettivo, ne consente quell'inquadramento ragionato e sistematico che è proprio della scienza giuridica. Si tratta di un approccio in apparenza eminentemente pratico, che però rivela un esteso impianto teorico sol che si consideri come la riflessione speculare, nella metafora che ho voluto utilizzare, semplifica concetti ben più articolati e profondi. Mi riferisco alle teorie che fanno capo alle opere di Martin Heidegger (in particolare: *Sein und Zeit*, Niemeyer, Halle 1927), donde si ricava, tra l'altro, il concetto che «essere nel mondo» (*Dasein*), vale a dire 'esistere', non consente di per sé la comprensione dei fatti che connotano l'esistenza, ma occorre un 'linguaggio' che possa consentire l'accesso alla comprensione, poiché «il linguaggio è la casa dell'essere. Nella sua dimora abita l'uomo» (M. Heidegger, *Lettera sull'umanesimo*, trad. it. a cura di F. Volpi, Adelphi, Milano 1987, p. 267).

I fatti esistenziali, per essere compresi, necessitano di essere raccontati ed a tale necessità risponde il linguaggio della giurisprudenza che, senza distorcerli, li prospetta nella loro crudezza oggettiva, facendone emergere l'intrinseca giuridicità, attraverso la connessione ad essi di effetti giuridici. Secondo Salvatore Pugliatti, per fatto giuridico deve intendersi «qualsiasi situazione del mondo dell'essere prevista dal diritto come causa di effetti giuridici» (S. Pugliatti, *I fatti giuridici*, V. Ferrara, Messina 1945, p. 3).

La giurisprudenza, dunque, è il luogo privilegiato, se non vuol dirsi unico, per comprendere in modo autentico la giuridicità dei fatti nella loro genesi ontoesistenziale (cfr. S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza*, Giuffrè, Milano 1991, p. 65). In tal senso essa è un linguaggio ed assolve ad una funzione ermeneutica che, nelle incertezze dell'evoluzione ordinamentale, allorché sembra che non possa trovarsi riparo alla caducità delle norme, può rivelarsi persino un ancoraggio salvifico (cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Laterza, Roma-Bari 2004, e Id., *Il salvagente della forma*, Laterza, Roma-Bari 2007).

6. Chiosa a chiusa

L'esistenza è costituita dai fatti della vita che il linguaggio poetico riesce a descrivere con sublime sintesi. Eugenio Montale (*Meriggiare pallido e assorto*, in *Ossi di seppia*, 1924) li paragona ai «cocci aguzzi di bottiglia» posti sulla sommità di un rovente muro d'orto, il cui «seguitare» fa «sentire

con triste meraviglia com'è tutta la vita e il suo travaglio». A questa percezione globale, complessiva e tendenzialmente pessimistica, la giurisprudenza può dare una risposta, tutt'altro che semplicisticamente ottimistica, ma realistica, nel fare emergere nella loro oggettività la singolarità dei fatti, descrivendone analiticamente la valenza giuridica in modo da consentirne la comprensione e il governo. Ciò è possibile, però, se si posseggono le tecniche della documentazione giuridica, senza le quali anche la giurisprudenza resterebbe una inconoscibile massa informe di dati.

Nella documentazione giuridica, che a pieno titolo va oggi considerata supporto essenziale ed insostituibile della scienza giuridica, si compiono quelle alchimie ricostruttive di percorsi logici ed argomentativi, solo apparentemente tecniche (nel senso spiegato da M. Heidegger, *La questione della tecnica*, trad. it. in Id., *Saggi e discorsi*, Mursia, Milano 1976: «l'essenza più profonda della tecnica non è nulla di tecnico»), attraverso le quali è possibile la comprensione dei fatti dell'esistenza.

Oggi l'ermeneutica giurisprudenziale non può prescindere da questa tecnica che ritrova la propria essenza in «nulla di tecnico» e che, a sua volta, non può fare a meno della scienza giuridica correndo, altrimenti, il rischio di incorrere nell'errore che il genio umano ha riconosciuto e condannato da sempre: «quelli che usano la pratica senza la scienza sono come i nocchieri che entrano in naviglio senza timone o bussola» (Leonardo da Vinci, *Trattato della pittura.* Parte seconda. 77 (1651), pubblicato da Newton & Compton Editori, Roma 1996).

L'intreccio fra scienza e tecnica costituisce il banco di prova per i giuristi dell'età post-moderna, nella quale sembrano saltare tutti gli ancoraggi di tipo dogmatico cui si è affidata la certezza del diritto in passato. L'approccio deve essere necessariamente di tipo epistemologico ed educativo (sia consentito il rinvio a V. Ferrari, *Una pedagogia per l'insegnamento del diritto privato*, in «Foro it.», 2015, V, col. 401), per scongiurare il rischio di non riuscire più a distinguere il caos del mondo dalle ordinate forme del diritto e per consentire alla giurisprudenza di continuare ad elaborare efficacemente i canoni ermeneutici dell'esistenza.

Abstract

La giurisprudenza come fonte del diritto, attraverso l'esercizio della nomofilachia e lo sviluppo del diritto vivente, si pone al centro della riflessione compiuta dall'Autore, il quale ne ravvisa il ruolo di privilegiato osservatorio ermeneutico della complessità esistenziale per una migliore comprensione dei fenomeni giuridici.

Sebastiano L. Gentile

L'ufficio giudiziario fisiologico

SOMMARIO: 1. I flussi: ruolo del giudice, condizionamento *ex lege*, autorganizzazione dell'ufficio giudiziario – 2. Il coordinamento tra i magistrati e il controllo del contenzioso – 3. Dalle riunioni di sezione ai provvedimenti organizzativi – 4. Il punto di equilibrio – 5. Un ufficio giudiziario (quasi) fisiologico

1. I flussi: ruolo del giudice, condizionamento ex lege*, autorganizzazione dell'ufficio giudiziario*

La contrapposizione degli interessi privati, in particolare, economici, è un fatto della vita che si verifica con frequenza quotidiana. In buona parte le liti civili trovano una composizione autonoma, cioè basata sulla negoziazione tra i titolari delle posizioni in contrasto, e comunque preventiva, grazie all'interposizione di terzi o all'assistenza degli organismi tecnici preposti dalla legge alla gestione delle procedure conciliative e filtranti[1]. I casi residui – pochi in percentuale, ma molti in numero assoluto – diventano processi.

In accordo con il divenire di questo fenomeno[2], alla giurisdizione viene tradizionalmente assegnato un ruolo fondamentale di garanzia della normalità sociale[3], ma passivo, nel senso che l'apparato giudiziario, poiché

[1] Tentativi di conciliazione obbligatori (art. 7, l. 15 luglio 1966, n. 604, sostituito dall'art. 1, comma 40°, l. 28 giugno 2012, n. 92, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo) e facoltativi (art. 410, c.p.c. per le cause di lavoro). Mediazione civile e commerciale: dir. 2008/52/UE; delega *ex* art. 60, l. 18 giugno 2009, n. 69; d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28; Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, in «Foro it.», 2013, I, col. 1091; art. 84, d.leg. 21 giugno 2013, n. 69, conv. in l. 9 agosto 2013, n. 98. Convenzioni stipulate per il tramite di avvocati: art. 2, d.leg. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162. Consulenza tecnica preventiva, ai sensi dell'art. 696-*bis*, c.p.c., finalizzata alla conciliazione. Cfr. S. VIOTTI, *Brevi spunti per una configurazione unitaria delle alternative dispute resolution*, in «Giust. civ.», 2013, p. 825.

[2] Per la cui descrizione semplificata mi scuso.

[3] Tanto che «la giurisdizione partecipa della sovranità»: P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, CEDAM, Padova 1978³, p. 336.

il suo intervento costituisce l'ultima modalità di pacificazione, si limita a registrare le vicende litigiose delle quali dovrà occuparsi. La macchina della giustizia aspetta e riceve le sopravvenienze. Con l'aggiunta della sola attività preparatoria[4] consistente nel darsi la dimensione e nel predisporre le dotazioni[5] idonee a fronteggiare l'aspettativa di impegno, che la statistica suggerisce territorialmente, per materia e per valore, secondo il rito applicabile, nei gradi consentiti della cognizione.

Corollario della concezione classica, riferito al protagonista della giurisdizione, è che il giudice è «quello che sta a sedere, in attesa»[6].

Da qualche tempo, però, nel valutare il funzionamento dell'apparato giudiziario, accanto all'attuazione del criterio etico fondato sulla terzietà e sulla prudenza del giudice, che – sia chiaro – è irrinunciabile, ha acquisito rilievo il parametro dell'efficienza, il cui principale indicatore è la durata dei processi. Tanto è aumentata la considerazione di questa componente, che il legislatore ne ha fatto un principio costituzionale[7] e ha fissato i termini da rispettare per ciascun grado del giudizio, a scanso di una responsabilità risarcitoria a carico dell'amministrazione[8].

L'assunzione di un punto di vista anche aziendalistico postula un maggiore utilizzo delle leve legislative, al fine non soltanto di perseguire lo smaltimento delle quantità di contenzioso giudiziario che la realtà sociale produrrebbe senza condizionamenti, ma anche di intervenire sui flussi in entrata, incidendo sulla loro entità. Strumenti sono la tassazione che insiste sull'iscrizione a ruolo delle controversie, il regime delle spese processuali a carico del soccombente, le revisioni del compenso professionale spettante agli avvocati, la remunerazione degli ausiliari del giudice.

Il dosaggio è questione delicata, perché, se è vero che l'accesso agevolato alla giurisdizione può produrre un anomalo aggravio del carico giudiziario, nondimeno l'eccesso in senso contrario comporta il rischio di ingiuste esclusioni sul versante della tutela dei diritti dei soggetti meno

[4] Indispensabile e doverosa, ma in concreto lenta e insufficiente, a motivo di storiche resistenze locali e di una cronica carenza di finanziamenti.

[5] Locali, personale, arredi, mezzi.

[6] P. Calamandrei, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, Ponte alle Grazie, Firenze 1999.

[7] Art. 111, comma 2°, ultima parte, Cost., inserito dalla l. costituzionale 23 novembre 1999, n. 2. A Scalfati, *Processo penale, "ragionevole durata" e recenti proposte*, in «Cass. pen.», 2015, I, p. 1309; S. Chiarloni, *Ragionevolezza costituzionale e garanzie del processo*, in «Riv. dir. proc.», 2013, p. 521; L. De Angelis, *L'abuso del processo tra certezza delle regole e ragionevole durata: considerazioni sparse di un giudice del lavoro*, in «Lavoro giur.», 2012, fasc. 4, p. 331.

[8] L. 24 marzo 2001, n. 89 (c.d. legge Pinto), novellata dall'art. 55, d.l. 22 giugno 2012, n. 83, conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134, e, ultimamente, dall'art. 1, comma 777°, l. 28 dicembre 2015, n. 208 (legge di stabilità 2016).

muniti. Pertanto, nelle materie sensibili i costi della controversia sono tuttora calmierati. Per esempio, pur dopo la riforma del contributo unificato[9], «l'abbandono della gratuità del rito speciale, almeno in materia di previdenza e di assistenza, risulta avvenuto formalmente ma non nella sostanza. Infatti, la soglia reddituale di esenzione è oggettivamente alta»[10].

Se si aggiungono il beneficio generale del gratuito patrocinio e, ancora nelle controversie di cui all'art. 442, c.p.c., l'esonero *ex* art. 152, disp. att. c.p.c. dal pagamento delle spese all'ente gestore vittorioso, si comprende l'esistenza, a valle della scrematura lineare derivante dalla legge, di un ampio spazio in cui il recupero dell'efficienza è rimesso alla capacità di autorganizzazione in concreto degli uffici giudiziari[11], dopo e oltre la periodica predisposizione delle cc.dd. tabelle[12]. Con la difficoltà di dover manovrare evitando le sovraesposizioni, ma con il vantaggio di poter intervenire in modo mirato nelle specifiche evenienze che si presentano.

2. Il coordinamento tra i magistrati e il controllo del contenzioso

In riferimento alle sezioni civili dei tribunali, che sono la prima linea dell'apparato giurisdizionale e si compongono di giudici chiamati a emettere decisioni in composizione monocratica, salvo che nelle controversie nominate per le quali è ancora prevista la collegialità[13]; con particolare riguardo alle sezioni lavoro, che sovente fronteggiano contenziosi categoriali e seriali, provvedendo nel merito sempre per il tramite di giudici

[9] Ai sensi dell'art. 37, comma 6°, lett. *b*), n. 2, d.leg. 6 luglio 2011, n. 98, conv. in l. 15 luglio 2011, n. 111, che ha aggiunto il comma 1-*bis* all'art. 9, d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, T.U. in materia di spese di giustizia.

[10] S.L. Gentile, *Il processo previdenziale*, Giuffrè, Milano 2015, p. 684.

[11] G. Miccoli, M Sciacca, *Managerialità giudiziaria e programmi di gestione dei procedimenti civili*, in «Riv. dir. proc.», 2015, p. 174. S. Zan, *Manager in soccorso della giustizia civile,* in «Guida dir.», 2004, fasc. 7, p. 113. Secondo G. Xilo, S. Zan, *Il problema "organizzazione" nella giustizia civile italiana*, in «Questione giustizia», 2000, fasc. 3, p. 484, l'apparato giudiziario sarebbe come un'organizzazione condominiale in cui molti professionisti esercitano la loro professione con un livello mediamente basso di interdipendenza e un alto tasso di autonomia operativa.

[12] Che sono la principale espressione dell'ordinato assetto dell'ufficio e completano la disciplina del giudice naturale, ma, secondo una tesi critica (G. Scarselli, *Il sistema tabellare visto da un laico*, in «Riv. dir. proc.», 2014, p. 93), vengono prodotte da una procedura mastodontica eppure facilmente variabile e difficilmente controllabile, per di più, senza conseguenze nel caso di violazione.

[13] Art. 50-*bis*, c.p.c.

monocratici[14]; il modulo organizzativo efficiente deve tendere a creare collegamenti stabili tra i magistrati e a farli discutere tra loro: tutti i magistrati; su tutte le questioni, sostanziali, processuali e ordinamentali, che danno corpo all'attività professionale di ognuno; continuamente.

Dal confronto argomentato e dallo scambio di opinioni, notizie e materiali – insegna l'esperienza – vengono buoni frutti. Aumenta il tasso di conoscenza e di approfondimento tecnico delle questioni; si manifestano gli aspetti condivisibili; i dissensi vanno motivati innanzitutto nel rapporto paritario con i colleghi, diventando così un fermento ulteriore.

Ciò vale in generale, ma tale prassi migliorativa si esplica appieno tra i magistrati della stessa sezione, che operano in una condizione di comunanza delle situazioni e dei problemi. La medesimezza dell'ambiente di lavoro, vissuta come un'opportunità, incrementa la trasparenza e con essa il reciproco affidamento. Dall'attenzione personale si sviluppa il senso di appartenenza a una squadra, che all'occorrenza può soccorrere. C'è anche un altro vantaggio, consistente nell'inserimento più semplice e veloce dei nuovi arrivati.

Mediante questo approccio gestionale, collettivo senza eccezioni, l'ufficio giudiziario può rispondere in modo tendenzialmente unitario alle molteplici e variegate sollecitazioni dell'utenza, orientandone sia il comportamento nelle controversie pendenti sia le scelte future. Beninteso, nel rispetto della conclusiva opzione di ogni giudice, che rimane libero di decidere secondo la sua interpretazione della legge, e di ogni avvocato, altrettanto libero di esercitare la difesa.

Un comodo strumento per alimentare il dibattito interno e riservato è costituito da una *mailing list* sezionale, alla quale siano iscritti soltanto i magistrati in servizio nell'ufficio. La consultazione è agevolata dalla necessità di svolgere in video molte ore di lavoro al giorno. Ognuno si avvede presto dell'utilità di partecipare attivamente e così si materializza il risultato di un interscambio quotidiano vantaggioso per tutti.

Devono circolare tra i magistrati della sezione le informazioni sull'operato dei consulenti tecnici. I livelli di liquidazione delle spese processuali possono essere concordati per tipologia di materie, riti ed esiti. Le controversie connesse vanno individuate, trattate e decise previa riunione.

Perché la sezione non sia soltanto il centro plurisoggettivo di imputazione di una competenza giurisdizionale ripartita, ma diventi un organismo attivo di governo del contenzioso, inoltre, bisogna: identificare e accorpare le duplicazioni e le reiterazioni delle iniziative processuali; che sui ricorsi

[14] Perché la sola forma di decisione collegiale è quella che si rende in sede di reclamo cautelare ai sensi dell'art. 669-*terdecies*, c.p.c.

ex art. 633, c.p.c. ripresentati dopo un precedente rigetto provveda come assegnatario lo stesso magistrato[15]; scoraggiare in breve tempo le domande seriali immeritevoli, sia nel caso di controversie ordinarie, sia che si tratti di ricorsi per decreto ingiuntivo, sia per quanto riguarda le procedure cautelari; che la gestione individuale dei 'filoni' nascenti di cause sia preceduta da una discussione sezionale; intervenire sulla consistenza dei ruoli individuali, curandone all'occorrenza la perequazione.

Ancora, il presidente della sezione dovrebbe informare i magistrati (che altrimenti avrebbero ognuno una consapevolezza parziale dei flussi) circa le caratteristiche delle sopravvenienze della settimana e proporre di volta in volta le modalità di coordinamento che appaiono auspicabili. Bisogna che i magistrati ricevano i prospetti statistici trimestrali per intero, unitamente a tabelle recanti per ciascun ruolo individuale le pendenze più risalenti suddivise per anno. I collegi dovrebbero avere una composizione rotativa idonea a garantire non soltanto omogeneità di impegno ma anche il passaggio delle elaborazioni tra tutti i magistrati in servizio. Andrebbe curata la costituzione di archivi elettronici delle pronunce sezionali.

È essenziale, infine, un fitto dialogo con i funzionari responsabili dei servizi di cancelleria, sia perché portatori di una specifica professionalità complementare, sia per evitare che le concrete difficoltà attuative vanifichino il progetto.

3. Dalle riunioni di sezione ai provvedimenti organizzativi

L'art. 47-*quater* O.G.[16] legittima le riunioni di sezione come una componente qualificante e obbligatoria dell'esercizio della giurisdizione complessivamente intesa[17], nella prospettiva di omogeneizzare già in primo grado le interpretazioni e le attuazioni della legge. A questo fine è importante il ruolo direttivo del presidente di sezione, il quale, «oltre a svolgere il lavoro giudiziario» – prescrive la norma ordinamentale – «distribuisce il lavoro tra i giudici e vigila sulla loro attività, curando anche lo scambio di informazioni sulle esperienze giurisprudenziali all'interno della sezione».

[15] Alla stregua di controlli eseguiti mediante i sistemi elettronici SICID e Consolle.

[16] R.d. 30 gennaio 1941, n. 12, novellato dalla legge delega 25 luglio 2005, n. 150, e dai successivi decreti legislativi di attuazione.

[17] Infatti, il parametro della 'diligenza', ai fini della progressione in carriera dei magistrati, deve tenere conto anche della «partecipazione alle riunioni previste dall'ordinamento giudiziario per la discussione e l'approfondimento delle innovazioni legislative, nonché per la conoscenza dell'evoluzione della giurisprudenza»: art. 11, lett. *c*), d.lgs. 30 gennaio 2006, n. 160.

Sono, quindi, le riunioni di sezione, convocate periodicamente secondo le necessità operative, il modo e il luogo istituzionale per cementare l'interazione fra i magistrati della sezione e per formalizzare le convergenze di opinioni riscontrabili all'esito del dibattito sulle questioni di maggiore rilievo. È utile compilare un ordine del giorno; si deve verbalizzare lo svolgimento della riunione; bisogna depositare in cancelleria il verbale, sottoscritto dal presidente della sezione e dal magistrato che a turno ne abbia curato la redazione, e disporne la conservazione secretata nonché la trasmissione al CSM.

La frequenza delle riunioni di sezione non deve interferire con il lavoro individuale dei magistrati, ma è possibile adottare accorgimenti in grado di potenziare molto l'utilità del raccordo *ex* art. 47-*quater* O.G. Per esempio, si può prevedere l'intervento di esperti con i quali interloquire su singoli aspetti – magistrati specializzati in altre materie, docenti universitari, direttori di cancelleria, consulenti tecnici – salva la riservatezza del conclusivo confronto tra i magistrati della sezione, in vista di un auspicabile momento decisionale sui temi in discussione.

Un vero e proprio sviluppo consiste nella predisposizione di un sintetico documento finale, contenente i risultati ermeneutici condivisi, almeno per categorie generali, da pubblicizzare all'esterno. L'adozione di questo metodo, in aggiunta alle utilità dianzi enunciate, trasforma le riunioni di sezione in un potente strumento di indirizzo dell'attività di tutti gli operatori giudiziari. I provvedimenti organizzativi in parola, su temi di diritto sostanziale, processuale e ordinamentale, possono rivelarsi assai efficaci sia in occasione di riforme significative, sia per indirizzare le attuazioni giurisprudenziali, sia per porre rimedio a prassi anomale.

Il presupposto indefettibile è che tra i magistrati si registri una piena convergenza di tesi sulle questioni da segnalare ai fini di un criterio applicativo programmato. Poiché gli aspetti problematici possono essere molti, mentre l'accordo può maturare soltanto su alcuni, il contenuto del provvedimento organizzativo di solito risulta circoscritto e parziale, ma bisogna considerare che ogni perplessità applicativa che sia appianata in prevenzione segna un punto nella partita giudiziaria contro la frammentazione, le spinte elusive, le distorsioni e gli abusi della legge.

La forma consiste in una segnalazione da parte del presidente della sezione circa aspetti tecnici della norma o dell'istituto in esame. Un'indicazione cauta perché fatta senza pregiudizio per l'autonomia delle scelte e delle decisioni di ogni utente e di ciascun operatore del servizio giustizia, nonché con riserva di ulteriormente intervenire per registrare gli aggiustamenti e le correzioni suggeriti dalla successiva casistica. Un segnale

da comunicare formalmente[18] e pubblicizzare adeguatamente[19].

Non risulta che il CSM abbia smentito la legittimità dell'adozione di simili provvedimenti. Anzi il t.u. sulla dirigenza giudiziaria[20], a proposito dell'attività del titolari di incarichi semidirettivi, dice di «provvedimenti organizzativi della propria sezione o del gruppo di lavoro o inerenti l'attività di coordinamento eventualmente loro delegata» (art. 77, comma 2°).

4. Il punto di equilibrio

Ma quando la normalizzazione di un ufficio giudiziario può considerarsi compiuta? Esiste un metodo per stabilire il raggiungimento dell'obiettivo dell'efficienza?

Non mi sembra utilizzabile l'innovazione apportata dall'art. 37 d.l. 98/11, concernente «l'efficienza del sistema giudiziario e la celere definizione delle controversie», che, nell'interpretazione del CSM[21], consiste in una delimitazione del carico personale esigibile basata sulla media statistica della produttività sezionale negli anni pregressi. Così strutturato, tale misuratore aritmetico: a) presenta il limite di riferirsi soltanto a una delle grandezze da considerare; b) risulta conservativo piuttosto che propulsivo; c) postula, infatti, una certa stabilità sia delle sopravvenienze sia degli esiti sia, di riflesso, delle pendenze, cioè, sinteticamente, delle caratteristiche dell'ufficio giudiziario; d) pertanto, ove si verifichino fenomeni nel segno della discontinuità, anche migliorativi, può fornire riscontri numerici incongrui, siccome negativi sotto il profilo dell'aspettativa di produttività, dimostrandosi inelastico.

Si pone in una prospettiva analogamente soggettiva l'articolato tentativo del CSM di elaborare standard omogenei di rendimento[22], con particolare riguardo al parametro della laboriosità[23], ai fini delle valutazioni quadriennali di professionalità dei magistrati. Infatti, l'attuazione di questo criterio consiste nella predisposizione di 'una scheda individuale' dell'attività del magistrato in valutazione, da confrontare con il valore medio di definizione dei procedimenti calcolato in via generale.

[18] Al Presidente del tribunale, ai magistrati della sezione, al Consiglio dell'ordine degli avvocati, ai dirigenti dei servizi di cancelleria.
[19] Mediante affissione in bacheca nei locali dell'ufficio.
[20] Circolare del CSM n. P-14858-2015 approvata con delibera del 28 luglio 2015 e successive modificazioni.
[21] Circolare in data 2 maggio 2012.
[22] Delibera del 23 luglio 2014.
[23] Art. 11, comma 2°, lett. *b*), d.lgs. 160/06.

Attiene a maggior ragione alla sfera della professionalità individuale la fissazione del *minimum* di quantità, tempestività e qualità dei provvedimenti giudiziari al di sotto del quale può configurarsi per il magistrato una responsabilità disciplinare[24] o civile[25].

Soltanto il principio costituzionalizzato della 'ragionevole durata' dei processi, nella specificazione della l. 89/01 e successive modificazioni, si presta a diventare un canone oggettivo riferibile anche all'ufficio giudiziario. Alla stregua di tale regolamentazione, sembra legittimo considerare non efficiente un ufficio giudiziario che, sistematicamente o con frequenza o comunque in una percentuale apprezzabile, definisca controversie e procedimenti oltre il termine massimo indicato dalla legge: cioè – per rimanere all'impostazione di questa disamina dedicata alle sezioni civili e lavoro dei tribunali – tre anni in primo grado, con esclusione dei periodi non computabili[26].

Se l'inosservanza si verifichi per uno o più fattori oggettivi (inadeguatezza della pianta organica, scoperture concomitanti, *surplus* di sopravvenienze per avvenimenti eccezionali, etc.) o addebitabili a pecche nella conduzione dell'ufficio, integra una questione ulteriore. Di sicuro, merita il riconoscimento dell'efficienza l'ufficio giudiziario che tendenzialmente esita le pendenze entro la scadenza indicata dalla legge.

Quindi, è a questo traguardo che bisogna mirare, nel rispetto di tutte le regole processuali e comportamentali immanenti all'esercizio della giurisdizione, nonché di un livello qualitativo, quanto meno, ordinario. Ciò che si può e si deve fare, perchè «l'applicazione del principio di ragionevole durata, inteso come ragionevole impiego delle risorse del sistema giustizia, collide soltanto con forme non ragionevoli e abusive di esercizio della difesa»[27].

5. Un ufficio giudiziario (quasi) fisiologico

Dubito che il testo abbia potuto celare sino a questo punto l'esistenza

[24] Art. 2, comma 1°, lett. *g*), *h*), *l*), *m*), *o*), *q*), *r*), d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109; G. Grasso, *Ordinamento giudiziario, CSM, organizzazione tabellare, significativi ritardi nel deposito dei provvedimenti, disciplina*, in «Foro it.», 2014, III, col. 761; A. Iacoboni, *Rassegna di giurisprudenza delle sezioni unite della Corte di cassazione in materia di responsabilità disciplinare dei magistrati (2006-2013) (parte prima)*, *ibid.*, I, col. 1902.

[25] L. 27 febbraio 2015, n. 18. P. Trimarchi, *Colpa grave e limiti della responsabilità civile dei magistrati nella nuova legge*, in «Corriere giur.», 2015, p. 893; G. Verde, *Non è questa la strada per ricomporre l'equilibrio tra i poteri*, in «Guida dir.», 2015, fasc. 13, p. 13.

[26] Art. 2, commi 2-*quater* e 2-*quinquies*, lett. *f*), l. 89/01.

[27] P. Biavati, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in «Riv trim. dir. e proc. civ.», 2012, p. 490.

ispiratrice di un'esperienza concreta. Infatti, questo è il riassunto di una storia vera; è il riepilogo dell'attività della Sezione Lavoro del Tribunale di Taranto negli anni dal 2010 al 2015, durante i quali molto impegno lavorativo e la costante applicazione degli accorgimenti dianzi indicati hanno prodotto un risultato «davvero eccezionale»[28].

Il dato illuminante è l'abbattimento delle controversie e dei procedimenti pendenti da n. 43.127 alla data del 1° gennaio 2010 a n. 13.335 alla data del 30 novembre 2015, con una riduzione assoluta di n. 29.792 pendenze e un decremento relativo del 69,08%. Gli effetti di questa vera e propria regolarizzazione dell'ufficio sono stati plurimi e tutti benefici: svecchiamento del contenzioso, riduzione dei tempi di trattazione dei processi, maggiore osservanza dei riti, udienze meno affollate, possibilità per i magistrati di dedicare più tempo ed energie ai casi urgenti o complessi, ecc.

Aggiungo – per il riguardo verso le persone, che Maurizio Converso ha insegnato e praticato – i nomi dei protagonisti – con altri – di questa bella storia: Raffaele Ciquera, Lorenzo De Napoli, Annamaria Lastella, Saverio Sodo, Cosimo Magazzino, Elvira Palma, Giovanni De Palma, Maria Leone, Sandra Maiorano, Grazia Baldi.

Abstract

L'efficienza della giurisdizione civile e il suo ruolo non più di attesa ma attivo. Le tecniche di autorganizzazione per il controllo e la gestione dei processi entro i termini di ragionevole durata. Il coordinamento e l'interscambio tra i magistrati della Sezione. I provvedimenti presidenziali organizzativi contenenti i risultati ermeneutici condivisi. L'assetto fisiologico dell'ufficio misurabile mediante il parametro oggettivo *ex lege* 89/01. L'esperienza della Sezione Lavoro del Tribunale di Taranto.

[28] Così il Presidente della Corte d'Appello di Lecce, Dott. Mario Buffa, nella relazione per l'inaugurazione dell'anno giudiziario 2013.

Gianluca Grasso

I magistrati con compiti di assistente di studio presso l'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

Sommario: 1. L'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione – 2. Il c.d. decreto del fare e la figura degli assistenti di studio: l'eliminazione dell'arretrato pendente presso la Suprema Corte – 3. I criteri per l'utilizzo dei magistrati destinati all'Ufficio del Massimario con compiti di assistente di studio nella deliberazione del CSM del 4 dicembre 2013 – 4. La prima applicazione degli assistenti di studio presso le sezioni civili della Corte di Cassazione – 5. Il progetto di riforma della giustizia civile e il ruolo dei magistrati dell'Ufficio del Massimario: la possibilità di applicazione come componenti dei collegi giudicanti

1. L'ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione è chiamata ad assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni (art. 65, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12). All'esercizio di tali delicate funzioni contribuisce l'Ufficio del Massimario e del Ruolo istituito presso la Corte (art. 68, r.d. n. 12/1941), attraverso l'analisi sistematica della giurisprudenza di legittimità.

Le origini dell'Ufficio del Massimario risalgono al r.d.l. 22 febbraio 1924, n. 268, convertito con la l. 17 aprile 1925, n. 473, *Applicazione di magistrati alla Prima presidenza e alla Procura generale della Corte di cassazione del Regno*, che stabilì l'impiego presso la Corte di alcuni magistrati con il compito di seguire l'attività giurisdizionale delle varie sezioni della Cassazione, tanto in civile quanto in penale, allo scopo di coglierne le concordanze e segnalarne prontamente le difformità attraverso l'esame metodico delle decisioni e delle motivazioni[1]. S'intendeva in questo modo

[1] Tra i contributi dottrinari sull'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione: A. Scrima, *Il Massimario della Corte suprema di cassazione tra storia e attuali prospettive*,

fornire ai capi e ai componenti della Corte un quadro delle tendenze che la giurisprudenza dell'una e dell'altra sezione andava assumendo sui vari argomenti e coordinarle per la migliore e uniforme applicazione della legge, onde agevolare il compito della Cassazione di mantenere l'uniformità dell'indirizzo giurisprudenziale. L'Ufficio del Ruolo fu invece introdotto successivamente dalla l. 28 giugno 1928, n. 1487, che istituì presso la Cassazione un ufficio speciale per la preparazione dei ruoli di udienza. I due Uffici sono stati poi unificati con l'art. 68, r.d. n. 12/1941.

L'Ufficio del Massimario e del Ruolo è un ufficio giudiziario a tutti gli effetti, composto da magistrati con qualifica non inferiore a magistrato di tribunale[2] con non meno di cinque anni di effettivo esercizio delle funzioni di merito (oggi con almeno la prima valutazione di professionalità secondo il nuovo criterio di classificazione delle carriere e cinque anni effettivi di giurisdizione). Le sue attribuzioni sono stabilite dal Primo Presidente della Cassazione. Tra le attività svolte dall'Ufficio, allo scopo di contribuire al miglior esercizio della funzione nomofilattica, si annovera, innanzitutto, la lettura, selezione e massimazione dei provvedimenti civili e penali. Si tratta dell'attività più delicata compiuta dall'Ufficio, volta a definire i principi di diritto estratti delle pronunce della Corte, che costituiscono, come è stato efficacemente detto, «le tessere del quadro giurisprudenziale che si compone nel progressivo esercizio della funzione nomofilattica della Corte di cassazione»[3]. A integrazione di tale attività prioritaria, si prevede la redazione di concise 'notizie di decisione' limitatamente ai provvedimenti di speciale rilievo e importanza da pubblicare nel 'servizio novità'

in «Obbligazioni e contratti», 2012, p. 728; F.A. Genovese, *Gli strumenti istituzionali al servizio della Corte di cassazione: l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in «Giusto processo civ.», 2008, p. 685; Id., *Per una storia della Corte di Cassazione: l'Ufficio del Massimario e del Ruolo*, in *Le carte e la storia*, 2008, fasc. 2, p. 40; G. Romeo, *Concisione delle sentenze, ruolo del massimario e prospettive futuribili del diritto giurisprudenziale*, in «Foro it.», 2004, II, col. 363; G. Fumu, *La Corte di cassazione e l'Ufficio del massimario*, Relazione all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sul tema: 'Le fonti del diritto' del 30 gennaio 2002; F. Uccella, *Spunti di riflessione (preliminari) per una riforma dell'ufficio del massimario della Corte di cassazione*, in «Giust. civ.», 1989, II, p. 239; G. De Nova, *L'astrattezza delle massime e le origini dell'ufficio del massimario*, in «Contratto e impr.», 1988, p. 516. Sul tema cfr. altresì S. Evangelista, G. Canzio, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in «Foro it.», 2005, V, col. 82; M. Caristo, *Accesso alla corte: organizzazione e funzionamento*, in «Foro it.», 1988, V, col. 36.

[2] Oggi di prima valutazione di professionalità sulla base del nuovo sistema di classificazione dei magistrati di cui al d. lgs. 5 aprile 2006, n. 160.

[3] G. Amoroso, *La Corte di cassazione ed il precedente*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. Acierno, P. Curzio, A. Giusti, Cacucci, Bari 2015, p. 89.

del sito web della Corte. Ulteriori compiti sono la segnalazione dei contrasti, dell'avvenuta risoluzione degli stessi e degli orientamenti interpretativi della giurisprudenza di legittimità, nonché delle più rilevanti novità normative, la redazione delle relazioni per i ricorsi assegnati alle Sezioni Unite, ai fini della risoluzione di contrasti o che presentano questioni di massima di particolare importanza, la redazione di sintetiche relazioni informative, necessarie per una parte dei ricorsi rimessi alle Sezioni Unite, la redazione di schede e relazioni informative su richiesta dei presidenti titolari, per ricorsi aventi a oggetto questioni di particolare rilevanza assegnati alle sezioni semplici, le relazioni periodiche sulle decisioni relative ai principali orientamenti della Cassazione.

A tali attribuzioni si è aggiunta quella di contribuire alla celere definizione dei procedimenti pendenti, attraverso la previsione legislativa dei compiti di assistente di studio, cui possono essere destinati i magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del Ruolo.

2. Il c.d. decreto del fare e la figura degli assistenti di studio: l'eliminazione dell'arretrato pendente presso la Suprema Corte

La figura degli assistenti di studio è stata introdotta dal d.l. 21 giugno 2013 n. 69 (c.d. decreto del fare), convertito in l. 9 agosto 2013 n. 98 allo scopo di eliminare l'arretrato pendente presso la Suprema Corte. Il legislatore ha inteso mutuare l'esperienza di altre Corti supreme europee, della Corte di giustizia dell'Ue e della stessa Corte costituzionale italiana, che affiancano a ciascun giudice delle figure ausiliarie – referendari o assistenti di studio – allo scopo di aiutarlo nell'istruzione dei fascicoli, nella soluzione dei casi e nella stesura dei provvedimenti. A differenza di altre esperienze, gli assistenti di studio presso la Cassazione non sono al servizio del singolo giudice, ma vengono destinati alle sezioni della Corte. Si tratta, inoltre, di magistrati, mentre presso le altre Corti è ammessa la presenza anche di figure diverse, quali ricercatori, avvocati, funzionari pubblici o esperti giuridici.

Nel testo originario dell'art. 74, d.l. 69/13 si prevedeva che le attribuzioni di assistente di studio potessero essere assegnate a trenta magistrati per i quali fosse stato deliberato il conferimento delle funzioni giurisdizionali al termine del periodo di tirocinio e con non meno di cinque anni di effettivo esercizio delle funzioni di merito. In questa prospettiva, la pianta organica della Cassazione, attraverso l'introduzione dell'art. 115-*bis*, «magistrati assistenti di studio della Corte di cassazione», nel r.d. n. 12/1941, sarebbe stata modificata temporaneamente con un ruolo a esaurimento, fino alla cessazione dal servizio o al trasferimento dei magistrati assistenti di studio.

Tali magistrati, inoltre, da destinare alle sezioni civili, non avrebbero fatto parte dei collegi giudicanti e non avrebbero potuto ottenere un trasferimento prima di cinque anni dalla data di effettiva presa di possesso, salvo gravi motivi di salute, di servizio o di famiglia. Le disposizioni, infine, escludevano l'attribuzione di benefici economici.

A fronte di tali previsioni, il Consiglio Superiore della Magistratura, nella delibera dell'11 luglio 2013, resa ai sensi dall'art. 10, l. n. 195/1958, in relazione alle disposizioni previste dallo schema di d.d.l. di conversione del d.l. 69/13, aveva suggerito che, per raggiungere uno stabile e strutturale risultato positivo in merito alla capacità di smaltimento del contenzioso da parte della Cassazione, piuttosto che introdurre un ruolo a esaurimento di magistrati con la posizione di assistente di studio, sarebbe stato preferibile rafforzare l'organico e le competenze dell'Ufficio del Massimario[4].

In sede di conversione, anche a seguito dei rilievi formulati dal CSM, la l. 9 agosto 2013, n. 98 ha modificato l'art. 74 (e di conseguenza l'art. 115, r.d. 12/41), ampliando da trentasette a sessantasette unità la pianta organica dell'Ufficio del Massimario, stabilendo che «il primo presidente della Corte di cassazione, tenuto conto delle esigenze dell'ufficio, osservati i criteri stabiliti dal Consiglio superiore della magistratura, anno per anno può destinare fino a trenta magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del Ruolo alle sezioni della Corte con compiti di assistente di studio. I magistrati con compiti di assistente di studio possono assistere alle camere di consiglio della sezione della Corte cui sono destinati, senza possibilità di prendere parte alla deliberazione o di esprimere il voto sulla decisione».

Le disposizioni definiscono le modalità di prima applicazione della novella e la disciplina a regime, prevedendo che sia il CSM a stabilire i criteri per la destinazione dei magistrati addetti all'Ufficio del Massimario alle sezioni della Corte con compiti di assistente di studio. Si prevede, inoltre, che con cadenza annuale il Primo Presidente della Corte di Cassazione informi il CSM e, per le competenze di organizzazione e funzionamento dei servizi relativi alla giustizia, il Ministero della Giustizia dell'attività svolta dai magistrati con compiti di assistente di studio.

[4] «Un ufficio del massimario adeguatamente rinforzato e ricondotto ad almeno sessanta unità in organico (senza sottrarre risorse di organico agli uffici di merito), ben potrebbe essere destinato a svolgere, oltre alle ordinarie funzioni di massimazione delle pronunce della corte, anche attività di supporto, di ricerca e di studio su richiesta delle varie sezioni della stessa corte, prevedendosi, inoltre, la possibilità per il primo presidente di destinare alcuni magistrati ad esercitare direttamente le funzioni di legittimità nei collegi (come già accadeva per i magistrati di appello applicati al massimario della Corte di cassazione prima della riforma dell'ordinamento giudiziario del 2006)».

3. I criteri per l'utilizzo dei magistrati destinati all'Ufficio del Massimario con compiti di assistente di studio nella deliberazione del CSM del 4 dicembre 2013

I criteri per l'utilizzo dei magistrati destinati all'Ufficio del Massimario con compiti di assistente di studio sono stati definiti con la deliberazione del CSM del 4 dicembre 2013[5]. Il testo disciplina i compiti degli assistenti di studio, stabilisce l'esclusività di tale funzione (escludendo un'assegnazione promiscua e concorrente di compiti di assistente e di magistrato addetto alle ordinarie funzioni dell'Ufficio del Massimario; *id est*: massimazione delle decisioni civili e penali, segnalazione dei contrasti, relazioni preliminari per le Sezioni Unite, attività attinenti al ruolo, relazioni informative sullo stato della dottrina e della giurisprudenza per specifici temi), fissa la procedura per la scelta dei magistrati all'interno dell'Ufficio del Massimario e la durata dell'incarico (di regola annuale ma rinnovabile, a domanda, in mancanza di aspiranti legittimati), introducendo la previsione di una turnazione nelle funzioni.

Viene stabilito, inoltre, un regime provvisorio di prima applicazione e un regime definitivo, provvedendosi a coordinare le nuove norme secondarie con la disciplina prevista dalla circolare del CSM sulle tabelle per il triennio 2014/2016[6].

Riguardo ai compiti cui sono chiamati gli assistenti di studio, la delibera, fatte salve le ulteriori determinazioni che il Primo Presidente riterrà di adottare, specifica che il magistrato con compiti di assistente di studio può essere chiamato a svolgere un lavoro preparatorio di esclusivo rilievo interno alla Corte e, in particolare, collaborare all'attività di formazione dei ruoli di udienza e redigere, sulla base delle istruzioni del Presidente o del consigliere relatore, una relazione contenente una sintesi dei motivi di ricorso e dei precedenti giurisprudenziali rilevanti, nonché l'indicazione di eventuali questioni rilevabili di ufficio e, ove occorra, elementi essenziali sullo svolgimento del processo. Gli assistenti di studio, inoltre, previa intesa tra il direttore dell'Ufficio del Massimario e il Presidente

[5] CSM, 4 dicembre 2013, in «Foro it.», 2014, III, col. 256.

[6] Circolare n. 19199 del 27 luglio 2011, delibera del 21 luglio 2011, e successive modifiche al 13 novembre 2013. La delibera sulle tabelle del 21 luglio 2011, comprensiva delle modifiche intervenute al 12 ottobre 2011, è contenuta in «Foro it.», *Merito ed extra*, 2011.573. Sul tema delle tabelle degli uffici giudiziari, B. Giangiacomo, *La nuova circolare sulle tabelle giudiziarie - Novità ed aspetti problematici*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2012, p. 701; G. De Luca, *Violazione delle tabelle e garanzia del giudice naturale*, in «Giusto processo civ.», 2008, p. 1045; G. Arata, *L'evoluzione della sensibilità organizzativa del Consiglio superiore della magistratura dall'introduzione del «giudice unico di primo grado» ai giorni nostri - Uno studio attraverso le circolari sulla formazione delle tabelle*, in «Quaderni di giustizia e organizzazione», 2007, fasc. 3, p. 11.

titolare della sezione di destinazione, svolgono ricerche sugli orientamenti giurisprudenziali che consentono di selezionare più efficacemente i ricorsi da sottoporre alla procedura per la dichiarazione di inammissibilità o di accoglimento o di rigetto per manifesta fondatezza o infondatezza.

4. La prima applicazione degli assistenti di studio presso le sezioni civili della Corte di Cassazione

Il CSM ha provveduto a coprire l'incremento di organico di trenta unità dell'Ufficio del Massimario con delibera del 9 luglio 2014. I magistrati destinati al nuovo incarico hanno preso possesso dell'ufficio tra il settembre e il gennaio successivo.

Le attività degli assistenti di studio e i criteri per la loro selezione sono stati definiti con decreto del Primo Presidente dell'11 febbraio 2015. Tale decreto ha disposto un'integrazione della proposta tabellare relativa al triennio 2014-2016 con il fine di realizzare un generale riassetto dell'organizzazione delle sezioni civili, creando al loro interno un omogeneo sistema di spoglio dei ricorsi, parallelo e coordinato con le disposizioni che regolano le modalità di destinazione e di impegno dei magistrati chiamati ad assumere le funzioni di assistente di studio.

L'Ufficio spoglio sezionale (§ 31-*bis*), istituito presso ciascuna sezione civile e composto da un numero variabile di magistrati, Presidenti di sezione non titolari o consiglieri, determinato dai rispettivi Presidenti titolari sulla base di un programma di spoglio e selezione degli affari pendenti da loro elaborato, si occupa dello spoglio e selezione dei fascicoli, secondo una metodologia (per materia, data di iscrizione, ecc.) individuata dal Presidente titolare della sezione, previa consultazione con il coordinatore dell'Ufficio o con l'unico addetto allo stesso, fermi restando lo spoglio diacronico e la priorità della spoglio degli affari più risalenti. Tale attività è finalizzata alla formazione di ruoli di udienza omogenei, all'individuazione del contenzioso seriate, all'individuazione di possibili accorpamenti, all'individuazione di questioni con soluzioni giurisprudenziali non univoche, all'individuazione dei ricorsi per i quali si rende opportuna la redazione della scheda informatica, di vario contenuto a opera degli assistenti di studio. Il coordinatore o il componente dell'Ufficio spoglio della Sezione ordinaria assegna agli assistenti di studio i fascicoli per i quali debbano essere redatte le schede informatiche e ne verifica il contenuto con l'assistente incaricato. I componenti dell'Ufficio spoglio assicurano contatti continui con gli assistenti al fine di garantire il miglior risultato nella redazione delle schede informatiche.

Il § 68-*bis* delle tabelle di organizzazione disciplina le modalità di interpello per l'assegnazione alle funzioni di assistente di studio e ne specifica i compiti. L'interpello è rivolto a tutti i magistrati che compongono l'Ufficio del Massimario e le disposizioni stabiliscono i criteri di selezione, nonché la durata dell'incarico. Il § 68-*bis*, dunque, in maniera chiara esclude che il cd. decreto del fare, nel disciplinare la nuova figura, abbia inteso creare un ruolo autonomo e distinto all'interno dell'Ufficio del Massimario, separando coloro che sarebbero destinati alle funzioni tradizionali dell'Ufficio (*id est:* la massimazione) dagli assistenti di studio, reclutati con un concorso *ad hoc* dal CSM. Tutti i magistrati appartenenti all'Ufficio del Massimario possono svolgere le nuove funzioni in esito all'interpello emanato dal Primo Presidente all'inizio di ogni anno. Si tratta, dunque, di funzioni temporanee[7].

Il § 68-*bis*, co. 3°, riprende la circolare del CSM e integra le funzioni degli assistenti, prevedendo che essi collaborano alla formazione dei ruoli d'udienza, predispongono relazioni preliminari contenenti una sintesi dei motivi di ricorso e dei precedenti giurisprudenziali rilevanti, nonché l'indicazione di questioni rilevabili di ufficio e, ove occorra, elementi essenziali sullo svolgimento del processo, mediante la redazione di una scheda informatica; svolgono ricerche su questioni che devono essere discusse in camera di consiglio e redigono relazioni sugli orientamenti della giurisprudenza; possono predisporre relazioni per le Sezioni Unite; possono partecipare alla redazione della relazione annuale sulla giurisprudenza della Corte di cassazione. Tali compiti sono nel dettaglio esemplificati nel § 68-*bis*, co. 4°[8]. Confermata è la possibilità per i magistrati assistenti di

[7] § 68-*bis*, co. 2°, «la prima assegnazione di assistenti di studio, in ragione della fase di avvio della nuova funzione, ha durata effettiva di 12 mesi, rinnovabile d'ufficio fino ad altri 12 mesi, per esigenze di continuità dell'Ufficio». Le disposizioni riguardanti le assegnazioni successive alla prima sono contenute nel § 68-*bis*, co. 9°.

[8] «I magistrati assistenti, in particolare, possono svolgere le seguenti attività:
Analisi sintetica del ricorso, su modulo informatico, secondo le voci in uso presso la Corte, incrementate con l'indicazione, mediante parole testuali, dei tratti caratterizzanti del ricorso, distinguendo i profili processuali e sostanziali.
Relazione, sul singolo ricorso, funzionale alla redazione del provvedimento finale non concernente ricorsi seriali. Contiene, in termini sintetici: svolgimento del processo; motivi del ricorso; riferimenti normativi utili per il giudizio; questioni controverse e individuazione dei precedenti giurisprudenziali utili per la decisione; possibili soluzioni alternative; eventuale segnalazione del carattere consolidato del principio ex art. 360 bis, primo comma, n. 1, cod. proc. civ.
Relazione su singolo ricorso seriale, funzionale alla redazione del provvedimento finale concernente ricorsi seriali. Contiene, in termini sintetici: svolgimento del processo; motivi del ricorso; riferimenti normativi utili per il giudizio; questioni; individuazione del o dei

studio di assistere alle camere di consiglio dei ricorsi per i quali hanno predisposto le relazioni, senza possibilità di prendere parte alla deliberazione o di esprimere il voto sulla decisione.

All'esito dell'interpello, la destinazione dei magistrati addetti all'Ufficio del Massimario alle funzioni di assistente di studio presso le sezioni ordinarie civili è stata disposta con decreto presidenziale del 3 aprile 2015.

In questo periodo di prima applicazione, le attività in concreto svolte dagli assistenti di studio sono state individuate da ciascuna sezione nell'ambito dei criteri definiti dalla variazione tabellare dell'11 febbraio 2015. I compiti, a seconda delle specificità del contenzioso di ciascuna sezione, si sono variamente concentrati sull'attività di spoglio, sulla predisposizione di relazioni per singoli ricorsi o per ricorsi seriali, nonché sulla ricerca giurisprudenziale.

In particolare, presso la seconda sezione civile, attese le peculiarità del contenzioso non seriale pendente[9] e l'organizzazione dell'Ufficio spoglio, agli assistenti è stata affidata, innanzitutto, la redazione di relazioni, su singoli ricorsi, funzionali alla stesura del provvedimento finale. Ciascuna relazione è stata redatta includendo i seguenti elementi: svolgimento del processo; motivi del ricorso; riferimenti normativi utili per il giudizio; questioni controverse e individuazione dei precedenti giurisprudenziali utili per la decisione; possibili soluzioni alternative; eventuale segnalazione

precedenti giurisprudenziali decisivi per la soluzione; eventuale segnalazione del carattere consolidato del principio ex art. 360 bis, primo comma, n. 1, cod. proc. civ.
Relazione su singolo ricorso complesso, in quanto contenente elementi di novità o dì particolare complessità, ovvero specifiche peculiarità della vicenda in fatto e/o diritto, funzionale alla redazione della sentenza. Contiene: svolgimento del processo; motivi del ricorso; riferimenti normativi utili per il giudizio; questioni controverse e individuazione dei precedenti giurisprudenziali utili per la decisione; possibili soluzioni alternative; se necessario, indicazioni dottrinali strettamente pertinenti rispetto alle soluzioni prospettate.
Informazione di orientamento, funzionale all'attività della sezione, su questione di ordine generale, giurisprudenziale o legislativo, di interesse per la sezione, contenente un'analisi del dato normativo e della giurisprudenza, con individuazione delle ragioni a fondamento degli orientamenti e/ o delle soluzioni;
Notizie di decisione, sintetiche, concernenti le novità giurisprudenziali, ai fini della circolazione delle notizie all'interno delle sezioni;
Contributi per la predisposizione della relazione annuale sulla giurisprudenza della Corte curata dall'Ufficio del massimario e del ruolo;
Relazioni per i ricorsi assegnati alle Sezioni unite».

[9] Tra le materie trattate per previsione tabellare vi sono: vendita, permuta, riporto, patrocinio a spese dello Stato ed impugnazioni di provvedimenti *ex* art. 170, d.p.r. n. 115/2002, urbanistica, edilizia, usi civici, riforma fondiaria, profess./onorari, appalto e contratto d'opera, agenzia, sanzioni amministrative, successioni, donazione, divisione, trascrizione, mediazione, mutuo, rendita perpetua e vitalizia, deposito, possesso, nuova opera e danno temuto, procedimento civile.

del carattere consolidato del principio *ex* art. 360-*bis*, co. 1°, n. 1, c.p.c.

All'attività di redazione di singole relazioni è stata successivamente affiancata quella di spoglio dei fascicoli per la formazione dei ruoli di udienza, mediante la predisposizione di una scheda contenente la sintesi della controversia svoltasi in primo e in secondo grado preceduta dai 'neretti', le parole significative, utili alla comprensione del contenuto del ricorso. Vengono inoltre riportati i motivi del ricorso e dell'eventuale controricorso incidentale.

Sia le relazioni sia le schede predisposte per lo spoglio dei singoli fascicoli vengono inserite dal singolo magistrato in cartelle dedicate nell'ambito del '*cloud storage*' *dropbox*, servizio che consente di archiviare file su *datacenters* remoti, in un ambiente creato dal Presidente titolare della sezione.

Dal mese di luglio è stata prevista la presenza, senza possibilità di prendere parte alla deliberazione o di esprimere il voto sulla decisione, alle camere di consiglio dei ricorsi per i quali sono state predisposte le relazioni (decreto del 24 giugno 2015 del Presidente titolare). A seguito dell'assegnazione del fascicolo al ruolo di udienza, la cancelleria provvede a segnalare al consigliere relatore e all'assistente di studio il numero di ruolo del fascicolo per cui è stata predisposta la relazione, al fine di consentirne l'acquisizione dal *cloud dropbox* e il successivo confronto sul suo contenuto.

5. Il progetto di riforma della giustizia civile e il ruolo dei magistrati dell'Ufficio del Massimario: la possibilità di applicazione come componenti dei collegi giudicanti

Riguardo agli effetti dell'utilizzo degli assistenti di studio per l'abbattimento dell'arretrato civile della Corte di Cassazione solo l'analisi nel tempo dei dati statistici potrà dar conto dell'efficacia di questa misura. La disciplina prevede, infatti, una relazione annuale del Primo Presidente che dia conto al CSM e al Ministero della Giustizia dell'attività svolta dai magistrati destinati a tali compiti.

Tuttavia, un migliore utilizzo di queste risorse potrebbe discendere da una modifica normativa che, al pari di quanto un tempo previsto per la figura oggi soppressa degli applicati di appello presso la Corte[10], consenta ai magistrati addetti all'Ufficio del Massimario non solo di predisporre

[10] La figura del magistrato di appello, che poteva essere autorizzato, per esigenze di servizio, a esercitare le funzioni di consigliere della Corte di Cassazione con decreto del primo presidente della Corte, è stata soppressa dal d.lgs. 23 gennaio 2006, n. 24 che, nell'ambito della riforma dell'ordinamento giudiziario, ha rideterminato la pianta organica dei magistrati addetti alla Corte.

relazioni su singoli ricorsi e di partecipare alla Camera di Consiglio senza diritto di voto, ma di comporre direttamente i collegi con l'assegnazione di cause del ruolo di cui sarebbero relatori ed estensori, senza la mediazione che il sistema attuale prevede.

In tale direzione, il disegno di legge-delega per la riforma del processo civile approvato dalla Camera il 10 marzo 2016 ed elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Maria Berruti, indica, all'art. 1, co. 2°, lett. *c*), n. 4), tra i principi e i criteri direttivi, la previsione di una più razionale utilizzazione dei magistrati addetti all'Ufficio del Massimario e del Ruolo, anche mediante possibilità di applicazione, come componenti dei collegi giudicanti, di quelli aventi maggiore anzianità nell'Ufficio.

Si tratta di una proposta di modifica importante, che consentirebbe da un lato di incrementare il numero dei relatori delle cause e, quindi, il numero delle sentenze pronunciate, dall'altro di favorire un ulteriore arricchimento professionale dei magistrati addetti all'Ufficio del Massimario[11].

Abstract

Il contributo affronta il tema dei magistrati con compiti di assistente di studio presso Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di Cassazione. La figura dell'assistente di studio è stata introdotta con il c.d. decreto del fare al fine di favorire l'eliminazione dell'arretrato presso la Suprema Corte. Il testo esamina i compiti assegnati agli assistenti alla luce della prima applicazione presso le sezioni civili della Corte, mettendo in luce le possibili modifiche normative.

[11] A favore della reintroduzione dei magistrati di appello applicati nei collegi, cfr. già Scrima, *Il Massimario della Corte suprema di cassazione tra storia e attuali prospettive*, cit., pp. 735 s. secondo cui «tali magistrati costituivano un prezioso trait d'union con le singole sezioni presso le quali svolgevano anche funzioni giurisdizionali, componendo i collegi e redigendo una certa percentuale di provvedimenti. La prospettiva di modifiche di funzioni (da quelle di tribunale a quelle di appello) nell'ambito del medesimo Ufficio assicurava un maggiore permanenza, garantiva una più raffinata qualificazione professionale, favoriva la trasmissione di conoscenze ai nuovi arrivati, consentiva un ricambio graduale ed accentuava – il che non guasta – il senso di appartenenza all'Ufficio».

Gianpaolo Impagnatiello

Regole del c.d. processo civile telematico e sistema del codice di rito[*]

1. Il tema del 'riallineamento' tra princìpi processuali e regole tecniche del c.d. processo civile telematico è all'ordine del giorno ormai da tempo. Nel mese di febbraio del 2015, con l'approvazione del d.d.l. delega n. 2953/C/XVII, che recepisce lo schema di riforme del processo civile elaborato dalla Commissione ministeriale presieduta da Giuseppe Maria Berruti, si è messo in moto il processo legislativo che potrebbe – il condizionale è come sempre d'obbligo – portare ad affrontare in modo diretto la questione, posto che nell'art. 2, lett. *h*), si stabilisce che i decreti legislativi attuativi dovranno prevedere l'«adeguamento delle norme processuali all'introduzione del processo civile telematico».

In cosa siffatto adeguamento debba consistere il d.d.l. e la relazione illustrativa non lo dicono. Ci si sarebbe forse potuti attendere minore approssimazione. Sta di fatto che la carta è bianca e si tratterà di riempirla. Certo, c'è l'indicazione dell'Associazione Nazionale Forense, secondo cui «non è il processo telematico che si deve adeguare al codice di procedura civile, ma è il codice di procedura civile che deve essere fatto in modo da garantire la più assoluta efficienza ed affidabilità del processo telematico, rispettandone caratteri, requisiti e standard: "il processo telematico innanzi tutto e tutto il resto si conformi ad esso"». Istintivamente questa prospettiva mi lascia perplesso e non già perché io pensi che la tecnologia non debba entrare dalla porta principale nella gestione processuale, ma perché non mi convince la contrapposizione tra processo telematico e codice processuale: come se ci fosse il processo civile e poi il processo civile telematico.

Non credo che il c.d. processo telematico possa essere un fine. Il processo

[*] Testo della relazione tenuta nel convegno su 'Nuove regole e prassi per l'efficienza del processo civile telematico a un anno dalla sua obbligatorietà', svoltosi a Milano il 23 giugno 2015 per iniziativa dell'Unione Nazionale delle Camere Civili.

civile è strumento di attuazione dei diritti e, a propria volta, la tecnologia non può che essere al servizio del processo: la tecnologia telematica nella gestione processuale, insomma, è strumentale al quadrato.

E allora mi sembra più stimolante l'approccio problematico che non molto tempo fa Remo Caponi ha avuto al tema delle implicazioni linguistiche del c.d. processo civile telematico[1]. Egli si è domandato se abbia senso affrontare la questione della lingua processuale (*rectius*, delle lingue processuali) anche nel processo civile telematico; se cioè, la questione sia assorbita da quella che attiene alle lingue del processo civile *tout court* oppure meriti un'analisi *ad hoc*. Egli conclude per la soluzione affermativa, ma all'esito di un'indagine che passa attraverso l'esaltazione della capacità propulsiva che l'impiego delle tecnologie telematiche può produrre sul piano della semplificazione, della comprensibilità e della trasparenza della lingua processuale. In una parola della sua democratizzazione.

Orbene, se l'impiego delle tecnologie telematiche è in grado di innescare trasformazioni virtuose, è vero anche che esso racchiude delle incognite delle quali occorre essere consapevoli, a cominciare dalla esaltazione eccessiva del suo ruolo.

Questo implica una serie di prese di posizione, alle quali non intendo sottrarmi.

Credo, in primo luogo, che le scelte di valore sul processo civile debbano situarsi a monte dell'uso della telematica e dell'informatica, e non possano esserne in alcun modo condizionate. Mi riferisco essenzialmente alla fondamentale opzione tra oralità e scrittura nel processo civile. Com'è noto, la tensione tra questi due paradigmi è antica: Giuseppe Chiovenda e prima di lui Franz Klein hanno propugnato la necessità che il processo civile sia quanto più possibile orale. In realtà, un processo civile completamente orale è praticamente irrealizzabile. Anche la parabola del processo del lavoro – e in tempi più recenti quella dei procedimenti camerali e cautelari – dimostra che l'amministrazione della giustizia in ambito civile non può essere mai completamente lasciata al dominio dell'oralità. La parola detta ha bisogno dell'ausilio e del supporto della parola scritta. Mentre la *quaestio facti* si presta a un esame prevalentemente se non esclusivamente orale, come nel processo penale, le questioni di diritto sono notoriamente più adatte a una trattazione per iscritto. E del resto la domanda giudiziale non può che essere veicolata nel processo in forma scritta. Intendo dire – per quanto il tema meriterebbe una indagine ben più ampia di quella

[1] R. Caponi, *Il processo civile telematico tra scrittura e oralità*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2015, pp. 305 ss.

che qui è possibile svolgere – che oralità e scrittura devono convivere nel processo civile, completandosi e rafforzandosi l'un l'altra.

Del resto, non è un caso che la maggior parte delle esperienze europee, a partire da quella tedesca, si siano orientate verso un modello di processo che ha il suo cardine nell'udienza, la quale è necessariamente orale ma viene preparata mediante uno scambio preliminare di scritti difensivi. Scritti che servono non solo a consentire un pieno dispiegamento del contraddittorio, ma anche a consentire al giudice un efficace *case management* all'udienza.

È, per certi versi, un po' il modello processuale che qualche anno fa fu disegnato dalla Commissione Vaccarella, fu testato (con esiti poco felici) nel rito societario e oggi, con taluni aggiustamenti, viene riproposto dal d.d.l. delega frutto dei lavori della Commissione Berruti.

Orbene, è lecito domandarsi: la scelta di questo o di un altro modello processuale può essere condizionata dall'uso delle tecnologie informatiche e telematiche? È giusto prediligere un modello più scritto che orale in ragione del più ampio dispiegarsi della telematica cui esso si presta?

2. A mio avviso la risposta non può che essere negativa. La tecnologia può offrire un supporto formidabile alla realizzazione di un modello processuale misto (scritto-orale), ma non piegarlo alle sue esigenze.

Non sono certamente io il primo a dire che la capacità seduttiva della telematica e dell'informatica è molto forte. L'utilizzo delle modalità di gestione telematica del processo è tanto più efficace e proficuo, quanto più il processo è scritto. Non a caso, in Italia di processo civile telematico si è cominciato a discutere soprattutto dopo le riforme della metà degli anni Novanta, che hanno aumentato il peso specifico della scrittura nella trattazione della causa[2]. Le memorie *ex* art. 183, comma 6, c.p.c. spostano il baricentro della trattazione dall'udienza agli studi legali degli avvocati, svuotando quasi completamente di significato la prima udienza, che il più delle volte si riduce a un mero rinvio con assegnazione dei ben noti termini. Si aggiungano tutte le previsioni che tendono a sostituire il confronto personale con attività compiute per iscritto: lo scambio tra CTU e parti del progetto di relazione e delle relative osservazioni; la trasmissione della dichiarazione scritta del *debitor debitoris* nella procedura espropriativa presso terzi; fino ad arrivare alla testimonianza scritta (art. 257-*bis*, c.p.c.) e al c.d. *affidavit*

[2] V., tra gli altri, i saggi di F. Carpi, *Processo civile e telematica, riflessioni di un profano*, e di P. Liccardo, *Introduzione al processo civile telematico*, entrambi in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2000, pp. 467 ss. e 1165 ss.

previsto dal d.l. 132/2014 ma soppresso dalla relativa legge di conversione.

Mi sembra che la tendenza degli ultimi anni sia stata quella a implementare momenti di trattazione scritta nel processo, a tutto scapito dell'oralità, vista non già come una risorsa, ma piuttosto come un bene prezioso da centellinare, sostituendo per quanto possibile le attività una volta destinate a essere svolte in udienza con adempimenti scritti.

L'uso delle tecnologie telematiche ha trovato in questa cornice un terreno fertile di espansione: quanto più frequenti e numerosi sono gli adempimenti processuali destinati a essere assolti per iscritto, tanto più la telematica può dire la sua. E fin qui va benissimo, perché tanto l'avvocato, quanto il giudice traggono un innegabile ed evidente beneficio dal poter depositare una memoria o un provvedimento con pochi clic comodamente dalla propria postazione remota (salvo poi vedere le cancellerie piene di avvocati che chiedono come mai dopo tre o quattro giorni non è ancora pervenuta la fatidica quarta ricevuta: ma questo è un altro paio di maniche). Ed è innegabilmente comodo poter leggere atti e documenti senza accedere fisicamente al fascicolo cartaceo.

E tuttavia, come ho accennato, la telematica potrebbe voler piegare le logiche del processo a se stessa e alla propria *vis expansiva*. Appare evidente come nelle possibilità della tecnologia telematica vi sia anche quella della gestione a distanza delle udienze: un giudice, due avvocati e magari un cancelliere dialogano in videoconferenza ciascuno dal proprio ufficio o dal proprio studio, senza incontrarsi. Lo si può già fare e talvolta lo si fa e anche questo è innegabilmente utile in certe situazioni.

Ma è questo lo standard di processo civile che vogliamo? Un processo in fondo spersonalizzato e disumanizzato, nel quale tutto si fa dialogando a distanza senza confronto personale? In cui la presenza in ufficio di avvocati e giudice è un fatto residuale? La telematica tiene (*rectius*, si propone di tenere) lontani dagli uffici gli avvocati, ma lo stesso risultato produce per il giudice, il quale grazie alle tecnologie telematiche è invogliato a vivere poco l'ufficio giudiziario. Anch'egli trova comodo restare a casa e depositare da lì i propri provvedimenti. Il che, a ben vedere, non è senza riflessi sulla condivisione della cultura della giurisdizione e sulla circolazione delle buone prassi, e mal si concilia con il concetto stesso di ufficio del giudice da più parti propugnato.

Insomma, quello sopra accennato potrebbe essere, in un futuro neppure troppo lontano, il 'vero' processo civile telematico: un processo in cui tutto si fa mediante documenti informatici trasmessi con sistemi sicuri e con pieno valore legale; in cui anche le udienze, se ci sono, sono gestite in via telematica; in cui il verbale di udienza, *ça va sans dire*, consiste in un documento informatico.

Se è questo il futuro del processo civile deve deciderlo la politica, dialogando con l'avvocatura, la magistratura, il personale ausiliario e, perché no, l'accademia. Ma, sia consentito dirlo, a decidere quale debba essere il processo civile di domani non può essere la tecnologia, né possono essere ingegneri e tecnici informatici.

Personalmente credo – e l'esperienza europea lo conferma – che un processo interamente telematico, destinato a essere gestito in maniera solo immateriale da tecnocrati del diritto (magistrati telematici, avvocati telematici, cancellieri telematici), sia poco rispondente alle esigenze delle moderne società democratiche, nella misura in cui tale modello processuale tende a escludere il cittadino dall'esercizio della giurisdizione. L'accesso alle aule di giustizia, il confronto con il giudice, l'avversario, i testimoni e gli altri protagonisti del processo, sono sinonimo di partecipazione, rispondendo a un bisogno primario di una società democratica evoluta.

3. In attesa che tutto questo accada, non possiamo non registrare come il c.d. processo civile telematico stia producendo, insieme a tanti risultati sicuramente apprezzabili (v. le meravigliose sorti e progressive esibite dall'ultima ricognizione statistica di fonte ministeriale, aggiornata a maggio 2015), anche qualche pericolosa deriva.

Non mi riferisco ora alla tecnologia telematica.

Non mi riferisco neppure alle criticità che in questo ultimo anno sono emerse con riguardo al funzionamento dei dispositivi che devono assicurare il dialogo tra archivi informatici e punti di accesso.

Mi riferisco piuttosto alle distorsioni che derivano dal pensare che esista un processo civile telematico 'diverso' dal processo civile, con un proprio sistema di regole e con propri princìpi, ai quali le regole e i principi del processo civile non si applicano.

La forza delle parole non va sottovalutata. La formula 'processo civile telematico', utilizzata correntemente per definire in maniera sintetica le disposizioni sul deposito e le comunicazioni di atti e provvedimenti nel processo, rischia di generare la convinzione che l'uso delle tecnologie telematiche possa essere del tutto autoreferenziale[3]. A ben vedere, fin quando l'espressione processo civile telematico rimane uno slogan, da utilizzare per definire un obiettivo auspicato (quello cioè di un impiego massiccio della telematica nella gestione processuale) ovvero in contesti non tecnici

[3] Colgono l'enfasi della locuzione C. Consolo, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, III, Giappichelli, Torino 2012², pp. 245 ss.; G.G. Poli, *Il processo civile telematico del 2015 tra problemi e prospettive*, in «Giusto processo civ.», 2015, p. 229.

per definire in maniera sintetica e immediatamente comunicativa un sistema di regole, non c'è nulla di cui scandalizzarsi. L'anelito verso un processo civile sempre più padrone delle tecnologie telematiche potrà essere apprezzato da alcuni e magari meno da altri, ma discorrere di processo civile telematico è lecito e accettabile.

Trovo invece meno accettabile leggere in certi arresti giurisprudenziali che il processo civile telematico non tollera deviazioni dall'applicazione delle regole tecniche su cui esso è costruito; e constatare che il mancato rispetto di codeste regole tecniche non va sanzionato secondo le categorie proprie del processo civile, ma secondo gli stilemi dello stesso processo civile telematico[4].

Mi riferisco, per esempio, a quell'indirizzo giurisprudenziale secondo cui il deposito di un atto in PDF immagine anziché in PDF nativo, non rendendo possibili operazioni di selezione e copia di sue parti, deve essere sanzionato con l'inammissibilità dell'atto. E ciò viene detto dopo aver individuato lo scopo del processo civile telematico nella sua stessa funzionalità: «lo scopo dell'atto processuale telematico diviene, prima di ogni altro, quello di inserirsi efficacemente in una sequenza intrinsecamente assoggettata alle regole tecniche che impongono l'adozione di particolari formati in luogo di altri»[5], sicché «risulta di immediata percezione che il processo civile telematico implica l'adesione degli operatori agli standard tecnici stabiliti, a pena della sua stessa praticabilità e ragionevole durata (art. 111 Cost.)».

Si tratta, a mio sommesso avviso, di una distorsione interpretativa fortunatamente contrastata non solo dalla dottrina pressoché unanime, ma anche da altra parte della giurisprudenza incline ad attribuire all'osservanza delle regole tecniche un valore meramente strumentale al raggiungimento dello scopo obiettivo dell'atto, che non è da ricercarsi nella funzionalità del PCT, bensì nei princìpi e nelle regole del processo civile: sicché il deposito di un ricorso per ingiunzione o di una memoria in PDF immagine anziché in PDF nativo integrerà una mera irregolarità e non già una nullità per inidoneità al raggiungimento dello scopo[6].

[4] Su questi e altri problemi, v. G.G. Poli, *Profili teorico-pratici del deposito degli atti nel processo civile telematico*, in «Foro it.», 2014, V, coll. 137 ss.; Id., *Processo civile telematico: le novità del d.l. n. 90/2014*, in <www.treccani.it> (ultimo accesso 01.03.2016); Id., *Il processo civile telematico del 2015*, cit., pp. 229 ss.

[5] Trib. Roma 9 giugno 2014, Giud. Saracino, in <www.pergliavvocati.it> (ultimo accesso 01.03.2016).

[6] Una preziosa indicazione si ricava da Cass. 17 giugno 2015, n. 12509, secondo cui l'invio a mezzo posta di un atto processuale alla cancelleria, pur essendo del tutto irregolare, non vizia il deposito se lo scopo di quest'ultimo è stato raggiunto.

4. L'autoreferenzialità insita nell'erigere la funzionalità del processo civile telematico a ragione stessa della sua esistenza è molto pericolosa. Ed è questa la ragione per la quale è importante che il codice di rito si riappropri del proprio ruolo, accogliendo al proprio interno la disciplina della trasmissione telematica degli atti, sia sotto il profilo fisiologico, sia sotto quello patologico. Solo sciogliendo l'equivoco che il PCT non è altro rispetto al processo civile, e dando respiro sistematico alla relativa disciplina, connettendola ai principi fondamentali del processo, è possibile superare gli attuali imbarazzi interpretativi e assicurare alla telematica la rilevanza che merita nel *case management*.

Quali indicazioni operative è possibile suggerire nel breve e nel medio periodo?

In primo luogo, occorrerà risolvere quanto prima il problema del 'doppio binario' del fascicolo, per metà cartaceo, per metà telematico.

Occorrerà poi:

- modificare le disposizioni (artt. 165, 166, 415, 416, 342, 369, 370, 702-*bis* ecc., c.p.c.) che prevedono le modalità di costituzione dell'attore e del convenuto, e che oggi non fanno alcun riferimento alla possibilità di costituzione in giudizio in via telematica;
- modificare gli artt. 126 e 130, c.p.c. sulla redazione del verbale. La verbalizzazione delle udienze va radicalmente ripensata, alla luce sia della possibilità di redazione del verbale con modalità telematica, sia dell'endemica carenza di personale di cancelleria;
- modificare l'art. 147 c.p.c.: il limite orario non ha senso se è possibile notificare anche nei giorni festivi;
- stabilire con quali modalità il fascicolo di parte solo telematico ovvero metà cartaceo metà telematico deve essere depositato nei giudizi di impugnazione;
- eliminare la necessità che il deposito sia accettato dal cancelliere. Infatti, se è vero che la data e l'orario del deposito sono quelli della ricevuta di avvenuta consegna (ossia la c.d. seconda ricevuta), è pur vero che il difensore saprà se il deposito si è perfezionato con successo solo con l'avvenuta accettazione da parte del cancelliere, il che quasi mai avviene nell'arco della medesima giornata e può avvenire anche alcuni (o molti) giorni dopo. Per non dire della possibilità (tutt'altro che teorica) che finanche le prime ricevute – quelle di accettazione e di avvenuta consegna – siano recapitate al mittente con significativo ritardo. Questo fa sì che, nella prassi, sia vivamente sconsigliato effettuare i depositi telematici l'ultimo giorno, poiché in caso di mancata accettazione

da parte del cancelliere dopo la scadenza del termine non vi è modo di rimediare. Un 'allineamento' tra regole processuali ed esigenze funzionali del PCT dovrebbe allora consistere nella modifica dell'art. 153 c.p.c., con introduzione della previsione per cui, in caso di rifiuto del deposito da parte del cancelliere (per qualunque motivo), il deposito telematico può essere ripetuto entro un brevissimo termine (ad es. ventiquattro ore) dalla ricezione della quarta ricevuta, con attestazione da parte del difensore che gli atti e i documenti depositati sono conformi a quelli oggetto del primo deposito;

- rendere visibili in tempo reale i depositi telematici;
- introdurre (non nel c.p.c., bensì) nel sesto libro del codice civile una o più norme dirette a stabilire il principio che un formato difforme da quello previsto dalle regole tecniche sul PCT equivale all'originale oppure, a seconda dei casi, ha il valore di una copia dell'originale, la quale, ai sensi dell'art. 2719, c.c., ha la stessa efficacia del formato previsto dalle regole tecniche se la sua conformità è attestata dal difensore o non è contestata.

L'innovazione sicuramente più importante consiste tuttavia nel dettare una disciplina della violazione delle regole tecniche sugli invii telematici in linea con i princìpi del nostro c.p.c., che a mio avviso ha nella disciplina della nullità degli atti processuali, posta a chiusura del primo libro, una delle sue parti migliori, in grado di porre il processo al riparo da derive iperformalistiche quali quelle più su ricordate. Beninteso, una modifica normativa non sarebbe in questo senso neppure necessaria, ben potendo ricavarsi dai princìpi di strumentalità, di conversione e di rilevazione della nullità processuali tutto quanto necessario a risolvere la maggior parte dei problemi interpretativi dei quali la giurisprudenza si occupa quasi quotidianamente. Tuttavia, come dimostra la riscrittura dell'art. 164, c.p.c. ad opera della l. 353/1990, anche una norma a stretto rigore inutile, perché fedelmente applicativa di princìpi generali, può rendersi indispensabile per condurre per mano la giurisprudenza verso interpretazioni non formalistiche e tendenzialmente *in bonam partem* delle sanzioni comminabili a fronte delle divergenze dell'atto rispetto al suo paradigma legale.

5. Per concludere, il c.d. processo civile telematico, tra impronte di Hash e rigore formale delle attestazioni di conformità, ha ormai prodotto una nuova ritualità, se non proprio una nuova mistica; le quali ci

ricordano che, come diceva Piero Calamandrei, «per trovar la giustizia bisogna esserle fedeli: essa, come tutte le divinità, si manifesta soltanto a chi ci crede».

Abstract

L'Autore nota come alcune delle criticità derivanti dalla introduzione del processo civile telematico derivino da una distorsione della sua funzione e del suo scopo. È infatti spesso confuso con un sistema autonomo e diverso dal processo civile, con un proprio sistema di regole; ove sarebbe invece opportuno ricondurlo alla sua propria funzione di strumento al servizio del processo civile. Si propongono, dunque, alcune correzioni, nell'ottica di un riallineamento tra principi processuali e regole tecniche.

Daniela Longo

L'interpretazione della legge ai tempi della decretazione d'urgenza e dei voti di fiducia: la rinnovata centralità del dato storico e comparatistico

Sommario: 1. Il recente (ab)uso della decretazione d'urgenza e dei voti di fiducia nell'elaborazione delle norme processuali civili – 2. L'insufficienza degli ordinari criteri interpretativi – 3. Il preponderante rilievo della genesi della norma come criterio di secondo grado: i precedenti progetti di legge e il diritto straniero – 4. Considerazioni conclusive

1. Il recente (ab)uso della decretazione d'urgenza e dei voti di fiducia nell'elaborazione delle norme processuali civili

Le riflessioni che andiamo sviluppando in questo brevissimo saggio sono nate dalle difficoltà interpretative sorte nell'esaminare una delle recenti ennesime novelle del processo civile e dalla constatazione dello scarso ausilio fornito dalla maggior parte degli ordinari canoni ermeneutici.

Più volte in passato il legislatore ha fatto ricorso alla decretazione d'urgenza per novellare singoli istituti.

E però, va pericolosamente acquisendo i connotati di una inespugnabile prassi parlamentare l'*iter* costituito da 'decretazione d'urgenza-maxiemendamento alla legge di conversione-voto di fiducia sul nuovo articolo unico', ora anche con interventi, non specifici o settoriali, ma di regolamentazione del processo civile nel suo complesso.

Ciò è senz'altro avvenuto con il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, recante «Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile»[1], convertito con

[1] La questione di fiducia è stata posta vuoi al Senato, in data 22 ottobre 2014 (ed approvata il giorno seguente) su un emendamento governativo (n. 1.800) interamente sostitutivo del d.d.l. di conversione 1612/S/XVII, nel testo proposto dalla Commissione, vuoi, secondo le medesime modalità, alla Camera in data 3 novembre 2014 (e approvata il successivo 6 novembre) sull'articolo unico del d.d.l. di conversione, nel testo della Commissione identico a quello del Senato, senza emendamenti né articoli aggiuntivi.

modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.

E la medesima strada è stata percorsa anche per l'approvazione della successiva novella, intervenuta con d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante «Modifiche alle disposizioni in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria», convertito con modificazioni dalla l. 6 agosto 2015, n. 132[2].

La gravità dell'(ingiustificata[3]) adozione della decretazione d'urgenza in relazione a norme estremamente tecniche, come quelle attinenti al funzionamento del processo civile, è così risultata acuita dalla circostanza che ogni riflessione e discussione sui testi normativi è stata resa impossibile dal contingentamento dei tempi e dalla apposizione del voto di fiducia in entrambi i rami del Parlamento.

È sufficiente esaminare l'*iter* legislativo della riforma da ultimo richiamata per rendersi conto che pressoché nulla è possibile ricavare dai lavori preparatori, quanto meno in ordine alla disciplina del processo esecutivo. La legge di conversione è stata approvata in una sostanziale assenza di dibattito su queste ultime modifiche, atteso che vuoi la discussione vuoi gli emendamenti approvati hanno avuto prevalentemente ad oggetto le norme fallimentari. Diversamente, gli emendamenti inerenti al processo esecutivo, pur se in molti casi apprezzabili, sono stati o ritirati o rinunciati, e soltanto i pochi emendamenti proposti dal relatore alla legge sono confluiti nell'articolo unico sul quale è stata apposta la fiducia.

In generale, sulla prassi del maxi-emendamento seguito da un voto di fiducia, v. T. Martines *et al.*, *Diritto parlamentare*, Giuffrè, Milano 2011[2], pp. 243 ss.; *Maxi-emendamenti, questioni di fiducia, nozione costituzionale di articolo*, a cura di N. Lupo, CEDAM, Padova 2010, *passim.*

[2] Il Ministro per le Riforme costituzionali e i Rapporti con il Parlamento, M.E. Boschi, ha posto la questione di fiducia sull'approvazione, senza emendamenti né articoli aggiuntivi, dell'articolo unico del d.d.l. di conversione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, nel testo approvato dalla Commissione a seguito del rinvio deliberato dall'Assemblea, nella seduta del 21 luglio (approvata il successivo 24 luglio) alla Camera (C. 3201) e del 4 agosto 2015 (approvata il successivo 5 agosto) al Senato (S. 2021).

[3] Sulle critiche a tale uso, ancor più ove si consideri la disciplina transitoria del d.l. 132 del 2014 – ma lo stesso può ripetersi anche per il d.l. 83 del 2015 – per la quale il decreto entra in vigore dal trentesimo giorno successivo alla vigenza della legge di conversione, «disposizione questa che nega *ex se*, come ognun vede, la sussistenza dei presupposti "straordinari di necessità e d'urgenza" di cui all'art. 77 Cost.», v. A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in «Corriere giur.», 2015, p. 390.
Sul conseguente intricato regime transitorio, v., in materia esecutiva, M. Cirulli, *La riforma del processo esecutivo*, in <www.judicium.it> (ultimo accesso 01.03.2016).

2. L'insufficienza degli ordinari metodi interpretativi

«Nell'attuale situazione di pluralismo si moltiplicano a dismisura le interpretazioni possibili, si indebolisce la certezza e diviene drammaticamente difficile reperire la soluzione corretta»[4].

Tale già difficoltosa ricerca della certezza interpretativa è resa ancor più complessa dalla pessima qualità delle norme, inevitabile frutto di un'attività legislativa deficitaria di riflessione e confronto. L'atecnicismo legislativo non soltanto è in grado di generare mostri giuridici[5], ma alle volte rende inutilizzabili i tradizionali criteri ermeneutici.

Sicché l'art. 12, disp. prel. c.c., che codifica i metodi c.d. di primo grado[6], offre pochi appigli all'ardua opera dell'interprete.

Quando il dato letterale non è chiaro o addirittura incomprensibile certamente il metodo letterale[7] di cui al comma 1° di tale norma – già di dubbia autonomia[8] – non è d'ausilio, poiché manca un senso «fatto palese

[4] G. Zaccaria, *Interpretazione della legge*, in «Encicl. diritto – Annali», V, Giuffrè, Milano 2012, p. 708.

[5] Si può ricordare per tutti la recente introduzione dell'art. 624, comma 3°, c.p.c. che ha necessitato di un immediato rimaneggiamento, poiché risultava impossibile persino la configurazione della fattispecie di estinzione del pignoramento da tale norma disciplinata. Sulla evoluzione normativa di questa norma e sulle critiche ad essa mosse dalla dottrina, si veda da ultimo B. Capponi, *Misure interinali contro l'esecuzione forzata*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2015, pp. 635 ss., nonché, se vuoi, per riferimenti più risalenti, il mio *La sospensione nel processo esecutivo*, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e C. Perago, Giappichelli, Torino 2009, pp. 717 ss.

[6] I metodi di primo grado consentono di determinare il significato delle formulazioni normative, mentre quelli di secondo grado, intervengono nella scelta tra più significati attribuibili alla disposizione sulla base dei metodi di primo grado. Così, Zaccaria, *Interpretazione della legge*, cit., p. 698.

[7] La ben nota classificazione degli elementi, grammaticale, logico, storico e sistematico, di cui consta l'interpretazione, risale a F.C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. di V. Scialoja, I, Unione Tipografico, Torino 1886, pp. 222 ss.; per il quale v. anche G. Zaccaria, F. Viola, *Diritto e interpretazione: lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2013[7], pp. 221 ss.; *Friedrich Karl von Savigny. Antologia di scritti giuridici*, a cura di F. De Marini, il Mulino, Bologna 1980, spec. pp. 159 ss.
Sulla interpretazione della legge, v., *ex multis*, T. Martines, *Diritto costituzionale* (13ª ed. riv. da G. Silvestri), Giuffrè, Milano 2013, pp. 97 ss.; Zaccaria, Viola, *Diritto e interpretazione*, cit., pp. 105 ss.; E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, Giuffrè, Milano 1990, *passim*; D.U. Santosuosso, *Metodo e ruolo della dottrina giuridica (appunti per una ricerca)*, in «Giur. it», 1990, IV, coll. 331 ss.; G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni, I, tomo II, Giuffrè, Milano 1980, *passim*; E. Paresce, *Interpretazione. I. Filosofia del diritto e teoria generale*, in «Encicl. dir.», XXII, Milano 1972, pp. 152 ss.

[8] È corretto attribuire al metodo letterale una portata fondamentalmente negativa, in quanto

dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse».

Né tale senso potrebbe rivenire dall'argomento storico, se per tale intendiamo la ricerca del contesto storico nel quale la norma si è formata, o dalla intenzione del legislatore, vuoi che ad essa si ricolleghi la *ratio legis*, intesa come intenzione del legislatore obiettivata nella norma, vuoi che si ricerchi l'intenzione dell'autore della norma, poiché anch'esse potrebbero risultare parimenti ambigue.

In particolare, quanto all'ultimo degli argomenti evidenziati, si è in dottrina sottolineata la sterilità di una ricerca della volontà del legislatore (ma sul punto si tornerà *sub* § 3), in quanto, da un lato, condurrebbe a mettere sullo stesso piano la legge votata e pubblicata e i materiali informi da cui siano desumibili i nascosti pensieri del legislatore; dall'altro, la complessità dei procedimenti con cui nei sistemi giuridici contemporanei avviene la produzione del diritto impedisce di riferirla ad un atto linguistico individuale, frutto della volontà e dell'intenzione di un autore singolo[9]. D'altronde, proprio l'assenza di dibattito sottrae significato alla mancata approvazione di un emendamento, come ricordato di norma frutto della ristrettezza dei tempi per l'approvazione del testo normativo e della rinuncia secondo logiche politiche che prescindono da una intenzione legislativa.

In un contesto come quello attuale, deve allora abbandonarsi l'approccio cognitivo, per il quale le parole assumono un significato proprio e intrinseco e l'intenzione del legislatore è univoca e riconoscibile[10].

Un esempio, potrebbe chiarire quanto andiamo dicendo e accompagnare ogni successiva considerazione.

Con il d.l. 132 del 2014, è stato introdotto l'art. 492-*bis*, c.p.c., recante *Ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare*, il quale nella sua formulazione originaria così recitava: «Su istanza del creditore procedente, il presidente del tribunale del luogo in cui il debitore ha la residenza, il

in grado di determinare il perimetro oltre il quale non è corretto procedere per l'assegnazione del significato alla disposizione. Così Zaccaria, *Interpretazione della legge*, cit., p. 701.

[9] R. Sacco, *Interpretazione del diritto*, in *Digesto civ.*, UTET, Torino 2012, p. 612.
In relazione alla impossibilità di reperire una volontà attesa la complessità dell'elaborazione normativa, Zaccaria, *Interpretazione della legge*, cit., p. 700, il quale rileva altresì che la volontà del legislatore non può essere vista come un criterio interpretativo, ma è essa stessa un risultato dell'interpretazione; Zaccaria, Viola, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 149 ss.; nonché per riferimenti più risalenti, E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici* (2ª ed. riv. e ampl. a cura di G. Crifò), Giuffrè, Milano 1971, pp. 261 ss.
Sul rigetto del dogma della volontà v. Laserra, *L'interpretazione della legge*, Jovene, Napoli 1955, pp. 23 ss.

[10] Per una rapida disamina delle teorie dell'interpretazione v., da ultimo, Zaccaria, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 695 ss.

domicilio, la dimora o la sede, verificato il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata, autorizza la ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare. L'istanza deve contenere l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica ordinaria ed il numero di fax del difensore nonché, ai fini dell'articolo 547, dell'indirizzo di posta elettronica certificata».

La norma aveva immediatamente posto, tra i tanti, un rilevante dubbio interpretativo, rimasto sostanzialmente irrisolto sino alla novella di cui si dirà oltre, e, a dire, se l'istanza al presidente del tribunale dovesse precedere ovvero seguire la notifica di titolo esecutivo e atto di precetto.

Gli argomenti interpretativi classici appaiono insufficienti a selezionare l'interpretazione corretta, poiché tutti sono suscettibili di condurre vuoi all'una vuoi all'altra delle opzioni interpretative ora ricordate.

Innanzitutto un simile dubbio interpretativo non avrebbe potuto essere dipanato col criterio letterale, poiché i dati letterali erano ambigui o confliggenti.

Sotto tale prospettiva, avrebbe potuto porsi l'accento sul termine 'creditore procedente'; e, però, tale termine appare già in sé profondamente ambiguo calato nell'ambito del processo esecutivo, poiché potrebbe designare – e ciascuna interpretazione è stata in effetti sostenuta[11] – il creditore che abbia minacciato l'esecuzione notificando l'atto di precetto, il creditore che abbia instato per il pignoramento, quello che abbia effettuato un pignoramento sia pur negativo, e infine il creditore che abbia eseguito un pignoramento positivo, ossia l'unico atto idoneo a dare avvio all'esecuzione secondo l'orientamento giurisprudenziale sinora prevalente.

E parimenti non appariva dirimente, sotto un profilo strettamente letterale, il riferimento alla verifica del 'diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata': certo l'espressione è analoga a quella usata dall'art. 615, c.p.c. in ordine alla contestazione oggetto di opposizione all'esecuzione, la quale deve necessariamente seguire la notifica dell'atto di precetto, ma non riveste necessariamente lo stesso significato scissa da quel contesto.

Neppure avrebbe potuto utilizzarsi il canone della volontà psichica o storica del legislatore, anche per l'assenza o la fumosità dei lavori preparatori[12]. Nello specifico, là dove si affermava, nella relazione illustrativa

[11] In ordine alle diverse interpretazioni sostenibili sul punto, ci si permetta di rinviare, anche per riferimenti, a D. Longo, *La ricerca telematica dei beni da pignorare e l'efficacia nel tempo dell'atto di precetto*, in «Riv. dir. proc.», 2016, p. 458.

[12] In generale, sulla inutilità di una disamina dei lavori preparatori, v., anche per riferimenti, Sacco, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 612; Zaccaria, *Interpretazione della legge*, cit., p. 702; nonché Betti, *Interpretazione della legge*, cit., pp. 262 ss.
Sul rilievo dell'argomento psicologico e dei lavori preparatori nella prima metà dell'Ottocento,

del d.d.l. 1612/S/XVII di conversione del d.l. 132 del 2014, che «il creditore ha diritto di interrogare le banche dati pubbliche tramite l'ufficiale giudiziario anche prima di promuovere l'esecuzione (analogamente a quanto si propone in questa sede)», l'espressione utilizzata era a tal punto generica[13] da non poterle conferire alcun rilievo nella scelta tra le due interpretazioni possibili, essendo anch'essa bisognosa di interpretazione.

Peraltro, quanto alla *mens legis*, se certamente può condividersi quanto risulta esplicitato nella relazione illustrativa, nel senso che la norma mira a consentire al creditore di ottenere informazioni funzionali all'espropriazione forzata prima che sia compiuto il pignoramento, purtuttavia nulla dice all'interprete circa l'ammissibilità di una simile richiesta ancor prima della notifica dell'atto di precetto.

Tantomeno d'ausilio appariva il sussidiario metodo di cui al comma 2° del citato art. 12, ossia quello sistematico[14].

Ciò in quanto, da un lato, potremmo avere difficoltà a rinvenire norme sistematicamente connesse ad istituti affatto nuovi, dall'altro, e soprattutto, l'interpretazione di una norma per mezzo delle altre non è proficua, ove anche le norme alle quali si collega siano di identica rozza fattura, di modo che il problema ne risulti complicato anziché risolto.

E la peculiarità e novità di un istituto quale la ricerca telematica dei beni da pignorare rende piuttosto arduo altresì l'operare dell'analogia.

Né potrebbe sopperire il ricorso all'analogia *iuris* o ripiegarsi sulla c.d. interpretazione costituzionalmente orientata, poiché un testo normativo così impreciso, ambiguo e lacunoso alle volte consente diverse letture tutte astrattamente e costituzionalmente legittime.

3. Il preponderante rilievo della genesi della norma come criterio di secondo grado: i precedenti progetti di legge e il diritto straniero

I tradizionali canoni interpretativi, in conclusione, non aiutano.

L'esame dei dati extratestuali strettamente connessi alla novella fallisce.

In un simile scenario la ricerca dell'interprete non può che allargarsi

v. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 365; Zaccaria, Viola, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 149.

[13] Promuovere l'esecuzione è, infatti, espressione generica al pari di procedere ad esecuzione, inidonea ad individuare in maniera puntuale il momento in cui debba essere proposta l'istanza.

[14] V. su tale metodo interpretativo G. Lazzaro, *L'interpretazione sistematica della legge*, Giappichelli, Torino 1965, spec. pp. 43 ss.

nel tempo e nello spazio, per tentare di rinvenire spunti idonei a conferire un significato alle parole.

E per far ciò, occorre prendere atto di un dato prevalentemente politico.

La decretazione d'urgenza, quanto meno in materia processuale civile, va di pari passo con l'imitazione di modelli processuali stranieri e il ripescaggio di precedenti progetti di legge, alle volte neppure presentati al Parlamento. Intanto il legislatore è in grado di elaborare, sia pur in maniera imprecisa, complesse riforme del processo civile mediante decreto legge, e di approvare con minime modifiche la relativa legge di conversione ponendo la questione di fiducia, in quanto quelle norme altro non sono che una rielaborazione di precedenti proposte di riforma.

E di tale lavoro di imitazione il legislatore non fa mistero, sol che si consideri che talune novelle riproducono la relazione illustrativa[15] o addirittura la medesima numerazione di precedenti progetti[16].

Se, allora, tanti dubbi pone l'utilità di un raffronto con i lavori preparatori, nella prospettiva della infruttuosa ricerca della volontà psichica del corpo legislativo[17], al contrario in situazioni peculiari, come quella descritta, pare possa acquisire un rinnovato valore la disamina di precedenti progetti di legge ovvero la comparazione con altri ordinamenti[18], in quanto elementi idonei a ricostruire l'origine di un testo legislativo. In tal senso, l'esame di elementi chiaramente extratestuali, ivi compresi i cc.dd. *pre-parliamentary materials*[19], i quali potrebbero essere inutili o fuorvianti esaminati singolarmente,

[15] E così, ai nostri fini, basti rilevare l'identità, quanto alla tematica in esame, delle relazioni illustrative al d.d.l. delega 2092/C/XVII, recante *Delega al Governo recante disposizioni per l'efficienza del processo civile, la riduzione dell'arretrato, il riordino delle garanzie mobiliari, nonché altre disposizioni per la semplificazione e l'accelerazione del processo di esecuzione forzata (collegato alla legge di stabilità 2014)*, presentato il 12 febbraio 2014 dal Ministro della Giustizia A.M. Cancellieri, di concerto con il Ministro per la Pubblica amministrazione e Semplificazione G. D'Alia, mai assegnato, e al d.d.l. 1612/S/XVII, di conversione del d.l. 132 del 2014. Sul progetto, si v. C. Gamba, *Il processo civile all'alba dell'ennesima stagione di riforme*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, pp. 353 ss.

[16] Così è accaduto, come vedremo, ancora in ordine alla ricerca telematica dei beni da pignorare, nel caso del d.l. 132 del 2014 rispetto al precedente Progetto Vaccarella.

[17] Alle riflessioni già compiute *sub* § 2, nota 9, si aggiunga l'affermazione di Gustav Radbruch, fatta propria da Zaccaria, Viola, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 151, per il quale la volontà del legislatore non è un mezzo di interpretazione ma un traguardo interpretativo e un risultato dell'interpretazione.

[18] Sul rilievo di storia e comparazione nel processo ermeneutico, v. R. Sacco, *Processo ermeneutico*, in «Digesto civ.», UTET, Torino 2012, pp. 810 s.

[19] Sulla recente apertura dell'ermeneutica inglese ai dibattiti parlamentari e soprattutto ai *pre-parliamentary materials* v. M.L. Ruffini Gandolfi, *Atti parlamentari e interpretazione della legge nel diritto inglese*, in «Riv. dir. civ.», 1998, I, pp. 53 ss.

potrebbe costituire la base per selezionare la corretta interpretazione tra le plurime astrattamente ammissibili. Tale metodo ermeneutico di secondo grado contribuirebbe non anche a ricercare una volontà soggettiva del legislatore, che potrebbe rivelarsi ambigua o addirittura mancante, ma ad attribuire un significato storico-letterale alle parole ed optare per l'interpretazione maggiormente avvalorata dal dato storico.

Se torniamo alla questione interpretativa prescelta, appariva in tal senso dirimente il progetto elaborato dalla c.d. II Commissione Vaccarella, costituita con d.m. 28 giugno-4 luglio 2013, per elaborare proposte di interventi in materia di processo civile e mediazione, e trasmesso al Ministro della Giustizia A.M. Cancellieri il 3 dicembre 2013[20].

In tale progetto, l'*incipit* della norma dedicata alla *Ricerca delle cose e dei crediti da pignorare*, parimenti l'art. 492-*bis*, era nel senso che «Su istanza del creditore procedente e verificata la sussistenza del titolo esecutivo e del precetto, il presidente del tribunale o un giudice da lui delegato dispone che l'ufficiale giudiziario acceda mediante collegamento telematico diretto ai

[20] Sul progetto in parola, v. C. Vellani, *Le proposte di riforma del processo esecutivo rese pubbliche al termine del 2013*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, pp. 403 ss.
Decisamente meno rilevante era, invece, l'art. 38 del d.d.l. delega 4578/C/XIV, presentato dal Ministro della Giustizia R. Castelli di concerto con Ministro dell'Economia e Finanze G. Tremonti, esito dei lavori della (I) Commissione Vaccarella, per il quale «1. In materia di procedimento di esecuzione, i decreti legislativi di cui all'articolo 1 sono adottati in conformità ai seguenti princìpi e criteri direttivi: a) prevedere che, ai fini della ricerca delle cose da sottoporre ad esecuzione, l'ufficiale giudiziario inviti il debitore a dichiarare, sotto la sua penale responsabilità, l'ubicazione e l'esistenza dei beni e che sia reso possibile l'accesso ai dati dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche, prevedendo eventualmente l'autorizzazione del giudice dell'esecuzione».
Ancor meno rilevante era la bozza di legge delega approvata, nonostante i lavori della Commissione Vaccarella trasmessi il 3 dicembre, il successivo 17 dicembre 2013 in Consiglio dei Ministri e divenuto d.d.l. 2092/C/XVII (sul quale si v. *supra sub* nota 15). L'art. 3, in materia di ricerca dei beni da pignorare ed espropriazione forzata di crediti, stabiliva che il Governo fosse «delegato ad adottare misure per rendere più efficace la ricerca delle cose e dei crediti da pignorare […] in conformità ai seguenti princìpi e criteri direttivi: || a) prevedere che, ad istanza del creditore, su autorizzazione del presidente del tribunale e previo pagamento del contributo unificato, la ricerca delle cose e dei crediti da pignorare sia eseguita dagli ufficiali giudiziari anche con modalità telematiche mediante l'accesso a specifiche banche dati gestite dalle pubbliche amministrazioni o alle quali le stesse possono accedere e stabilire che l'istanza tenga luogo della richiesta di pignoramento». Qui in realtà il dato era mero chiaro, poiché se certamente era evidente la necessità di notificare titolo esecutivo e atto di precetto prima della istanza volta ad ottenere la ricerca da parte dell'ufficiale giudiziario, tenendo questa luogo della richiesta di pignoramento, non altrettanto chiaro era se precedentemente dovesse esservi un'autonoma richiesta di autorizzazione al presidente del tribunale svincolata dalla notifica di tali atti preliminari.

dati contenuti nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni o alle quali le stesse possono accedere […], per l'acquisizione di tutte le informazioni rilevanti per l'individuazione di cose e crediti da sottoporre ad esecuzione, comprese quelle relative ai rapporti intrattenuti dal debitore con istituti di credito e datori di lavoro o committenti. L'istanza deve contenere l'indicazione dell'indirizzo di posta elettronica certificata del creditore procedente».

È evidente, allora, che in quel progetto il creditore procedente era colui che avesse notificato il titolo esecutivo e l'atto di precetto ed instasse contestualmente per la ricerca dei beni da pignorare e il conseguente pignoramento dei beni così rinvenuti.

Con la novella del 2014 il legislatore ha ripreso pressoché integralmente il testo, non soltanto di questa norma, ma dell'intera disciplina anche attuativa della ricerca dei beni da pignorare. E però, mantenuto sostanzialmente invariato il testo normativo del citato art. 492-*bis*, ivi compreso il riferimento al 'creditore procedente', che è stata sostituita dalla verifica della sussistenza del titolo esecutivo e del precetto quella del diritto a procedere ad esecuzione.

Sicché tale precedente, dal quale il legislatore del 2014 non pare aver preso le distanze, costituisce senz'altro un elemento a favore di una selezione tra le due possibili opzioni interpretative a favore di quella che richiede che l'istanza al presidente del tribunale sia preceduta dalla notifica di titolo esecutivo e precetto.

Altri elementi extratestuali meritano, come detto, di essere valorizzati e convergono verso la medesima lettura ora fornita.

La rilevanza di un esame comparatistico nel caso in esame si appalesa e nel dibattito dottrinale, che ha preceduto l'emanazione della norma[21], e nella disciplina comunitaria precorritrice di quella nazionale[22], e, infine, nella relazione illustrativa della legge di conversione del d.l. 132 del 2014.

In particolare, quest'ultima ha chiarito senza ombra di dubbio che

[21] Sul quale si vedano, per tutti, F. Auletta, *La dichiarazione del debitore sulla propria responsabilità patrimoniale: per un ripensamento dei sistemi di* «compulsory revelation of assets» *a due secoli dall'abolizione dell'arresto per debiti*, in «Riv. esec. forzata», 2014, pp. 232 s.; L.P. Comoglio, *La ricerca dei beni da pignorare*, *ibid.*, 2006, pp. 41 ss.

[22] Si veda al riguardo il punto 5 della risoluzione 22 aprile 2009, con la quale il Parlamento europeo, accogliendo con favore il Libro verde della Commissione europea del 6 marzo 2008 dal titolo *Esecuzione effettiva delle decisioni giudiziarie nell'Unione europea: la trasparenza del patrimonio del debitore* (COM(2008) 0128 definitivo), sosteneva che, oltre alle informazioni pubblicamente disponibili, il creditore dovrebbe avere accesso, sotto il controllo o per il tramite di un'autorità competente e in modo facile in tutto il mercato interno, ai dati necessari per avviare il procedimento esecutivo e riuscire a recuperare il proprio debito.

il 'motivo'[23], che ha indotto il legislatore alla introduzione della ricerca telematica dei beni da pignorare, è da individuarsi nella necessità di porre il nostro ordinamento 'in linea' con i sistemi ordinamentali di altri Paesi, conferendo al creditore un inedito potere di ricerca dei beni da pignorare anche prima di promuovere l'esecuzione, 'analogamente' a quanto effettuato in taluni di tali paesi[24].

E d'altro canto, la spinta europeista verso l'uniformità tra gli ordinamenti è nel processo esecutivo anche più forte di quanto si possa rilevare in genere in materia di giustizia[25].

L'incremento delle informazioni funzionali all'esecuzione disponibili per il creditore e l'adeguamento della nostra disciplina al contesto giuridico europeo rappresentano il motivo dell'art. 492-*bis*, c.p.c., per motivo dovendosi intendere, ai nostri fini, l'effetto che deve essere prodotto dalla legge, ossia lo scopo o l'intenzione di questa[26].

E nel caso di specie tale motivo appare dirimente nella scelta dell'interpretazione da privilegiare, una volta constato il fallimento degli argomenti interpretativi primari.

Rilevava, infatti, secoli addietro Savigny, che i principi della interpretazione «possono bastare per lo stato normale della legge, in cui la espressione racchiude un pensiero completo in sé stesso, e non vi ha alcuna circostanza, la quale ci impedisca di riconoscere questo pensiero come il vero contenuto della legge». Ma, quando ci si trova dinanzi ad una legge imperfetta o difettosa, in quanto, come nel caso esaminato, vi è una

[23] Rileva Sacco, *Interpretazione del diritto*, cit., p. 612, che le relazioni ministeriali divergono dal testo su cui vorrebbero riferire e costituiscono piccole rivincite del relatore contro le scelte operate dai redattori della formula legale.

[24] Si noti che sul punto che nella relazione del Ministro Orlando al d.d.l. 1612/S/XVII, di conversione in legge del d.l. 132/2014 – ma come su ricordato pressoché identica era la *relazione illustrativa* del Ministro Cancellieri al precedente d.d.l. 2092/C/XVII – si legge che «L'intervento in materia di ricerca dei beni da pignorare è volto a migliorare l'efficienza dei procedimenti di esecuzione mobiliare presso il debitore e presso terzi in linea con i sistemi ordinamentali di altri Paesi europei, tenuto conto che nei Paesi scandinavi i compiti di ricerca dei beni da pignorare sono demandati ad un'agenzia pubblica appositamente costituita e che in Spagna, Austria, Slovenia ed Estonia il creditore ha diritto di interrogare le banche dati pubbliche tramite l'ufficiale giudiziario anche prima di promuovere l'esecuzione (analogamente a quanto si propone in questa sede)».

[25] Basti a tal fine soltanto ricordare, oltre al Libro verde di cui si è detto *supra sub* nota 22, *de iure condito* il reg. 804/2005, in materia di titolo esecutivo europeo per crediti non contestati, e *de iure condendo* il progetto di codice mondiale dell'esecuzione, sul quale v. F. De Stefano, G. Alari, *Il primo* Forum *mondiale sull'esecuzione (Strasburgo, 10 dicembre 2014)*, in «Riv. esecuzione forzata», 2015, p. 193.

[26] von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cit., p. 226.

espressione indeterminata, che non rende alcun pensiero perfettamente, non può che procedersi alla correzione del difetto attraverso il sussidio, tra l'altro, del 'motivo' della legge[27].

Ora, è evidente la profonda difformità tra processo esecutivo italiano ed esecuzioni, quali quella tedesca o francese, che sono in buona parte affidate ad un ufficiale giudiziario, in taluni casi peraltro configurato come libero professionista[28]. E, però, potrebbe cogliersi un dato comune alle più significative esperienze d'oltralpe, utile a far luce sulla questione in esame: la ricerca dei beni da pignorare non è avulsa da un avvio in senso lato dell'esecuzione – tanto da essere compiuta dall'usciere al quale è affidata l'esecuzione e dal vedere vietato l'utilizzo delle informazioni reperite per un uso diverso dall'attuazione del titolo esecutivo per il quale esse sono state richieste[29] – mentre normalmente è ammesso che preceda l'apprensione giuridica dei beni.

E così, per far solo l'esempio dell'esperienza spagnola, alla quale, tra le altre, la relazione illustrativa espressamente rinvia, in virtù dell'art. 551.3 della *Ley de enjuiciamento civil* (l. 1/2000 del 7 gennaio, d'ora in avanti LEC), come riformata dalla l. 13/2009 del 3 novembre, la ricerca dei beni segue la «demanda ejecutiva», di cui all'art. 549 LEC, nonché *el orden general y despacho de la ejecución*. In particolare, il «secretario judicial responsable de la ejecución» emetterà un decreto, nel quale, tra l'altro, individuerà le misure di individuazione e verifica dei beni dell'esecutato[30].

[27] *Ibid.*, p. 230.
E in tal senso anche Martines, *Diritto costituzionale*, cit., p. 98, rileva che, se la *mens legis* è da intendersi come dato oggettivo, purtuttavia i lavori preparatori al pari di altri elementi subiettivi quali i motivi espressamente enunciati nella legge possono costituire in alcuni casi elementi sussidiari idonei ad aiutare nella individuazione della norma, convalidando *a posteriori* l'interpretazione del testo.

[28] Sull'affidamento dell'esecuzione all'ufficiale giudiziario si vedano gli artt. L. 122-1 e L. 122-2 del *Code des procédures civiles d'exécution* e il § 753 della *Zivilprozessordnung*.

[29] Si veda, su tale ultimo divieto, l'art. L. 152-3. E d'altronde, nel *Code des procédures civiles d'exécution*, la disciplina della ricerca delle informazioni sul debitore e sul suo patrimonio è collocata nel Titolo V *Les difficultés d'exécution*; e come detto, il creditore si rivolge direttamente all'ufficiale giudiziario, il quale procede all'attività esecutiva, con riguardo all'esecuzione mobiliare, «a l'expiration d'un délai de huit jours à compter d'un commandement de payer signifié par un huissier de justice et resté sans effet» (L. 142-3). In Germania, parimenti l'affidamento all'ufficiale giudiziario è preceduto dal rilascio del titolo in forma esecutiva (§ 724) e dalla sua notifica (§ 750).

[30] «Artículo 551. Orden general de ejecución y despacho de la ejecución. || 1. Presentada la demanda ejecutiva, el Tribunal, siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título,

Tutto ciò considerato, avrebbe già potuto affermarsi in sede di interpretazione della prima stesura della norma, che l'istanza al presidente doveva seguire la notifica di titolo esecutivo e precetto. E qui si aggiunge, a conforto di quanto affermato, un rilievo sistematico[31], che è però anch'esso frutto d'interpretazione: poiché l'art. 492-*bis* segue le norme inerenti all'inizio dell'espropriazione[32] e poiché l'istanza al presidente del tribunale è suscettibile di evolversi in pignoramento senza soluzione di continuità, essa non potrebbe che essere preceduta dalla notifica degli atti che necessariamente debbono precedere l'inizio dell'esecuzione, e quindi titolo esecutivo e precetto[33].

dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y despachando la misma. || [...] 3. Dictado el auto por el Juez o Magistrado, el Secretario judicial responsable de la ejecución, en el mismo día o en el siguiente día hábil a aquél en que hubiera sido dictado el auto despachando ejecución, dictará decreto en el que se contendrán: || 1.º Las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes. || 2.º Las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan, conforme a lo previsto en los artículos 589 y 590 de esta ley».
E l'art. 590, rubricato *Investigación judicial del patrimonio del ejecutado*, stabilisce tra l'altro che «A instancias del ejecutante que no pudiere designar bienes del ejecutado suficientes para el fin de la ejecución, el Secretario judicial acordará, por diligencia de ordenación, dirigirse a las entidades financieras, organismos y registros públicos y personas físicas y jurídicas que el ejecutante indique, para que faciliten la relación de bienes o derechos del ejecutado de los que tengan constancia».

[31] Rilevava von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, I, cit., p. 224, a proposito degli elementi grammaticale, logico, storico e sistematico, che «non sono perciò quattro specie di interpretazione, tra le quali possa scegliersi a proprio gusto e capriccio; ma sono operazioni distinte, che devono insieme concorrere, se si vuole ben riuscire nella interpretazione».

[32] Nel senso che l'interpretazione sistematica è tanto quella che tiene conto del contenuto di norme diverse da quella interpretanda, sul presupposto della coerenza intrinseca dell'ordinamento, quanto quella della c.d. *sedes materiae*, per la quale il modo col quale il legislatore presenta le norme, l'ordine con cui detta i suoi precetti giuridici, possono essere invocati a sostegno di una certa interpretazione, in quanto tradiscono la volontà del legislatore di dare una certa regolamentazione a certi rapporti, v. Lazzaro, *L'interpretazione sistematica*, cit., pp. 38 ss.

[33] In tal senso, cfr. E. D'Alessandro, *L'espropriazione presso terzi*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di F.P. Luiso, Giappichelli, Torino 2014, p. 91; M. Gradi, *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, Edizioni Leone, Messina 2014, p. 37; M.A.P. Francola, sub *art. 19 d.l. 132/2014*, in *La nuova riforma del processo civile. Degiurisdizionalizzione, processo e ordinamento giudiziario nel D.L. 132/2014 convertito in l. 162/2014*, a cura di F. Santangeli, Dike Giuridica, Roma 2015, pp. 286 ss.; G.G. Poli, *La ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare*, in «*Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*», a cura di D. Dalfino, Giappichelli, Torino 2015, pp. 178 s.; A. Ronco, *Una bilancia più piccola e una spada più tagliente per la giustizia civile: il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162 (con una prima lettura del disegno di legge delega per la riforma della giustizia civile)*, in *Trasformazioni e riforme del*

4. Considerazioni conclusive

Se forse è vero che, in generale, «la legge si configura, quindi, come un "semilavorato" dinamico, il cui contenuto non è un "già pensato" che l'interprete si limiterebbe a portare in luce, ma è l'insieme di quanto fissato dal legislatore e quanto determinato dall'interprete nel suo processo di comprensione»[34], quando il semilavorato è in realtà una bozza ancora informe, il ruolo dell'interprete diviene fondamentale[35] e a tratti prevalente rispetto all'opera legislativa[36].

E d'altronde la norma di cui ci occupiamo era così chiaramente imprecisa da richiedere un intervento legislativo, che si è posto nel solco della su proposta interpretazione. Il d.l. 83 del 2015 ha introdotto un ultimo inciso nel 1° comma dell'art. 492-*bis*, c.p.c., stabilendo che «L'istanza non può essere proposta prima che sia decorso il termine di cui all'articolo 482. Se vi è pericolo nel ritardo, il presidente del tribunale autorizza la ricerca telematica dei beni da pignorare prima della notificazione del precetto».

È chiaro che, quindi, con articolati rilievi storici e comparatistici, l'interprete ha potuto raggiungere una soluzione soddisfacente dei dubbi ermeneutici posti dalla norma; e che l'emersione di tale questione nella prassi giurisprudenziale e nel dibattito dottrinale ha sollecitato una opportuna e parzialmente risolutiva novella. Ma certamente meglio sarebbe stato se una simile elaborazione avesse preceduto e non seguito la pubblicazione

processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.d. delega 10 febbraio 2015, a cura di C. Besso, G. Frus, G. Rampazzi, A. Ronco, Zanichelli, Bologna 2015, pp. 76 s.; C. Spaccapelo, *sub* art. 492 *bis*, in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di E. Vullo, Giuffrè, Milano 2015, p. 172; A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in «Corriere giur.», 2015, p. 406; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, CEDAM, Padova 2016[5], pp. 481 ss. (e già *Formulario dell'esecuzione forzata*, CEDAM, Padova 2014[3], pp. 249 ss.), nonché se vuoi il mio *La ricerca telematica*, cit., p. 458.
Contra, Fanticini, Ghiacci, *L'esecuzione civile*, cit., pp. 138 ss.

[34] Zaccaria, *Interpretazione*, cit., p. 696.

[35] In generale, da ultimo sul ruolo dell'interprete come co-produttore del diritto A. Gusmai, *Giurisdizione, interpretazione e co-produzione normativa*, Cacucci, Bari 2015, *passim.* Sulla funzione normativa della interpretazione giuridica, v. anche E. Betti, *Teoria generale della interpretazione*, II, Giuffrè, Milano 1990, pp. 801 ss.

[36] Rilevano Zaccaria, Viola, *Diritto e interpretazione*, cit., p. 153 (Cap. II, § 9, 5° pag.), che «il ricorso sempre più frequente, per non dire sistematico, ad una tecnica di legislazione intenzionalmente ambigua e compromissoria, nella quale molto di rado, o per meglio dire quasi mai, il legislatore si prende il tempo necessario per ben legiferare, pensando attentamente, anche da un punto di vista tecnico, le sue formulazioni, configura un inevitabile spostamento di poteri normativi dagli organi legislativi a quelli interpretativi e giurisdizionali [Guastini], e consente di parlare di una «divisione del lavoro» tra legislatore e giudice [Ipsen]».

ed entrata in vigore di una normativa, evitando di dover rimettere mani a distanza di pochi mesi ad una nuova norma già operante.

Sarebbe bello sperare in un ritorno a quella stagione di riforme processuali pensate e ripensate, discusse non soltanto in Parlamento (e non nel ristretto consesso governativo o di commissione) ma anche nelle università o nei consigli degli ordini professionali[37].

Dobbiamo, però, guardare realisticamente allo stato dell'arte e affrontare il fatto che difficilmente si tornerà indietro da questa stagione di decretazione d'urgenza e di norme continuamente bisognose di una rimeditazione[38].

Sicché l'imprecisione linguistica e talvolta giuridica delle norme di nuovo conio non può che condurre *pro futuro* ad una progressiva erosione di ogni criterio connesso al dato testuale a favore di una ricostruzione fors'anche storico-politica della norma.

Con l'ulteriore obiettivo, sia consentito aggiungere, di selezionare tra le interpretazioni così individuate quella che nuoccia meno alle parti. Ciò al fine di ridurre il più possibile le conseguenze negative di quella deprecabile imprecisione che si ripercuote in ultimo sempre e solo sulle parti, soggette a continui cambiamenti legislativi o giurisprudenziali, tali da determinare in taluni casi – e basterebbe ricordare l'esempio del rito societario di

[37] Per tutti si vedano i pareri di magistratura, ordini forensi e università chiamati dal Ministro di Grazia e Giustizia a pronunciarsi sul progetto preliminare Solmi del 1937, raccolti in Ministero di Grazia e Giustizia, *Osservazioni e proposte sul Progetto di Codice di Procedura Civile*, III, Roma 1938, *passim*.

[38] Opportunamente B. Capponi, *Il processo civile e la crescita economica (una commedia degli equivoci)*, Editoriale del 22 giugno 2015, in <giustiziacivile.com> (ultimo accesso 01.03.2016), incisivamente rilevava, a proposito dell'approvazione del d.l., che sarebbe divenuto il n. 83 del 27 giugno 2015, che «viene confermato che da almeno dieci anni la produzione normativa sulla giustizia civile ha rinunciato al suo strumento più ortodosso, la legge ordinaria, per far spazio a norme delegate, decreti-legge, emendamenti a sorpresa inseriti nelle leggi di stabilità, improvvisate sortite estive. Tali produzioni, sempre presentate come "semplificazioni" finalizzate alla crescita economica e alla competitività del sistema di tutela del credito (e del suo mercato), si sono spesso tradotte in ripensamenti totali di istituti consolidati, creando imbarazzo tra i commentatori anche e proprio per l'assenza di dibattiti preparatori in sede culturale».
Peraltro, il legislatore appare pienamente consapevole della imperfezione delle norme di recente emanazione, al punto da auspicare – per il tramite del Sottosegretario per le Riforme costituzionali e i Rapporti con il Parlamento, I. Scalfarotto, nel Convegno di Studi 'La riforma del 2015: interventi di *restyling* e sostanziali sul processo esecutivo', Roma, 16-17 ottobre 2015 – prassi applicative sin'anche *praeter legem*, suscettibili di essere ratificate in un non lontano futuro (magari, non è difficile immaginare, con un nuovo decreto legge). E d'altronde, sulla G.U. n 102 del 3 maggio 2016 è stato pubblicato il d.l. n. 59, ancora una volta recante, tra l'laltro, disposizioni urgenti in materia di procedure esecutive e concorsuali, in attesa della legge di conversione.

cui all'ormai abrogato d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5[39] – dichiarazioni di inammissibilità con conseguenze disastrose.

Abstract

Il saggio evidenzia le difficoltà interpretative delle recenti novelle del processo civile, causate dall'atecnicismo legislativo, inevitabile conseguenza di una legislazione frettolosa e continua, carente di riflessione e caratterizzata dall'affermazione della prassi parlamentare 'decretazione d'urgenza-maxiemendamento alla legge di conversione-voto di fiducia sul nuovo articolo unico'. L'imprecisione linguistico-giuridica delle norme di nuovo conio impone all'interprete di discostarsi da una lettura grammaticale o sistematica, per privilegiare una ricostruzione storico-politica della norma, unica in grado di conferire un senso ad espressioni generiche o errate, anche attraverso il raffronto con progetti di legge mai presentati ai due rami del Parlamento o con analoghi istituti d'Oltralpe.

[39] Gli articoli da 1 a 33, 41, comma 1°, e 42 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, recante *Definizione dei procedimenti in materia di diritto societario e di intermediazione finanziaria, nonché in materia bancaria e creditizia, in attuazione dell'articolo 12 della legge 3 ottobre 2001, n. 366*, sono stati abrogati dall'art. 54, comma 5°, l. 18 giugno 2009, n. 69, recante *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*.

Giuseppe Miccolis

Prospettive ed evoluzione del processo esecutivo in Italia[1]

1. Il processo esecutivo ha natura giurisdizionale. Il che trova conferma non soltanto nell'art. 484, primo comma, c.p.c., ai sensi del quale «l'espropriazione è diretta da un giudice», ma anche nella considerazione che l'espropriazione forzata rende effettiva la tutela giurisdizionale garantita dall'art. 24, primo comma, Cost., esattamente al pari dell'azione di cognizione e dell'azione cautelare. Del resto se è possibile affermare, senza timore di essere smentiti, che a nulla serve essere titolare di un diritto soggettivo se poi, in caso di mancata cooperazione dell'obbligato o dei consociati, non esiste uno strumento processuale idoneo a riconoscere tale titolarità, allo stesso modo è possibile affermare che a nulla serve lo strumento processuale idoneo a riconoscere la titolarità del diritto soggettivo se poi non esiste un ulteriore strumento processuale idoneo a ripristinare in concreto (o per equivalente) la situazione sostanziale lesa dalla mancata cooperazione. Quest'ultimo strumento è, il più delle volte, rappresentato, appunto, dal processo esecutivo.

Ciononostante, il processo esecutivo, fino a qualche anno fa, ha vissuto ai margini dell'interesse del legislatore e della giurisprudenza. Infatti la prima riforma degna di rilievo dopo il 1940 è del 1998 (l. 3 agosto 1998, n. 302), che, con l'inserimento del notaio nell'espropriazione forzata legittimandolo vuoi a rilasciare le certificazioni ipocatastali ai sensi dell'art. 567, c.p.c., vuoi ad essere delegato dal giudice dell'esecuzione nelle operazioni di vendita con incanto dei beni immobili e mobili registrati, ha recepito in parte ciò che la giurisprudenza più avanzata aveva iniziato a introdurre con le cc.dd. prassi virtuose.

In precedenza l'unica norma che suscitava un certo interesse del legislatore, se si eccettua la modifica dell'art. 586, c.p.c. che ha introdotto il

[1] Relazione tenuta al convegno 'Sistemi processuale a confronto: il nuovo codice di procedura civile del Brasile tra tradizione e rinnovamento', Roma 26-28 novembre 2015.

potere del giudice dell'esecuzione di sospendere la vendita per eccessivo ribasso del prezzo di aggiudicazione (d.l. 13 maggio 1991, n. 152, conv. con l. 12 luglio 1991, n. 203), era l'art. 495, c.p.c. (più volte modificato nel corso degli anni).

Tale disinteresse del legislatore ha finito per attribuire all'esecuzione, ma in realtà all'espropriazione forzata, l'appellativo di 'Cenerentola' del processo civile.

Finalmente nel 2005/2006 (ll. n. 80/2005, 263/2005 e 52/2006) Cenerentola ha incontrato il suo 'Principe Azzurro'. Infatti il 'piatto forte' della riforma del 2005/2006 è certamente costituito dalla riforma dell'espropriazione forzata, che, in estrema sintesi ha: (i) ha creato nuovi titoli esecutivi (contribuendo a quella che viene definita 'la crisi del giudicato'); (ii) introdotto nuovi criteri (rivelatisi del tutto insufficienti) per individuare i beni nascosti del debitore, modificando l'art. 492, c.p.c.; (iii) ancora una volta modificato l'istituto della conversione del pignoramento; (iv) introdotto una nuova vendita immobiliare (non più con incanto o senza incanto, ma prima senza incanto e poi, in caso di esito negativo di questa, con incanto); (v) esteso la delega nelle vendite dei beni immobili e mobili registrati anche alle altre figure professionali diverse dal notaio; (vi) introdotto una nuova esecuzione mobiliare; (vii) introdotto piccoli interventi nell'espropriazione presso terzi; (viii) introdotto importanti modifiche nella opposizione e nella sospensione del processo esecutivo.

Occorre precisare che il legislatore ha dovuto predisporre ben tre leggi per aggiustare il tiro, correggere errori e 'strafalcioni'. Però dopo l'attenta meditazione e i tre interventi, tutti antecedenti all'entrata in vigore, finalmente è partita la grande riforma dell'esecuzione forzata. Quindi ci si aspettava che dopo il 2006 Cenerentola e il suo Principe Azzurro vivessero felici e contenti per tanti anni.

2. Ma purtroppo non finisce così la favola. Il rapporto tra i due è andato subito in crisi e, ancora oggi, continua ad essere più che travagliato. Infatti, dopo appena tre anni, già nel 2009 e, limitatamente al pignoramento di crediti, dopo altri tre anni, nel 2012, il legislatore è nuovamente intervenuto sul processo esecutivo. Questi interventi, dopo la grande riforma del biennio 2005-2006, possono considerarsi per certi versi delle 'scosse di assestamento' e per altri versi delle 'toppe' apposte ad un vestito, in certi punti, di qualità scadente. Di certo costituisce una 'toppa' la reintroduzione con la l. n. 69/2009 dell'appello avverso la sentenza sull'opposizione all'esecuzione, eliminato dalla riforma del 2005-2006, come

costituisce una toppa la modifica del terzo comma dell'art. 624, c.p.c. che disciplina l'estinzione del processo esecutivo a seguito di sospensione e mancata introduzione del giudizio di merito sull'opposizione, introdotto con le ll. n. 80/2005 e 52/2006 e subito 'aggiustato' con la l. n. 69/2009. Esattamente come accaduto, fuori dalla esecuzione forzata, per il 'quesito di diritto' nel ricorso per cassazione (art. 366-*bis*, c.p.c.), introdotto con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, per il rito societario introdotto con il d.lgs. n. 5/2003 e per il rito (del lavoro) degli 'incidenti stradali' introdotto con la l. n. 102/2006; disposizioni queste tutte abrogate dalla l. n. 69/2009.

E non è finita qui.

Il d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito con modificazioni con la l. 10 novembre 2014, n. 162 contiene, tra l'altro, alcune disposizioni relative al processo esecutivo (artt. 18, 19, 19-*bis* e 20). Anche quest'ultima riforma costituisce per certi versi una ulteriore 'scossa di assestamento' e per certi altri una 'toppa'. Ciò, però, non esclude che il prodotto realizzato in questa occasione, con le dovute riserve, possa definirsi, limitatamente all'esecuzione forzata, apprezzabile. Claudio Consolo ha sostenuto che tra gli interventi del decreto settembrino, quelli in tema di esecuzione forzata sono «i meno mal riusciti»[2].

Le principali innovazione di questa riforma riguardano: (i) l'adeguamento del processo esecutivo al processo telematico, con l'introduzione dell'istituto della iscrizione a ruolo; (ii) la semplificazione dell'estinzione del processo esecutivo con la contestuale inefficacia del pignoramento in caso di mancata iscrizione a ruolo, soprattutto qualora ciò avvenga a seguito di intervenuto accordo tra creditore e debitore subito dopo il pignoramento e prima della scadenza del termine per l'iscrizione a ruolo; (iii) l'accesso diretto dell'ufficiale giudiziario alle banche dati per 'scovare' i beni nascosti del debitore; (iv) una disciplina *ad hoc* per l'espropriazione degli autoveicoli; (v) l'ulteriore ridimensionamento della vendita con incanto, che da necessaria dopo la infruttuosa vendita senza incanto diventa soltanto eventuale e lasciata al prudente apprezzamento del giudice dell'esecuzione; (vi) piccole, ma significative modifiche al pignoramento presso terzi (la previsione dell'inserimento nell'atto di pignoramento o, in caso di pignoramento *ex* art. 492-*bis*, c.p.c, unitamente al decreto di fissazione dell'udienza per la vendita delle cose mobili o l'assegnazione dei crediti pignorati, dell'avvertimento in ordine alle conseguenze in caso di inerzia del terzo *debitor debitoris*; la previsione che la dichiarazione del

[2] C. Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in «Corriere giur.», 2014, p. 1180.

terzo avvenga in ogni caso con il mezzo della raccomandata e della pec, anche per il pignoramento di stipendi; la competenza presso il domicilio o la residenza del debitore, sempre che questo non sia un p.a.).

È singolare che questa riforma del 2014 è intervenuta allorché si stava discutendo sul disegno di legge delega licenziato dalla Commissione ministeriale presieduta dal Presidente Berruti, che, alla voce 'Processo esecutivo prevede poca cosa: l'applicazione dell'art. 702-*bis* (rito sommario di cognizione) ai giudizi di opposizione e l'applicazione dell'art. 614-*bis* a tutti i provvedimenti di condanna, anche, dunque, ai provvedimenti di condanna al pagamento di somme di danaro.

1. Dopo tutti questi innumerevoli interventi si può affermare che finalmente l'obiettivo è raggiunto? È quindi possibile sperare che il legislatore 'allenti la morsa' e lasci respirare i creditori, i debitori, i giudici, gli avvocati, i professori universitari, gli studenti, gli editori, gli organizzatori di convegni?

Niente affatto. Dopo solo un anno il legislatore è intervenuto (d.l. n. 83/2015, convertito con modificazione in l n. 132/2015), oltre che sul fallimento, sul processo telematico e introducendo il nuovo art. 2929-*bis*, c.c., nuovamente sul processo esecutivo; anzi questa riforma ha modificato il codice di rito civile soltanto con riferimento al processo esecutivo.

Il cantiere delle riforme è sempre aperto non certamente per adeguare il processo esecutivo alle mutate condizioni socio-economiche e tecnologiche, bensì soltanto per riparare i vizi di quanto appena realizzato. Il che conferma ancora una volta l'assoluta superficialità con la quale il legislatore affronta il tema delle riforme processuali.

Basti considerare che da sempre per chi si affaccia alla carriera universitaria, nella scelta del tema per la monografia incide anche la possibilità che l'argomento affrontato non sia stravolto da una imminente riforma, al fine di evitare che al momento della pubblicazione, il libro sia già 'vecchio'; nella nostra materia, da qualche anno tale rischio sussiste anche per i libri di commento alle riforme, anzi, a ben considerare, addirittura nella scelta dei temi per i convegni. Mi è, infatti, capitato di essere relatore in un convegno sulla riforma del processo esecutivo del 2014 lo stesso giorno in cui è stato pubblicato il d.l. 83/2015, che la modificava.

Anche in quest'ultima tornata il legislatore non ha perso l'occasione di cercare di porre rimedio ad alcune incongruenze introdotte con la precedente riforma del 2014; ciò si può sostenere per la modifica dell'art. 492-*bis*, c.p.c. sulla ricerca telematica dei beni da pignorare, dell'art. 159-*ter*, disp.

att. c.p.c. sulla disciplina della iscrizione a ruolo e dell'art. 521-*bis*, c.p.c. sulla espropriazione forzata degli autoveicoli. Per le restanti parti la riforma del 2015 ha, in estrema sintesi, (i) introdotto l'obbligo del creditore di avvisare il debitore della possibilità di attivare la procedura di sovraindebitamento; (ii) disposto che tutti gli avvisi debbano essere pubblicati, a pena di estinzione del processo esecutivo, sul portale del Ministero della Giustizia, peraltro non ancora istituito; (iii) modificato l'istituto della conversione del pignoramento, trascurato dalle ultimissime riforme, allungando il termine della rateizzazione del versamento della somma da sostituire al bene pignorato ed estendendo la facoltà di rateizzare il versamento anche all'esecuzione mobiliare; (iv) ridotto tutti i termini del processo esecutivo (per il deposito della istanza di vendita, per il deposito delle certificazioni ipocatastali, per la nomina dell'esperto che giura non più davanti al giudice ma nella cancelleria, per il deposito della stima, per la fissazione dell'udienza di vendita); (v) modificato la disciplina della vendita mobiliare (anche con riferimento alla delega); (vi) modificato la disciplina del pignoramento presso terzi, introducendo nuovi limiti alla pignorabilità di stipendi e pensioni e rendendo non più automatici gli effetti negativi della inerzia del terzo; (vii) profondamente modificato la vendita immobiliare, decretando la morte definitiva della fase con incanto della vendita, potenziando l'istituto della delega al professionista, introducendo regole più accattivanti per favorire la vendita (già nella valutazione dell'immobile vuoi allorché questa deve tenere conto di tutte le componenti di cui tiene conto il mercato nella determinazione del prezzo, vuoi allorché il compenso del perito estimatore è determinato in relazione al prezzo realizzato non a quanto valutato, mai poi anche nella possibilità di formulare l'offerta ad un prezzo ribassato di non oltre il 25% rispetto del prezzo minimo, nella possibilità di accedere al pagamento rateale e nel contempo di ottenere immediatamente, previo rilascio di fideiussione, il possesso del bene, nella possibilità di formulare l'offerta telematicamente, anche se questa, allo stato, mal si concilia con la segretezza dell'offerta medesima, nel potenziamento dell'istituto della assegnazione al creditore, che può essere chiesta al prezzo minimo a cui la vendita è pervenuta non già in ogni caso al prezzo iniziale).

2. Un discorso a parte merita forse la modifica dell'art. 614-*bis*, c.p.c. Si è scritto tanto su questa norma introdotta nel 2009, sulla sua natura di misura coercitiva generale che ha la funzione di indurre l'obbligato allo spontaneo adempimento, sicché l'ammontare della misura deve essere idonea a rendere

più conveniente lo spontaneo adempimento che il pagamento della medesima. Il rischio è quello di cadere nell'eccesso opposto: la misura coercitiva non deve costituire una splendida rendita per il creditore. In ogni caso non ha, né può avere natura di risarcimento danni, ancorché la determinazione del *quantum* sembrerebbe scontare criteri per certi versi simili a quelli utilizzati per la determinazione del risarcimento danni.

La norma è stata modificata soltanto dalla legge di conversione (l. 132/2015) non anche dal decreto legge (d.l. 83/2015). La riforma ha modificato la collocazione dell'art. 614-*bis*, c.p.c. introducendo un apposito titolo (IV-*bis* intitolato *Delle misure di coercizione indiretta*), nonché la sua intitolazione (da *Attuazione degli obblighi di fare infungibile o di non fare* a *Misure di coercizione indiretta*). Ma la modifica più significativa consiste nell'ampliamento dell'ambito di applicazione: la misura coercitiva è oggi applicabile a fianco di qualsiasi 'provvedimento di condanna' diverso dal pagamento di somme di danaro; quindi la norma è applicabile a fianco dei provvedimenti di condanna, non più soltanto ad un fare infungibile o ad un non fare, ma anche attuabili con l'esecuzione forzata ossia relativi ad obbligazioni di fare fungibili, di disfare, di consegnare beni mobili o di rilasciare beni immobili, con la sola esclusione dei provvedimenti di condanna al pagamento di somme di danaro.

La modifica recepisce solo in parte quanto previsto nel disegno di legge delega predisposto dalla Commissione ministeriale in precedenza citato, che, come detto, propone l'applicazione generalizzata del 614-*bis* a tutti i provvedimenti di condanna anche a quelli diretti al pagamento di somme di danaro (si legge nel d.d.l. «in presenza di qualunque provvedimento di condanna, a prescindere dal carattere fungibile o infungibile dell'obbligazione a cui esso si riferisce»).

L'applicazione della misura coercitiva a fianco anche del provvedimento di condanna al pagamento di somma di danaro determinerebbe un vero e proprio supplizio in capo al debitore inadempiente; non dimentichiamo che quest'ultimo oggi già subisce, oltre agli interessi previsti dalla disciplina sostanziale, (i) l'applicazione degli interessi moratori ai sensi dell'art. 1284, c.c., come modificato dall'art. 17 l. 10 novembre 2014, n. 162 «dal momento in cui è proposta la domanda giudiziale», (ii) la oramai inevitabile condanna alle spese in conseguenza della modifica introdotta con l'art. 13, l. 10 novembre 2014, n. 162 all'art. 92, c.p.c., (iii) la sempre più frequente condanna alla responsabilità aggravata ai sensi dell'art. 96, primo e terzo comma, c.p.c., per lite temeraria (anche se recentemente la Cassazione, dopo avere dichiarato a sezione semplice n. 16/2015 che la conoscenza degli innumerevoli precedenti contrari potrebbe legittimare

la lite temeraria, a ss.uu. n. 6606/2015 ha ridimensionato l'applicazione dell'art. 96, c.p.c. affermando che la manifesta infondatezza della pretesa non giustifica di per sé la lite temeraria, per la quale è necessario che la parte abbia usato il processo esclusivamente con finalità diverse dalla tutela giurisdizione); se ci aggiungessimo anche la misura coercitiva per ogni giorno di ritardo, resterebbe fuori soltanto l'arresto per debiti.

Nemmeno dobbiamo dimenticare che il debitore pecuniario inadempiente più incallito è proprio la pubblica amministrazione, i cui dissesto, inefficienza e disorganizzazione sono forse le cause principali dirette e, per l'effetto domino, indirette dell'enorme numero del contezioso civile che intasa le aule giudiziarie. Per cui è facile prevedere che questo inasprimento verso il debitore, più che contribuire alla riduzione del contenzioso civile, è destinato ad aggravare il debito pubblico, il dissesto della pubblica amministrazione, l'inadempimento di questa e, conseguentemente, il contenzioso civile.

Per fortuna la l. 132/2015 ha espunto tra i provvedimenti di condanna per i quali è applicabile la misura coercitiva quella al pagamento di somme di danaro. Per il resto ha generalizzato l'applicazione della norma. Possono così essere risolti i problemi determinati da situazioni *border line* per i quali poteva anche accadere che il giudice del merito ritenesse fungibile l'obbligo e non applicasse la misura coercitiva, mentre il giudice dell'esecuzione ritenesse inattuabile il provvedimento di condanna stante l'infungibilità della obbligazione. E assai probabile che lo spettro della misura coercitiva indurrà il debitore (sempre che abbia qualcosa da perdere) a rilasciare spontaneamente l'immobile dopo il provvedimento di sfratto o a consegnare l'autoveicolo acquistato a leasing dopo il decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo per la consegna di bene mobile, ecc.

3. Nei dieci anni trascorsi il legislatore ha fatto molto (anzi troppo) per il processo esecutivo, alcune cose buone, altre meno buone, altre con superficialità tanto da rendere necessario subito dopo la correzione e subito dopo ancora la correzione della correzione. Altre cose avrebbero potuto essere fatte e non sono state fatte anche se sollecitate dal CNF. Mi piace citarne una fra tutte. Il legislatore avrebbe potuto prevedere un termine dilatorio da cui fare decorrere l'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione nel pignoramento presso terzi al fine di evitare sia un ingiustificato pregiudizio nei confronti del terzo intenzionato a pagare o consegnare spontaneamente il bene mobile sia il proliferare di un elevato numero di contenzioso. La disciplina attuale determina che il *debitor debitoris* un attimo prima dell'ordinanza di assegnazione è terzo custode con i vincoli posti dagli artt. 546,

c.p.c. e 388, c.p., mentre un attimo dopo è debitore assoggettato al titolo esecutivo, costretto sempre più frequentemente a subire la notificazione (e i costi) dell'atto di precetto prima ancora di conoscere l'esistenza del provvedimento di assegnazione e, quindi, prima ancora di avere la possibilità di adempiere spontaneamente ad esso. Tanto è vero che la disciplina attuale è fonte di un numero sempre crescente di contenzioso (procedure esecutive, opposizioni a precetto e all'esecuzione ai sensi dell'art. 615, 1° e 2° comma), che, l'introduzione di un breve termine dilatorio per il decorrere dell'efficacia esecutiva dell'ordinanza di assegnazione eviterebbe[3].

Ci si domanda cosa ci aspetta nell'immediato futuro e dove sta andando il processo esecutivo. Ci auguriamo che resti fermo in stazione almeno per dieci anni, sì da consentire a tutti noi di tornare respirare e di metabolizzare tutte le riforme di questi ultimi anni.

Il legislatore è passato da un eccesso all'altro; dalla totale indifferenza alla frenetica e ossessiva attenzione verso il processo esecutivo, tanto da farci, oggi, rimpiangere il periodo della indifferenza.

Abstract

Nel contributo si ripercorrono le numerose riforme che, seguendo ad un lungo periodo di indifferenza del legislatore, a partire dal 1998 sono intervenute in materia di processo esecutivo, sintetizzandone i contenuti e valutandone la portata. Tra queste, si approfondisce la recente riforma dell'art. 614-*bis*, che ha generalizzato l'applicazione della norma, mantenendone però, condivisibilmente, esclusi i provvedimenti di condanna al pagamento di somme di denaro. Si auspica un arresto temporaneo di tali frenetici interventi, così da stabilizzare gli effetti delle modifiche apportate e da permetterne agli operatori del diritto un'analisi ed applicazione nel lungo periodo.

[3] Il legislatore avrebbe potuto inserire un secondo comma all'art. 507, c.p.c. del seguente tenore: «L'ordinanza di assegnazione pronunciata ai sensi degli articoli 552 e 553 è comunicata dalla cancelleria al terzo debitore e, decorsi venti giorni, acquista efficacia di titolo esecutivo nei suoi confronti».

Antonio Mondini

La domanda d'ingiunzione europea nell'epoca del PCT

SOMMARIO: 1. La domanda d'ingiunzione europea e la sua forma – 2. La forma cartacea come unica forma ammessa secondo la Comunicazione *ex* art. 29 del reg. (CE) 1896/2006 e l'evolversi della realtà fattuale e normativa tra informatizzazione degli uffici e processo telematico – 3. La *ratio* del limite e la necessità di un ripensamento

1. La domanda d'ingiunzione europea e la sua forma

L'ingiunzione di pagamento europea, disciplinata dal Regolamento (CE) 1896/2006[1], è un meccanismo uniforme[2] e semplice, finalizzato

[1] Per un commento della intera disciplina regolamentare, v. *Regolamento Ce 1896/2006 del parlamento europeo e del consiglio che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento.* Commentario a cura di P. Biavati, in «Nuove leggi civ.», 2010, pp. 387 ss. e A.A. ROMANO, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento. Regolamento (Ce)1896/2006 del 12 dicembre 2006*, Giuffrè, Milano 2009.

[2] Come è noto, il Regolamento 1896/2006 segna un punto di forte avanzamento lungo il percorso d'integrazione processuale europea rispetto ai precedenti Regolamenti 44/2001 e 805/2004, operando, a differenza di questi, non più attraverso «il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni giudiziarie ottenute in uno Stato membro conformemente alle regole nazionali», ma attraverso la «europeizzazione del diritto processuale civile», v. O. PORCHIA, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento: il regolamento comunitario 1896/2006*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, a cura di B. Capponi, Zanichelli, Torino 2009, p. 57. Sulla ragione di questo cambio di prospettiva, da individuarsi nella consapevolezza che il permanere di un divario nel grado di efficienza dei diversi mezzi procedurali a disposizione dei creditori nei singoli Stati rappresenta uno dei maggiori ostacoli all'integrazione del mercato e al corretto funzionamento della concorrenza, v. P. BIAVATI, *Commento all'art. 1*, in *Regolamento Ce 1896/2006 del parlamento europeo e del consiglio*, cit., pp. 390 s.; *Il procedimento ingiuntivo europeo e «la comunitarizzazione» del diritto processuale,* a cura di A. Carratta; P. BERTOLI, *Verso un diritto processuale civile comunitario uniforme*: *l'ingiunzione europea di pagamento e le controversie di modesta entità*, in «Riv. dir. internaz. priv. proc.», 2008, p. 395; I. LOMBARDINI, *Verso l'armonizzazione del diritto processuale civile dell'Unione europea; il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento (Regolamento CE n.1896 del 2006)*, in «Studium juris», 2008, pp. 18 ss.

ad accelerare la riscossione di crediti pecuniari transfrontalieri[3] e di cui è possibile avvalersi in alternativa[4] agli strumenti processuali (ordinari o monitori) previsti dalla legislazione dei singoli Stati membri dell'Unione. Uniformità e semplicità connotano l'ingiunzione fin dalla forma della domanda.

Forma, innanzi tutto, come schema espositivo-compositivo.

L'art. 7 del Regolamento prevede infatti, al paragrafo primo, che la domanda è presentata utilizzando il modulo standard A; l'impiego della modulistica, che all'evidenza assume un ruolo di rilievo in rapporto alle segnalate finalità, è, per l'opinione prevalente, obbligatorio[5].

[3] Ai sensi dell'art. 2, paragrafo 1 del Regolamento, la procedura monitoria europea può essere utilizzata qualora almeno una delle parti sia domiciliata in uno Stato membro diverso da quello dove ha sede il giudice adito. Naturalmente niente impedisce agli Stati di rendere lo stesso meccanismo disponibile anche per rapporti obbligatori interni.

[4] Il diritto processuale dei singoli Stati rientra tra i settori riservati. L'Unione (come prima la Comunità) non può direttamente intervenire in via sostitutiva o abrogativa. Da qui il carattere necessariamente aggiuntivo degli strumenti processuali europei e il loro porsi come alternativi rispetto a quelli interni. Il rapporto di alternatività è sancito, per quanto concerne il Regolamento 1896/2006, dall'art. 1, paragrafo 2, ai sensi del quale il Regolamento «non impedisce a un ricorrente di intentare un procedimento» per il recupero di crediti pecuniari «utilizzando qualunque altro procedimento disponibile ai sensi della legislazione di uno Stato membro o della legislazione comunitaria» ed è evidenziato nel 10° considerando, a mente del quale la procedura comunitaria va intesa come strumento «supplementare e facoltativo» per il ricorrente «che rimane libero di avvalersi delle procedure previste dal diritto nazionale». L'alternatività apre lo spazio ad una scelta di convenienza stante, in particolare, che i procedimenti – monitorio o ordinario – previsti dalle legislazioni nazionali possono portare ad una pronuncia certificabile come titolo esecutivo europeo e suscettiva, con l'entrata in vigore del Reg. (UE) n. 1215/2012 di esplicare la propria efficacia esecutiva nello spazio comune senza necessità di *exequatur* (sul regolamento 1215/2012 v. P. Vittoria, *Riconoscimento ed esecuzione delle decisioni: reg. UE 1215*, *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Ist. Enciclopedia Italiana, Roma 2014; F. Carpi, *L'esecutorietà delle sentenze e l'opposizione nel regolamento n. 44 del 2001 e le recenti modifiche*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2013, p. 59; A. Leandro, *Prime osservazioni sul Regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I bis»)*, in «Giusto proc. civ.», 2013, pp. 583 ss.; I.P. Beraudo, *Regards sur le nouveau Règlement Bruxelles I sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, in «Journal du droit international», 2013, pp. 741 ss.; E. D'alessandro, *Il titolo esecutivo europeo nel sistema del Regolamento n. 1215/2012*, in «Riv. dir. proc.», 2013, p. 1044; O. Lopes Pegna, *Il regime di circolazione delle decisioni nel regolamento (Ue) n. 1215/2012 («BRUXELLES I-BIS»)*, in «Riv. dir. intern.», 2013, p. 1206).

[5] Ai sensi dell'11° considerando, il procedimento europeo d'ingiunzione «dovrebbe basarsi il più possibile sull'utilizzo di moduli standard nella comunicazione tra il giudice e le parti per facilitarne la gestione e consentire il ricorso all'elaborazione automatizzata dei dati». Oltre che per la presentazione della domanda (modulo A), l'utilizzo dei moduli è previsto, dall'art. 9 per la richiesta di integrazione o correzione della domanda (modulo B), dall'art. 10 per la proposta di modifica della domanda (modulo C), dall'art. 11 per il rigetto della domanda

Forma, poi, come «forma-contenuto»[6] ossia come insieme dei contenuti necessari della domanda.

L'art. 7 elenca, ai paragrafi dal secondo al quarto, essenziali elementi individuativi della richiesta d'ingiunzione. L'elencazione del Regolamento è completa ed esaustiva: a garanzia di uniformità e semplicità dell'impiego della procedura europea, gli Stati membri non possono imporre requisiti contenutistici ulteriori[7].

(modulo D), dall'art. 12 per l' accoglimento della domanda (modulo E), dall'art. 16 per la proposizione dell'opposizione (modulo F) e dall'art. 18 per la dichiarazione di esecutività dell'ingiunzione (modulo G). In tema, v. G. Porcelli, *Commento all'art. 7, in Regolamento Ce 1896/2006 del parlamento europeo e del consiglio che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento*. Commentario a cura di P. Biavati, in «Nuove leggi civ.», 2010, pp. 412 ss., ove si sostiene che l'uso dei moduli deve essere considerato non facoltativo ma obbligatorio e che, in particolare, malgrado la dizione dell'11° 'considerando' – frutto solo di «una non corretta trasposizione dell'originale inglese *should* di cui depotenzia il significato precettivo» –, l'uso del modulo standard A è necessario a pena di irricevibilità della domanda. Sull'obbligatorietà dei moduli, anche Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione*, cit., p. 79; M. Marinelli, *Note sul regolamento Ce 1896/2006 in tema di procedimento ingiuntivo europeo*, in «Giusto processo civ.», 2009, p. 71 nota 24, e, nella dottrina straniera, F. Ferrand, *L'injonction de payer européenne est arrivée*, in «Rev. Huissier», 2007, pp. 66 ss.; M. Lopez De Tejada, L. D'avout, *Le non-dits de la procedure européenne d'injonction de payer*, in «Rev. crit. DIP», 2007, p. 732. I moduli previsti dal Regolamento 1896/2006, sono stati emendati dal Regolamento della Commissione Europea n. 936/2012 del 4 Ottobre 2012.

[6] E. Redenti, *Atti processuali civili*, in «Enc. dir.», IV, Giuffrè, Milano 1969, p. 108.

[7] Il carattere esaustivo della disciplina contenuta nell'art. 7 è affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza 13 dicembre 2012, causa C-215/11; Szyrocka c. SiGer Technologie GmbH, in «Foro it.», 2014, IV, col. 280, con mia nota di commento. L'affermazione discende sia da ragioni di carattere letterale sia da ragioni legate alle finalità del Regolamento e che sono espresse nei punti da 27 a 29 e, rispettivamente, da 30 a 32, della motivazione della sentenza e sono così sintetizzabili: il rinvio testuale, da parte dell'art. 7, al diritto nazionale per taluni aspetti della domanda, così come – può aggiungersi – il disposto stesso dell'art. 26 del Regolamento sarebbero ingiustificati se la normativa comunitaria fosse aperta all'integrazione da parte di quella dei singoli Stati anche per aspetti già disciplinati dalla prima; sul piano teleologico, gli obiettivi di semplificazione, accelerazione e riduzione dei costi dei procedimenti per le controversie transfrontaliere in materia di crediti pecuniari non contestati sarebbero compromessi se ciascuno Stato potesse prescrivere requisiti aggiuntivi della domanda d'ingiunzione. Nelle conclusioni dell'avvocato generale, P. Mengozzi, reperibili sul sito <www.curia.europa.eu> (ultimo accesso 01.03.2016), ragioni sostanzialmente coincidenti sono inquadrate nella cornice della «autonomia» della procedura ingiuntiva europea rispetto alle analoghe procedure di ingiunzione nazionali. Sul punto, in dottrina, v. O. Porchia, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento: il regolamento comunitario 1896/2006*, in *Il procedimento d'ingiunzione*, cit., p. 57: «la disciplina procedurale è da ritenersi completa e direttamente applicabile almeno in linea di principio, fatti salvi gli spazi lasciati agli ordinamenti interni chiamati a reggere talune fasi del procedimento secondo la logica di integrazione ormai consolidatasi nell'ordinamento europeo».

Forma, infine, nel senso di supporto della domanda: supporto cartaceo, come forma comune minima, e, ove possibile, anche supporto elettronico. In merito nel paragrafo quinto, l'articolo 7 dispone che la domanda è presentata su supporto cartaceo o tramite qualsiasi altro mezzo di comunicazione, anche elettronico, accettato dallo Stato membro d'origine e di cui dispone il giudice a cui il provvedimento è richiesto. Nel paragrafo seguente si specifica che la domanda deve essere firmata dal creditore o dal suo rappresentante e che, quando è presentata in forma elettronica, deve essere firmata a norma dell'articolo 2, paragrafo 2, della direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999[8] e tale firma è riconosciuta nello Stato membro d'origine senza che sia possibile imporre condizioni supplementari.

In riferimento al supporto emerge così un concetto di forma come modalità tecnica di trasmissione del flusso dei dati di cui la domanda si compone e, a monte, come modalità di creazione della domanda secondo uno standard telematico ('formato').

2. La forma cartacea come unica forma ammessa secondo la Comunicazione ex *art. 29 del reg. (CE) 1896/2006 e l'evolversi della realtà fattuale e normativa tra informatizzazione degli uffici e processo telematico*

L'Italia, in ottemperanza al disposto dell'art. 29 del Regolamento[9],

[8] La Direttiva delinea un quadro comunitario per le firme elettroniche e per taluni servizi di certificazione al fine di agevolare l'uso delle firme elettroniche e contribuire al loro riconoscimento giuridico nello spazio comunitario. La firma di cui all'art. 2, paragrafo 2, è la firma elettronica 'avanzata' la quale si caratterizza per essere connessa in maniera unica al firmatario, essere idonea ad identificare il firmatario, essere creata con mezzi sui quali il firmatario può conservare il proprio controllo esclusivo, essere collegata ai dati cui si riferisce in modo da consentire l'identificazione di ogni successiva modifica di detti dati. Alla direttiva è stata data attuazione in Italia con d.lgs. 23 gennaio 2002, n. 10. La direttiva è stata abrogata, con decorrenza dal 1° luglio 2016, dal Regolamento (UE) n. 910/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 luglio 2014, in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE. Tale intervento normativo si propone di assicurare che persone ed imprese possano utilizzare i loro regimi nazionali di identificazione elettronica (eID)per accedere ai servizi pubblici in altri paesi dell'Unione in cui sono disponibili diversi sistemi eID nazionali. Il Regolamento introduce norme a livello europeo in materia di servizi fiduciari tra cui i servizi di posta certificata. Servizi fiduciari conformi al regolamento potranno 'circolare' liberamente nel mercato unico. Inoltre sarà creato un marchio di fiducia UE per identificare i servizi fiduciari che soddisfino determinati e rigorosi requisiti, anche se l'uso del marchio di fiducia sarà fatto su base volontaria.

[9] Articolo 29: «Informazioni relative alla giurisdizione, ai procedimenti di riesame, ai mezzi

nel rispetto del termine previsto del 12 giugno 2008, ha comunicato alla Commissione europea che il solo «mezzo di comunicazione accettato ai fini dell'ingiunzione prevista dal regolamento n. 1896/2006/CE è il supporto cartaceo».

L'espressione è imprecisa considerato che il supporto non è un mezzo di comunicazione ma è l'oggetto della comunicazione; di fatto con essa si è ammesso che il supporto cartaceo sia depositato manualmente o inviato per posta.

La possibilità dell'invio per posta è data per semplificare l'uso dello strumento ingiuntivo europeo, specie dall'estero.

Riguardo agli atti processuali domestici, la stessa possibilità, già positivizzata per ipotesi specifiche[10], ha trovato un ampio e significativo riconoscimento da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con la sentenza n. 5160 del 4 marzo del 2009[11], cui ha fatto seguito la sentenza della Prima sezione, n. 12509 del 17 giugno 2015[12], e da parte del Consiglio di Stato con la sentenza n. 4984 depositata il 30 ottobre 2015[13]: anche qui viene privilegiata un'impostazione antiformalistica, che tiene conto della realtà pratica[14] ed è orientata a garantire l'effettività della giustizia attraverso la semplificazione delle forme.

Nella Comunicazione si legge che il limite dei meccanismi di invio della domanda a quelli tipici del supporto cartaceo, è dovuta a ciò che,

di comunicazione e alle lingue 1. Entro il 12 giugno 2008, gli Stati membri comunicano alla Commissione […] c) i mezzi di comunicazione accettati ai fini dell'ingiunzione di pagamento europea e di cui dispongono i giudici».

[10] Art. 134, disp. att. c.p.c. concernente il giudizio di cassazione; le ipotesi relative al processo tributario e al giudizio di opposizione a ordinanza-ingiunzione irrogativa di sanzione amministrativa, su cui è intervenuta la sentenza n. 98 del 2004 della Corte cost., le cui affermazioni di principio sono state estese dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 11893/2006 all'azione popolare in materia elettorale.

[11] La sentenza è pubblicata in «Foro it.», 2010, I, col. 587 e in «Giur. it.», 2009, p. 11, con nota di R. Conte.

[12] In <www.altalex.it> (ultimo accesso 02.03.2016), con nota di G. Casiraghi.

[13] La sentenza è reperibile in <www.ilforoitaliano.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

[14] V. punti 7 e 8 della motivazione della sentenza 5160/2009 e punto 4 della motivazione della sentenza del Consiglio di Stato laddove si dice che nell'interpretazione dell'art. 5 delle norme di attuazione del codice del processo amministrativo, occorre tener conto del fatto che «nella prassi universale del processo amministrativo, come di quello civile, non si richiede *ad validitatem* che il deposito di un atto (incluso il ricorso introduttivo) in segreteria venga effettuato manualmente e personalmente dalla parte ovvero dal difensore costituito; può essere effettuato da un qualsivoglia mandatario, non necessariamente accreditato o qualificato, al limite neppure identificato. Non risulta che all'atto del ricevimento il cancelliere o segretario accerti l'identità e/o la qualifica del latore, tanto meno che ne prenda nota a verbale».

da un lato, «per l'operatività di altri mezzi di comunicazione, in specie elettronica, è necessario il rispetto della specifica normativa italiana anche regolamentare, [dall'altro], per disposto delle norme citate, deve trattarsi di mezzi di cui gli organi giurisdizionali interessati "dispongono"»[15].

Tale spiegazione non sollevava alcuna perplessità alla luce del contesto normativo e di fatto allora in essere in cui gli atti processuali erano esclusivamente di carta (e quindi potevano essere trasmessi solo con le forme suddette) e in cui (molti de)gli uffici giudiziari non disponevano di strumenti informatici.

La realtà fattuale si è evoluta con la progressiva diffusione dell'informatizzazione degli organi giudiziari; per quanto interessa qui sottolineare, ogni Cancelleria ha ormai (da tempo)un indirizzo di posta elettronica (che facilmente è reperibile su internet).

Sotto un profilo tecnico, vi è la possibilità che un atto, scritto in forma elettronica, sia firmato dalla parte personalmente (o da un rappresentante della parte) con la propria firma digitale secondo la normativa interna (essendo la firma digitale, basata sull'uso di una coppia di chiavi crittografiche asimmetriche, una firma digitale conforme alla direttiva 1999/93/CE del 13 dicembre 1999)[16] o con firma digitale avanzata riconosciuta da altro Paese dell'Unione (in modo che ne sia garantita la sicura attribuzione ad un mittente identificato), sia 'salvato', e sia poi inviato all'indirizzo internet della Cancelleria del giudice competente, come allegato ad un messaggio di posta elettronica semplice.

[15] Diversa e variegata la scelta in altri Paesi: Francia, Cipro, Slovenia e Finlandia, come si dirà anche oltre nel testo, consentono l'invio per posta elettronica semplice; l'Estonia consente l'invio per posta elettronica (ma) «in conformità ai requisiti di formato e alle norme previste dal codice di procedura civile»; la Repubblica Ceca, ammette l'invio, per posta elettronica «mediante l'utilizzazione della firma elettronica avanzata ai sensi della legge n. 227/2000 relativa alla firma elettronica e successive modifiche» o anche per posta elettronica semplice salvo tuttavia, in questo secondo caso, la necessità di presentare, entro tre giorni dall'invio, il modulo originale, in mancanza del quale la domanda non è presa; l'Austria ha comunicato che la domanda d'ingiunzione di pagamento europea può essere presentata per via elettronica tramite un sistema – il WebERV – che in linea di principio è accessibile a tutti ma richiede un software speciale e il ricorso a un organo mittente.

[16] La firma digitale è stata introdotta dalla legge 15 marzo 1997, n. 59, in attuazione della quale è stato emanato il d.p.r. n. 513 del 1997. L'articolo 1 del decreto definisce la firma digitale come il «risultato della procedura informatica (validazione), basata su un sistema di chiavi asimmetriche a coppia, una pubblica e una privata, che consente al sottoscrittore, tramite la chiave privata e al destinatario tramite quella pubblica, rispettivamente di rendere manifesta e verificare provenienza e integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici». Il d.p.r. n. 513 è stato sostituito dal d.p.r. 28.12.2000 n. 445 (Testo Unico delle Disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa).

Anche il quadro normativo è mutato rispetto al momento della ricordata comunicazione: con l'entrata in vigore della legislazione sul processo civile telematico (PCT)[17] si è passati dalla forma materiale alla dematerializzazione degli atti, agli atti come insiemi di dati creati, gestiti e comunicati attraverso strumenti informatici e telematici.

Per gli atti processuali interni sono divenute così attuali le condizioni di validità di cui agli artt. 20 e ss., del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, codice dell'amministrazione digitale (c.a.d.) e dell'art. 71 dello stesso decreto, che rinvia alle regole tecniche ministeriali per la formazione, trasmissione, conservazione, copia, duplicazione, riproduzione, validazione temporale dei documenti informatici e per quelle in materia di generazione, apposizione e verifica di qualsiasi tipo di firma elettronica avanzata.

In forza di queste disposizioni, per poter essere trasmessi e venire a far parte del circuito del processo, gli atti devono conformarsi agli artt. 11 e 12 delle regole tecniche (d.m. 21 gennaio 2011, n. 44) e agli artt. 12 e 13 delle specifiche tecniche adottate con provvedimento del 16 aprile 2014 del responsabile del Dipartimento generale per i sistemi informativi automatizzati[18].

Lo strumento di trasmissione unico è la posta elettronica certificata (PEC), un sistema «di posta elettronica, nel quale è fornita al mittente

[17] La prima regolamentazione del processo telematico è stata dettata dal d.p.r. del 13 febbraio 2001, n. 123 (Regolamento recante la disciplina dell'uso di strumenti informatici e telematici nel processo civile, amministrativo e quello dinanzi alle sezioni giurisdizionali della Corte dei Conti). Con il d.l. 29 dicembre 2009, n. 193, convertito con l. 28 gennaio 2009, n. 23, il processo civile telematico prima pensato come strumento chiuso di razionalizzazione organizzativa del sistema giustizia (v. S. Brescia, P. Liccardo, *Processo telematico*, voce dell'*Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma 2005, p. 2) è stato ripensato come strumento essenzialmente di trasmissione dei dati. Il deposito telematico degli atti è stato previsto dall'art. 16-*bis*, 1° comma, d.l. 179/12 (Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese) convertito con modificazioni dalla l. 17 dicembre 2012, n. 221 e successive modifiche, con cui è stato disposto l'obbligo di deposito degli atti processuali e dei documenti dei difensori delle parti costituite nei processi innanzi al Tribunale a partire dalla data dal 30 giugno 2014; il termine è stato poi differito (in forza dell'art. 44, 1° comma, del d.l. 24 giugno 2014, n. 90, convertito con legge 11 agosto 2014, n. 114), per i procedimenti iniziati prima del 30 giugno 2014, al 31 dicembre 2014. Per maggiori ragguagli sul momento della entrata in vigore del processo civile telematico e sugli interrogativi immediatamente sorti sia quanto alla validità degli atti depositati in forma cartacea invece che nella prevista forma telematica sia quanto alla validità degli atti composti secondo formati – cioè con caratteristiche e con modalità tecniche – diversi da quelli stabiliti dalle norme regolamentari di settore, cfr. A. Mondini, *Processo elettronico: senza testo unico l'àncora dei giudici*, in «Guida dir.», 2014, fasc. 45, pp. 12 ss.

[18] Su tutto questo, cfr. A.D. De Santis, *Processo telematico*, <http://www.treccani.it/enciclopedia/processo-telematico-dir-proc-cv_(Diritto-on-line)/>, 2015 (ultimo accesso 02.03.2016).

documentazione attestante l'invio e la consegna di documenti informatici» (v. art. 1, lett. g, d.p.r. 11 febbraio 2005, n. 68)[19].

Si tratta di un sistema tecnologico non in uso in Paesi diversi dall'Italia.

Tramite questo standard i difensori delle parti possono presentare gli atti processuali.

La parte che sia autorizzata ad agire in giudizio personalmente, se, da un lato, è esentata dall'obbligo di deposito telematico degli atti[20], d'altro lato, pure se volesse, non potrebbe effettuare il deposito telematico in quanto la PEC è rilasciata solo a soggetti accreditati ovverossia «agli appartenenti ad un ente pubblico, ai professionisti iscritti in albi ed elenchi istituiti con legge, agli ausiliari del giudice non appartenenti ad un ordine di categoria o che appartengono ad ente/ordine professionale che non abbia ancora inviato l'albo al Ministero della giustizia»[21] [22].

In questa cornice si colloca la circolare del Ministero della Giustizia, Dipartimento per gli Affari di Giustizia, Direzione Generale della Giustizia civile, emessa in data 23 ottobre 2015, in cui si specifica (punto 8.1) che «la previsione della facoltà di deposito cartaceo dell'istanza di provvedimento ingiuntivo europeo è necessaria al fine di garantire anche a soggetti stranieri, privi di difensore, la possibilità di presentare la domanda d'ingiunzione, come previsto dall'art. 24 del regolamento»[23] [24].

[19] *Regolamento recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata*, attuativo dell'art. 27 della legge 16 gennaio 2003, n. 3 (Disposizioni ordinamentali in materia di pubblica amministrazione).

[20] L'art. 16-*bis* d.l. 179/2012 riferisce l'obbligo di deposito telematico ai «difensori delle parti […] costituite»; a seguito della modifica introdotta con d.l. n. 83 del 2015, convertito dalla Legge n. 132 del 2015, è data poi facoltà ai difensori di depositare telematicamente anche l'atto di costituzione.

[21] I dati identificativi nonché l'indirizzo PEC di questi soggetti è contenuto nel Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE), gestito dal Ministero della Giustizia.

[22] Questo stato di cose, al di fuori del giudizio di fronte al Giudice di Pace per il quale il PCT non è ancora in funzione, espone il sistema a dubbi di legittimità rispetto agli artt. 3 e 24 della Costituzione: da un lato, si riconosce, in linea astratta, il diritto della parte di agire personalmente, dall'altro, in pratica, si nega la possibilità di esercitare quel diritto tramite uno strumento più agile ed economico di quello cartaceo. Il fatto che la parte non sia tenuta a costituirsi con atto telematico riduce il problema che tuttavia resta sia perché quella che dovrebbe essere una alternativa subordinata è invece una necessità sia perché, comunque, la parte costituita non ha poi modo di esercitare ulteriormente le proprie facoltà processuali.

[23] Art. 24 (Assistenza legale): «La rappresentanza da parte di un avvocato o di altro professionista del settore legale non è obbligatoria: a) né per il ricorrente relativamente all' ingiunzione europea, b) né per il convenuto relativamente alla opposizione contro un'ingiunzione di pagamento europea».

[24] La circolare rende tale specificazione, alla quale fa seguire il chiarimento per cui «le cancellerie, dunque, accetteranno il deposito, su supporto cartaceo, della modulistica relativa alle

3. La ratio *del limite e la necessità di un ripensamento*

Sottesa alla Comunicazione *ex* art. 29 Regolamento 1896/2006 e alla circolare ministeriale è l'idea secondo cui per inoltrare una domanda d'ingiunzione europea in forma elettronica sarebbe necessario utilizzare la posta elettronica certificata[25].

Peraltro, la PEC vale come condizione di comunicazione degli atti del processo civile telematico italiano.

La domanda d'ingiunzione europea non è un atto del processo civile italiano – ché questo, *ex* art.17 del Regolamento, si apre, «in prosecuzione», solo a seguito dell'eventuale opposizione al provvedimento ingiuntivo[26] –

domande di ingiunzione europea di pagamento", dopo aver sottolineato che il procedimento europeo di ingiunzione è diverso dal procedimento monitorio di cui agli artt. 633 ss. del codice di procedura civile». Con ciò viene evocato e risolto il dubbio profilatosi in giurisprudenza se, alla luce della normativa dettata dall'art. 16-bis del d.l. 18 ottobre 2012, n. 179, conv. con l. 17 dicembre 2012, n. 221, in forza della quale il ricorso monitorio può essere presentato esclusivamente – e quindi a pena di inammissibilità – con modalità telematiche, una domanda d'ingiunzione di pagamento europea possa essere invece presentata tramite l'apposito modulo A del Regolamento (CE) n. 1896/2006, in forma cartacea. L'interrogativo si era manifestato al Tribunale di Milano che, con decreto 8 aprile 2015 (reperibile in <www.eclegal.it> con nota di chi scrive e in <www.altalex.it> (ultimo accesso 02.03.2016) con nota di R. Bianchini), vi aveva dato risposta positiva per ragioni così sintetizzabili: il procedimento d'ingiunzione europea è autonomo e distinto rispetto ai procedimenti monitori degli Stati membri ed è soggetto ad una propria disciplina normativa, contenuta nel Reg. 1896/2006; questa disciplina include, all'art. 7, par. 5, una norma specificamente destinata a regolare la forma della domanda, in forza della quale la forma cartacea è «la regola comune di base» mentre altre forme, comunque solo aggiuntive rispetto a quella, possono essere impiegate esclusivamente in quei Paesi che, diversamente dall'Italia, abbiano, con la ricordata Comunicazione, dichiarato di accettarle; come precisato dalla Corte di Giustizia UE, nella sentenza 13 dicembre 2012, in causa C-215/11, gli Stati non possono imporre requisiti di forma della domanda ulteriori rispetto a quelli stabiliti dall'art. 7 del Reg. Il provvedimento (che può ben dirsi 'inutile' perché l'esternazione di un dubbio risolto positivamente, alla quale tale provvedimento in sostanza si riduce, non ha alcuna utilità per il creditore, unico soggetto della procedura monitoria, interessato solo alla risposta positiva alla propria istanza) è, nella conclusione, corretto, anche se la ragione vera della ammissibilità della domanda di ingiunzione europea in forma cartacea sta semplicemente in ciò che questa è la forma comune prevista del Regolamento e l'art. 16-bis riguarda espressamente gli atti del «procedimento di cui al libro IV, titolo I, capo I, del codice di procedura civile» e non gli atti del procedimento europeo d'ingiunzione.

[25] In quest'ottica, la medesima esigenza segnalata per i soggetti stranieri si pone per i soggetti italiani, posto che, per quanto sopra evidenziato, anche questi, ove non volessero avvalersi di un avvocato accreditato, non potrebbero, altrimenti, cioè in mancanza della facoltà di deposito *brevi manu* o per posta, presentare una domanda di ingiunzione europea.

[26] L'art. 17, par. 1, stabilisce che «se l'opposizione è presentata entro il termine stabilito

ma è un atto della procedura comune europea.

In questa prospettiva, e tenuto conto della già evidenziata evoluzione della realtà di fatto, che vede ormai (le Cancellerie di) tutti gli organi giudiziari disporre di mezzi informatici, non sembra vi siano difficoltà ad ammettere che così come una domanda di ingiunzione europea su supporto cartaceo può essere depositata mediante invio per posta alla Cancelleria dell'ufficio competente, così una domanda di ingiunzione europea, formulata sul modulo A sottoscritto con firma digitale secondo la normativa interna o con (altra)firma elettronica avanzata a norma dell'articolo 2, paragrafo 2 della direttiva 1999/93/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 dicembre 1999, possa essere inviata all'indirizzo internet della Cancelleria di quell'ufficio in allegato ad un messaggio di posta elettronica semplice.

Un simile modo di procedere che non diverge, sotto il profilo della sicurezza di attribuzione dell'atto trasmesso ad un mittente identificato, rispetto alla trasmissione per posta di un atto cartaceo, e che è altrettanto idoneo quanto questa allo scopo di porre in contatto il mittente con l'organo giurisdizionale, consente al soggetto interessato, straniero o non, di inoltrare il modulo di domanda anche dall'estero con facilità, rapidità e senza spese (significative) e quindi ha una potenziale portata espansiva della concreta applicazione del Regolamento.

L'invio della domanda con le modalità esaminate attua, cioè, il principio comunitario dell''effetto utile' secondo cui è doveroso cercare di assicurare alle regole dell'Unione il più ampio possibile impiego.

Del resto questa possibilità è già riconosciuta in vari Paesi. Nella comunicazione *ex* art. 29 Reg. si legge infatti che Francia, Cipro, Slovenia e Finlandia consentono l'invio per posta elettronica semplice.

Né vi sono ostacoli con riferimento al pagamento, dovuto ai sensi dell'art. 25 del Reg., del contributo unificato, giacché, come è stato specificato nella nota 1° settembre 2010 del Dipartimento per gli Affari di Giustizia – Direzione Generale della Giustizia Civile, le spese processuali dovute allo Stato per la procedura, possono essere pagate anche dall' estero mediante bonifico bancario.

Unico inconveniente potrebbe essere quello per cui il mittente, utilizzando la posta elettronica semplice potrebbe non avere certezza del ricevimento della domanda (come invece ha in caso usi la PEC); sarebbe tuttavia sufficiente che l'ufficio giudiziario confermasse il ricevimento del messaggio al momento della sua apertura.

all'articolo 16, paragrafo 2, il procedimento prosegue dinanzi ai giudici competenti dello Stato membro d'origine applicando le norme di procedura civile ordinaria […]».

In base a questi argomenti, occorrerebbe ripensare e superare la Comunicazione *ex* art. 29, data a suo tempo.

Peraltro la Comunicazione non potrebbe essere considerata per intero vincolante neppure qualora dovesse opinarsi nel senso che la domanda d'ingiunzione europea non sia suscettiva di essere trasmessa all'ufficio mediante posta elettronica semplice con firma digitale.

Andrebbe in tal caso comunque riconosciuto il diritto del creditore di presentare la domanda, redatta sul modulo A e secondo un formato corretto, in via telematica, attraverso un difensore accreditato con posta elettronica certificata.

Infatti, poiché le procedure interne utilizzabili per l'esazione di un credito pecuniario prevedono la possibilità (che per la procedura monitoria è anzi addirittura un obbligo e quindi la possibilità unica) di presentare domanda di condanna al pagamento di un credito pecuniario in via telematica mediante PEC, la stessa possibilità, che permette economie di tempi e di costi a confronto con il deposito brevi manu o l'invio per posta del documento cartaceo, non può non essere ammessa anche per la domanda di ingiunzione europea per rispetto del principio comunitario di 'equivalenza', in forza del quale l'applicazione del diritto nazionale non può rendere il ricorso alla procedura comunitaria meno favorevole rispetto al ricorso ad analoghe procedure interne[27].

[27] Sui principî di effettività e di equivalenza v., nella giurisprudenza della Corte, tra i molti precedenti riferimenti, le sentenze 12 luglio 2012, causa C-378/10, Vale építési kft (punto 48), «Rep. Foro it.», 2012, voce *Unione europea*, n. 1271; 14 giugno 2012, causa C-618/10, Banco Español de Crédito SA (punto 46), *id.*, 2013, IV, col. 170; 6 ottobre 2009, causa C- 40/08, Asturcom Telecomunicaciones SL (punto 29), in «Rep. Foro it.», 2010, voce cit., n. 2148; 26 ottobre 2006, causa C-168/05, Mostaza Claro (punto 25), in «Foro it.», 2007, IV, col. 373; 16 maggio 2008, causa C-78/98, Shirley Preston (punto 31), <curia.europa.eu> (ultimo accesso 02.03.2016); 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe-Zentralfinanz eG e Rewe-Zentral AG, in «Foro it.», 1977, IV, col. 192 (alla quale risale, per quanto consta, la più antica elaborazione dei due principî); in dottrina, v. K. Lenaerts, *National Remedies for Private Parties in the Light of the EU Law Principles of Equivalence and Effectiveness*, in E. Buttigieg, *Enforcing One's Rights under EU Law*, Gutenberg Press, Malta 2011, pp. 43-63; H. Gaudemet-Tallon, *Des nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé?*, in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé: esprit et méthods*, Dalloz, Paris 2005, pp. 303-325; P. Oliver, *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, in «Cahiers de droit européen», 2005, vol. 41, pp. 351-394; A. Bernel, *Le principe d'équivalence ou de «reconnaissance mutuelle» en droit communautaire*, Schulthess, Zürich 1995; F. Caulet, *Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les Etats membres et l'Union européenne*, in «RTD Eur.», 2012, p. 394; P. Girerd, *Les principes d'équivalence et d'effectivité: encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des Etats membres?*, in «RTD Eur.», 2002, p. 75; S. Sticchi Damiani, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo. Dal principio di supremazia ai*

Abstract

Con l'ingiunzione europea di pagamento si è voluto offrire agli operatori economici dell'Unione un mezzo, uniforme e semplice nell'uso, per il rapido recupero dei crediti non contestati. La snellezza del meccanismo si riscontra già per quanto attiene alla forma della domanda, secondo la disciplina dell'art. 7 del reg. (CE) 1896/2006. L'Italia ha tuttavia comunicato alla Commissione di ammettere solo domande in forma cartacea, da consegnarsi *brevi manu* o da trasmettersi per posta. Nello scritto si rilegge questa limitazione alla luce dell'evolversi della realtà, di fatto e giuridica, interna e dei principi comunitari di effettività e di equivalenza e si conclude che essa possa e debba essere superata in modo da ammettere anche domande in forma elettronica, firmate digitalmente e inviate in allegato ad un messaggio di posta semplice.

principî di effettività e di equivalenza, Giappichelli, Torino 2012, spec. pp. 8 s., pp. 121 s., ove si osserva (p. 122) che il principio di equivalenza offre, rispetto a quello di effettività, un quid pluris di tutela per il caso in cui una certa situazione giuridica riconosciuta a livello comunitario – e che, come tale, deve essere protetta, ed in modo non inferiore, anche dal diritto interno per il secondo dei suddetti principî – sia protetta dall'ordinamento nazionale in forme più facilmente accessibili e più efficaci di quelle date dall'ordinamento comunitario, imponendo allora di impiegare sempre le forme del diritto dello Stato; L. Torchia, *Il governo della differenza. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, il Mulino, Bologna 2006.

Loredana Nazzicone

Concetti indeterminati nella disciplina della s.r.l.: i finanziamenti anomali

SOMMARIO: 1. Tecnica regolatoria e giurisprudenza – 2. Fatti economici e diritto delle società – 3. Il ruolo del giudice – 4. I finanziamenti 'anomali' alla società in crisi – 5. *Ratio* della disciplina – 6. (*Segue*): breve digressione sul capitale sociale – 7. L'opzione in favore di *standards* – 8. Altri elementi della fattispecie – 9. L'effetto – 10. Conclusioni

1. Tecnica regolatoria e giurisprudenza

Nella proclamata accentuazione dell'autonomia contrattuale della nuova società a responsabilità limitata, il legislatore del 2003 non è stato alieno dall'utilizzare concetti indeterminati e clausole generali, che necessariamente assegnano all'interprete un ruolo di primo piano.

Gli elementi indeterminati o vaghi della fattispecie vengono accomunati alle clausole generali quale 'concetti-valvola', dispositivi tecnici cui l'ordinamento ricorre quando essa prospetta maggiori vantaggi della scelta di una fattispecie analitica.

Nelle società di capitali, infatti, è centrale l''attività',che mal si presta ad essere ricondotta per intero negli schemi teorici dell'atto giuridico e che è destinata ad incidere, a volte in modo non prevedibile, sugli interessi dei terzi: da qui, talune norme imperative, ma anche il bilanciamento degli interessi, rimesso al giudice.

Da un lato, le attività complesse e protratte nel tempo, come quella dell'impresa societaria, sfuggono a regole di condotta precise: una regola troppo 'estesa' potrebbe includere una quantità eccessiva di condotte scoraggiando senza ragione l'iniziativa economica, mentre una regola dal 'ristretto' ambito di applicazione potrebbe lasciarsi troppo facilmente aggirare, onde sul piano dell'efficienza economica potrebbe preferirsi lo standard. Dall'altro

lato, questo è di applicazione più incerta rispetto alla *rule*, almeno fino a quando non si sia consolidata una certa interpretazione giurisprudenziale[1].

Il legislatore della riforma ha tentato di trovare un punto di equilibrio tra l'istanza di autonomia ed il mantenimento di regole inderogabili.

La scelta della tecnica normativa involge, invero, questioni teoriche (il ruolo dell'interprete, la completezza dell'ordinamento, il rapporto tra diritto e morale): e la riforma del 2003 ha dichiaratamente inteso favorire la competitività delle imprese, ma attraverso il controllo, in molti punti cruciali, offerto dal giudice. La storia dei concetti-valvola si lega alla fiducia o diffidenza nel ruolo dell'interprete[2]: essi aprono il diritto positivo verso una normatività derivante da parametri desunti dallo stesso ordinamento, per il tramite di altre norme o dei suoi principî generali, da altre scienze e tecniche extragiuridiche o dai valori genericamente 'sociali'.

Quel che è certo è che le valutazioni, richieste nell'applicazione dei concetti indeterminati, devono essere compiute non nell'interesse dei 'mercanti', ma del 'mercato': occorre cioè aver riguardo a quel che nuoce o a quel che giova al buon funzionamento del mercato medesimo, perché in questo risiede l'interesse generale.

2. Fatti economici e diritto delle società

Nel diritto societario, la comprensione dei fatti economici rileva sia nel procedimento logico che conduce alla norma da parte del legislatore, sia nella costruzione della stessa, sia nei criteri d'interpretazione[3]. È diritto denso di nozioni economiche, le quali compongono le norme che il giudice deve applicare.

Molti elementi indeterminati delle fattispecie di diritto societario e commerciale vanno individuati con riferimento a valutazioni tratte dalla scienza economica o aziendalistica; e lo stesso 'diritto vivente' fa a volte applicazione di tali concetti[4]. Ma, se l'elemento afferente ad altre scienze richiede di essere

[1] C. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, CEDAM, Padova 2008, p. 275.

[2] C. Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, in «Giur. comm.», 2001, I, pp. 421 e 431.

[3] Si parla di una delicata circolarità di regolamentazione e condizionamento, insita nel rapporto tra diritto e mercato: cfr. Fois, *Le clausole generali e l'autonomia statutaria nella riforma del sistema societario*, *op. cit.*, p. 430.

[4] Il comportamento «inspiegabilmente antieconomico» o «assolutamente contrario ai canoni dell'economia, che il contribuente non spieghi in alcun modo» è assunto a parametro da molte sentenze tributarie per ammettere l'accertamento induttivo del reddito (Cass. 21 aprile 2010, n. 9469, in «Riv. dir. trib.», 2010, II, p. 255, con nota di M. Beghin, *La*

specificato in sede interpretativa, tali specificazioni del parametro normativo hanno natura giuridica: l'opera di concretizzazione svolta dal giudice implica la creazione di 'subnorme', che grazie alla disposizione elastica divengono regole di diritto positivo.

3. Il ruolo del giudice

Diffuso il rilievo che il ricorso del legislatore ai concetti-valvola si traduca in un riconoscimento della funzione creativa del diritto, assunta dal giudice mediante i suoi 'precedenti'.

Il tema delle si lega storicamente con quello sui 'poteri del giudice'.

Comunque, nessuno afferma che la clausola generale dia luogo ad una delega al giudizio 'personale' del singolo giudice; al contrario, grande è l'esigenza di stabilizzazione e prevedibilità delle decisioni derivanti dall'applicazione di clausole generali stesse; e a tal fine provvede il 'sistema dei precedenti'[5].

Le regole che governano le società commerciali sono, così, dettate dal legislatore, ma il giudice concorre nella determinazione di quelle regole con il sistema dei precedenti. Del resto, il contributo al diritto vivente da parte della giurisprudenza è un elemento comune a tutte le complesse società contemporanee.

4. I finanziamenti 'anomali' alla società in crisi

La disciplina della rinnovata s.r.l. (art. 2462-2483, c.c.) utilizza una serie di sintagmi indeterminati nella composizione del testo normativo.

Alcuni coincidono con le clausole generali diffuse in tutto il codice civile.

tassazione degli interessi attivi «da addebitare» nei rapporti commerciali e lo sdrucciolevole predominio delle «fondamentali regole di ragionevolezza» economica); in tema di divisione, il criterio dell'assegnazione di porzioni eguali mediante estrazione a sorte, di cui all'art. 729 c.c., è derogabile quando il sorteggio comporti un «frazionamento antieconomico» (Cass. 8 febbraio 2013, n. 3140, in «Foro it.», 2013, I, col. 1947); in tema di vendita sottocosto si va ad esaminare se essa sia 'antieconomica' da parte del soggetto che, godendo di una posizione dominante sul mercato, può praticare il *dumping* dei prezzi per poi operare da monopolista al rialzo (Cass. 26 gennaio 2006, n. 1636, in «Foro it.», 2006, I, col. 687).

[5] Oggi è acquisito che «l'interpretazione delle clausole generali si giova dell'*argumentum ab exemplo*, e in particolare del richiamo dei precedenti giudiziari. Sono questi perciò a fornire la regola della decisione», F. Roselli, *Le clausole generali, oggi*, in «Dir. romano attuale», 2003, fasc. 10, 37, pp. 49 e 52.

Troviamo la 'buona fede' in molte norme, quale limite o regime di opponibilità di un atto giuridico ai terzi (art. 2470, 3° comma, 2475-*ter*, 2476-*bis*, 2479) e la 'giusta causa' (art. 2473-*bis*).

Pure numerosi i concetti indeterminati utilizzati, al pari che in altri settori dell'ordinamento: ad esempio, per valutare un lasso di tempo, come 'senza indugio' (art. 2478, 2481, 2482-*bis*, 2482-*ter*) e 'tempestivo' (art. 2479-*bis*).

Diverse le espressioni tipicamente giuridiche, ma generiche e da concretizzare, come per i 'particolari diritti riguardanti l'amministrazione' della società o la distribuzione degli utili (art. 2468), l'avere il soggetto 'intenzionalmente agito' a danno della società (art. 2475-*bis*) o l'amministratore commesso 'gravi irregolarità' nella gestione (art. 2476).

Ma vi sono espressioni 'specifiche' della nuova s.r.l.: le troviamo negli artt. 2467 sul finanziamento dei soci e 2473 sul recesso. Delle prime vorrei qui trattare.

5. Ratio *della disciplina*

La disciplina è dettata solo per le s.r.l. (art. 2467) e le società eterodirette (art. 2497-*quinquies*, c.c., di mero rinvio al primo): quei casi, cioè, in cui l'impresa societaria è tipologicamente caratterizzata dalla presenza di soci dotati di informazioni e poteri sulla gestione, in una riproposizione del binomio potere-rischio d'impresa.

La norma intende reagire alla possibile traslazione del rischio d'impresa dalla società al mercato. Il finanziamento è 'anomalo' in quanto un creditore sul mercato del credito non lo avrebbe concesso, o non a quelle condizioni. Sono entrambe situazioni in cui quindi l'impresa viene finanziata in circostanze che fanno emergere il cd. «rilievo organizzativo del prestito»[6].

In contraddizione con l'intento negoziale delle parti, a tutela dei creditori della società la formale collocazione di una situazione giuridica sul piano extrasociale viene condizionata, nel suo esercizio, in conseguenza del significato che assume con riferimento all'assetto societario (così come avviene nelle costruzioni della società di fatto e della società apparente). Allora: solo in presenza di un abuso – le condizioni di squilibrio – si

[6] N. Baccetti, *Postergazione dei finanziamenti e tipi sociali*, in «Giur. comm.», 2012, I, p. 804 nota 13.

legittima il superamento della formale separazione tra diritto extrasociale e rapporto sociale[7].

Il principio sotteso è, pur sempre, quello della buona fede, in quanto in concreto l'esercizio del diritto extrasociale al rimborso non sarebbe con quello coerente.

*6. (*Segue*): breve digressione sul capitale sociale*

L'ordinamento considera il capitale sociale uno strumento di tutela contro la tendenza alla traslazione del rischio ai terzi: si pensi al divieto di distribuire utili in presenza di perdite (art. 2433, c.c.) o alle norme sulla riduzione del capitale (artt. 2445-2447, c.c.).

Occorre prendere atto, peraltro, di una tendenza legislativa del legislatore comunitario e nazionale degli ultimi anni. Si pensi ai conferimenti senza stima, alla significativa riduzione del capitale minimo della s.p.a., alle s.r.l. semplificata e a capitale ridotto (di cui residua l'art. 2463-*bis*, c.c. sul capitale minimo di 1 euro), alle start up innovative, all'art. 182-*sexies*, l.f. sulla possibilità di evitare la riduzione per perdite, ecc.

Sono segnali che ridimensionano la funzione del capitale sociale, secondo l'idea che il patrimonio e l'attivo patrimoniale non siano in sé idonei a garantire direttamente i creditori sociali: la teoria aziendalistica presta attenzione, piuttosto, alla capacità di reddito[8]. Il fulcro della tutela del ceto creditorio risiede nel corretto funzionamento dell'impresa quale garanzia di conservazione delle condizioni di equilibrio e di solvibilità; rileva il venir meno della prospettiva della continuità aziendale per effetto della situazione di disequilibrio finanziario: la regola «ricapitalizza o liquida» viene oggi riformulata in quella «ripristina l'equilibrio finanziario (risana) o liquida»[9].

---

[7] C. Angelici, *Diritti extrasociali e obblighi sociali*, in «Giur. comm.», 2009, II, p. 655, pp. 658 s.

[8] F. Nieddu Arrica, *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, in «Riv. società», 2014, p. 1358. Ma si segnalano i rischi, che potrebbero superare i benefici attesi (N. Abriani, *Il capitale sociale dopo la «nuova» seconda direttiva e il d.leg. 4 agosto 2008 n. 142: sulla c.d. «semplificazione» della disciplina dei conferimenti in natura, dell'acquisto di azioni proprie e del divieto di assistenza finanziaria*, in «Riv. dir. impresa», 2009, pp. 227 e 258).

[9] C. Montagnani, *Crisi dell'impresa e impossibilità dell'oggetto sociale*, in «Riv. dir. comm»., 2013, I, 245, p. 247; G. Olivieri, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, in «Riv. dir. comm.», 2013, I, pp. 515 e 524.

E dell'art. 2445, c.c. si dà una lettura coordinata con l'art. 2467, c.c.: se ricorre almeno uno dei presupposti di quest'ultimo, la scelta di ridurre il capitale deve ritenersi contraria ai criteri di un principio generale di diritto dell'impresa riconducibile ai canoni di corretta gestione societaria e imprenditoriale[10].

7. L'opzione in favore di standards

La fattispecie dell'art. 2467, c.c. contempla due situazioni alternative, che palesano la sottocapitalizzazione nominale: la società ha adeguati mezzi, ma è sproporzionata la percentuale fra quelli propri ed altrui.

Invece di una fattispecie determinata riferita a circostanze e valori precisi, il legislatore ha prescelto una fattispecie indeterminata, ma con l'uso di concetti delle scienze economiche; peraltro, ha sottoposto al medesimo trattamento i prestiti di tutti i soci, per la certezza del diritto ed evitando che il giudice di volta in volta debba valutare l'esistenza di effettivo potere imprenditoriale.

La norma richiede la situazione di crisi: «eccessivo» squilibrio, «ragionevole» conferimento. Pur nella dicotomia formale, le due fattispecie esprimono lo stesso principio.

La situazione di «eccessivo squilibrio» rimanda alle discipline aziendalistiche: mediante gli indici di bilancio si dovrà verificare se l'indebitamento sia eccessivo, o meglio il rapporto relativo tra debiti e patrimonio netto. In concreto, si suggerisce il riferimento al rischio d'insolvenza[11]; ai requisiti dell'indebitamento nella disciplina del prestito obbligazionario di s.p.a. *ex* art. 2412, c.c., norma che conterrebbe «un criterio di adeguata proporzionalità dell'indebitamento delle imprese rispetto alla loro garanzia patrimoniale»[12]; all'art. 2, 1° comma, lett. *b*), d.lgs. n. 270 del 1999 sull'amministrazione straordinaria, dato che si tratta sempre di imprese insolventi[13].

Queste tesi danno un ausilio alla valutazione discrezionale del giudice. Peraltro, si reputa inesistente nella stessa finanza aziendale una definizione

[10] Nieddu Arrica, *La rilevanza dell'equilibrio finanziario nelle opposizioni dei creditori alle riduzioni del capitale sociale*, *op. loc. cit.*

[11] Olivieri, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, *op. cit.*, p. 526.

[12] V. Salafia, *I finanziamenti dei soci alla società a responsabilità limitata*, in «Riv. dir. impresa», 2005, 1079, condiviso da A. Postiglione, *Note sulla postergazione dei finanziamenti dei soci di spa*, *id.*, 2011, 467, p. 474.

[13] G. Balp, *I finanziamenti dei soci «sostitutivi» del capitale di rischio: ricostruzione della fattispecie e questioni interpretative*, in «Riv. società», 2007, pp. 345 e 401.

aritmetica esatta di squilibrio eccessivo dell'indebitamento rispetto ai mezzi propri.

Si può convenire che nel secondo parametro – la situazione in cui sarebbe stato «ragionevole» un conferimento – sia ricompresa la predetta situazione di squilibrio finanziario notevole. Alla clausola di 'ragionevolezza' è però affidato il delicato compito di selezionare le ipotesi in cui scattano gli effetti collegati alla fattispecie.

Invece che volgere senz'altro questo standard in clausole generali più familiari al giurista italiano (buona fede, diligenza), il legislatore ha infatti preferito utilizzare il termine di *common law*, ove implica il riferimento ad un comportamento medio, ordinario, abituale, proporzionato, dunque proprio di una persona dotata di buon senso ed equilibrio, che uniformi la sua condotta ai dettami del raziocinio e ai parametri sui quali si fonda la vita di una collettività determinata[14]. Si tratta di una valutazione del comportamento di natura prettamente oggettiva.

La nozione, che ha origine in altri ordinamenti, compare in leggi speciali[15] e nel codice civile, compresa la disciplina delle società[16]; il diritto vivente ne fa pure applicazione[17].

Nell'art. 2467, c.c. si tratta di 'ragionevolezza economica'. La complicazione data dall'acquisita certezza secondo cui l'*homo oeconomicus* spesso è soggetto ad errori ed autoinganni (come ci ha insegnato la psicologia cognitiva): uno per tutti, il cd. effetto dei costi affondati (*sunk-cost effect*) e dei tempi affondati (*sunk-time effect*): una decisione razionale non

[14] Ragionevolezza come misura della congruità del mezzo allo scopo divisato (C. Scognamiglio, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel D.P.R. 24 maggio 1988 n. 224*, in «Quadrimestre», 1992, p. 65); «comportamento che sia espressione di percezioni, valutazioni e scelte improntate al canone della razionalità» (R. Rordorf, *Tutela dei diritti e ragionevolezza economica*, in «Questione giustizia», 2013, fasc. 6, pp. 20 e 24).

[15] Cfr. art. 5 d.p.r. 24 maggio 1988, n. 224 sulla responsabilità da prodotti difettosi

[16] Art. 2501-*bis*, c.c., ove si parla di verifica di «ragionevolezza» del progetto di fusione nell'attestazione degli esperti; art. 67, comma 3, lett. *d)-e)*, 182-*bis*, l.f., ove la relazione del revisore deve attestare la «ragionevolezza» del piano di risanamento e l'«attuabilità» dell'accordo di ristrutturazione dei debiti, «con particolare riferimento alla sua idoneità ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei»; art. 39 d.lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, sulle relazioni finanziarie tra società e revisore contabile, da cui «un terzo informato, obiettivo e ragionevole» dedurrebbe il conflitto di interessi.

[17] Si pensi alla misura del compenso dell'amministratore, che deve essere «ragionevole» e non sproporzionato rispetto ai compiti (Arb. Milano, 30 marzo 2009, in «Riv. dir. comm.», 2010, II, p. 87) o al ragionevole affidamento nell'apparente rappresentante (Cass. 27 gennaio 2015, n. 1451, in «Foro it.», Rep. 2015, voce *Associazione non riconosciuta*, n. 2; e v. ora l'art. 348-*bis*, c.p.c.

dovrebbe mai considerare gli esiti delle scelte fatte prima, ma gli individui manifestano la tendenza a continuare nella condotta precedentemente tenuta, anche se non più proficuo, in ragione del costo e del tempo già spesi (è una delle principali cause per cui non si abbandona un giudizio, dopo averne sostenuto costi, anche quando è probabilmente perdente)[18].

Si può comunque osservare che non è così chiaro quando è 'ragionevole' un finanziamento e quando un conferimento.

Gli stessi risultati delle scienze aziendali ancorano la scelta tra le due modalità di apporto all'impresa a numerosi fattori: in particolare, potrebbe ben dirsi che, in una situazione di crisi, sarebbe assai poco ragionevole anche continuare ad investire nell'impresa capitali di rischio[19].

Ciò che pare senz'altro potersi affermare è che, secondo l'*id quod plerumque accidit* nelle scelte economiche, un soggetto razionale – un buon operatore finanziario – non presta danaro all'impresa in crisi, in ragione di una valutazione negativa della meritevolezza del credito; mentre, invece, in quelle situazioni lo farebbe soltanto chi avesse ragioni diverse per effettuarlo, perché si ripromette di spingere la società verso la ripresa e trarne utili mediante un azzardo (*moral hazard*), in tal modo però inducendo artificialmente la società a rimanere sul mercato a scapito degli altri creditori.

Dunque, la situazione è quella in cui si effettua il finanziamento quando la società finanziata versa in condizioni economico-finanziarie tali che un ipotetico terzo esterno, operante nel rispetto degli ordinari criteri di razionalità economica ed efficiente gestione dei rischi creditizi, avrebbe ritenuto non prudente né conveniente l'erogazione del prestito[20]. Occorre chiedersi quale sarebbe il comportamento «socialmente tipico» di apporti di terzi alla società in queste situazioni[21]. Verificando se un terzo disinteressato avrebbe fatto credito alla società alle normali condizioni di mercato e senza garanzie[22].

Il momento rilevante in cui verificare le condizioni predette è quello della concessione del finanziamento (per ricostruire la situazione finanziaria dell'epoca, si suggerisce agli amministratori di attestare la situazione

[18] C. Bona, C.E. Rumiati, *Psicologia cognitiva per il diritto*, il Mulino, Bologna 2013, *passim*.
[19] Olivieri, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, *op. cit.*, p. 525.
[20] G. Perone, *La postergazione dei finanziamenti ascendenti infragruppo*, in «Giur. comm.», 2012, I, p. 883 nota 18.
[21] C. Angelici, *Variazioni su responsabilità e irresponsabilità del socio*, in «Riv. dir. comm.», 2011, I, pp. 49 e 59.
[22] E. Marchisio, *I «finanziamenti anomali» tra postergazione e prededuzione*, in «Riv. not.», 2012, p. 1295.

patrimoniale e finanziaria del momento ed il tipo di contratto). Non rileva, invece, se la difficoltà sia successiva al momento della concessione del finanziamento; mentre sembra doversi tener conto del venir meno di quello squilibrio iniziale.

8. Altri elementi della fattispecie

Naturalmente i problemi non finiscono qua, perché poi occorre determinare cosa intenda la norma per 'finanziamento' soci[23], ossia se, come pare, la nozione vada intesa in senso stretto, per evitare di pervenire ad applicazioni troppo ampie.

La qualità di socio di s.r.l. è requisito necessario e sufficiente per applicare la disposizione, né sono poste soglie minime di partecipazione. Sia la lettera della legge, sia la 'ratio'[24] convincono che si applica ai finanziamenti di tutti i soci di s.r.l. e non solo a quelli titolari di partecipazioni rilevanti. A ciò si aggiunga l'esigenza di certezza del diritto, che sarebbe compromessa ove, in mancanza di indicazioni legislative, si chiedesse all'interprete di volta in volta di fissare la soglia della partecipazione rilevante nella situazione del caso concreto (con le connesse difficoltà di prova, valutazione, ecc.)[25]. Poiché il diritto al rimborso sorge già postergato, esso permane con tale caratteristica pure ove il socio esca dalla società[26].

[23] Fermo restando che la norma lascia del tutto impregiudicata la questione della concreta qualificazione dell'apporto del socio (su cui es. Cass. 30 marzo 2007, n. 7980, in «Foro it.», 2008, I, col. 1237, con nota di C.G. Corvese; Cass. 24 luglio 2007, n. 16393, *id.*, 2008, I, col. 2244): onde, dinanzi ad un apporto di danaro alla società, il giudice dovrà verificare se si tratta di versamento o di finanziamento attraverso un'analisi volta ad individuare la causa del negozio.

[24] Il socio, tanto di maggioranza quanto di minoranza, può parimenti contribuire a tenere in vita un soggetto finanziandolo in via sostitutiva al conferimento di capitale di rischio: Olivieri, *Questioni aperte in tema di finanziamenti anomali dei soci nelle società di capitali*, *op. cit.*, p. 521; M. Maugeri, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, Giuffrè, Milano 2005, p. 218.

[25] Altri, ravvisando invece nella norma un segmento dello 'statuto' del socio di controllo, ritengono implicito il requisito di una partecipazione di maggioranza (C. Angelici, *La riforma delle società di capitali - Lezioni di diritto commerciale*, CEDAM, Padova 2007², p. 48); per alcuni, dipende dall'atteggiarsi della concreta operazione, potendo anche il finanziamento del socio di minoranza essere postergato in presenza di una continuità di simili operazioni, partecipazione alla gestione dell'impresa, particolari condizioni del finanziamento, ecc. (G. Terranova, in *Società di capitali. Commentario* a cura di G. Niccolini e A. Stagno d'Alcontres, III, Jovene, Napoli 2004, pp. 1449 e 1477).

[26] Postiglione, *Note sulla postergazione dei finanziamenti dei soci di spa*, *op. cit.*, p. 477, ove altre citazioni.

L'espressione del finanziamento 'in qualunque forma erogato' induce ad ampliare la tipologia degli atti sottoposti alla disciplina ai finanziamenti indiretti, ossia quelli concessi non direttamente dal socio, ma da altro soggetto interposto (in via fittizia o reale). Più dubbi quanto ai soggetti distinti e senza interposizione, ma solo riconducibili al socio come parte correlata, a meno che si possa allora riconoscere il presupposto dell''interesse per conto altrui' in capo al finanziatore diretto[27].

Non rileva se l'apporto sia a titolo oneroso o gratuito[28].

Di altri elementi, non direttamente collegati a nozioni o concetti indeterminati, non è dato ora trattare[29].

9. L'effetto

La norma intende trovare una soluzione al fenomeno della sottocapitalizzazione nominale, nel quale devono essere bilanciati l'interesse individuale del socio e quello più ampio della comunità dei creditori, in ispecie di quelli involontari o deboli.

Delle due tecniche possibili, il legislatore ha scelto la seconda: non la riqualificazione (come nel diritto tedesco), ma la mera degradazione nell'ordine di soddisfazione o postergazione legale, che rende il finanziamento non più discrezionalmente, ma solo subordinatamente restituibile, onde la causa resta quella di finanziamento[30].

Per taluni aspetti, la condizione del socio finanziatore risulta addirittura deteriore rispetto a quella del socio che abbia conferito anche formalmente

[27] Si deve superare il requisito della necessaria identità formale del socio e del finanziatore, non solo nei casi in cui si ravvisi un fenomeno di interposizione fittizia o reale, ma in tutti i casi di finanziamenti erogati da parti correlate o comunque riconducibili al socio, secondo Trib. Padova 16 maggio 2011, in «Fallimento», 2012, p. 219, con nota di R. Calderazzi; in «Banca, borsa ecc.», 2012, II, p. 222, con nota di G. Balp. Si afferma l'applicabilità ai finanziamenti operati dalla società fiduciaria per conto del fiduciante: A. Zoppini, *La nuova disciplina dei finanziamenti dei soci nella società a responsabilità limitata e i prestiti provenienti da «terzi» (con particolare riguardo alle società fiduciarie)*, in «Riv. dir. privato», 2004, p. 417; Maugeri, *Finanziamenti «anomali» dei soci e tutela del patrimonio nelle società di capitali*, *op. cit.*, p. 230.

[28] Trib. Padova 16 maggio 2011, cit.

[29] Così: se la medesima *ratio* sussista quando il socio presta fideiussione o altra garanzia per favorire il finanziamento della società (in quelle condizioni di crisi) da parte di terzi; e se ricomprenda la concessione di beni in godimento o la prestazione di servizi alla società.

[30] Al riguardo, cfr. C. Angelici, *I finanziamenti dei soci nel tempo e nello spazio*, in «Riv. dir. comm.», 2013, II, p. 93.

capitale di rischio, perché, per quest'ultimo, il principio di postergazione rispetto alle ragioni dei creditori non è assoluto, potendosi invece dare situazioni (riduzione del capitale e casi di recesso) nelle quali, pur con certe garanzie per i creditori sociali, il socio è in grado di conseguire in tutto o in parte la restituzione anticipata del proprio conferimento[31].

Sempre nel rispetto dei limiti del lavoro, non si esaminano altre questioni[32].

10. Conclusioni

È indicativo che il ricorso a concetti indeterminati, che confidano nell'integrazione giudiziaria, sia avvenuto con un comun denominatore: la tutela dei soggetti – soci di minoranza e creditori – non partecipi alla gestione del potere imprenditoriale.

Nei casi ricordati, non è prevista l'invalidità o l'inefficacia dell'atto: le forme di controllo non consistono in ciò, ma nella facoltà del socio di recedere, nella postergazione del credito del socio finanziatore o nelle azioni contro gli amministratori.

La disciplina mediante concetti indeterminati in materia societaria ed economica ha diversi vantaggi: permette l'adeguamento del diritto ai fatti concreti della controversia ed avrebbe, inoltre, miglior effetto dissuasivo.

Al giudice, dunque, il legislatore ha assegnato il ruolo di fondare le linee guida di comportamento dei soci e degli amministratori nelle società a responsabilità limitata. L'attenzione vira, così, sul procedimento decisorio e motivazionale del giudice; ed il ragionamento decisorio assume caratteri particolari, quando occorre decidere applicando concetti giuridici indeterminati: è il fatto che orienta il giudice (allora, sempre più specializzato) all'adozione della regola concreta.

[31] Così R. Rordorf, *I gruppi nella recente riforma del diritto societario*, in «Società», 2004, p. 547.

[32] Quali: se la postergazione operi nella società *in bonis*, nella fase di liquidazione o solo in sede fallimentare; se sia reversibile; l'esenzione da revocatoria fallimentare, a certe condizioni; la prededucibilità; le classi di creditori nel concordato preventivo. Soprattutto, l'ambito di applicazione, con riguardo a finanziamenti *ante* riforma e del socio di minoranza, alla S.p.A. non eterodiretta, alle società di persone; nonché, nel gruppo, il finanziamento anomalo dalla controllata alla controllante (c.d. *upstream*) e nei controlli non partecipativi.

Abstract

La nuova s.r.l., pur nel richiamato intento del legislatore della riforma di accentuare l'autonomia dei soci, è regolata da numerose clausole generali o norme a fattispecie indeterminata, sovente a contenuto economico.
Infatti, si guardi al mercato come luogo artificiale, creato dalle regole e identificabile con il suo statuto giuridico, oppure si affermi che il diritto rincorre il mercato per ordinarlo, il diritto societario, e commerciale in generale, è intriso di nozioni economiche.
Molte di queste entrano nelle norme mediante elementi indeterminati della fattispecie, accomunati alle clausole generali quale 'concetti-valvola', dispositivi tecnici cui l'ordinamento ricorre quando non è in grado di prescegliere, oppure non si rivela utile farlo, la tecnica della fattispecie analitica.
Ai concetti indeterminati è affidato dunque il delicato compito di offrire la soluzione più razionale dei casi concreti; e al giudice di interpretarle ed applicarle.
Il saggio esaminato, in particolare, i contenuti indeterminati della fattispecie dei cc.dd. finanziamenti anomali dei soci di s.r.l.

Giuseppe Niccolini

A proposito di una massima imprecisa (con una breve chiosa critica e con qualche osservazione sulla competenza del tribunale delle imprese a conoscere delle controversie sul compenso di amministratori e liquidatori di s.p.a.)

SOMMARIO: 1. La massima (e la nota redazionale) e l'informazione giuridica: l'insegnamento di Maurizio Converso – 2. Una massima imprecisa – 3. Una breve chiosa critica e qualche osservazione sulla competenza del tribunale delle imprese a conoscere delle controversie sul compenso di amministratori e liquidatori di s.p.a.

1. La massima (e la nota redazionale) e l'informazione giuridica: l'insegnamento di Maurizio Converso

Redigere una massima[1] non è compito facile: la massima, nel momento in cui ne sintetizza il contenuto decisorio, riferisce e al contempo interpreta

[1] Che se «opera dell'ingegno» non è [come invece ebbe a sentenziare, suscitando molte polemiche, Cass. 14 dicembre 1959, n. 3544, in «Foro it.», 1960, I, col. 55, con nota di A. MUSATTI, *Massime di giurisprudenza, patto di non concorrenza e diritto d'autore*; in «Giust. civ.», 1960, I, p. 243, con nota di M. FABIANI, *Limiti di tutela delle massime e dei repertori di giurisprudenza e concorrenza sleale*; in «Foro pad.», 1960, I, col. 787, con nota di L. SORDELLI, *Originalità (e suoi limiti) nelle massime di giurisprudenza*; in «Riv. dir. ind.», 1960, II, p. 151, con altra nota di L. SORDELLI, *Massime, compendi e il problema della creatività della forma (interna ed esterna) delle opere derivate*; in «Temi nap.», 1960, p. 128, con nota di G. MINERVINI, *Sulla liceità della riproduzione delle massime di giurisprudenza*; in «Arch. ricerche giur.», 1960, p. 295, con nota di E. BONASI BENUCCI, *Rilievi nella tutela delle massime giurisprudenziali*; ma poi *contra* Trib. Milano 12 dicembre 2005, in «Foro it.», 2006, I, col. 2242, con osservazioni di G. CASABURI; in «Corriere merito», 2006, p. 593, con nota di D. SARTI, *Massime giurisprudenziali e diritto d'autore*; in «Dir. ind.», 2006, p. 194], è tuttavia prodotto dell'intelligenza: tant'è che talvolta – come nel caso di Cass. 15 maggio 1978, n. 2365: v. al riguardo G. CASTELLANO, *Declino delle «clausole di gradimento»*, in «Giur. comm.», 1983, II, pp. 153 ss. – si è discusso, con riguardo a una certa massima, di quanto il suo redattore fosse riuscito a cogliere – e a compiutamente riferire – il contenuto e la portata della decisione.

la determinazione del giudice. La massima, poi, destinata com'è a comparire nei Repertori, ha vita tutt'altro che effimera: essa costituisce, per gli interpreti, fonte documentativa. Da ciò l'importanza dell'opera del compilatore della massima, chiamato a cogliere, per poi compendiare, il principio di diritto sul quale si fonda il *decisum*. Da ciò le sue responsabilità, tanto più gravi quanto maggiore sia la tendenza (che, fatalmente, si farà a sua volta tanto maggiore quanto più risalente nel tempo sia la sentenza e questa sia dunque pubblicata in lontane annate di riviste, di quelle, può per soprammercato accadere, non facili a reperirsi) a leggere solo la massima, senza accompagnarla con la consultazione del testo integrale (a cominciare dal 'fatto') della decisione.

Documentazione giuridica è anche la nota redazionale che fa da scorta alla massima: volta a fornire al lettore notizie e riferimenti, spunti di confronto e argomenti di riflessione, la redazionale dialoga con la massima (e con la sentenza), ne arricchisce e completa la funzione di strumento euristico (sarei portato ad affermare che una massima priva di nota redazionale è un'opera incompiuta, un lavoro imperfetto). Il compito del redattore, quando attende a questo ulteriore impegno, non è di importanza e responsabilità minori che quello affrontato nell'elaborare la massima. Dire, in chiosa, che la giurisprudenza edita è conforme o che i precedenti noti sono di diverso segno o, ancora, scrivere «nulla in termini», equivale a dare, così come con la massima, un'informazione: un'informazione che, se imprecisa, finisce con indurre in errore il lettore e futuro interprete.

Nel segno di tale funzione affidata al plesso 'massima-nota redazionale', l'impegno e la lezione di Maurizio Converso, il suo richiamo – tenacemente ripetuto a tutti i collaboratori del «Foro» (i 'foranei', com'è suo costume chiamarli, con una neologica rivisitazione sostantivata dell'aggettivo un po' ardita, ma simpatica ed estremamente efficace), specie ai più giovani di essi (*quorum olim ego*[2]), che spesso si rivolgevano a lui per avere consigli e suggerimenti – ad affrontare il proprio lavoro con estremo rigore, ad accostarsi alla sentenza loro assegnata con il senso di responsabilità che deve guidare chi è chiamato a informare e documentare. Al riguardo, Maurizio ha sempre professato (e, professando, insegnato) intransigenza, raccomandando (in

[2] Come non rammentare quante volte ho lanciato a Maurizio un 'accorruomo'? E non solo quando, in un settembre di ormai tanti anni fa, fresco di laurea, varcata la soglia di via Pietro Cossa, mi vidi assegnare da Virgilio Andrioli una «sentenza per neofiti» (così aveva appuntato a margine della prima pagina) ed impiegai più di un mese, fra mille esitazioni, ad allestire la mia prima massima e la relativa nota (ci volle tutta la pazienza di Maurizio nel seguirmi in quei miei incerti primi passi), ma anche quando, in grazia di un'assidua militanza, ero diventato (o avrei dovuto essere diventato) un po' più esperto.

questo ammonimento affondano le radici del suo metodo) un atteggiamento di umiltà volto al rispetto dell'altrui pensiero; ha costantemente avuto a regola, esortando al meticoloso scrupolo, l'accuratezza della ricerca. E per via di quel solo loro canone, quello della sintetica completezza, stima così tanto le note redazionali, che ha sempre dato a compito – preoccupato che queste finiscano per allontanarsi dall'informazione e dalla documentazione – le note a sentenza.

2. Una massima imprecisa

Mi sono di recente imbattuto nella massima (c.d. 'ufficiale', in quanto elaborata dall'Ufficio Massimario della Suprema Corte) tratta dall'ordinanza di Cass. 23 maggio 2014, n. 11448[3]: «la controversia relativa al compenso spettante all'amministratore di una società di capitali – o, come nella specie, al liquidatore – per l'attività svolta in favore della società non appartiene alla competenza del tribunale delle imprese poiché ha ad oggetto il rapporto di lavoro, eventualmente parasubordinato, o di opera professionale tra detto soggetto e la società, fermo restando che la ripartizione delle funzioni tra sezioni ordinarie e specializzate di uno stesso tribunale non implica l'insorgenza di una questione di competenza, ma attiene alla distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno del medesimo ufficio, con conseguente inammissibilità del regolamento di competenza eventualmente proposto».

Incuriosito (avrei dovuto discutere, qualche giorno dopo, una controversia nella quale la questione assumeva rilevanza), vado subito a leggere la decisione e mi avvedo che quella massima è imprecisa.

Questo il caso. Una società per azioni si doleva del fatto che il suo liquidatore unico, il quale al tempo della nomina aveva rinunciato al compenso attribuitogli dall'assemblea, avesse poi percepito detto compenso, che egli, poco prima di rassegnare le dimissioni ed essere sostituito, aveva, nella carica ancora ricoperta, pagato a se stesso: da ciò una domanda di ripetizione d'indebito. Il convenuto aveva preliminarmente eccepito l'incompetenza del giudice adito (il tribunale ordinario) sostenendo che la controversia fosse riservata al c.d. tribunale delle imprese. Il tribunale aveva rigettato tale preliminare eccezione e accolto, ricusando le eccezioni di

[3] In «Rep. Foro it.», 2014, voce *Competenza civile*, n. 122. Sulla scorta di questa pronuncia del S.C., Trib. Roma (Giud. C. Bordo) 2 marzo 2015 (ord.), in causa r.g. 27543/2014, ined., ha ritenuto che non fosse di competenza del tribunale delle imprese la controversia nella quale una società per azioni – invocando, peraltro, l'art. 2033 c.c. (e v. più avanti la nota 57) e l'art. 2041 c.c. – chiedeva ad un suo ex amministratore la restituzione di somme che quest'ultimo aveva percepito ritenendo che gli spettassero a titolo di compenso.

merito sollevate dal convenuto, la domanda della società[4]. Avverso detto provvedimento il soccombente aveva proposto regolamento facoltativo di competenza. La Corte di Cassazione – dopo avere affermato che la statuizione del tribunale era corretta perché la controversia tra una società di capitali e il suo amministratore o il suo liquidatore in ordine alla spettanza del compenso non compete alla sezione specializzata in materia di impresa in quanto riguarda un rapporto di lavoro parasubordinato[5] oppure[6] (qualora,

[4] Il provvedimento (ordinanza *ex* art. 702-*bis* c.p.c. di Trib. Messina, Giud. A. Fiorentino, 24 maggio 2013, n. 37, resa in causa r.g. 479/2013) è inedito. Ne riporto, per maggiore ragguaglio, la motivazione, nella parte che qui interessa.
«Va preliminarmente esaminata l'eccezione di incompetenza per materia sollevata dal convenuto, sotto il profilo che, attenendo il giudizio a rapporti societari, la cognizione dello stesso competerebbe al tribunale delle imprese. L'eccezione è infondata. Infatti la competenza del tribunale delle imprese, istituito dal d. leg. 1/2012, comprende (art. 2, comma 1, lett. *d*), oltre le controversie in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, di diritto d'autore, di intese restrittive della concorrenza ed abuso di posizione dominante, di normativa antitrust, quelle societarie, in precedenza soggette al rito speciale di cui al d.lgs. 5/2003. Tuttavia tra tali ultime controversie, per giurisprudenza consolidata di questo ufficio, non possono considerarsi incluse quelle tra società e gli amministratori (o liquidatori) per questioni attinenti ai loro compensi: infatti deve escludersene la natura societaria, in quanto la fonte del rapporto intercorrente tra la società e tali suoi organi viene pacificamente individuata non nel contratto di società, ma in un ordinario contratto d'opera professionale (Cass. 2861/2002, 7961/2009) o, al più, di collaborazione parasubordinata (Cass. 4261/2009)».

[5] Nella motivazione, il richiamo a Cass. 14 dicembre 1994, n. 10680 (che si legge in «Foro it.», 1995, I, col. 1486; in «Società», 1995, p. 635, con nota di G.B. Macrì, *A proposito del rapporto amministratori-società: la c.d. parasubordinazione*; in «Giur. it.», 1995, I, 1, col. 1524; in «Giust. civ.», 1995, I, p. 2473, con nota di A. Neri, *L'amministratore di società lavoratore parasubordinato ex art. 409 n. 3 cod. proc. civ.*; in «Impresa», 1995, p. 2278, con nota di U. Morera, *Sul rimborso delle spese per la difesa penale sostenute dall'amministratore di società*) ed a Cass. 20 febbraio 2009, n. 4261 (che leggesi in «Foro it.», 2009, I, col. 3386 ed in «Dir. e giur.», 2009, p. 287, con nota di A. Cantilena, *Sulla disponibilità del diritto al compenso del socio amministratore di società*). Nel senso del rapporto di parasubordinazione (si trattava di amministratore delegato di una società per azioni) anche Cass. 2 luglio 2013, n. 16494, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Termini processuali civili*, n. 14, nonché Cass. 27 maggio 1995, n. 5976, in «Rep. Foro it.», 1996, voce *Lavoro e previdenza*, n. 75, Cass. 17 giugno 1995, n. 6901, in «Rep. Foro it.», 1996, voce ult. cit., n. 74 e Coll. Arb. Bologna 5 marzo 2013, in «Riv. arbitrato», 2014, p. 853, con nota di L. Salvaneschi, *Alcune riflessioni in tema di arbitrabilità della controversia avente a oggetto il compenso di amministratore di società di capitali* (la clausola compromissoria statutaria avente ad oggetto, ai sensi dell'art. 34, 4° comma, d. lgs. n. 5/2003, anche le controversie promosse da amministratori, sindaci e liquidatori della società e quelle promosse nei loro confronti non può devolvere alla competenza arbitrale le controversie che riguardano il diritto al compenso, perché tali controversie implicano la deduzione in giudizio di un rapporto giuridico di natura parasubordinata, la cui arbitrabilità è esclusa dall'art. 806, 2° comma, c.p.c.).

[6] Contrapposizione che non mi pare appropriata. Invero, un contratto d'opera è – e rimane –

in virtù del potere esclusivo di gestione dell'amministratore unico, o delegato, possa escludersi la parasubordinazione) di opera professionale[7] – ha «aggiunto», «per completezza di analisi», che la ripartizione delle funzioni tra sezioni ordinarie e specializzate di un tribunale «non implica insorgenza di una questione di competenza, bensì di mera distribuzione degli affari giurisdizionali all'interno dello stesso ufficio, insuscettibile di dare adito al regolamento di competenza»[8], ed ha concluso per l'inammissibilità del ricorso.

tale anche quando svolto in parasubordinazione, condizione esecutiva che assume rilievo solo processuale (cfr. Cass. 3 dicembre 2009, n. 25422, in «Giust. civ.», 2010, I, p. 2952 e Cass. 1° settembre 2004, n. 17564, in «Rep. Foro it.», 2004, voce *Lavoro autonomo*, n. 3, nonché Cass. 18 febbraio 1997, n. 1459, in «Mass. giur. lav.», 1997, p. 309, in «Notiziario giurisprudenza lav.», 1997, p. 181 e in «Giust. civ.», 1997, I, p. 2491, con nota di P. ALBI, *Lavoro parasubordinato e tutela giuslavoristica*, Cass. 3 aprile 1996, n. 3089, in «Dir. maritt.», 1997, p. 769, con nota di S. BRUZZONE, *La corte di cassazione sancisce l'inapplicabilità dell'art. 2103 cod. civ. al rapporto, parasubordinato, fra compagnia portuale e lavoratore-socio*, Cass. 21 marzo 1996, n. 2420, in «Notiziario giurisprudenza lav.», 1996, p. 506, Cass. 27 novembre 1995, n. 12259, in «Rep. Foro it.», 1995, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 485 e Cass. 13 dicembre 1986, n. 7497, in «Rep. Foro it.», 1986, voce ult. cit., n. 1246), sì che non è congruente al sistema porre in antitesi il rapporto di lavoro parasubordinato e il rapporto di opera professionale.

[7] Nella motivazione, il richiamo a Cass. 13 novembre 2012, n. 19714, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Società*, n. 540 ed a Cass. 1° aprile 2009, n. 7961, in «Giust. civ.», 2009, I, p. 1242.

[8] Nella motivazione, il richiamo alle conformi Cass. 22 novembre 2011, n. 24656, in «Foro it.», 2012, I, col. 95 ed in «Annali it. dir. autore», 2011, p. 569, con nota di L.C. UBERTAZZI, *La competenza delle sezioni in materia contrattuale* e Cass. 23 settembre 2009, n. 20494, in «Rep. Foro it.», 2009, voce *Competenza civile*, n. 14 (dove il problema si era posto per la ripartizione delle funzioni tra la sezione lavoro e la sezione ordinaria di un tribunale). Si vedano anche, del pari conformi, Cass. 9 novembre 2006, n. 23891, in «Giust. civ.», 2007, I, p. 69 ed in «Giur. it.», 2007, p. 1457 (che si è pronunciata con riguardo alla competenza del tribunale quale giudice del processo societario di cui al d.lgs. n. 5 del 2003, precisando che diverso è il caso della competenza delle sezioni specializzate agrarie, per le quali si è in presenza di questioni qualificabili come di competenza e non di mero rito anche quando si discute se della causa debba conoscere il tribunale o la sezione specializzata agraria, in quanto la legge, per assicurare che esse vengano decise da giudici aventi specifiche cognizioni tecniche, ha disposto l'integrazione del collegio con componenti non togati forniti di specifica competenza in materia), nonché (entrambe con riferimento alla ripartizione delle funzioni tra le sezioni specializzate in materia di proprietà industriale e intellettuale e le sezioni ordinarie del medesimo tribunale); Cass. 20 settembre 2013, n. 21668, in «Rep. Foro it.», 2013, voce ult. cit., n. 18; Trib. Bologna 22 giugno 2010, in «Giur. dir. ind.», 2010, p. 703 (in motivaz.); Trib. Milano 13 aprile 2010, in «Dir. ind.», 2011, p. 231; Trib. Torino 24 aprile 2008, in «Foro it.», 2009, I, col. 1285 (in motivaz.). Più recentemente Cass. 15 giugno 2015, n. 12326, in «Dir. ind.», 2015, p. 503, con nota di I.M. PRADO, *Ancora su competenza/distribuzione interna*. Due decisioni estive di segno opposto.

Contra: Cass. 14 giugno 2010, n. 14251, in «Dir. ind.», 2011, p. 230, con nota di G. CICCONE, *Sezioni specializzate e sezioni ordinarie: questione di competenza o di ripartizione*

Duplice, mi sembra, l'imprecisione in cui è incorsa la massima: da un canto ha elevato al rango di *decisum* quello che, nella struttura logico-formale della decisione, ne costituiva uno dei passaggi motivazionali (la controversia tra la società di capitali e il suo amministratore o il suo liquidatore in ordine alla spettanza del compenso non rientra nella competenza del tribunale delle imprese); dall'altro, e contemporaneamente, ha quasi esiliato («fermo restando che») il vero verdetto (la ripartizione delle funzioni tra più uffici del medesimo tribunale è estranea al concetto di 'competenza', perché attiene alla distribuzione degli affari all'interno di uno stesso organo giudiziario, e dunque è inammissibile il regolamento di competenza proposto avverso il provvedimento con il quale il tribunale ordinario abbia, impropriamente o propriamente, dichiarato o declinato la propria competenza negando o asserendo la competenza della sezione specializzata presso lo stesso ufficio) dalla decisione attribuendogli un ruolo di secondo piano.

In qualche misura, per quanto fra breve dirò, la massima non è così infedele alla decisione.

Ma il suo compilatore avrebbe dovuto andare oltre la costruzione formale del provvedimento, coglierne l'effettiva portata decisoria e, per darne conto, scrivere (limitarsi a scrivere): «è inammissibile il regolamento di competenza avverso il provvedimento del tribunale ordinario che abbia affermato la propria competenza, negando quella della sezione specializzata presso lo stesso ufficio, e abbia deciso nel merito».

Tanto avrebbe dovuto fare non soltanto perché è regola aurea della massima che essa non dia contezza (anche) della motivazione, ma unicamente del *decisum*, cioè della questione di diritto che il giudice, direttamente chiamato a risolvere, ha risolto[9]: ma anche (e ancor più) perché, nel caso

interna?; Cass. 25 settembre 2009, n. 20690, in «Giur. it.», 2010, p. 1365 e in «Dir. ind.», 2010, p. 50, con nota di G. Casaburi, *Sezioni specializzate, sezioni ordinarie e devoluzione delle controversie industrialistiche*; Trib. Venezia 30 aprile 2008, in «Foro it.», 2008, I, col. 1733. Più recentemente App. Napoli 20 febbraio 2014, in «Società», 2015, p. 63, con nota di L. Vettori, *Il tribunale delle imprese tra questioni di competenza e di "specializzazione"* e nel sito <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 01.03.2016).
Per una ricognizione del problema, e una conclusione conforme a quella dell'ordinanza in parola, si veda G. Romano, *La competenza per territorio e per materia delle sezioni specializzate in materie di impresa: profili problematici*, nella rivista on line «La Magistratura», 2014, nn. 1-2, pp. 123-127.

[9] Regola aurea severamente enunciata in un opuscolo – le *Norme per la preparazione di sentenze da pubblicarsi ne «Il Foro Italiano»*, Soc. ed. de il Foro italiano, Roma 1969, p. 1 – che in via Pietro Cossa è tradizione (anzi: regola a sua volta) sia consegnato ad ogni *adeptus*; e che è ripetuta con pari fermezza nelle *Istruzioni per la redazione delle note a sentenza da pubblicarsi su Giurisprudenza italiana*, p. 4, § 2.5.

in considerazione, quel passaggio argomentativo non si poneva in rapporto di connessione organica rispetto al verdetto o al ragionamento funzionale al verdetto, ma costituiva – fornendo una premessa non necessaria della decisione (e nemmeno una premessa sufficiente della decisione, posto l'enunciato di inammissibilità e non di infondatezza della domanda) – una di quelle asserzioni sentenziali da censire fra gli *obiter inutiliter dicta*[10].

3. Una breve chiosa critica e qualche osservazione sulla competenza del tribunale delle imprese a conoscere delle controversie sul compenso di amministratori e liquidatori di s.p.a.

Aggiungo, in parresia, qualche personale chiosa critica a commento dell'affermazione, svolta nell'ordinanza, secondo cui la controversia tra una società di capitali e il suo liquidatore (o il suo amministratore) in ordine alla spettanza del compenso non rientra nella competenza del tribunale delle imprese perché riguarda un rapporto di lavoro parasubordinato o di opera professionale: affermazione che a me sembra non solo (come ho appena detto) superflua nell'economia della decisione, ma anche erronea.

Maurizio non venga in cruccio, e non mi metta il broncio, per questo mio scolio: sia perché non scrivo per il «Foro»; sia perché si tratta di notazioni che, se fossero state utilizzate per redigere una nota redazionale a corredo della massima sulla quale mi sono soffermato – sia pure utilizzate solo in guisa di richiami («ma si veda …»), come è precetto che ogni nota redazionale si limiti a fare –, della massima stessa avrebbero arricchito e completato la funzione informativa (e di ciò Maurizio sarebbe stato molto contento).

3.1 L'ordinanza – osservo *in primis* – non tiene conto, nel suo passaggio argomentativo (o meglio: pseudoargomentativo), delle specificità del ruolo degli amministratori nell'organizzazione corporativa delle società per azioni[11], delle competenze ad essi attribuite dall'ordinamento, in nessun

[10] Sull'*obiter inutiliter dictum* cfr. F. GALGANO, *L'interpretazione del precedente giudiziario*, in «Contratto e impresa», 1985, pp. 701 ss.

[11] In questa prospettiva Cass. 13 novembre 2012, n. 19714, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Società*, n. 540; Cass. 1° aprile 2009, n. 7961, cit.; Cass. 12 settembre 2008, n. 23557, in «Foro it.», 2009, I, col. 1525 (in motivaz.); Cass. 26 febbraio 2002, n. 2861, in «Foro it.», 2003, I, col. 273 e in «Società», 2002, p. 1371, con nota di P. AGNOLETTI, *La difficile qualificazione giuridica delle prestazioni dell'amministratore di cooperative a r.l.*: tutte queste sentenze hanno negato che il rapporto – di immedesimazione organica – intercorrente tra la società e l'amministratore possa essere qualificato come rapporto di lavoro subordinato o di collaborazione continuata e coordinata.

modo subordinate ad altri organi sociali[12], che per legge – in forza di regole che nel tempo hanno visto accentuarsi l'autonomia degli amministratori dall'assemblea – gli derivano direttamente dalla carica che ricoprono (la gestione dell'impresa spetta «esclusivamente» agli amministratori, dice l'art. 2380-*bis*, 1° comma, c.c., cui fanno eco gli artt. 2409-*novies*, 1° comma, e 2409-*septiesdecies*, 1° comma, c.c. rispettivamente per il consiglio di gestione in caso di sistema dualistico e per il consiglio di amministrazione in caso di sistema monistico), con un potere di rappresentanza che è «generale» (art. 2384, 1° comma, c.c.)[13].

I compiti affidati all'amministratore di una società per azioni riguardano la gestione stessa dell'impresa (per tutto ciò che occorre fare per conseguire lucrosamente l'oggetto sociale) e della società (per ogni adempimento coordinato all'azione corporativa), costituita da un variegato insieme di atti materiali, negozi giuridici ed operazioni complesse, nemmeno determinabili *a priori*, sicché, quand'anche taluni di questi atti e di queste operazioni possano compararsi all'attività di un prestatore d'opera, il rapporto tra l'amministratore e la società neppure può essere equiparato, in ragione del rapporto di immedesimazione organica che intercorre tra essi, a quello derivante dal contratto d'opera, intellettuale o non intellettuale[14].

[12] Diversamente da quanto accade (o meglio: può accadere) nella società a responsabilità limitata, dove la legge – e sia pure entro certi limiti, peraltro non così angusti – consente ai patti sociali di sottrarre poteri gestori agli amministratori e di attribuirli ai soci.
Sotto questo profilo, l'ordinanza in commento, quando non distingue fra le società per azioni da un lato e la società a responsabilità limitata dall'altro e, sebbene resa con riguardo a una società per azioni, riferisce il principio da essa enunciato genericamente alle società di capitali, potrebbe apparire non così puntuale: sennonché la differenziazione fra questi modelli societari non assume rilevanza ai fini dell'individuazione del giudice competente a conoscere della controversia fra l'organo amministrativo e la società, essendo assorbita dalla comune disciplina processuale di cui dirò nel paragrafo 3.3.

[13] Si veda, per tutti, F. Bonelli, *Gli amministratori di s.p.a. a dieci anni dalla riforma del 2003*, UTET, Torino 2013, pp. 22-24.

[14] Così (per negare che al fine di determinare il compenso spettante ad un amministratore, non stabilito dall'assemblea, si possa applicare la tariffa dei dottori commercialisti) Cass. 17 ottobre 2014, n. 22046, in «Rep. Foro it.», 2014, voce *Società*, n. 464.
Ed è proprio muovendo dal presupposto che il rapporto che lega l'amministratore o il liquidatore alla società esula dallo schema del contratto d'opera che la giurisprudenza ha sempre negato (isolate le diverse determinazioni di Trib. Como 1° febbraio 2003, in «Dir. fallim.», 2003, II, p. 1047, con nota di E. Caputo, *Un tema controverso: la spettanza del privilegio per il credito riguardante il compenso dovuto al liquidatore di società* e di Trib. Como 16 settembre 2002, in «Giur. comm.», 2004, II, p. 298, con nota di A.L. Bonafini, *Divagazioni sul credito retributivo dell'amministratore di s.p.a.*) che il relativo credito da compenso sia assistito dal privilegio generale del quale beneficiano le retribuzioni dei professionisti e di ogni altro prestatore d'opera. Cfr. Cass. 27 febbraio 2014, n.

Considerazioni che sono da ripetere con riferimento ai liquidatori. Benché la posizione di un liquidatore non sia del tutto simmetrica a quella di un amministratore, in assenza di diversa determinazione[15] le sue competenze e i suoi poteri si estendono – come predica il novellato art. 2489, 1° comma, c.c. – a «tutti gli atti utili per la liquidazione della società» (non solo agli atti «necessari» alla liquidazione della società, come disponeva il previgente art. 2452 c.c. richiamando l'art. 2278 c.c.) e senza nemmeno il limite delle nuove operazioni (come nel 'vecchio' art. 2447 c.c.), in posizione non subalterna vuoi rispetto all'assemblea (basti notare che, all'opposto di quanto accade per gli utili d'esercizio a norma dell'art. 2433, c.c., compete ai liquidatori decidere se distribuire acconti sulla quota di liquidazione, senza che l'assemblea abbia alcuna voce in capitolo: art. 2491, 2° comma, c.c.) se non per l'eventuale prosecuzione dell'attività d'impresa[16], vuoi – ovviamente – rispetto al collegio sindacale.

4769, in «Foro it.», 2014, I, col. 1832; Cass. 24 aprile 2007, n. 9911, in «Rep. Foro it.», 2007, voce *Società*, n. 895 (in motivaz.); Cass. 23 luglio 2004, n. 13805, in «Rep. Foro it.», 2004, voce *Privilegio*, n. 35; Cass. 26 febbraio 2002, n. 2769, in «Foro it.», 2002, I, col. 1363, in «Fallimento», 2002, p. 1080, con nota di E. SAMPIETRO, *Privilegio del credito del liquidatore sociale*, e in «Dir. fallim.», 2004, II, p. 178, con nota di S. BARBIANI, *Ancora sulla natura chirografaria del credito relativo ai compensi dovuti ad amministratori e liquidatori di società di capitali*; Cass. 17 agosto 1998, n. 8083, in «Foro it.», 2000, I, col. 1413, con osservazioni di M. FABIANI; Cass. 14 settembre 1995, n. 9692, in «Fallimento», 1996, p. 176 e in «Dir. fallim.», 1996, II, p. 218. Nella giurisprudenza di merito si vedano Trib. Chieti 25 agosto 2009, in «P.Q.M.», 2010, fasc. 1, p. 73; Trib. Perugia 16 febbraio 2009, in «Rass. giur. umbra», 2009, p. 109; Trib. Milano 30 maggio 2007, in «Dir. e pratica società», 2008, fasc. 9, p. 74; Trib. Vicenza 15 ottobre 2004, in «Giur. comm.», 2006, II, p. 1159, con nota di U.M. CARBONARA, *La sorte del compenso del liquidatore (o dell'amministratore) di società di capitali in sede concorsuale*; Trib. Monza 14 maggio 2003, in «Giur. comm.», 2004, II, p. 298, con nota di A.L. BONAFINI, *Divagazioni sul credito retributivo dell'amministratore di s.p.a.*, cit.; Trib. Rimini 7 maggio 2002, in «Giur. it.», 2003, p. 311 e in «Fallimento», 2003, p. 308; Trib. Firenze 2 maggio 2001, in «Foro toscano-Toscana giur.», 2002, p. 93; Trib. Bergamo 19 giugno 2000, in «Foro pad.», 2000, I, col. 395.

[15] Nella vicenda estintiva, infatti, i soci (con regola di statuto o con deliberazione assembleare) possono determinare i «poteri dei liquidatori» e stabilire i «criteri in base ai quali deve svolgersi la liquidazione» (art. 2487, 1° comma, lett. *c*, c.c.), incidendo dunque nel perimetro delle competenze naturali dei liquidatori: competenze che peraltro, in mancanza di diversa prescrizione limitativa, sono – al pari di quelle degli amministratori – generali. Cfr., *ex novis*, F. FIMMANÒ, *La fase della liquidazione*, in *Scioglimento e liquidazione delle società di capitali*, a cura di Id., Giuffrè, Milano 2011[2], pp. 189-194 e R. ROSAPEPE, *Lo scioglimento e la liquidazione*, in G. FERRI jr., G.A. RESCIO e R. ROSAPEPE, *La trasformazione. La fusione e la scissione. Lo scioglimento e la trasformazione*, vol. VII, *Trattato delle s.r.l.*, diretto da C. Ibba e G. Marasà, CEDAM, Padova 2015, p. 424.

[16] App. Salerno 8 novembre 2012, in «Foro it.», 2012, I, col. 3489 ed in «Giur. it.», 2013, p. 1109, con nota di S. BARTOLUCCI, *Note in tema di liquidazione di spa e cooperative e*

3.2 Che poi – e dunque – si possa del rapporto fra amministratore (il discorso vale anche per il liquidatore) e società come di un rapporto parasubordinato, vi è ben di che dubitare: se è l'amministratore che programma e coordina l'attività della società, e non la società che coordina e programma l'azione dell'amministratore, fa difetto quell'alterità soggettiva che è presupposto essenziale di un rapporto di dipendenza o paradipendenza[17].

Ciò è del tutto evidente in caso di organo sociale di gestione composto da una sola persona (o, in caso di organo plurisoggettivo, di amministratori a poteri disgiunti o di amministratore delegato, per lo meno se munito di deleghe non specifiche). Già in quello che in materia si è soliti considerare il *leading case*, ossia la sentenza di Cass., sez. un., 14 dicembre 1994, n. 10680[18] (ove si era discusso il caso del diritto di un componente di un consiglio di amministrazione al rimborso delle spese sostenute per difendersi, vittoriosamente, in un giudizio penale per fatti ascrittigli come membro di quel consiglio di amministrazione), si segnala, in motivazione, la specificità dell'ipotesi dell'organo amministrativo unipersonale (e dell'amministratore delegato). Specificità che era stata posta in rilievo dal

controllo giudiziario ex art. 2409 c.c.; Trib. Nocera Inferiore 1° agosto 2012, in «Foro it.», 2012, I, col. 2854.
Il punto è dibattuto in dottrina. Da ultimo, in senso conforme alle citate decisioni, Rosapepe, *Lo scioglimento*, cit. nella nota 15, pp. 424-426, ove ulteriori richiami, cui *adde a)* in senso conforme alla citata giurisprudenza, M. Aiello, in M. Aiello *et al.*, *Le operazioni societarie straordinarie. Scioglimento e liquidazione. Trasformazioni. Fusioni. Leveraged buy out. Scissioni*, in *Trattato di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, vol. V, t. II, CEDAM, Padova 2011, p. 150; Id., nei *Lineamenti di diritto commerciale*, a cura di G. Cottino, Zanichelli, Bologna 2014, p. 500; G. Cottino, *Diritto societario*, Zanichelli, Bologna 2011[2], pp. 564 s.; A. De Vivo, *Lo scioglimento e la liquidazione*, nel volume collettaneo *La nuova s.p.a. e la nuova s.r.l.*, Giuffrè, Milano 2004, p. 503; A. Piras, in V. Allegri *et al.*, *Diritto commerciale*, Monduzzi, Bologna 2010[6], p. 404; A. Trabucchi, *Istituzioni di diritto civile*, a cura di G. Trabucchi, Wolter Kluwer-CEDAM, Padova 2015[47], pp. 1711-1712; *b)* in senso contrario, M. De Acutis, *Lo scioglimento e la liquidazione delle società di capitali*, in *Diritto commerciale* a cura di M. Cian, vol. II, *Diritto delle società. Diritto del sistema finanziario*, Giappichelli, Torino 2013, p. 652; G. Giannelli e A. Dell'Osso, *sub* art. 2487, in *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza* a cura di D.U. Santosuosso, t. III, Artt. 2452-2510, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, UTET, Torino 2015, p. 985; S. Turelli, *Gestione dell'impresa e società per azioni in liquidazione*, Giuffrè, Milano 2012, pp. 35-38.

[17] Danno enfasi alla notazione le due opposte ed estreme situazioni del sig. Bianchi, amministratore unico di una società il cui unico socio è lo stesso sig. Bianchi, e del sig. Neri, presidente e amministratore delegato con ogni potere di una società ad ampissima compagine azionaria.

[18] Cit. nella nota 5. Per una riconsiderazione della portata di questa sentenza cfr. I. De Santis, *Remunerazione degli amministratori e* governance *delle società per azioni*, CEDAM, Padova 2011, pp. 31-40.

Supremo Collegio in numerose sentenze anteriori al verdetto *viribus unitis* del 1994 (ora per escludere la compatibilità tra la qualità di dipendente e di amministratore di una società per l'amministratore unico, data la non configurabilità di un vincolo di subordinazione che si accompagni al potere, in lui accentrato, di espressione della volontà dell'ente sociale, nonché di controllo, comando e disciplina ed ammetterla invece quando la qualifica di lavoratore subordinato sia conferita dagli organi rappresentativi competenti, nei confronti di un amministratore delegato, rispetto al quale sia accertata la persistenza di un potere esterno di controllo, direttivo e disciplinare[19]; ora per riconoscere nel giudice ordinario, e non in quello del lavoro, l'organo competente a conoscere della controversia sul compenso[20]) e, successivamente, è stata ribadita in una sentenza del 1999[21], per escludere la parasubordinazione, e che ai medesimi fini è sottolineata (pure qui: anche successivamente alla sentenza del 1994) dalla giurisprudenza di merito[22].

[19] Cass. 17 dicembre 1981, n. 6706, in «Notiziario giurisprudenza lav.», 1982, p. 10 ed in «Notiziario giuridico lav.», 1982, p. 324. V. anche Cass. 29 maggio 1998, n. 5352, in «Rep. Foro it.», 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 601. Si vedano, altresì, le decisioni richiamate più avanti, alla lett. *a* della nota 24, nonché Cass. pen., sez. I, 15 aprile 2011, n. 18028, in «Giur. dir. ind.», 2012, p. 11 (l'amministratore e socio quasi unico di una società di capitali che registra a proprio nome l'invenzione conseguita durante la sua permanenza nella società e con le risorse di questa, costituisce «distrazione» e integra il reato di bancarotta fraudolenta *ex* art. 216 l. fallim. vuoi che si abbia riguardo alla sua posizione di amministratore e, dunque, al rapporto di immedesimazione organica con la società, vuoi che sia abbia riguardo all'eventuale svolgimento, da parte sua, di un'attività lavorativa parasubordinata, contemporaneamente esercitata e in astratto non incompatibile con la carica di amministratore).

[20] Cass. 13 aprile 1991, n. 3980, in «Mass. giur. lav.», 1991, p. 576 (controversia promossa dal presidente e amministratore delegato di una società); Cass. 19 settembre 1991, n. 9788, in «Foro it.», 1992, I, col. 1804 (compenso, e risarcimento del danno per revoca senza giusta causa, pretesi da un amministratore unico).

[21] Si veda la motivazione di Cass. 2 marzo 1999, n. 1726, in «Foro it.», 1999, I, col. 1853, con osservazioni di M. FABIANI; in «Società», 1999, p. 830, con nota di S. AMBROSINI, *Competenza del giudice ordinario per le controversie tra società e amministratore unico o delegato*; in «Giust. civ.», 1999, I, p. 1354; in «Giur. it.», 1999, p. 1879; in «Impresa», 1999, p. 816; in «Corriere giur.», 1999, p. 707, con nota di C. CONSOLO, *La suprema corte astrae le azioni di responsabilità dal campo laburistico (e non solo per gli amministratori «egemoni»)*.

[22] Trib. Roma 26 novembre 2014, nel sito <www.giurisprudenzadelleimprese.it> (ultimo accesso 01.02.2016) (si trattava di controversia per risarcimento del danno da revoca senza giusta causa introdotta dall'amministratore unico di una società per azioni dopo l'abrogazione, ad opera della legge n. 69 del 2009, del c.d. rito societario portato dal d.lgs. n. 5 del 2003, e prima dell'entrata in vigore del d.leg. 24 gennaio 2012, n. 1: si è esclusa la competenza del giudice del lavoro); Trib. Bologna 4 luglio 2002, in «Società», 2003, p. 1140, con nota di F. COLLIA, *Natura del rapporto tra amministratore delegato e società*, e in «Lavoro giur.», 2003, p. 860, con nota di M. NAVILLI, *Amministratore e società di capitali: rapporto organico e rapporto di lavoro subordinato* (il rapporto dell'amministratore delegato con la

Ma non si dovrebbe ragionare diversamente in caso di organo collegiale. Per potersi parlare di una posizione sottoposta a «coordinamento» (nel senso che le si deve annettere nella lettura dell'art. 409, n. 3, c.p.c.) ci si deve trovare in presenza di una posizione caratterizzata non solo dalla connessione funzionale che consegue a uno stabile inserimento nell'organizzazione aziendale o, più in generale, al collegamento alle finalità perseguite dal committente, ma anche «dall'ingerenza di quest'ultimo nell'attività del prestatore»[23]. Connotato che, se certamente non può rinvenirsi quando la gestione della società sia affidata a un solo soggetto o, commessa ad un consiglio, questo l'abbia a sua volta interamente delegata ad uno dei suoi componenti[24], è difficile ravvisare – per

società non è di parasubordinazione; quando le funzioni di amministrazione sono svolte in posizione di vertice viene meno l'elemento della coordinazione, e cioè la necessità che il prestatore d'opera si rapporti alle modalità organizzative e alle richieste di risultato proprie del soggetto che si avvantaggia della collaborazione); Trib. Milano 21 novembre 1996, in «Società», 1997, p. 221, con nota di B. Ianniello, *Competenza in ordine alle controversie sui compensi dell'amministratore unico* (le controversie relative ai compensi tra l'amministratore unico e la società amministrata rientrano nella competenza del tribunale e non in quella del pretore in funzione di giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c.); Pret. Milano 22 febbraio 1997, in «Lavoro giur.», 1997, p. 568, con nota di F. Collia, *Il rapporto di amministrazione: problemi sostanziali e processuali*. Altresì Pret. Roma 17 gennaio 1979, in «Giur. merito», 1979, p. 842, con nota di A. Caiafa, *Ancora sull'applicabilità della legge 11 agosto 1973, n. 533, art. 409, agli amministratori di società*.

[23] Così Cass. 19 aprile 2002, n. 5698, in «Lavoro giur.», 2002, p. 1164, con nota di G. Girardi, *Requisiti per la sussistenza del rapporto di subordinazione*, nel solco di una giurisprudenza costante, che fa delle «direttive» del 'collaborato' al 'collaborante' il tratto saliente del rapporto sul piano del «coordinamento»: cfr. ad es. Cass. 9 marzo 2001, n. 3485, in «Rep. Foro it.», 2001, voce *Lavoro e previdenza (controversie)*, n. 88; Cass. 20 agosto 1997, n. 7785, in «Rep. Foro it.», 1997, voce ult. cit., n. 49; Cass. 26 luglio 1996, n. 6752, in «Arch. civ.», 1997, p. 163 e in «Notiziario giurisprudenza lav.», 1997, p. 128; Cass. 5 giugno 1989, n. 2698, in «Rep. Foro it.», 1989, voce ult. cit., n. 202; Cass. 29 luglio 1986, n. 4882, in «Rep. Foro it.», 1986, voce ult. cit., n. 90.

[24] E infatti la giurisprudenza:

a) in caso di amministratore unico nega che possa istituirsi in capo allo stesso anche un rapporto di lavoro – subordinato o parasubordinato che sia – con la società: Cass. 22 marzo 2013, n. 7312, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Società*, n. 560; Cass. 16 marzo 2006, n. 5795, in «Impresa», 2006, p. 1052; Cass. 5 settembre 2003, n. 13009, in «Notiziario giurisprudenza lav.», 2004, p. 245; Cass. 24 maggio 2000, n. 6819, in «Rep. Foro it.», 2000, voce *Lavoro*, n. 654; Cass. 10 febbraio 2000, n. 1490, in «Rep. Foro it.», 2000, voce ult. cit., n. 656; Cass. 29 gennaio 1998, n. 894, in «Dir. lav.», 1999, II, p. 211, con nota di F. Testa, *Il lavoro del dirigente-amministratore: dal cumulo alla commistione delle due attività*; Cass. 3 aprile 1989, n. 1589, in «Società», 1989, p. 578 e in «Informazione prev.», 1989, p. 1220; Cass. 19 agosto 1987, n. 6953, in «Impresa», 1988, p. 828 e in «Informazione prev.», 1988, p. 353; fra i giudici territoriali Trib. Milano 26 gennaio 2004, in «Dir. e pratica società», 2004, fasc. 24, p. 76, con osservazioni di R. Di Legami; Trib. Ascoli Piceno 18 settembre 2001, in «Dir. e lav. Marche», 2001, p.

quanto ho osservato nel paragrafo 3.1 – anche in caso di organo collegiale (non essendo del resto ipotizzabile che i componenti di un consiglio di amministrazione siano assoggettati a vicendevole coordinamento, in termini di reciproca turnaria supremazia)[25].

205; Trib. Varese 15 maggio 2000, in «Informazione prev.», 2001, p. 238; Pret. Como 4 novembre 1995, in «Informazione prev.», 1996, p. 704;
b) nel caso di un consiglio di amministrazione, per la configurabilità di un rapporto di lavoro fra la società e un componente del medesimo consiglio ritiene necessario verificare non solo che detto rapporto preveda lo svolgimento di mansioni diverse da quelle proprie della carica sociale ricoperta, ma anche che vi sia assoggettamento al potere direttivo di controllo e disciplinare da parte di organi sociali sovraordinati o comunque diversi: Cass. 6 novembre 2013, n. 24972, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Lavoro*, n. 768; Cass. 6 aprile 1998, n. 3527, in «Rep. Foro it.», 1998, voce cit., n. 603; Cass. 13 giugno 1996, n. 5418, in «Rep. Foro it.», 1997, voce *Società*, n. 665; Cass. 25 maggio 1991, n. 5944, in «Giur. it.», 1992, I, 1, col. 526 e in «Impresa», 1992, p. 1983; Cass. 12 novembre 1990, n. 10900, in «Rep. Foro it.», 1990, voce *Lavoro*, n. 556; per i giudici di merito si vedano: Trib. Milano 20 dicembre 1997, in «Orient. giur. lav.», 1997, I, p. 972; Trib. Lecco 21 maggio 1996, in «Informazione prev.», 1996, p. 1406; Trib. Marsala 24 gennaio 1994, in «Informazione prev.», 1994, p. 866; Trib. Cagliari 6 giugno 1991, in «Riv. giur. sarda», 1991, p. 798, con nota di S. MAXIA, *Amministratore di società e lavoro subordinato*; Trib. Vercelli 30 gennaio 1988, in «Società», 1988, p. 606; Trib. Sassari 17 giugno 1985, in «Riv. giur. sarda», 1987, p. 528:
c) assoggettamento che è stato escluso per l'amministratore delegato titolare dei poteri di ordinaria e straordinaria amministrazione e sottoposto solo ad una normale attività di controllo da parte del consiglio di amministrazione: Cass. 8 febbraio 1999, n. 1081, in «Notiziario giurisprudenza lav.», 1999, p. 291; Cass. 16 marzo 2006, n. 5795, cit.; Cass. 5 settembre 2003, n. 13009, in «Notiziario giurisprudenza lav.», 2004, p. 245; Cass. 11 gennaio 2001, n. 299, in «Informazione prev.», 2001, p. 571; Cass. 23 agosto 1991, n. 9076, in «Rep. Foro it.», 1991, voce *Lavoro e previdenza*, n. 71; App. Milano 11 gennaio 2010, in «Orient. giur. lav.», 2010, I, p. 62; App. Venezia 4 aprile 2006, in «Rass. giur. lav. Veneto», 2006, fasc. 2, p. 85; App. Venezia 16 gennaio 2004, in «Riv. critica dir. lav.», 2004, p. 605, con nota di G. GIAPPICHELLI, *Sulla compatibilità tra posizione di socio presidente del consiglio di amministrazione di una società di capitali e quella di lavoratore dipendente: casi e questioni*; App. Milano 11 aprile 2003, in «Riv. critica dir. lav.», 2003, p. 641, con nota di F. CAPURRO, *Aspetti giuslavoristici della figura dell'amministratore di società*; Trib. Forlì 28 aprile 2009, in «Lavoro giur.», 2010, p. 189; Trib. Padova 6 febbraio 2007, in «Rass. giur. lav. Veneto», 2007, fasc. 1, p. 63; Trib. Milano 26 gennaio 2004, in «Dir. e pratica società», 2004, fasc. 24, p. 76; Trib. Varese 15 maggio 2000, in «Informazione prev.», 2001, p. 238.

[25] La parasubordinazione o la collaborazione continuativa e coordinata non può concettualmente riconoscersi nel rapporto che lega il componente di un organo collegiale all'ente, in quanto quel componente non collabora con l'ente, non è esterno ad esso, ma si identifica funzionalmente con l'ente medesimo ed agisce per esso (Cass. 4 novembre 2015, n. 22569, in «Rep. Foro it.», 2015, voce Competenza civile, n. 41, in motivaz., sulla scia di Cas. 10 aprile 1997, n. 2139, in «Rep. Foro it.», 1997, voce Amministrazione dello Stato n. 128 e per esteso in 'Enti pubblici', 1998, p. 30, in motivaz., e di Cass. 20 marzo 1985, n. 2033, in «Foro it.»,

3.3 Ma, soprattutto, il tratto argomentativo in parola tralascia di considerare la disciplina dell'art. 3, 2° comma, del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168[26], norma che – intendendo fare delle sezioni specializzate in materia

1985, I, col. 1652, in motivaz. a col. 1657); considerazioni che si ripetono in caso di organo monocratico (Cass. 9 novembre 1998, n. 11272, in «Foro it.», 1999, I, co. 439 ed in «Giust. civ.», 1999, I, p. 2400, in motivaz.; App. Torino 19 giugno 2015, n. 367, ined.). Va pur detto che invece l'art. 2 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, quando estende la disciplina del rapporto di lavoro subordinato «anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro» ad eccezione (fra le altre) delle «attività prestate nell'esercizio della loro funzione dai componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società», parrebbe implicitamente riconoscere che i rapporti che danno luogo a queste attività (non importa se ne siano investiti organi monocratici o collegiali: la norma non differenzia le due fattispecie) siano da iscrivere nella categoria del lavoro coordinato. Ma per annettere a tale disposto – negativo – una capacità definitoria positiva occorre trascurare il carattere speciale del d.lgs. n. 81 del 2015, provvedimento specificamente inteso a un riordino della disciplina dei contratti di lavoro.
Altrettanto si sarebbe potuto dire dell'art. 61 del d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276, meglio noto come legge Biagi (abrogato dal d.lgs. n. 81 del 2015), che del pari sembrava muovere dal presupposto che il rapporto fra la società e i suoi organi di gestione (anche qui: monocratici o no, posto che la norma non distingueva questi da quelli) e controllo rientrasse – o, se si vuole, potesse rientrare – fra i rapporti cc.dd. parasubordinati. Questa disposizione, infatti, individuava i contratti di lavoro «a progetto» nei «rapporti di collaborazione coordinata e continuativa prevalentemente personale e senza vincolo di subordinazione, di cui all'art. 409, n. 3», c.p.c. aventi certe caratteristiche (1° comma): sicché, nel momento in cui escludeva dalla fattispecie del «lavoro a progetto» i rapporti con «i componenti degli organi di amministrazione e controllo delle società» (3° comma, ult. parte), implicitamente riconosceva che questi rapporti fossero da inquadrare nella (più ampia) categoria del lavoro parasubordinato. Ma anche qui: per attribuire a tale disposizione una portata determinativa del rapporto fra una società e i suoi organi occorreva tralasciare il carattere speciale del d.lgs. n. 276 del 2003, il cui redattore non aveva altro compito e mira che quelli di intervenire «in materia di occupazione e mercato del lavoro» (e che nell'attendere a tale incarico non si era mostrato così preoccupato di coordinare le regole che a tal fine elaborava con il diritto delle società: sul punto G. Niccolini, *Spunti sui profili commercialistici della riforma Biagi*, in «Dir. lav.», 2003, p. 289, poi nel volume a cura di L. Ficari, *Tutele del lavoro e nuovi schemi organizzativi nell'impresa*, Giuffrè, Milano 2005, p. 19).
Ancora. È vero che ai fini fiscali il reddito dell'amministratore (unico o collegiale che sia) e del sindaco è «assimilato», sempre che non sia un professionista, a quello del lavoratore dipendente (art. 50, 1° comma, lett. *c-bis*, del t.u.i.r., d.p.r. 2 dicembre 1986, n. 917): ma da tale disciplina, coordinata ad esigenze esclusivamente tributarie, non si può certo evincere che l'amministratore o il sindaco sia un dipendente della società. Invero, se per X vale la stessa regola dettata per Y, non per ciò X è uguale a Y: e a maggior ragione tanto deve dirsi se X è non già sottoposto al medesimo comando rivolto ad Y, ma per un dato aspetto – qui: quello fiscale – «assimilato» a Y (solo ciò che è diseguale si può «assimilare»).
[26] Nel testo – come è appena il caso di rammentare – modificato dall'art. 21, lett. *d*, del d.leg. 24 gennaio 2012, n. 1, convertito, con importanti modificazioni (la legge di conversione ha

d'impresa[27] il polo d'attrazione di tutti gli affari giudiziari che coinvolgono per così dire *ab intestino* le società di capitali e cooperative e le mutue assicuratrici (nonché le società europee e quelle aventi sede all'estero ed inoltre le società, quale ne sia il tipo, che sulle stesse o dalle stesse esercitano o sono sottoposte a direzione e coordinamento)[28], in ragione non dell'attività

cancellato le previsioni puntuali contenute nel decreto legge e sostanzialmente riprodotto, in loro vece, le previsioni dell'art. 1 del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, istitutivo del c.d. processo societario), dalla legge 24 marzo 2012, n. 27. La minuziosità del catalogo delle controversie demandate al tribunale delle imprese contenuto nel d.leg. n. 168 del 2003 aveva dato luogo a perplessità: cfr. ad es. E. RIVA CRUGNOLA, *Il Tribunale dell'impresa: accentrare la competenza territoriale accelera i processi?*, nel sito <www.corteappello.milano.it> (ultimo accesso 01.03.2016), p. 3.
La norma è entrata in vigore il 20 settembre 2012 (art. 2, 6° comma, del d.leg. 24 gennaio 2012, n. 1), e, non essendovi nella disposizione transitoria dell'art. 6 (sul quale v. Cass. 1° febbraio 2007, n. 2203, in «Giust. civ.», 2007, I, p. 585) una regola analoga a quella dettata quando fu soppresso l'ufficio del pretore (attribuzione alla competenza del tribunale dei giudizi di opposizione ai decreti ingiuntivi emessi dal pretore anteriormente al d.lgs. 19 febbraio 1998, n. 51, come modificato dalla l. 16 giugno 1998, n. 188: cfr. Cass. 18 febbraio 2000, n. 1826, in «Rep. Foro it.», 2000, voce *Competenza civile*, n. 47), sull'opposizione a un decreto ingiuntivo in materia di «rapporti societari» (ad es. per compensi di un amministratore o di un sindaco, che come si vedrà rientrano in tali «rapporti») che prima del 20 settembre 2012 fosse stato richiesto a una sezione ordinaria del tribunale non avrebbe dovuto pronunciarsi il tribunale delle imprese, applicandosi il precetto dell'art. 645 c.p.c.: salvo chiedersi se tale soluzione avesse a confermarsi anche in caso di domanda riconvenzionale proposta dall'opponente rientrante nelle competenze del tribunale delle imprese (nel senso della separazione delle due controversie si veda, con riguardo d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 nella sua originale stesura, Cass. 20 marzo 2007, n. 6585, in «Giur. dir. ind.», 2007, p. 76; Trib. Bologna 18 ottobre 2011, in «Giur. dir. ind.», 2011, p. 1367; Trib. Brescia 13 ottobre 2005, in «Giur. dir. ind.», 2005, p. 1079). Si veda anche, su altre questioni di competenza, la nota 31.

[27] Che, come è noto, sono istituite presso i tribunali e le corti d'appello aventi sede nel capoluogo di ogni regione (con eccezione di Lombardia e Sicilia, in cui sono presenti due sedi, e della Valle D'Aosta, in cui non sono presenti sedi, poiché la competenza spetta a Torino), per modo che si ha un'implicita modifica – come si avrà modo di osservare – di tutte quelle norme del codice civile (artt. 2343, 1° comma, 2343-*bis*, 2° comma, 2378, 1° comma, 2416, 2° comma, 2501-*sexies*, 3° e 4° comma, 2545-*undecies*, 2° comma) dove il giudice territorialmente competente è identificato in quello nel cui circondario la società ha la sua sede. Modifica della quale, in genere, non v'è traccia – il fatto non manca di stupire un poco – nelle recenti edizioni del codice civile e dei manuali di diritto commerciale.

[28] Non è fuor d'opera rammentare – per documentazione – che il c.d. progetto Mirone del febbraio 2000 (in «Riv. soc.», 2000, pp. 14 ss. ; si veda anche la relazione illustrativa, spec. pp. 86-90) muoveva in senso più esteso, ipotizzando di affidare ad un giudice specializzato la cognizione di 'ogni' controversia societaria, quale che fosse il tipo di società. Per una valutazione di tale ipotesi disciplinare cfr. G. COSTANTINO, *Contributo alla ricerca di un modello processuale per i conflitti economici*, in ID., *Riflessioni sulla giustizia (in)civile (1995-2010)*, Giappichelli, Torino 2011, pp. 393 ss., ove gli opportuni richiami all'ampio dibattito che

d'impresa da esse esercitata, ma del loro modello organizzativo[29], in considerazione cioè delle più complesse, e comunque specifiche, questioni di diritto che traggono origine dall'esercizio in comune dell'iniziativa economica secondo quei modelli societari[30] – per le cause e i procedimenti «relativi a rapporti societari» attribuisce al c.d. tribunale delle imprese[31] una

all'epoca si sviluppò fra gli studiosi del diritto commerciale e del diritto processuale.

[29] Non mi pare condivisibile l'accusa di «evidente incompletezza» rivolta, sotto questo profilo, alla norma, che sarebbe colpevole di non avere fatto menzione delle sim, delle sicav, delle società quotate, delle società bancarie e delle società sportive professionistiche (così P. Comoglio, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 156-157). Il criterio selettivo della legge è (soltanto) il tipo di società (o la sua soggezione a direzione e coordinamento, o il suo esercitare direzione e coordinamento, di un tipo di società), non (anche) l'oggetto o le modalità dell'attività della società, e dunque dal punto di vista dell'intrinseca compiutezza del dettato la disposizione non merita biasimo: mentre altro, ovviamente, è discorrere dell'opportunità della scelta legislativa di non considerare le società di persone (e si veda in proposito la nota 28), se non per quelle che esercitano direzione e coordinamento sulle società di capitali, cooperative etc. o che sono sottoposte a direzione e coordinamento di queste.

[30] Sulle specificità dell'intervento del giudice nelle controversie societarie si veda lo studio di C. Gamba, *Diritto societario e ruolo del giudice*, CEDAM, Padova 2008.

[31] *Quid juris* – di fronte a una regola che impone la trattazione unitaria delle impugnazioni della medesima deliberazione assembleare (art. 2378, 5° comma, c.c.; uguale il precetto dell'art. 2377, 4° comma, c.c. per le domande di risarcimento del danno da deliberazione invalida, e dell'art. 2492, 4° comma, c.c. in tema di reclamo avverso il bilancio finale di liquidazione, dove il problema poteva parimenti porsi) – nel caso in cui un giudizio di impugnazione fosse stato promosso prima dell'entrata in vigore della disciplina (20 settembre 2012: art. 2, 6° comma, del d.leg. 24 gennaio 2012, n. 1) e dunque davanti al giudice ordinario e altro giudizio dopo, sotto l'impero del nuovo precetto, istitutivo del tribunale delle imprese?
Il caso si è presentato in giurisprudenza. Si trattava di due giudizi di impugnazione di una stessa deliberazione assembleare (di una banca di credito cooperativo) ambedue promossi davanti al tribunale ordinario: uno di detti giudizi era stato introdotto prima e l'altro dopo il 20 settembre 2012. Il Tribunale, dopo avere riunito i due giudizi, si è dichiarato incompetente per entrambi, annettendo rilievo – oltre che alla regola dell'art. 2378, 5° comma, c.c. – soltanto al fatto (nessuna considerazione, ad es., per l'art. 5 c.p.c.; v. anche la precedente nota 26) che il primo giudizio era stato introdotto da un solo socio mentre il secondo da numerosissimi soci (argomento per la verità del tutto atecnico), convinto dall'«elevata specializzazione del giudice [delle imprese] in ragione dello specifico tasso tecnico richiesto dallo studio della materia», ragione della scelta legislativa: Trib. Crotone (Giud. V. Gloria) 25 luglio 2014 (ord.), in cause riunite r.g. 2108/2012 e 2191/2012, ined.
Un problema di necessario coordinamento fra giudizi promossi dinanzi al tribunale ordinario e dinanzi al tribunale delle imprese non si sarebbe invece posto quando – in tempi diversi, con giudizi introdotti ora prima ora dopo il 20 settembre 2012 – più creditori sociali si fossero opposti ad una riduzione volontaria del capitale o a una fusione o a una scissione o ad una revoca della liquidazione o a una costituzione di un patrimonio destinato. Infatti, a differenza delle ipotesi sopra dette (dove la presenza di un rapporto giuridico plurisoggettivo, rispetto al quale la legittimazione ad agire e contraddire compete disgiuntamente a tutti i più contitolari

competenza generale[32], come attesta il carattere certamente esemplificativo[33]

della medesima situazione giuridica sostanziale, mette capo al comando degli artt. 2378, 5° comma, e 2492, 4° comma, c.c. dando luogo al c.d. litisconsorzio quasi necessario o unitario, facoltativo cioè quanto all'instaurazione ma necessario, se la pluralità di parti si realizza, quanto alla prosecuzione), nelle opposizioni dei creditori l'unicità e l'identità del *petitum*, consistente nella ineseguibilità dell'operazione societaria, è funzionale alla tutela dei 'diversi' diritti (di credito) degli opponenti, sicché un *simultaneus processus* (benché opportuno: artt. 103 e 274 c.p.c.) non sarebbe stato indispensabile. Diverso il caso scrutinato da Cass. 30 ottobre 2014, n. 23117, in «Rep. Foro it.», 2014, voce Competenza civile, n. 33. Si trattava di un'azione di responsabilità esercitata nei confronti di amministratori e sindaci, ad alcuni dei quali l'atto di citazione era stato notificato prima, e ad altri dopo, l'entrata in vigore (20 settembre 2012) della disciplina de qua. Muovendo dal carattere di litisconsorzio facoltativo originario delle cause introdotte nei riguardi di componenti degli organi sociali, perciò scindibili e dotate di vicendevole autonomia anche quando cumulativamente promosse e trattate congiuntamente in un procedimento formalmente unitario, il S.C. è giunto ad affermare l'appartenenza della causa introdotta con atto notificato dopo il 20 settembre 2012 alla competenza funzionale del tribunale delle imprese si estende (ai sensi dell'art. 3, 3° comma, del d. lgs. 27 giugno 2003, n. 168) alle cause connesse, ivi comprese quelle precedentemente introdotte.

[32] Muovendo da tale notazione – da tutti condivisa – si è affermato, per inferenza, che la locuzione «rapporti societari» deve intendersi comprensiva anche di «tutte le controversie in cui si faccia questione dei compensi e delle spese o della cessazione, per qualsiasi ragione, dalla carica degli amministratori, dei liquidatori e dei sindaci» (così P. CELENTANO, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, in «Società», 2012, p. 820). Se, infatti, i «rapporti societari», sono quelli interni alla società, legati al contratto sociale sia nella sua fase genetica sia nel suo stadio attuativo sia nel suo momento conclusivo, in detti rapporti rientrano tutti quelli in cui il contratto di società – che è un contratto tipicamente organizzativo perché disciplina l'esercizio in comune dell'attività d'impresa – si esprime o che dal contratto di società derivano e al contratto sociale sono funzionali: anche, dunque, i rapporti fra i soci e gli organi sociali e quelli fra gli organi sociali e la società; «anche quelli relativi ai compensi degli amministratori, dovendosi escludere la loro ricomprensione nell'area del rapporto di lavoro dipendente, così come per i sindaci, i liquidatori, il soggetto incaricato della revisione contabile» (così M. SANDULLI, *La competenza del tribunale delle imprese in materia societaria*, nella rivista on line «Nuovo dir. delle società», n. 8 del 2013, p. 16; diversamente COMOGLIO, *Il giudice specializzato in materia d'impresa. Problemi e prospettive*, cit., p. 164, il quale, mentre da un lato dubita che la controversia sul compenso dell'amministratore sia riservata alla cognizione del tribunale delle imprese, dall'altro – incoerentemente, a me sembra – dà per «certo» che lo sia quella avente ad oggetto la pretesa risarcitoria dell'amministratore revocato senza giusta causa. Ne segue altresì (la questione intercetta il dibattito sull'applicabilità del procedimento sommario di cognizione alle controversie soggette a riti speciali, su cui v. da ultimo Corte cost. 1° aprile 2014, n. 65, in «Foro it.», 2014, I, col. 1363) l'inapplicabilità alla controversia «societaria» del rito di cognizione sommaria *ex* art. 702-*bis* e ss. c.p.c., per ciò che questo è attribuito al tribunale in composizione monocratica: Trib. Milano 28 maggio 2013 e Trib. Milano 25 novembre 2013 (nonché Trib. Roma 13 marzo 2015), tutte nel sito <www.giurisprudenzadelleimprese.it> (ultimo accesso 01.03.2016) e in dottrina M. FABIANI, *L'azione di responsabilità dei creditori sociali e le altre azioni sostitutive*, Giuffrè, Milano 2015, p. 121.

[33] L'«ivi compresi» della norma. Cfr. CELENTANO, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*,

dell'elenco portato dalla norma e testimonia la stessa ampiezza delle materie che compongono detto elenco (il quale, nella struttura formale della norma, segue all'enunciazione precettiva, e che riconduce ai «rapporti societari» non solo quello con il direttore generale, che, pur essendo o potendo essere un lavoratore dipendente della società[34], si è soliti considerare ricoprirvi una

cit., pp. 817 e 819; M.A. Iuorio, *Il tribunale delle imprese*, nel sito <www.judicium.it> (ultimo accesso 01.03.2016), p. 7; A. Motto, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, in «Nuove leggi civ.», 2012, p. 603 nota 77; Sandulli, *La competenza del tribunale delle imprese in materia societaria*, cit., p. 1. Diversamente orientato F. Verde, *Il tribunale delle imprese*, Cacucci, Bari 2012, p. 29, secondo il quale «il primo significato» della «elencazione delle sub-materie in materia societaria» porterebbe ad «escludere dalla detta competenza le sub-materie non elencate».
Di quest'ultimo avviso, in giurisprudenza, Trib. Verona 11 febbraio 2014 (ord.), nel sito <www.altalex.com> (ultimo accesso 01.03.2016) e Trib. Reggio Emilia 12 febbraio 2015, nel sito <www.iusexplorer.it> (ultimo accesso 01.03.2016), che hanno che ha negato che la domanda risarcitoria promossa dall'amministratore di una società di capitali revocato senza giusta causa rientri nell'ambito delle cause che riguardano rapporti societari perché l'elencazione delle cause che rientrano nei rapporti societari propriamente intesi deve ritenersi tassativa (e perché il rapporto gestorio intercorrente tra la società e gli amministratori si pone al di fuori del contratto sociale sebbene risulti in senso lato funzionale alla sua esecuzione, rimanendone distinto dal punto di vista sia genetico sia funzionale).
Mi pare da osservare che l'espressione «ivi compresi» ha un significato inclusivo-specificativo, mira a ricomprendere in una categoria generale una classe specifica o singole fattispecie (senza che, ovviamente, la numerosità delle entità «comprese» costituisca una variabile) e, in una disposizione di legge, è intesa a fornire un chiarimento dell'area precettiva del dettame. Ne segue che la specie o il caso «compreso» funge da esempio di quelli che compongono la categoria generale: come – fra le molte disposizioni del nostro ordinamento che presentano struttura uguale a quella della norma in esame – nell'art. 1038, 1° comma, c.c. (dove i danni «derivanti dalla separazione in due o più parti o da altro deterioramento del fondo da intersecare», dai quali chi impone una servitù d'acquedotto deve tenere indenne il proprietario del fondo servente, sono danni 'specifici' rispetto a quelli 'generici' di cui parla la norma: G. Branca, *Servitù prediali*. *Art. 1027-1099*, nel *Comm. del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma 1967[4], pp. 126-127); come nell'art. 2112, 5° comma, c.c. (dove la menzione dell'usufrutto e dell'affitto di azienda fra le operazioni di «trasferimento d'azienda» di cui si occupa la disposizione ha valenza inclusiva e non selettiva); come nell'art. 183-*bis* c.p.c. (dove i «documenti» costituiscono una *species* dei «mezzi di prova» che le parti devono, a pena di decadenza, indicare nel passaggio dal rito ordinario al rito sommario di cognizione, avendo il legislatore voluto, con tale precetto chiarificatore, evitare incertezze interpretative); come, ancora, nell'art. 104 disp. att. c.p.p. (dove i «titoli del debito pubblico» sono una sottocategoria degli «strumenti finanziari dematerializzati» suscettibili di formare oggetto di sequestro preventivo).

[34] Usualmente, ma non necessariamente (v. infatti Cass. 14 luglio 1993, n. 7796, in «Impresa», 1993, p. 2761 e in «Notiziario giurisprudenza lav.», 1993, p. 638 e Cass. 4 giugno 1981, n. 3614, in «Giur. comm.», 1982, II, p. 450 e in «Notiziario giurisprudenza lav.», 1981, p. 317), il direttore generale è legato da un vincolo di subordinazione (affievolito dall'ampiezza e dalla discrezionalità dei poteri attribuitigli e dunque da

posizione organica[35], ma anche quelli con figure, quali il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari[36] e l'incaricato della revisione contabile[37], che si può dubitare abbiano a qualificarsi organi sociali[38]) e delle

ricondurre all'alveo della parasubordinazione): Cass. 10 novembre 1987, n. 8279, in «Orient. giur. lav.», 1988, pp. 44 e 359 con nota di M. Di Ruocco, *Cumulo di cariche sociali e lavoro subordinato: osservazioni a Cassazione 10 novembre 1987 n. 8279* e Cass. 16 giugno 1979, n. 3400, in «Giur. it.», 1980, I, 1, col. 80 nonché Cass. 5 dicembre 2008, n. 28819, in «Foro it.», 2009, I, col. 2136, in «Giur. it.», 2009, p. 871, in «Nuova giur. civ.», 2009, I, p. 815, con nota di A. Tarantino, *Il direttore generale di s.p.a.: tra requisiti formali ed espletamento di funzioni sostanziali* e in «Società», 2009, p. 1483, con nota di F. Gusso, *Responsabilità del direttore generale*. Nel senso che se la responsabilità del direttore generale di una società per azioni è dedotta sotto il profilo delle inadempienze poste in essere nello svolgimento delle sue mansioni, ossia nell'ambito del rapporto di lavoro (nella specie si trattava di scelte operative adottate, in asserita violazione degli obblighi di diligenza, fedeltà e lealtà, che avevano comportato errati investimenti), l'azione non va proposta al tribunale delle imprese, ma al giudice del lavoro, attesa l'espressa salvezza delle «azioni esercitabili in base al rapporto di lavoro con la società» stabilita dall'art. 2396 c.c., cfr. Cass. 24 luglio 2015, n. 15619, cit. nella nota 8.

[35] P. Abbadessa, *Il direttore generale*, nel *Trattato delle s.p.a.* diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 4, UTET, Torino 1991, p. 466, ove citazioni alle quali, per la giurisprudenza, *adde* Cass. 20 novembre 1990, n. 11208, in «Società», 1991, p. 473, con nota di M. Cupido, *Disciplina della responsabilità del direttore generale di una cassa di risparmio* e, nel senso che si tratta di un «organo interno» della società, Trib. Salerno 26 novembre 2009, in «Vita not.», 2010, p. 853 e in «Giur. comm.», 2011, II, p. 455, con nota di M.L. Cirrincione, *Sulla responsabilità gestoria del direttore generale di una società in accomandita semplice*.

[36] Per la negativa L. De Angelis, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in «Società», 2006, p. 402; R. Rordorf, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari*, in «Società», 2007, p. 1205; circolare Assonime n. 44 del 2009, che leggesi in «Riv. soc.», 2009, pp. 1142 ss., *ivi* a pp. 1450-1451. In senso affermativo S. Fortunato, *Il dirigente preposto ai documenti contabili nel sistema dei controlli societari*, in «Società», 2008, p. 401 e M. Irrera, *Il dirigente preposto alla redazione dei documenti contabili societari nella legge sul risparmio e nel decreto correttivo*, in «Giur. comm.», 2007, I, p. 487.

[37] Per un'attenta analisi della questione cfr. M. Bussoletti, *sub* art. 2409-*ter*, nel *Commentario romano al nuovo dir. soc.*, diretto da F. D'Alessandro, vol. II, t. II, Piccin, Padova 2011, pp. 315-318.

[38] La norma non contiene altre indicazioni, e ciò potrà dar luogo a discussioni.
Così, ad esempio, non v'è menzione del collegio dei probiviri, frequentemente presente nelle cooperative. Ma a condurre ad affermare una competenza del tribunale delle imprese gioverebbe l'osservazione che si tratta (o quanto meno si può trattare) di un organo – sia pure facoltativo ed endocorporativo – sociale: cfr. Cass. 5 dicembre 2002, n. 17245, in «Vita not.», 2003, p. 902 e in «Società», 2003, p. 701; Cass. 15 gennaio 1999, n. 384, in «Foro it.», 2000, I, col. 2661; Cass. 27 maggio 1995, n. 5912, in «Società», 1996, p. 30, con nota di A. Stesuri, *Delibera di esclusione del socio: opposizione avanti probiviri e tribunale*; Cass. 19 ottobre 1989, n. 4207, in «Società», 1990, p. 459 e in «Giust. civ.», 1990, I, p. 1840, con nota di M. Stella Richter, *Sulla clausola di deferimento delle controversie sociali al collegio dei probiviri*; nella giurisprudenza territoriale si veda Trib. Salerno 6 aprile 2007,

in «Rep. Foro it.», 2009, voce *Cooperativa*, n. 65 e per esteso in «Corti salernitane», 2008, p. 617, con nota di R.M. Agostino, *La funzione endosocietaria del collegio di probiviri*. Uguale soluzione dovrebbe farsi largo per quelle particolari strutture funzionali – che talora è la legge ad imporre, ma che nulla vieta siano, per disposizione statutaria, volontariamente introdotte nell'assetto organizzativo di una società – che sono i comitati per le nomine, per le remunerazioni, per il controllo interno *atque similia*, che, se previsti dalla legge e dotati di funzioni decisorie, debbono (si è detto: M. Stella Richter, *Il comitato per il controllo interno e la responsabilità dei suoi componenti*, cit., p. 477) considerarsi organi della società.
Si potrebbe invece dubitare che debba essere conosciuta dal tribunale delle imprese una controversia circa la responsabilità (art. 2339 c.c.) o circa i «benefici» (art. 2340 c.c.) dei promotori. Benvero, l'azione dei promotori, sebbene tipicamente funzionale al contratto sociale, rimane esterna ad esso (dei promotori si parla, infatti, ora come di contraenti in favore di terzi, ora come di gestori d'affari, ora come di mediatori: sul punto, *ex novis*, G.L. Nigro, *sub* art. 2337, nel *Commentario romano al nuovo dir. soc.*, cit., vol. II, t. I, Piccin, Padova 2010, pp. 101-102), e sotto questo profilo sarebbe estranea ai «rapporti societari»: ma una siffatta controversia non sarebbe oggettivamente connessa ai «rapporti societari» e come tale attratta nell'orbita del tribunale delle imprese?
Analogo discorso potrebbe valere in ordine agli «esperti» che stimano i conferimenti di beni in natura e di crediti (artt. 2343 e 2465 c.c.), che asseverano il valore dei beni nei casi di acquisti 'pericolosi' di cui all'art. 2343-*bis* c.c., che siano interpellati dagli amministratori per la valutazione delle operazioni con parti correlate (art. 2391-*bis* c.c.), che asseverano la congruità del rapporto di cambio in caso di fusione e scissione (art. 2501-*sexies* c.c. e art. 9 del d.lgs. 30 maggio 2008, n. 108, per le fusioni transfrontaliere), che in caso di contestazione determinano il valore delle azioni del socio che recede *ex* art. 2437-*ter* c.c. (e la cui nomina spetta al tribunale delle imprese: App. Catanzaro, 9 aprile 2014, in «Giur. it.», 2015, p. 95, con nota di F. Murino, *Sulla reclamabilità di alcuni provvedimenti camerali in materia societaria*): mi sembra si debba considerare che tutti costoro intervengono nell'azione societaria, sono ad essa funzionali (diversamente dall'attestatore di un piano concordatario *ex* art. 161, 3° comma, l. fall., che non coopera all'azione di una società, ma a quella di un imprenditore, infatti non necessariamente collettivo, che versa in stato di crisi).
Ci si potrebbe chiedere se possa dirsi altrettanto per il rappresentante comune degli azionisti di risparmio e degli obbligazionisti: ipotesi interpretativa certamente più agevole per quello (quante volte almeno lo si consideri un organo della società come ha proposto C. Costa, *Il rappresentante comune degli azionisti di risparmio nell'organizzazione della società per azioni*, Milano, Giuffrè 1984, pp. 126 ss.: ma *contra* A. Rossi, *sub* art. 147, nel *Commentario al t.u. delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria*, a cura di G. Alpa e F. Capriglione, CEDAM, Padova 1998, t. II, pp. 1354-1358) che per questo, con riguardo ad esso potendosi obiettare che, per condivisa lettura (ad es. G.F. Campobasso, *Le obbligazioni*, nel *Trattato delle s.p.a.*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, vol. 5, UTET, Torino 1998, p. 509), si tratta di un organo non della società, bensì dell'organizzazione distinta e autonoma degli obbligazionisti, e tuttavia potendosi replicare che la sua stessa esistenza trova nell'operazione societaria il presupposto e che i suoi compiti si coordinano pur sempre – e in modo assai stretto – all'operazione societaria: e se è così, anche la sua nomina, nell'ipotesi prevista dall'art. 2417, 2° comma, c.c., spetterebbe al tribunale delle imprese (così F. Santagada, *Sezioni specializzate per l'impresa, accelerazione dei processi e competitività delle imprese*, in «Riv. dir. proc.», 2012, p. 1279

altre materie contestualmente affidate alla cognizione del giudice specializzato[39], e come conferma[40] la forza centripeta impressa alla regola dall'ulteriore precetto (3° comma) per cui le «ragioni di connessione» fanno affluire al tribunale delle imprese tutte le controversie nelle quali si formulino domande a quei «rapporti societari» coordinate e collegate[41].

nota 36), benché in questo caso – come pure in quello del rappresentante comune dei comproprietari della partecipazione sociale: artt. 2347, 1° comma, e 2468, 5° comma, c.c. – non si tratterebbe di supplire ad un'inopia dei soci nell'adozione di una decisione necessaria alla vita della società (come invece per la nomina del liquidatore *ex* art. 2487, 2° comma, c.c. o dell'organo sindacale nel caso previsto dall'art. 2477, 6° comma, c.c. per la riduzione del capitale *ex* artt. 2446, 2° comma, 2482-*bis*, 4° comma, 2359-*ter*, 2° comma, e 2359-*quater*, 3° comma, c.c.).
Si veda anche, nel senso che l'azione contro la società di revisione con cui ne viene denunciato l'inadempimento agli obblighi assunti nei riguardi della società revisionata non è disciplinata dall'art. 2949, c.c. «dal momento che la società di revisione non è organo della società certificata e, quindi, non si tratta nella specie di diritti derivanti dai rapporti sociali», App. Milano 27 marzo 2001, in «Banca, borsa, tit. cred.», 2003, II, p. 319 (diversamente, ma di sfuggita, la motivazione di Trib. Milano 25 marzo 2010, in «Foro it.», Merito extra, n. 2010.234.132).

[39] Lo ha sottolineato l'ordinanza di Cass. 16 ottobre 2014, n. 21910, in «Rep. Foro it.», 2014, voce *Competenza civile*, n. 34 a proposito delle controversie relative al «trasferimento» e ad «ogni altro negozio» avente ad oggetto partecipazioni sociali, quando ha affermato la competenza del tribunale delle imprese a conoscere della controversia per un credito *ex pretio* di una vendita di quota di s.r.l., credito che era stato poi ceduto dall'acquirente della quota al suo venditore e, ancora, nuovamente ceduto dal venditore all'acquirente.
Analogo risalto all'ampiezza del dettato normativo nella decisione di Trib. Catania 3 luglio 2014, nel sito <www.altalex.com> (ultimo accesso 02.03.2016), con una nota critica di G. SEMINARA, *Trasferimento di quote sociali per testamento: decidono le sezioni specializzate*, che ha affermato spettare al tribunale delle imprese pronunciarsi su una domanda intesa a far dichiarare nullo il testamento che aveva disposto di una partecipazione sociale in favore di un soggetto e simulato il successivo trasferimento della partecipazione a un terzo.
V. anche Trib. Roma 22 ottobre 2015, nel sito <www.giurisprudenzadelleimprese.it> (ultimo accesso 02.03.2016): compete al tribunale delle imprese conoscere della controversia instaurata per ottenere la revocazione della donazione di una quota di s.r.l. per ingratitudine *ex* art. 801, cod. civ.

[40] Si vedano ancora CELENTANO, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, cit., pp. 822-823, e SANDULLI, *La competenza del tribunale delle imprese in materia societaria*, cit., p. 19.

[41] E si affermato che tutte le controversie in qualsiasi modo connesse (anche, dunque, per ragioni meramente soggettive *ex* art. 104, 1° comma, c.p.c.) con quelle di competenza del tribunale delle imprese devono essere conosciute dal giudice specializzato. In questo senso Trib. Castrovillari 13 ottobre 2014, nel sito <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 11667, che ha ritenuto di competenza del tribunale delle imprese la controversia nella quale una società agiva per l'accertamento e la dichiarazione di simulazione assoluta e, in subordine, per l'inefficacia *ex* art. 2901 c.c. dell'atto di costituzione in fondo patrimoniale di un immobile da parte di amministratori nei cui riguardi la stessa società attrice aveva esercitato azione di responsabilità. Conformemente, in dottrina, A. CARRATTA, *La «semplificazione»*

dei riti e le nuove modifiche del processo civile, Giappichelli, Torino 2012, p. 203; Iuorio, *Il tribunale delle imprese*, cit., p. 12; Motto, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, cit., p. 604. Diversamente Trib. Vicenza 13 maggio 2015 (ord.), nel sito <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 12769 (rileva solo la connessione propria, e dunque è di competenza del tribunale ordinario e non delle sezioni specializzate in materia di impresa la causa avente ad oggetto la revocatoria *ex* art. 2901 c.c. dell'atto di costituzione di fondo patrimoniale promossa contro gli amministratori, nei cui confronti la società attrice abbia instaurato altro giudizio per l'azione di responsabili) e M. Paccoia, *Novità in materia societaria e di impresa*, Giappichelli, Torino 2013, pp. 117-119. Si vedano anche Trib. Verona 8 maggio 2015, nel sito <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 12861 e Trib. Verona 16 dicembre 2013 (ord.), nel sito <www.altalex.com> (ultimo accesso 02.03.2016) (va esclusa la competenza del tribunale delle imprese quando solo in via incidentale è denunciata l'invalidità di una delibera assembleare di una società a responsabilità limitata), nonché Trib. Pesaro (Giud. D. Storti) 13 luglio 2013 (ord.), resa in causa r.g. 2880/2102, ined. (compete al tribunale delle imprese la controversia nella quale si domanda di simulazione della cessione di quote sociali e non rileva il fatto che tale domanda sia funzionale ad un'azione di riduzione). Sul punto, da ultimo, F. Santagada, *La competenza per connessione delle sezioni specializzate per l'impresa*, in «Riv. dir. proc.», 2014, pp. 1361 ss.

Certamente subiscono la *vis attractiva* del tribunale delle imprese tutti i procedimenti oggettivamente connessi, anche in senso improprio, con quelli di cui al 2° comma del citato art. 3, con l'unica eccezione delle competenze funzionali (quelle, ad esempio, del giudice del registro delle imprese e del tribunale fallimentare o del giudice delegato al fallimento in ordine ai procedimenti endoconcorsuali). Dovendosi poi notare che, trattandosi di competenza per materia inderogabile (e dovendosi alla norma *de qua* riconoscere carattere di norma speciale che deroga alla regolamentazione dei rapporti tra cause connesse dettata dall'art. 40 del codice di rito), quella del tribunale delle imprese prevale su tutti i criteri che attribuiscono il giudizio connesso alla competenza (per materia, per territorio, per valore) di altro giudice: cfr. G. Balena, *L'istituzione del tribunale delle imprese*, in «Il giusto processo civile», n. 2 del 2012, p. 338; S. Caporusso, *La c.d. novità del tribunale delle imprese*, nella rivista on line «Persona e mercato», n. 3 del 2012, p. 153; G. Casaburi, *La tutela della proprietà industriale e il tribunale delle imprese*, in «Dir. ind.», 2012, p. 525; Celentano, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, cit., p. 823; Motto, *Gli interventi legislativi sulla giustizia civile del 2011 e 2012*, cit., p. 575; M. Tavassi, *Dalle sezioni specializzate della proprietà industriale e intellettuale alle sezioni specializzate dell'impresa*, in «Corriere giur.», 2012, p. 1123. La questione si è recentemente posta con riguardo all'azione di responsabilità *ex* art. 90 del d.lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (disciplina dell'amministrazione straordinaria grandi imprese), relativamente alla quale Trib. Udine (Pres. F. Venier, Rel. A. Zuliani) 23 ottobre 2015 (ord.), resa in causa r.g. 616/2014, ined., si è pronunciato nel senso che la competenza del tribunale che ha dichiarato l'insolvenza predicata dall'art. 13 del d.lgs. n. 270 del 1999 cede il passo a quella del tribunale delle imprese imposta dall'art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2003.

Si è poi soggiunto che la domanda giudiziale connessa a una domanda che sia di competenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa cumulativamente proposta con quest'ultima dinanzi alla sezione specializzata territorialmente competente non potrà essere, anche se poi separata dalla seconda, rimessa al giudice competente a conoscerla secondo gli ordinari criteri di competenza: così Celentano, *Le sezioni specializzate in materia d'impresa*, cit., p. 823.

L'ampia portata semantica della locuzione «rapporti societari» (e lo scopo illustrativo e pedagogico, non già inventariale, della lista di rapporti che vi si devono comprendere, nonché l'estensione delle materie ivi censite) induce a reputare rientranti nell'ambito della competenza 'societaria' delle sezioni specializzate in materia d'impresa tutti i giudizi che si connettono allo svolgimento del rapporto sociale, che si coordinano cioè alla vicenda corporativa nei suoi segmenti costitutivi[42], attuativi[43] e conclusivi[44]. Ed è

[42] È dunque il tribunale delle imprese il giudice competente a dichiarare la nullità di una società e a nominarne i liquidatori *ex* art. 2332 c.c.

[43] Sicché non v'è ombra di dubbio che spetti al tribunale delle imprese pronunciarsi su un'impugnazione di deliberazione assembleare: cfr. Trib. Crotone 25 luglio 2014, cit.; Trib. Catanzaro (Giud. G. Gioia) 25 marzo 2014 (ord.), resa in causa r.g. 661/2014, ined.; implicitamente Trib. Verona 16 dicembre 2013, cit. In dottrina S.A. Cerrato, in *Lineamenti di diritto commerciale* a cura di G. Cottino, Zanichelli, Bologna 2014, p. 331. V. anche la precedente nota 27.

[44] Tant'è che 'tutti' quelli «concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario» rientrano nei «rapporti societari» a voce dell'art. 3, 2° comma, lett. *a*, del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168.
Conferme in App. Napoli 17 febbraio 2014, in «Giur. it.», 2015, p. 96, con nota di F. Murino, *Sulla reclamabilità di alcuni provvedimenti camerali in materia societaria*, cit., e in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 10162, e in Trib. Modena 23 gennaio 2013 (ord.), nel sito <www.giurisprudenzamodenese.it> (ultimo accesso 02.03.2016), che hanno affermato la competenza del tribunale delle imprese a nominare il liquidatore *ex* art. 2487, 2° comma, c.c. (diversamente Trib. Bari 21 giugno 2013, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 9183, ha negato che il tribunale delle imprese abbia competenza alla nomina del liquidatore *ex* art. 2487, c.c., muovendo dal presupposto che la competenza della sezione specializzata riguardi solo i giudizi di carattere contenzioso); in Trib. Asti (Pres. P. Rampini, Est. A. Carena) 25 giugno 2015 (ord.), resa in causa r.g. 2076/2014, ined., che [confermando in sede di reclamo il verdetto di Trib. Asti (Giud. P. Amisano) 11 aprile 2014 (ord.), resa in causa r.g. 3845/2013, ined.) ha ritenuto competente il tribunale delle imprese sulla domanda degli eredi del socio di s.r.l. (il cui statuto rimandava, in caso di morte del socio, alle norme del codice in materia di decesso del socio di società di persone) volta a ottenere la liquidazione della quota del *de cuius*; nonché, *a contrariis*, in Trib. Torino, 9 marzo 2015, nel sito <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 12218 (che ha negato la competenza del tribunale delle imprese sulla controversia avente ad oggetto la richiesta di restituzione di somme che una società aveva erogato ad un suo socio a titolo di mutuo), in Trib. Venezia 16 gennaio 2015 (ord.), nel sito <www.osservatoriodirittoimpresa.it> (ultimo accesso 02.03.2016) (che ha negato la competenza del tribunale delle imprese sulla domanda cautelare promossa da una società a responsabilità limitata nei confronti di un suo socio per un rapporto di fornitura non riconducibile all'ambito societario) e in Trib. Avellino (Giud. M.C. Rizzi) 4 giugno 2014 (ord.) resa in causa r.g. 2598/2013, ined. (che ha negato la competenza del tribunale delle imprese sulla domanda di nullità di un contratto di compravendita di un immobile ceduto dal socio di una cooperativa alla cooperativa stessa). V. peraltro Cass. 21 novembre 2014, n. 24917, in «Rep. Foro it.», 2014, voce

fuor di dubbio che attiene al momento organizzativo della società il rapporto che si instaura fra la stessa e i suoi organi di gestione (attiva o liquidativa che sia) e di controllo: relativamente sia alla nascita del rapporto (nomina) sia al suo venir meno (revoca[45], decadenza, termine delle cariche) sia alla sua regolazione (obblighi, divieti[46], responsabilità, retribuzione[47]).

Lavoro e previdenza, n. 94, Trib. Milano 20 luglio 2015, in <giurisprudenzadelleimprese.it> (ultimo accesso 02.03.2016) e Trib. Bologna 7 luglio 2014, in «Foro it.», 2014, I, col. 2970 (compete al giudice del lavoro, e non al tribunale delle imprese, pronunciarsi sulla domanda del socio lavoratore di cooperativa che impugna il licenziamento e l'esclusione dalla società per motivi attinenti la violazione di obblighi statutari), nonché Cass. 27 novembre 2014, n. 25237, e Trib. Torino 11 luglio 2014, congiuntamente edite in «Società», 2015, p. 578, con nota di D. Buoncristiani, *Estromissione del socio lavoratore: quale tutela?* e Trib. Napoli 5 agosto 2015 in <www.lanuovaproceduracivile.com> (ultimo accesso 24.05.2016). Trib. Torre Annunziata 26 novembre 2014, in «Trusts», 2015, p. 185 (il tribunale delle imprese non è competente a pronunciarsi sulla controversia, volta alla ricostruzione del patrimonio del fallito con finalità recuperatoria del bene e come tale introdotta dinanzi al tribunale fallimentare, avente ad oggetto profili di simulazione o nullità o inopponibilità di un trust costituito per la gestione di quote societarie e non anche il trasferimento delle quote stesse) e Trib. Venezia 25 novembre 2015 in <www. osservatoriodirittoimpresa.it> (ultimo accesso 24.05.2016) (non il tribunale delle imprese ma quello fallimentare è competente a pronunciarsi sulla domanda proposta dal fallimento di una s.r.l. di sequestro conservativo strumentale all'esercizio dell'azione di simulazione assoluta, dell'azione revocatoria fallimentare ex art. 64 e 67 l. fallim. e dell'azione revocatoria ordinaria ex art. 66 l. fallim., volte ad impugnare l'atto dispositivo avente ad oggetto privative industriali e partecipazioni societarie).

[45] Conformemente Trib. Velletri 2 aprile 2015 (ord.), resa in causa r.g. 2769/2014, ined.: compete al tribunale delle imprese pronunciarsi sulla domanda di revoca per giusta causa del liquidatore di una società per azioni proposta dai sindaci *ex* art. 2487, 4° comma, c.c., perché tale domanda «ha come *causa petendi* l'inadempimento da parte del liquidatore di società per azioni agli obblighi connessi alla sua carica […] e dunque in ultima analisi [introduce] una controversia in materia di rapporti societari».

[46] In questo senso anche Trib. Arezzo (ord.) 19 dicembre 2014, nel sito <www.diritto.it> (ultimo accesso 24.05.2016). Sicché rientrerebbe nelle competenze del tribunale delle imprese una controversia per l'accertamento della violazione, da parte dell'amministratore, del divieto di concorrenza di cui all'art. 2390 c.c.: indicazione che traspare nella motivazione di Trib. Torino 29 ottobre 2013 (ord.), nel sito <www.giurisprudenzadelleimprese.it> (ultimo accesso 02.03.2016), dove la questione era pur assorbita dal fatto che nei confronti dell'amministratore era stata contemporaneamente esercitata l'azione sociale di responsabilità (nella motivazione del provvedimento anche l'osservazione che quando un amministratore delegato è investito di ampi poteri, del suo rapporto con la società non può parlarsi come di rapporto di collaborazione coordinata e continuativa).

[47] Conformemente, seppure con stringata argomentazione («come chiarito in dottrina e in alcune pronunzie di merito, sia pure riferite al 'rito societario' *ex* d. lgs. 5/2003, devono farsi rientrare nell'ambito della nuova nozione di "rapporti societari" anche le controversie fra amministratori e società in merito alla determinazione del compenso»: nella specie si trattava di maggiore compenso preteso dall'amministratore unico, che aveva

a tal fine impugnato la deliberazione assembleare che ne aveva stabilito l'ammontare), Trib. Lucca 6 febbraio 2014 (ord.), in causa r.g. 2170/2012, ined., nonché (quando ha affermato che, in presenza di una clasuola arbitraria contenuta nello statuto di una s.r.l. per le controversie fra la società e i suoi organi di gestione e controllo, la lite concernente il compenso dell'amministratore deve essere decisa dagli arbitri, perché attiene a diritti da considerare disponibili, come attesta l'art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2012, dovendosi fra i «rapporti societari» di cui a tale norma ricomprendere «tutti i rapporti che attengono ai profili organizzativi di ogni fenomeno societario e, quindi, i rapporti tra socie e società, tra soci e organi amministrativi, nonché, appunto, tra organi societari e società») Trib. Milano 11 giugno 2014, in «Giur. it.», 2014, p. 2212.
Contra Trib. Napoli 12 marzo 2014 (ord.), resa in causa r.g. 2231/2013, ined. Alcuni soci di una società a responsabilità limitata (titolari del 50% del capitale sociale) si erano rivolti al tribunale delle imprese perché condannasse l'amministratore (unico), che era precedentemente era stato revocato dalla carica *ex* art. 2476, 3° comma, c.c., a ristorare il danno inferto al patrimonio sociale per essersi attribuito certe somme in base a un contratto di collaborazione autonoma a tempo indeterminato che quel medesimo amministratore aveva stipulato con sé stesso in assenza di preventiva deliberazione assembleare; l'amministratore aveva resistito alla domanda e chiesto – in via riconvenzionale e, in subordine, sollevando eccezione di compensazione – il risarcimento del danno subito in conseguenza della revoca dalla carica amministrativa e il pagamento del compenso maturato per l'attività di amministratore. I Giudici partenopei hanno declinato la propria competenza sulla domanda riconvenzionale e sull'eccezione di compensazione dell'amministratore, sulle quali – hanno deciso – avrebbe dovuto pronunciarsi il giudice del lavoro. Dopo avere osservato che il rapporto fra società e amministratore, anche unico, è di parasubordinazione, e dopo avere ritenuto che il rapporto fra sezione specializzata in materia d'impresa e sezioni ordinarie dello stesso ufficio giudiziario ponga una questione di competenza e non di semplice riparto interno degli affari da trattare, il Tribunale di Napoli si è pronunciato nel senso che «l'espressione "rapporti societari" non può essere intesa in senso soggettivo, ossia come rapporti coinvolgenti soggetti legati alla società, sia perché non comprenderebbe rapporti che, pur non coinvolgendo direttamente la società o i soci, sono considerati societari dal legislatore (ad es., le azioni di responsabilità promesse da terzi nei confronti del soggetto incaricato della revisione contabile) sia perché comprenderebbe controversie non devolute dal legislatore alle sezioni specializzate (ad es., le controversie di lavoro tra società e dipendenti). Detta espressione va intesa, invece, in senso oggettivo, con la conseguente devoluzione alle sezioni specializzate delle sole controversie attinenti all'organizzazione e al funzionamento della struttura societaria. Ne consegue che, come ben precisato in dottrina, va definito rapporto societario il rapporto giuridico concernente la struttura o il funzionamento della società, mentre vanno escluse da detta espressione le cause di lavoro promosse dai dipendenti della società, le controversie promosse da o contro quest'ultima e quelle relative allo svolgimento delle attività sociali. Nella circostanza la domanda riconvenzionale (e la subordinata eccezione di compensazione *ex* art. 35 c.p.c.) attiene alla richiesta di compenso dell'amministratore delle società», onde «la fattispecie non rientr[a] nell'ambito di quelle che riguardano l'ambito organizzativo o strutturale dell'ente, quanto semplicemente il tema del rapporto specifico tra esso ed il suo amministratore».
Nel senso che la controversia concernente il compenso del sindaco deve essere conosciuta dal tribunale delle imprese Trib. Bergamo (Giud. L. Verzeni), 25 giugno 2013, n. 1398, resa in

Del resto, se tra i «diritti che derivano dai rapporti sociali» che a norma dell'art. 2949, 1° comma, c.c. si prescrivono in cinque anni[48] si devono considerare tutti quelli che scaturiscono dal rapporto fra società e amministratori, liquidatori e sindaci per quanto dipende dall'esercizio delle loro funzioni, e dunque anche i diritti al compenso di quegli organi sociali (come ha detto la giurisprudenza, pronunciandosi in un caso in cui si discuteva del compenso dell'amministratore[49], e come si è scritto in dottrina con riguardo

causa r.g. 12397/2012, ined. e Trib. Bergamo (Giud. S. De Magistris), 31 luglio 2013, resa in causa r.g. 12396, ined.: in entrambi questi casi il sindaco di una società per azioni aveva ottenuto un decreto ingiuntivo al quale la società si era opposta e che il tribunale ha annullato perché la domanda avrebbe dovuto essere rivolta al tribunale delle imprese. Conformemente Trib. Roma, 28 settembre 2015, n. 19214, della quale riferirò nel paragrafo 3.4, lett. *b*.
Registro, per completezza, anche un caso nel quale la questione – non posta dalle parti – non è stata sollevata dal giudice ordinario che era stato adito, il quale si è pronunciato sul compenso dell'amministratore (delegato) di società a responsabilità limitata (opposizione al decreto ingiuntivo ottenuto dall'amministratore fondata anche su una domanda riconvenzionale per danni da concorrenza sleale con sviamento di clientela): Trib. Bari (Giud. V. D'Aprile), 6 maggio 2015, n. 2128, in causa r.g. 15152/2013, ined.
Non considerando l'istituzione del tribunale delle imprese, parlano del problema della competenza del giudice del lavoro a proposito della determinazione giudiziale del compenso dell'amministratore e del sindaco, rispettivamente, A. Pisani Massamormile, *sub* art. 2389 e M. Aiello, *sub* art. 2402, in *Delle società. Dell'azienda. Della concorrenza* a cura di D.U. Santosuosso, t. II, Artt. 2379-2451, nel *Comm. del cod. civ.* diretto da E. Gabrielli, UTET, Torino 2015, pp. 264 e 499.

[48] Per una rassegna di quelli che la giurisprudenza ha individuato come «diritti che derivano dai rapporti sociali» per applicare ad essi la regola dell'art. 2949, 1° comma, c.c. mi permetto rinviare a G. Niccolini, *Sul compenso del liquidatore di s.p.a.*, in «Riv. soc.», 2010, pp. 1109-1113 (ed in *Governo dell'impresa e responsabilità dei gestori. Atti della giornata di studio in memoria di Salvatore Pescatore*, CEDAM, Padova 2012, pp. 469-473). Alla casistica ivi citata *adde* il diritto della società cooperativa a ricevere dai soci i versamenti di danaro disposti a loro carico, quali prestazioni accessorie previste dallo statuto per far fronte alle spese di normale funzionamento della società, determinate da delibera assembleare (Cass. 25 settembre 2013, n. 21903, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 62); nel senso dell'inapplicabilità dell'art. 2949, 1° comma, c.c. ai finanziamenti eseguiti in favore di una società di capitali da parte di un soggetto ad essa non legato da uno specifico rapporto sociale, ancorché titolare di vincoli di partecipazione indiretta rispetto alla società finanziata Trib. Milano 6 giugno 2013, in «Società», 2014, p. 167, con nota di M.P. Ferrari, *Prescrizione ex art. 2949 cod. civ. e finanziamenti alla società*.

[49] Trib. Milano 31 marzo 2004, in «Dir. e pratica società», 2005, fasc. 11, p. 76. Diversamente, nel senso dell'applicabilità dell'art. 2948, 1º comma, n. 4, c.c. (ma nel caso particolare di una società in nome collettivo il cui statuto sociale, col fare riferimento al parametro retributivo previsto per l'impiegato di prima categoria con maneggio di denaro, stabiliva il diritto dell'amministratore a percepire il compenso con la stessa cadenza, mensile, di quest'ultimo) Cass. 28 novembre 2012, n. 21145, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 59.

al compenso sia dell'amministratore[50] sia del sindaco[51] sia del liquidatore[52]), non possono non essere 'relativi a rapporti societari' i relativi giudizi.

Conferma di ciò si trae dalle pronunce giurisprudenziali e dalla dottrina formatasi con riguardo al c.d. 'processo societario' regolato dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, il cui art. 1, 1° comma, lett. *a*, al fine di tracciare i confini del suo ambito di applicazione, faceva riferimento ai 'rapporti societari'[53], utilizzando un lessico esattamente uguale a quello del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 quale modificato nel 2012. In applicazione del d.lgs. n. 5 del 2003 si

[50] G. AZZARITI e G. SCARPELLO, *Prescrizione e decadenza*, nel *Commentario del cod. civ.* a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma 1957, p. 638, *sub* art. 2949; A.L. BONAFINI, *I compensi degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano 2005, pp. 34-37; C. COSTANTINI, *Le prescrizioni brevi*, in P.G. MONATERI e C. COSTANTINI, *La prescrizione*, nel *Tratt. di dir. civ.*, diretto da R. Sacco, UTET, Torino 2009, p. 309; A.M. GAMBINO e M. LA PIETRA, in *La prescrizione*, t. II, *artt. 2941-2963* a cura di P. Vitucci, a cura di S. RUPERTO, in *Cod. civile. Commentario* fondato da P. Schlesinger e diretto da F.D. Busnelli, Giuffrè, Milano 2014[2], p. 184, *sub* art. 2949.

[51] COSTANTINI, *Le prescrizioni brevi*, cit., p. 309; GAMBINO e LA PIETRA, *La prescrizione*, cit., p. 184; R. RIVARO, *La prescrizione del diritto alla retribuzione dei sindaci di società di capitali*, in «Giur. comm.», 2012, II, pp. 198-200.
Nel senso che poiché il compenso dei sindaci dev'essere, ancorché unitario (perché determinato «per l'intero periodo di durata del loro ufficio»: art. 2402 c.c.), pagato a cadenze annuali (la legge, all'art. 2402, c.c., parla infatti di «retribuzione annuale dei sindaci»), il relativo diritto deve qualificarsi fra quelli a scadenza periodica e come tale è assoggettato al termine (anch'esso, peraltro, quinquennale) dell'art. 2948, n. 4, c.c., con la conseguenza (è questa la portata delle decisioni, che non negano il carattere «societario» del diritto del sindaco al compenso) che ciascun credito annuale è autonomamente soggetto al termine quinquennale di prescrizione, Trib. Roma 7 luglio 2010, in «Foro it.», 2011, I, col. 1582 e in «Giur. comm.», 2012, II, p. 194; Trib. Milano 11 ottobre 1993, in «Società», 1994, p. 250; Cass. 4 dicembre 1972, n. 3496, in «Rep. Foro it.», 1972, voce *Società*, n. 210. Si veda anche Cass. 23 aprile 1975, n. 1579, in «Foro it.», 1975, I, col. 1670, per trarne la conseguenza che il privilegio di cui all'allora vigente art. 2751, n. 5, c.c. (oggi: art. 275-*bis*, n. 2, c.c.) opera nel limite temporale previsto da detta norma. In dottrina M. LIBERTINI, *sub* art. 2402, nel *Commentario romano al nuovo dir. soc.*, diretto da F. d'Alessandro, vol. II, t. II, Piccin, Padova 2011, p. 237.

[52] COSTANTINI, *Le prescrizioni brevi*, cit., p. 309; GAMBINO e LA PIETRA, *La prescrizione*, cit., p. 184; G. MORO VISCONTI, *La liquidazione delle società: cause di scioglimento, procedure, adempimenti e sanzioni* (rist.), Buffetti, Roma 1994[12], p. 119; NICCOLINI, *Sul compenso del liquidatore di s.p.a.*, cit., pp. 1109-1114 (e pp. 468-474).
Diversamente, nel senso dell'applicabilità del termine prescrizionale di tre anni di cui all'art. 2956 c.c., si è pronunciato Trib. Roma 13 febbraio 1990, in «Fallimento», 1990, p. 662 (solo la massima).

[53] Nel senso che l'elencazione dei «rapporti societari» dell'art. 1, 1° comma, lett. *a*, del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, avesse «sembianze più esemplificative che tassative» cfr. E. DALMOTTO, *sub* art. 1, ne *Il nuovo diritto societario. Commentario*, diretto da G. Cottino *et al.*, Zanichelli, Bologna 2004, vol. III, p. 2775.

è infatti giudicato[54] – e ci si è espressi[55] – nel senso che fra le controversie

[54] Trib. L'Aquila 14 aprile 2006, in «Giur. it.», 2007, p. 958 («alle controversie in materia di compenso spettante all'amministratore di società di capitali instaurate a partire dal 1º gennaio 2004, data di entrata in vigore del d. lgs. n. 5/2003, si applica il rito speciale di cognizione di cui al titolo II del d. lgs. n. 5/2003»); Trib. Udine 30 maggio 2006 (ord.), nel sito <www.associazionepreite.it> (ultimo accesso 02.03.2016) (l'amministratore unico revocato aveva chiesto il pagamento delle spettanze dovutegli per la carica ricoperta e il risarcimento del danno per revoca senza giusta causa: entrambe le domande dovevano trattarsi secondo il rito societario, non essendo la qualifica di amministratore unico compatibile né con una posizione di subordinazione né con una posizione di parasubordinazione e implicando quella risarcitoria un «giudizio circa l'estinzione del rapporto societario, dovendosi in tale locuzione reputare compresi anche i rapporti fra l'amministratore e la società»). Uguale verdetto in Trib. Nola 25 ottobre 2006, nel sito <www.iussit.eu> (ultimo accesso 02.03.2016) (un amministratore nominato a tempo indeterminato chiedeva il compenso non corrispostogli e, essendo stato revocato senza giusta causa e senza congruo preavviso, il risarcimento del danno *ex* art. 2383, 3° comma, c.c.: «la controversia – hanno sentenziato i Giudici campani – inerisce ai rapporti societari di cui alla lett. *a* dell'art. 1» del d.lgs. n. 5 del 2003), in Trib. Roma 12 settembre 2012, in «Società», 2013, p. 254, con nota di E. Marchisio, *Determinazione giudiziaria del compenso dell'amministratore di società di capitali* («la controversia promossa dall'amministratore di una società di capitali contro la stessa società per ottenere il compenso dell'attività svolta nell'esclusivo esercizio della carica sociale non rientra nella competenza per materia del giudice del lavoro, ai sensi dell'art. 409, n. 3, c.p.c. non essendo configurabile il rapporto di amministrazione societaria come rapporto di parasubordinazione ai sensi della predetta norma, laddove nell'ordinamento della società di capitali, in virtù del rapporto organico che regola l'attività dell'amministratore, è esclusa quella diversificazione di piani tra l'attività del prestatore di lavoro e l'attività del destinatario della prestazione stessa che costituisce il presupposto per la configurabilità della parasubordinazione») e in Trib. Roma 14 giugno 2007, in «Giur. merito», 2008, p. 1346, con nota di C. Mancuso, *Le controversie in tema di compenso degli amministratori di una società di capitali ed il rito societario. Contra*, invece, Trib. Catania 18 febbraio 2005, nel sito <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 116 (che ha deciso nel senso il giudizio avente ad oggetto la domanda di risarcimento danni proposta da un amministratore revocato senza giusta causa dovesse celebrarsi secondo il rito ordinario). Prima dell'entrata in vigore del c.d. processo societario del 2003: analogamente alla giurisprudenza poc'anzi richiamata si veda Trib. Roma 13 maggio 1998, ined., cit. nella motivazione di App. Roma 25 febbraio 2010, in «Foro it.», 2010, I, col. 2512; *contra*, Trib. Napoli 10 maggio 2001, in «Giur. comm.», 2002, II, p. 495.

[55] Bonafini, *I compensi degli amministratori di società per azioni*, cit., pp. 293 ss.; M. Silvetti, *Diritto al compenso degli amministratori di società per azioni: rito applicabile alle controversie con la società e modificabilità del compenso*, in «Giur. merito», 2006, pp. 2415 ss. e, successivamente, D. Scarpa, *Le decisioni dei soci nella s.r.l.*, Giuffrè, Milano 2013, p. 136. Parrebbero orientati in questo senso anche P. Comoglio e P. Della Vedova, *Lineamenti di diritto processuale societario*, Giuffrè, Milano 2006, p. 67, quando osservavano che il legislatore del 2003 aveva inteso includere nell'ambito di applicazione del rito societario tutte le controversie nascenti dalle norme in tema di società, onde vi rientravano anche le controversie relative a rapporti che, sebbene non originati dal contratto sociale, erano, in quanto disciplinati dagli artt. 2247 e ss. c.c., qualificabili «societari» (chiave di lettura che, replicabile con riguardo all'art. 3 del d.lgs. n. 168 del 2003, conferma le proposte interpretative che ho indicato nella nota 38).

aventi ad oggetto 'rapporti societari', da trattare secondo i dettami di detto rito speciale di cognizione (o da conoscere in arbitrato sottoposto alle regole del d.lgs. n. 5 del 2003[56]), dovessero includersi quelle nelle quali un amministratore reclamava un compenso. E allora: indipendentemente da quanto osservato nei paragrafi 3.1 e 3.2, di fronte alla nuova norma processuale dell'art. 3 del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, dire che il rapporto tra una società di capitali e il suo liquidatore (o il suo amministratore) è di lavoro parasubordinato o di opera professionale e che in ragione di ciò la controversia in ordine al suo compenso (alla restituzione di un compenso che si assumeva non dovuto[57]) non rientra nella competenza

[56] Trib. Modena 11 gennaio 2012, in «Giur. it.», 2013, p. 1355. Conformemente Trib. Torino 16 dicembre 2011, in «Giur. it.», 2012, p. 1819.

[57] Il caso di specie, come ho ricordato, vedeva una società per azioni rivolgersi, invocando l'art. 2033 c.c., al suo (ex) liquidatore per chiedergli la restituzione di somme da lui percepite – *in thesi*: indebitamente – a titolo di compenso.
Si sarebbe – allora – potuto porre il problema se la controversia davvero inerisse al «rapporto societario» fra la società e il suo organo liquidativo (o per meglio dire: alla corretta esecuzione di detto rapporto), o, proprio in quanto la domanda restitutoria era basata sull'indebito oggettivo, ne prescindesse. Pur non mancando qualche decisione che sembra in diversa tendenza (come quando si è negata l'applicabilità dell'azione di ripetizione di indebito alla domanda di restituzione di corrispettivi che in base al contratto non erano dovuti, con conseguente applicazione, quanto alla prescrizione del diritto, non della norma generale dell'art. 2946 c.c. ma della disciplina propria del contratto: Cass. 28 maggio 2013, n. 13207, in «Rep. Foro it.», 2013, voce *Indebito*, n. 5), la giurisprudenza – e con essa la dottrina: cfr. E. Moscati, *Pagamento dell'indebito (artt. 2033-2040)*, nel *Comm. del cod. civ.*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Zanichelli-Foro italiano, Bologna-Roma 1980 – sarebbe orientata in senso negativo. Si afferma infatti che l'indebito oggettivo opera, con tutte le sue regole, non solo quando manca un vincolo contrattuale o quando la causa di un pagamento sia venuta meno per essere venuto meno (ad esempio a seguito di nullità, annullamento, risoluzione, rescissione o inefficacia conseguente ad un'avveratasi condizione risolutiva) il vincolo contrattuale originariamente esistente in esecuzione del quale il pagamento stesso aveva avuto luogo, ma anche quando sia stato eseguito un pagamento che in base al contratto non avrebbe dovuto avere luogo (Cass. 23 febbraio 2006, n. 3994, in «Rep. Foro it.», 2006, voce ult. cit., n. 2 e Cass. 19 giugno 2008, n. 16612, in «Rep. Foro it.», 2008, voce cit., n. 4; si veda l'ampia motivazione di Cass. 4 aprile 2014, n. 7897, in «Vita not.», 2014, p. 843). Ciò posto, sul piano della competenza (e del rito) mi sembra si tratti di stabilire se la domanda di ripetizione di indebito prescinde o non dall'accertamento delle minori somme effettivamente dovute (o delle somme non dovute) in base al contratto o al rapporto cui si coordina la domanda ripetitoria (o se tale accertamento ha carattere solo incidentale rispetto alla domanda ripetitoria): e si vedano (con riguardo alla competenza della corte d'appello, ai sensi dell'art. 33, 2° comma, della c.d. legge antitrust 10 ottobre 1990, n. 287, a pronunciarsi sulle domande restitutorie *ex* art. 2033 c.c. sul presupposto della nullità di un'intesa restrittiva della concorrenza o che nella declaratoria di nullità, totale o parziale, di un precedente contratto per violazione delle disposizioni dettate dalla legge n. 287 del 1990 trovino un mero antecedente storico e logico) Cass. 27 ottobre 2005, n. 20923, in

del tribunale delle imprese, mi sembra proposizione non condivisibile.

3.4 Mentre mi accingo a licenziare per la stampa queste mie paginette, ho notizia di tre decisioni che accolgono la proposta interpretativa che ho illustrato e delle quali – nel segno dell''informazione giuridica' tanto cara all'*amicus* cui è dedicato il nostro volume – è d'uopo dare conto.

a) La prima decisione è l'ordinanza *ex* art. 42 c.p.c. di Cass. 9 luglio 2015, n. 14369[58].

Il S.C. era stato interpellato in relazione al provvedimento con il quale un giudice territoriale, cui gli amministratori di una società a responsabilità limitata si erano rivolti per contestare la deliberazione che li aveva revocati dalla carica nonché per reclamare un proprio diritto ad essere indennizzati[59] della lesione economica subita da un'anticipata fine dell'incarico non legittimata da giusta causa, ed al quale la società convenuta aveva, in via riconvenzionale, formulato domanda di risarcimento danni da *mala gestio* contro uno degli amministratori, aveva reputato che, diversamente dalla domanda riconvenzionale, quella principale non doveva essere conosciuta dal tribunale delle imprese ed aveva disposto la separazione delle due cause rimettendo al tribunale specializzato quella di esse reputata di sua competenza. I Magistrati nomofilattici, nel censurare tale decisione ed affermare che entrambe le domande dovevano

«Giur. comm.», 2006, II, p. 253, con nota di L. Delli Priscoli, *Equilibrio del mercato ed equilibrio del contratto,* Cass. 21 dicembre 2010, n. 25880, in «Foro it.», 2011, I, col. 1724 e in «Giur. it.», 2011, p. 2359, con nota di F. Cossignani, *La competenza per materia della corte d'appello in materia di illeciti antitrust: vecchie aperture e recenti limitazioni*, nonché Cass. 23 febbraio 2012, n. 2777, nella motivazione, in «Foro it.», 2012, I, col. 2727; Cass. 2 giugno 1999, n. 5345, in «Fisco», 1999, col. 12731; Cass. 23 ottobre 1989, n. 4261, in «Foro it.», 1990, I, col. 531; Cass. 11 gennaio 1989, n. 71, nella motivaz. in «Foro it.», 1989, I, col. 2542; Pret. Torino 24 giugno 1987, in «Giust. civ.», 1988, I, p. 1626; Pret. Brindisi 15 gennaio 1988, in «Arch. locazioni», 1988, p. 171; Pret. Milano 6 luglio 1987, in «Arch. locazioni», 1988, p. 190.
Altro ancora, poi, si sarebbe potuto dire se la domanda fosse stata qualificata come azione sociale di responsabilità nei confronti dell'ex liquidatore.

[58] Poi edita in «Foro it.», 2015, I, col. 3886, con una mia nota (*Competenza del tribunale delle imprese sulle controversie fra amministratori e società*) che molto attinge dal presente studio.

[59] Nel senso che all'amministratore (o al liquidatore) revocato senza giusta causa non compete il risarcimento di un «danno» (come letteralmente afferma l'art. 2383, 3° comma, c.c.) ma un indennizzo, cfr. Trib. Roma 24 luglio 2013, in «Vita not.», 2013, p. 1461, con nota di M.L. Cofano, *Questioni vecchie e nuove in tema di revoca dell'amministratore (e del liquidatore) di società* e in «Riv. dir. impresa», 2015, p. 91, con nota di G. Mignone, *L'indennizzo dovuto all'amministratore e al liquidatore revocati senza giusta causa*; e in dottrina N. Abriani e P. Montalenti, *L'amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni*, in N. Abriani *et al.*, *Le società per azioni*, vol. IV, *Tratt. di dir. comm.*, diretto da G. Cottino, CEDAM, Padova 2010, p. 597.

essere conosciute dal tribunale delle imprese, hanno enunciato il seguente principio di diritto: «la formulazione dell'art. 3, 2° comma, lett. *a*, del d.lgs. n. 168 del 2003, là dove fa riferimento all'esistenza della competenza di quel giudice [*id est*: del tribunale delle imprese] sulle cause e i procedimenti 'relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario', con l'ampio riferimento ai rapporti societari si presta tipicamente a ricomprendere, quale specie di questi, il rapporto fra l'amministratore e la società. Ne consegue che appartiene alla sezione specializzata in materia di impresa la controversia introdotta da amministratori riguardo alla deliberazione che li abbia revocati per giusta causa».

Nell'esporre le ragioni del suo verdetto, il S.C. ha sottolineato che la lettera della legge induce a comprendere nel suo raggio di applicazione 'tutti' i rapporti societari, fra i quali non può non comprendersi, «data l'essenzialità» della funzione gestoria, che «serve ad assicurare l'agire della società», quello con gli amministratori (e ciò, soggiunge l'ordinanza, senza poter distinguere le controversie riguardanti l'azione degli amministratori nell'espletamento del rapporto organico da quelle concernenti il compenso degli amministratore stessi). Nell'evidenziare la natura esemplificativa dei rapporti «compresi» fra quelli «societari» catalogati dalla norma (il legislatore, con quel catalogo, non ha inteso limitare l'ambito di applicazione del suo precetto, ma, al contrario, ha voluto «escludere ogni dubbio dell'interprete nella ricostruzione del generico concetto di rapporti societari»), la Corte ha poi indicato come significativo il fatto che le azioni di responsabilità contro gli organi sociali 'da chiunque' promosse siano accolte nell'alveo dei rapporti societari attribuiti alla competenza del tribunale delle imprese (si tratta di precisazione disciplinare intesa a fugare qualunque incertezza che il riferimento all'ipotesi dei rapporti 'societari' abbia a suggerire «un criterio di esegesi dei termini soggettivi della controversia», tale da far considerare riservate al tribunale delle imprese solo le «controversie implicanti la partecipazione della società o comunque dei soggetti coinvolti nella sua vita o tramite i quali si svolge il suo operare, quali i soci e appunto gli amministratori o i componenti dell'organi di controllo») ed ha infine sottolineato che detta soluzione interpretativa si accorda all'intenzione del legislatore di realizzare la concentrazione delle controversie individuate per materia presso appositi uffici specializzati.

b) La seconda decisione è la sentenza di Trib. Roma 28 settembre 2015, n. 19214[60].

[60] Questa decisione, inedita nel momento in cui scrivevo, è stata poi pubblicata nel sito <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), doc. n. 13713, nonché nel sito <www.giurisprudenzadelleimprese.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

Il Giudice capitolino era stato chiamato a pronunciarsi sull'opposizione a un decreto ingiuntivo ottenuto dal sindaco di una società a responsabilità limitata per il pagamento dei propri compensi.

Dopo avere fatto richiamo alla decisione di Cass. 23 maggio 2014, n. 11448 (dalla quale ha preso spunto questo mio scritto) ed a quella di Cass. 9 luglio 2015, n. 14369 (della quale ho appena dato conto), il Tribunale di Roma ha prestato adesione alla lettura di quest'ultima, e ha «ribadito che l'art. 3, 2° comma, lett. *a*, d.lgs. 168/2003, là dove fa riferimento all'esistenza della competenza della Sezione Specializzata Tribunale delle Imprese sulle cause e i procedimenti relativi a rapporti societari ivi compresi quelli concernenti l'accertamento, la costituzione, la modificazione o l'estinzione di un rapporto societario, ricomprende, stante l'ampio e generale riferimento ai 'rapporti societari', anche il complessivo rapporto fra l'amministratore e la società, quale specie del più ampio genere 'rapporti societari'»: senza poi nutrire dubbi di sorta in ordine alla possibilità di riferire tale regola anche al rapporto fra il sindaco e la società e, dunque, alla controversia concernente il compenso del sindaco stesso[61].

c) La terza decisione è l'ordinanza di Trib. Viterbo 18 dicembre 2015[62].

Interpellata dal presidente e amministratore delegato di una società a responsabilità limitata che, revocato dalla carica, reclamava ristoro del danno *ex* art. 2383, 3° comma. c.c., la Corte tusciana ha ricusato la propria competenza in favore di quella del tribunale delle imprese osservando che l'art. 3, 2° comma, lett. *a*, del d.lgs. n. 168/2003 è norma «idonea a ricomprendere "tutti i rapporti societari"», fra i quali «deve così ricomprendersi il rapporto tra società e amministratori, considerato anche come l'operato di costoro, connotato da un vincolo di immedesimazione organica, si rivela funzionale alla vita della società» e precisando che «il legislatore ha […] inteso riferirsi a tutte le controversie che vedono coinvolti la società e i suoi amministratori, peraltro anche senza distinzioni tra quelle rispettivamente riguardanti l'attività degli amministratori nell'espletamento del rapporto organico, ovvero i diritti che, a titolo di compenso degli amministratori stessi, siano stati pattuiti tra costoro e la società».

[61] In questo senso anche Trib. Bergamo 25 giugno 2013 e Trib. Bergamo 31 luglio 2013, citt. nella nota 47.

[62] Questa decisione, resa in causa r.g. 4063/2014 (Pres. ed est. E. Capizzi), è inedita.

Abstract

Si prende spunto dalla massima tratta da un'ordinanza della Cassazione (che si reputa imprecisa) per discutere l'affermazione resa nella decisione secondo cui la controversia tra una società di capitali e il suo liquidatore (o il suo amministratore) in ordine alla spettanza del compenso non rientra nella competenza del tribunale delle imprese perché riguarda un rapporto di lavoro parasubordinato o di opera professionale. Si conclude nel senso che, indipendentemente dal fatto che il rapporto tra una società per azioni e il suo liquidatore o il suo amministratore non è né di lavoro parasubordinato né di opera professionale, la controversia sul loro compenso rientra, ai sensi dell'art. 3, 2° comma, del d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, nella competenza del tribunale delle imprese perché riguarda un 'rapporto societario'.

Ilaria Pagni

L'effettività della tutela in materia di lavoro[*]

SOMMARIO: 1. Alcune necessarie premesse – 2. Portata e limiti del principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello» – 3. Il principio di effettività e la materia del lavoro: gli strumenti processuali – 4. Ancora sul principio di effettività nelle controversie di lavoro: la tutela avverso il licenziamento illegittimo

1. Alcune necessarie premesse

Nel codice di procedura civile, a differenza del codice del processo amministrativo (che all'art. 1 prevede che la giurisdizione amministrativa assicuri «una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo»), manca un riferimento espresso al principio di effettività della tutela giurisdizionale.

E tuttavia, indipendentemente da qualsiasi norma espressa, è immanente al processo il principio per cui l'interesse della parte ad una forma di tutela rende ammissibile la stessa – salva la necessità di previsioni esplicite in tema di tutela costitutiva – nei limiti della massima strumentalità tra diritto sostanziale e processo: in ciò consistendo il principio di atipicità delle forme di tutela, correlato a quello dell'atipicità dell'azione ricavato dall'art. 24, Cost.

Ma non è solo l'art. 24, Cost. la previsione su cui si basa il principio di effettività. Prima ancora del ruolo che la norma costituzionale ha assunto, col trascorrere degli anni, nel diritto interno[1], determinante è stata l'opera

[*] Il presente scritto è dedicato a Maurizio Converso e trae spunto dalla relazione tenuta al convegno 'L'effettività dei diritti nel mondo del lavoro', organizzato dalla sezione toscana del Centro Studi di diritto del lavoro 'Domenico Napoletano' e dalla Scuola Superiore della Magistratura – Formazione decentrata del distretto di Firenze, il 4 dicembre 2015.

[1] In origine, infatti, la Corte costituzionale, quando è stata chiamata a pronunciarsi sul significato del riconoscimento del diritto di azione, ha affrontato il tema dell'effettività da un angolo visuale che involgeva più i profili soggettivi e tecnici del diritto alla tutela, che non quelli – per così dire – contenutistici. Soprattutto in passato, nella maggior parte dei casi le pronunce dichiarative di illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 24, hanno riguardato o disposizioni che pregiudicavano la possibilità di accesso al giudizio, oppure quelle

compiuta, a livello europeo, dalla Corte di Strasburgo e dalla Corte di Giustizia, che non si sono limitate a tracciare il quadro delle garanzie processuali operanti 'nel giudizio', ma hanno soprattutto fatto emergere i contenuti del diritto 'al processo'[2]. È stato infatti grazie al richiamo agli artt. 6 e 13, CEDU, direttamente applicabili in Italia per effetto del trattato di Lisbona e del nuovo testo dell'art. 6, TUE, e grazie all'opera compiuta dalla Corte di Giustizia nello spostare progressivamente l'accento dal diritto al processo al diritto ad un rimedio adeguato, che il diritto contemplato dall'art. 24, Cost. ha assunto una connotazione più ampia, sì che oggi è possibile affermare che la correlazione tra diritto sostanziale e processo rappresenta «pur con una pluralità di espressioni diverse, un punto ormai fermo nelle tradizioni di *civil* e di *common law*»[3].

Parlare di effettività della tutela oggi significa, dunque, 'diritto ad un rimedio effettivo': significa cioè valorizzare al massimo il principio chiovendiano, in virtù del quale il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce[4].

che limitavano i poteri processuali, indispensabili per ottenere tutela. Nel tempo, tuttavia, la Corte costituzionale ha fatto sì che il legislatore interno assicurasse sempre più la «correlazione indissolubile fra il riconoscimento sostanziale di un diritto o di un interesse, giuridicamente protetti, e le possibilità di una loro piena tutela nel processo, attraverso un'adeguata gamma di mezzi di attuazione o di realizzazione giurisdizionale». Celeberrima, in proposito, è Corte cost. 28 giugno 1985, n. 190, in «Foro it.», 1985, I, col. 1881, con nota di A. Proto Pisani, con la quale, in nome del principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello», fu esteso al processo amministrativo, che prevedeva come misura cautelare la sola sospensiva, l'intero contenuto dell'art. 700, c.p.c.

[2] Sull'evoluzione che ha portato dal richiamo alle norme dei trattati, nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, all'elaborazione, ad opera questa volta della Corte di giustizia, di un principio generale del diritto comunitario che è divenuto parte essenziale della 'costituzione comunitaria' e che si concreta non tanto (o soltanto) nel potere di iniziativa del singolo di adire un tribunale e di godere di determinate garanzie di procedura in un'azione civile in corso, quanto nel diritto del singolo a che il giudizio a che il giudizio concretamente instaurato trovi il suo sbocco in un provvedimento di tutela idoneo ad assicurare la piena soddisfazione dell'interesse azionato, v. N. Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, Giappichelli Torino 2011, pp. 107 ss., e particolarmente, sul diritto alla tutela giurisdizionale come diritto ad un rimedio effettivo, pp. 128 ss.

[3] L.P. Comoglio, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1991, p. 675.

[4] L'affermazione del principio per cui il processo deve dare al titolare di una situazione soggettiva «tutto quello e proprio quello» che il diritto sostanziale riconosce si ha con riferimento alla necessità di trovare un rimedio per l'ipotesi di inadempimento degli obblighi nascenti dal contratto preliminare, in assenza di una disposizione come quella che poi sarebbe stata introdotta nel codice del '42 con l'art. 2932, cod. civ.: G. Chiovenda, *Della azione nascente dal contratto preliminare*, in «Riv. dir. comm.», 1911, pp. 99 ss.

Il principio è corredato, oltre che da un antecedente logico, il diritto di accesso ad un giudice, da un profilo successivo, quello per cui la durata del processo non deve andare a danno dell'attore che ha ragione[5]: il che postula, astrattamente, una coincidenza di prospettive tra effettività della tutela ed efficienza della giurisdizione, quando invece le due istanze possono entrare in contrasto qualora, in nome del rilievo per cui la giustizia è una risorsa scarsa, o per il timore dell'abuso del processo, la ricerca di soluzioni che consentano al processo di funzionare nel modo migliore e più rapido pregiudichi l'aspirazione del singolo ad una tutela giudiziale 'incondizionata'[6], articolata su tre gradi di giudizio, senza limitazioni o filtri di sorta.

L'efficienza, infatti, opera soprattutto sul piano dell'interesse generale, mentre l'effettività muove essenzialmente da una prospettiva individuale.

È perciò nella complementarità, ma al tempo stesso nella inevitabile contrapposizione tra prospettiva individuale e interesse generale, che deve cogliersi quella tensione tra effettività ed efficienza nella cui ottica debbono leggersi le scelte del legislatore di questi anni, con riferimento al processo civile e del lavoro: scelte volte a potenziare il ruolo delle forme alternative di risoluzione delle controversie[7], a contrastare l'abuso del processo con sanzioni di carattere economico o di tipo processuale[8], a trasformare l'appello in

[5] In questo senso, R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, Jovene Napoli 2008, p. 7.

[6] Il riferimento è a quelle forme di giurisdizione condizionata che presuppongono tentativi obbligatori di conciliazione prima dell'avvio del processo, che tanta parte hanno avuto in questi anni nell'opera del legislatore, fino a culminare nel d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, col quale si è previsto che, in determinate materie, l'esperimento della mediazione sia condizione di procedibilità della domanda giudiziale. Sul rapporto tra questa previsione e l'art. 24, Cost., v. Corte cost., 6 dicembre 2012, n. 272, in «Corriere giur.», 2013, p. 257, con mio commento *Gli spazi e il ruolo della mediazione dopo la sentenza della corte costituzionale 6 dicembre 2012 n. 272*. V. inoltre Corte giustizia Unione europea, 18 marzo 2010, n. 317-320/08, in «Foro it.», 2010, IV, coll. 361 ss., con note di G. Armone e P. Porreca, per la quale il tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale può operare come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali, «purché la procedura obbligatoria non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale e non generi costi, ovvero generi costi non ingenti, per le parti».

[7] Da ultimo, con l'introduzione, ad opera del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (cd. *Jobs Act*), dell'offerta di conciliazione, che produce l'estinzione del rapporto di lavoro (e la rinuncia all'impugnazione anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta) per il caso di accettazione, da parte del lavoratore, dell'assegno circolare offerto dal datore di lavoro e portante una mensilità della retribuzione per ogni anno di servizio, in misura comunque non superiore a diciotto mensilità. Cfr., sul punto, D. Borghesi, *Aspetti processuali del contratto a tutele crescenti*, in <www.judicium.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

[8] Oppure con disposizioni come quella contenuta nell'art. 20, d.l. 25 giugno 2008, n. 112, conv. in l. 6 agosto 2008, n. 133, che, a fronte di una pluralità di domande o di

un giudizio sempre più a carattere impugnatorio, a ridurre gli spazi per il ricorso in cassazione, e via dicendo[9].

In nome dell'efficienza, e al tempo stesso con l'obiettivo dell'effettività, sono state introdotte, negli anni, forme di tutela differenziata per alcuni tipi di diritti (com'è avvenuto con la predisposizione di tutele sommarie non cautelari a protezione di determinati tipi di credito e dei diritti del locatore, o in reazione a pratiche antisindacali o discriminatorie, oppure con la sperimentazione, poi abortita, di un rito apposito per le controversie commerciali, nonché con un impiego sempre più ampio del processo camerale in materia di giurisdizione contenziosa e non soltanto di giurisdizione volontaria)[10]. E si è tentato di premere ulteriormente il tasto dell'accelerazione, dopo la scelta compiuta per tutta la materia del lavoro con la riforma del processo del 1973, tratteggiando corsie preferenziali per l'impugnativa dei licenziamenti nell'art. 1, 47° comma e ss., l. 28 giugno 2012 n. 92 (c.d. rito Fornero, oggi soppresso per i licenziamenti di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23)[11].

azioni esecutive che frazionano un credito relativo al medesimo rapporto, e in mancanza della riunione disposta d'ufficio dal giudice ai sensi dell'art. 151, disp. att. c.p.c., ha previsto l'improcedibilità delle domande successive alla prima e dei pignoramenti successivi al primo.

[9] Ed è in nome dell'efficienza (sia pure con una rinnovata attenzione anche a profili di effettività, quantomeno per quanto riguarda il giudizio di cassazione) che sono stati immaginati, anche da ultimo, ulteriori interventi sul processo civile nel recente disegno di legge delega presentato alla Camera l'11 marzo 2015, approvato il 10 marzo 2016 e trasmesso all'altro ramo del Parlamento, rubricato appunto *Per l'efficienza del processo civile*.

[10] Si veda sul punto la nota polemica tra A. Proto Pisani, *Note minime sulla c.d. tutela giurisdizionale differenziata*, in «Dir. e giur.», 1978, pp. 534 ss.; Id., *Sulla tutela giurisdizionale differenziata* (relazione presentata al XIII Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, svoltosi a Catania il 28-30 settembre 1979, ora pubblicata), in «Riv. dir. proc.», 1979, pp. 536 ss., favorevole alla previsione di riti speciali a protezione di interessi di rilievo costituzionale ritenuti bisognosi di particolare tutela, e G. Verde, *Le tecniche processuali come strumento di politica del diritto* (prolusione al Corso per i praticanti procuratori organizzato dal Consiglio dell'Ordine di S. M. Capua Vetere per l'anno 1977-1978, tenuta in quella città il 19 novembre 1977, ora pubblicata), in «Dir. e giur.», 1978, pp. 241 ss.; Id., *Unicità e pluralità dei riti nel processo civile* (relazione all'incontro di studio su 'Problemi e prospettive del processo civile', organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura e svoltosi ad Orvieto dal 9 al 12 febbraio 1984, ora pubblicata), in «Riv. dir. proc.», 1984, pp. 659 ss., critico rispetto alla tendenza legislativa a prevedere procedimenti differenziati per l'azionabilità di determinate situazioni giuridiche e all'utilizzo di tali procedimenti da parte dei giudici per fornire protezione a interessi considerati non suscettibili di ricevere tutela in sede giurisdizionale in quanto presi in considerazione dal legislatore attraverso norme programmatiche.

[11] Nell'art. 1-*bis* del disegno di legge delega n. 2953, nella versione approvata alla Camera il 10 marzo 2016, si prevede la definitiva abrogazione delle disposizioni dell'art. 1, commi da 48 a 68, della legge 28 giugno 2012, n. 92 (che rimangono applicabili ai soli giudizi già introdotti alla data di entrata in vigore della legge) e la riserva di specifici giorni nel calendario delle udienze del giudice alla trattazione dei giudizi nei quali si controverte sulla

Come si diceva, l'adozione di forme processuali *ad hoc* per particolari situazioni sostanziali è scelta a metà strada tra l'effettività e l'efficienza, perché, mentre offre un rimedio effettivo per alcuni, può penalizzare coloro che non godono di identica protezione e che, anzi, possono scontare gli effetti dell'introduzione di meccanismi più efficienti per situazioni soggettive diverse da quella di cui sono titolari.

La prospettiva del legislatore è dunque inevitabilmente ambigua, tra diritto ad un rimedio effettivo e esigenza di una giurisdizione efficiente.

«L'efficienza (della macchina) è condicio sine qua non (sebbene non anche *condicio per quam*) dell'effettività della tutela»[12], ma l'effettività della tutela può pregiudicare l'efficienza, se il numero di domande giudiziali sovraccarica il sistema. Dal che, la ritenuta necessità di contenere l'accesso al sistema giudiziario, sul presupposto che, secondo il costante insegnamento del giudice delle leggi, «l'art. 24 Cost. non impone che il cittadino possa conseguire la tutela giurisdizionale sempre allo stesso modo e con i medesimi effetti, e non vieta quindi che la legge possa subordinare l'esercizio dei diritti a controlli o condizioni, purché non vengano imposti oneri tali o non vengano prescritte modalità tali da rendere impossibile o estremamente difficile l'esercizio del diritto di difesa o lo svolgimento dell'attività processuale»[13]. Il principio di proporzionalità, del resto, comporta che trattare una causa secondo giustizia includa, per quanto sia praticabile, attribuire ad essa una quota appropriata delle risorse del giudice, tenendo conto della necessità di riservare le risorse agli altri casi[14].

validità, efficacia o legittimità dei licenziamenti ai sensi dell'art. 18 St. lav.

[12] M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in «Rivista AIC», 2014, p. 4.

[13] Così Corte cost. 6 dicembre 2012, n. 272, cit., richiamandosi a Corte cost., 21 gennaio 1988, n. 73, in «Foro it.», 1988, I, coll. 1366 ss., e Corte cost. 13 aprile 1977, n. 63, *id.*, 1977, I, coll. 1052 ss.

[14] Come osserva R. Caponi, *Il principio di proporzionalità nella giustizia civile: risvolti in tema di* «class action», in «Giust. amm.», 2010, pp. 8 ss., il principio di proporzionalità scolpito nell'art. 1 delle *Rules of civil procedure* inglesi, inteso nel senso di cui nel testo, «può essere ambientato nell'esperienza processuale italiana come un aspetto del valore costituzionale della efficienza nella disciplina del processo, che si desume dall'affermazione della sua ragionevole durata (art. 111, comma 2, Cost.)». Si ispira a quel principio l'art. 0.8 (Efficienza del processo civile) del progetto di nuovo codice di procedura civile redatto da Andrea Proto Pisani (*Per un nuovo codice di procedura civile*, in «Foro it.», 2009, V, coll. 1 ss.), per il quale «è assicurato un impiego proporzionato delle risorse giudiziali rispetto allo scopo della giusta composizione della controversia entro un termine ragionevole, tenendo conto della necessità di riservare risorse agli altri processi». Per una proposta volta a rimediare alla scarsità della risorsa giustizia, v., da ultimo, Id., *La crisi dei processi a cognizione piena e una proposta*, in «Riv. dir. proc.», 2016, pp. 102 ss.
Nell'esperienza giuridica che lo ha maggiormente elaborato, quella tedesca, il principio di

Anche il principio chiovendiano incontra perciò dei limiti: non solo quelli che derivano dall'impossibilità materiale di attingere un determinato risultato, e che qui non rilevano, ma anche quelli che discendono dalla preferenza che l'ordinamento può mostrare per un interesse maggiormente rilevante, e che esplicita nell'esclusione espressa di un determinato rimedio, come nel caso dell'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604, in cui al lavoratore venne riconosciuta la sola tutela per equivalente in considerazione delle dimensioni ridotte dell'impresa[15].

Nel qual caso si è dinanzi ad una sorta di esproprio 'indennizzato' (più che non ad una diversa connotazione, in chiave monetaria, dell'interesse protetto): peraltro, in queste ipotesi la ritenuta prevalenza di interessi giudicati superiori dal legislatore sostanziale è pur sempre sindacabile, e non solo sotto il profilo della razionalità della scelta normativa, ma anche sotto il profilo della compatibilità con l'art. 24, Cost., nonché col più generale contesto, rappresentato dall'ordinamento internazionale, nel quale il nostro si iscrive[16].

proporzionalità richiede che l'adozione di un provvedimento per il perseguimento di un certo scopo sia appropriata (*geeignet,* cioè in grado di realizzare lo scopo o quanto meno di agevolarne in modo sensibile la realizzazione), necessaria (*erforderlich*, cioè che non vi sia alcun altro mezzo migliore per raggiungere lo scopo) e adeguata (*angemessen*, ovvero proporzionata in senso stretto, cioè che gli effetti collaterali negativi arrecati dal provvedimento non siano sproporzionati rispetto ai vantaggi da esso arrecati, ciò che richiede una valutazione comparativa dei vantaggi e degli svantaggi).

[15] È quel che è avvenuto nel diritto societario riformato, che ha escluso, a certe condizioni, il rimedio specifico invalidante, pur in presenza di delibere assembleari viziate (così nell'art. 2377, 4° comma, c.c.), per evitare interferenze ed azioni di disturbo di minoranze troppo esigue nell'operato della società, e in luogo di quello, come bilanciamento della soppressione del rimedio, ha attribuito una tutela per equivalente, che non ha natura propriamente risarcitoria, ma piuttosto contenuto indennitario. Il risarcimento, infatti, è volto a riparare alle conseguenze dannose delle violazioni commesse e pertanto è maggiore, di solito, rispetto al mero equivalente economico dell'interesse che non ha avuto attuazione.

[16] Diversamente, quando il legislatore non esclude espressamente un determinato rimedio, compito dell'interprete – sul presupposto che l'interrogativo circa il rapporto tra tutela specifica e per equivalente debba essere risolto con l'affermazione della priorità della prima (e perciò dell'atipicità del rimedio che mira al raggiungimento dell'interesse protetto e la necessità, all'opposto, di una previsione espressa per la misura che, in sostituzione, offra l'equivalente della prestazione): ma, per una precisazione in proposito, v. *infra* nel testo – è quello di tentare ogni lettura possibile per integrare l'assetto di rimedi che si mostri lacunoso e incompleto e perciò in contrasto col principio di effettività della tutela (che è quanto ha fatto, sia pure, per la peculiarità della vicenda, e dunque là nella direzione opposta della tutela risarcitoria, riconosciuta indipendentemente dalla rimozione degli effetti della sentenza resa in conseguenza del dolo del giudice, la nota pronuncia Cass. civ., sez. III, 17 settembre 2013, n. 21255, in «Foro it.», 2013, I, coll. 3121 ss., nel caso CIR c. Fininvest).
È questa la (misurata) conclusione cui siamo arrivati in *Tutela specifica e per equivalente.*

2. Portata e limiti del principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello»

L'affermazione, contenuta nell'art. 24, Cost., del principio per cui chi è titolare di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo è, in pari tempo e automaticamente, titolare dell'azione intesa come possibilità di far valere in giudizio quel diritto o quell'interesse legittimo, dà una spinta fortissima alla costruzione di un sistema ispirato al principio di effettività della tutela giurisdizionale: l'art. 24 si presenta cioè come una sorta di norma in bianco la quale «aderisce a tutte le norme sostanziali» che attribuiscono situazioni soggettive; quelle norme, anche se nulla dispongono sulla tutela giurisdizionale, funzionano, per così dire, come fattispecie rispetto al primo comma dell'art. 24, che mettono automaticamente in moto, con conseguenze di incalcolabile portata[17].

Secondo Chiovenda, il processo come organismo d'attuazione della legge è per se stesso la fonte di tutte le azioni praticamente possibili, che tendono all'attuazione di una volontà di legge: sicché ogni modo di attuazione della legge (ed ogni mezzo esecutivo) che sia praticamente possibile e non sia contrario ad una norma generale o speciale di diritto deve ritenersi ammissibile.

Un principio così generale non ha necessità di essere formulato in alcun luogo, così come «non esiste alcuna norma espressa che assicuri l'azione al creditore insoddisfatto d'un capitale mutuato: le norme del codice civile sul mutuo riguardano gli obblighi delle parti, non l'azione […]; pure nessuno dubita che l'azione ci sia».

In un sistema siffatto, parlare di diritto ad un rimedio effettivo significa, almeno di regola, postulare un diritto alla tutela specifica[18] (ovvero, a seconda dei casi, all'adempimento, all'inibitoria o all'eliminazione dell'atto impugnato). E ciò sebbene, com'è stato osservato, in realtà non sempre sia possibile stabilire *a priori* qual è il meccanismo migliore, il rimedio più adeguato, tra tutela specifica e tutela per equivalente monetario dell'interesse violato[19], tanto che talvolta la seconda deve preferirsi alla prima.

Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa, Giuffrè, Milano 2004, senza la forzatura che ci imputa R. Oriani, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale*, cit., pp. 55 ss., ossia che ogni qualvolta il legislatore sostanziale ponga limiti alla tutela in forma specifica sorgerebbe per ciò solo un problema di costituzionalità, che avremmo inteso risolvere sempre e comunque con la dichiarazione di incostituzionalità della norma limitativa.

[17] Cfr. V. Andrioli, *La tutela giurisdizionale dei diritti nella Costituzione della Repubblica italiana*, ora in Id., *Scritti giuridici*, I, Giuffrè Milano 2007, p. 7.

[18] Per un approfondimento sul punto, v. ancora il mio *Tutela specifica e per equivalente*, cit., *passim*.

[19] Se guardiamo agli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria (v. i casi Von Colson e

Naturalmente il rimedio non intende sostituire, né potrebbe, le categorie del diritto sostanziale: esso forma piuttosto un 'piano mobile' di misure di tutela, ove i diritti risultino insoddisfatti e gli obblighi inadempiuti. Il rimedio dunque già presuppone, almeno in linea generale, che l'interesse, più a monte, risulti protetto: esso «non decide sull'an della protezione, ma solo delle sue modalità di applicazione (ossia del quomodo di essa)»[20].

È compito dunque dello studioso del diritto sostanziale individuare l'esistenza della situazione soggettiva[21], mentre lo studioso del processo dovrà soltanto scegliere, nelle pieghe del sistema, la risposta più adeguata (il rimedio effettivo) al bisogno individuale di tutela[22]. Questa scelta imporrà uno sforzo interpretativo particolare, che porti a offrire la 'massima' strumentalità del processo al diritto sostanziale superando le limitazioni che discendano dalla mancata inclusione, nell'assetto dei rimedi, dell'uno o dell'altro tipo di azione: in ossequio al principio di atipicità delle forme di tutela, per il quale ciò che non è espressamente escluso deve ritenersi consentito.

Sicché, nonostante la presenza di azioni tipizzate, quali spesso si riscontrano nella legislazione sostanziale, soprattutto quella di derivazione comunitaria

Marshall), vediamo che la Corte di Giustizia non censura la scelta degli Stati a favore della tutela risarcitoria piuttosto che di quella cd. specifica, con ciò evitando di imporre sulla base di astrazioni concettuali soluzioni relative agli apparati sanzionatori. La Corte è consapevole che non è possibile né utile compiere una scelta aprioristica tra rimedio risarcitorio e mezzi di tutela specifica, sia perché in certi sistemi il primo è uscito dalle sue dimensioni tradizionali ed ha saputo rispondere anche alla lesione di posizioni a contenuto non patrimoniale; sia perché il singolo potrebbe essere stimolato ad agire in giudizio più dalla prospettiva di un sostanzioso ritorno pecuniario che non dalla prospettiva dell'esercizio, magari solo astrattamente vittorioso perché non eseguibile coattivamente, di un'azione inibitoria; sia perché, infine, nulla vieta di caricare il risarcimento anche di una tinta punitivo-afflittiva: ciò che il diritto comunitario impone agli ordinamenti nazionali non è dunque l'ossequio ad astratte correlazioni tra diritto sostanziale e processo, bensì il rispetto del canone di adeguatezza tra esigenze di tutela e forme di tutela disponibili: sul punto, v. ancora Trocker, *La formazione del diritto processuale europeo*, cit., pp. 139-140.

[20] A. Di Majo, *Forme e tecniche di tutela*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di S. Mazzamuto, Jovene Napoli, 1989, p. 25; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in «Europa e dir. privato», 2005, p. 341.

[21] Come ci ricorda R. Oriani, per esempio nel caso Welby non spetta al processualista, ma allo studioso del diritto sostanziale, stabilire se esista «il diritto alla morte da parte di persone colpite da gravissime infermità».

[22] Anche se, come osserva Mazzamuto, oggi la legislazione di settore, soprattutto quella di derivazione comunitaria, non si limita più a dare giuridica rilevanza a taluni interessi, ma ascrive al dominio della norma speciale anche la risposta al bisogno di tutela, sicché il giurista si trova già risolto dalla legge scritta il duplice problema della giuridificazione dell'interesse e del corrispondente rimedio: così S. Mazzamuto, *Il contratto di diritto europeo*, Giappichelli, Torino 2015, p. 40.

(che cade di frequente nella tentazione di prevedere, accanto alla situazione soggettiva, anche il rimedio ad essa correlato), e a dispetto di un codice civile che in più di un passaggio si esprime col linguaggio delle azioni (a protezione di diritti la cui tutela affonda le proprie radici nella tradizione romanistica, come nel caso del diritto di proprietà[23], e più in generale di diritti, come quello al nome e all'immagine, o al diritto dell'impresa in materia di concorrenza sleale, per i quali si avverte la necessità di prevedere in modo esplicito un assetto di rimedi che contempli anche misure di natura inibitoria), è sufficiente, e al tempo stesso necessario, che la norma riconosca la rilevanza dell'interesse sostanziale, perché soccorra il rimedio processuale, costruito sull'esigenza che il processo consenta al titolare di un diritto di ottenere «tutto quello e proprio quello» che gli derivi dal riconoscimento della situazione soggettiva. A patto che non vi siano esclusioni espresse, e che queste siano giustificabili alla luce dei valori in gioco.

Non si tratta di riproporre tendenze proprie del mondo anglosassone, affidando ai giudici compiti promozionali[24]: la situazione soggettiva continua a precedere l'azione (*ubi ius, ibi remedium*, e non il contrario), anche se, a seconda del grado di specificità della disposizione dalla quale si trae l'esistenza dell'interesse protetto, si accentueranno gli spazi interpretativi rimessi al giudice, e con essi il rischio dell'influenza di giudizi di valore nell'individuazione del rimedio adeguato.

Di certo, il processo deve dare al vincitore quanto gli spetta sul piano del diritto sostanziale, e non qualcosa di diverso, tantomeno qualcosa di più.

3. Il principio di effettività e la materia del lavoro: gli strumenti processuali

La storia del nostro sistema processuale, dall'emanazione del codice di rito e della Carta costituzionale ad oggi, dev'essere letta nella chiave che abbiamo ricordato, con continue interferenze tra piano processuale e piano sostanziale, e interventi dell'interprete volti a consentire, laddove possibile, che il riconoscimento di una situazione di vantaggio si accompagni all'attribuzione delle correlate utilità sul piano del processo.

In questa cornice si deve inquadrare anche la disciplina delle controversie di lavoro[25].

[23] Così A. Proto Pisani, *Brevi note in tema di tutela specifica e tutela risarcitoria*, in «Foro it.», 1983, V, coll. 127 ss.

[24] È il comprensibile timore di G. Verde, *Diritto processuale civile*, I, Parte generale, Zanichelli, Bologna 2015, p. 118.

[25] In argomento v., in luogo di altri, R. Foglia, *Effettività dei diritti sociali e giustizia del*

Una disciplina che ha conosciuto, nel tempo, il fenomeno dell'emersione di diritti della persona diversi dal tradizionale diritto di credito, e della accentuazione dei profili personalistici della stessa retribuzione, espressi nella Carta costituzionale. E in cui, a partire dagli anni '70 del secolo scorso, si è sempre di più avvertita l'esigenza di spostare il baricentro del processo verso una tutela che tenesse massimamente conto di questo fenomeno: e ciò soprattutto dopo l'emanazione dello Statuto dei lavoratori, che, oltre a collegare per la prima volta all'illegittimità del licenziamento l'obbligo di reintegrazione nel posto di lavoro, aveva dato vita a nuove situazioni soggettive inerenti all'interesse all'esplicazione e alla conservazione della persona del prestatore di lavoro, senza accompagnarvi tuttavia, sempre, l'individuazione di adeguate forme processuali di attuazione.

Col tempo si sono cercati, perciò, strumenti di tutela diversi dalla tradizionale forma di cautela del credito retributivo, postulata dall'art. 671, c.p.c., che guarda più all'insolvibilità del debitore convenuto, che non alla difficoltà economica del creditore attore; si è prevista la provvisoria esecutività di alcuni provvedimenti giurisdizionali, dapprima disposta dallo Statuto anche per misure interinali e sommarie, in un contesto che all'epoca non prevedeva ancora l'esecutività *ex lege* della sentenza soggetta a gravame, poi introdotta con la l. 11 agosto 1973, n. 533 per i crediti derivanti dai rapporti di cui all'art. 409 c.p.c., ed estesa a tutte le sentenze di primo grado in virtù della novella degli artt. 282 e 283, c.p.c. nel 1990; si sono introdotte misure coercitive per garantire l'attuazione specifica di alcuni obblighi del datore di lavoro insuscettibili di esecuzione forzata (seppure non di quello di reintegra, al di fuori del caso del sindacalista illegittimamente licenziato). Non si è invece colta l'occasione, al momento dell'introduzione della misura coercitiva prevista dall'art. 614-*bis*, c.p.c. (consistente nell'imposizione, al debitore della prestazione di fare infungibile o di non fare[26], dell'obbligo di pagare una somma di denaro «per ogni violazione o inosservanza successiva, ovvero per ogni ritardo nell'esecuzione del provvedimento»[27]), per estendere la previsione

lavoro, in «Riv. giur. lav.», 2007, I, pp. 7 ss.; D. Dalfino, *Ragionevole durata, competitività del processo del lavoro ed effettività della tutela giurisdizionale*, in «Foro it.», 2009, V, coll. 180 ss.; Id., *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2014, 907 ss.; V. Speziale, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it», 215/2014; M. De Luca, *Processo del lavoro e deflazione del contenzioso*, in «Lav. giur.», 2016, pp. 240 ss.

[26] Ed oggi dopo la modifica apportata all'art. 614-*bis* c.p.c., dall'art. 131, lett. cc-*ter*, d.l. 27 giugno 2015, n. 83, conv., con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2015, n. 132, più in generale degli «obblighi diversi dal pagamento di somme di denaro».

[27] In argomento v. L. de Angelis, *La nuova generale misura coercitiva (art. 614-bis c.p.c.) e le controversie di lavoro*, in «Foro it.», 2011, coll. 18 ss.; S. Chiarloni, *L'esecuzione indiretta ai*

anche alle controversie di lavoro subordinato e dei rapporti di collaborazione coordinata e continuativa.

Il provvedimento d'urgenza in quegli anni ha iniziato ad acquisire una centralità, nella giurisdizione del lavoro, che non avrebbe più abbandonato: una «forma di tutela cautelare precisamente coordinata ad uno stato di bisogno dell'istante che, non potendo materialmente attendere il riconoscimento del suo diritto, può essere garantito solo anticipando provvisoriamente quel riconoscimento»[28]. Nel tempo, il rimedio previsto dall'art. 700, c.p.c. è divenuto il principale presidio dei diritti della personalità, delle libertà costituzionalmente protette e dei bisogni primari dell'individuo (tra i quali, anche diritti a contenuto economico, come appunto la retribuzione), e l'insieme formato da «provvedimenti d'urgenza, provvisoria esecuzione, e provvisionale», quali «strumenti processuali che, in linea teorica, possono sistematizzarsi come idonei a sopperire alla particolare necessità di "far presto" esistente nel processo del lavoro»[29], è divenuto la cornice non solo della tutela nei confronti del licenziamento illegittimo, ma anche delle liti concernenti quelle situazioni (in materia di mansioni e qualifiche, sicurezza del lavoro, salute, ecc.) che presentano un grado di deteriorabilità e di irreversibilità ancora più accentuato di quello proprio delle situazioni controverse a fine rapporto (a parte quelle collegate alla reintegra) e che esigono perciò più delle altre un processo veloce. L'eliminazione del nesso di strumentalità strutturale che, fino al 2005, e con l'eccezione del diritto societario, aveva legato la tutela sommaria alla cognizione piena, imponendo al ricorrente vittorioso di intraprendere il giudizio di merito nel termine previsto a pena di decadenza dall'art. 669-*octies*, c.p.c., ha dato un ulteriore impulso alla rapidità della tutela, offrendo l'opzione di una cautela ottenuta in via di tutela sommaria in luogo del pieno accertamento con efficacia di giudicato, ove entrambe le parti siano disposte a rinunciarvi.

La necessità di guadagnare in speditezza, per consentire l'effettività dell'intervento giudiziale in caso di risoluzione del rapporto di lavoro e la protezione delle situazioni controverse anche nella permanenza del rapporto, ha portato dapprima all'introduzione di un rito speciale, diverso da quello ordinario, che, almeno nei primi anni di applicazione, ha dato

sensi dell'art. 614 bis *c.p.c.: confini e problemi*; G. Costantino, *Tutela di condanna e misure coercitive*; M. Taruffo, *Note sull'esecuzione degli obblighi di fare e di non fare*, questi ultimi tutti in «Giur. it.», 2014, pp. 731 ss.

[28] M. Pedrazzoli, *La tutela cautelare delle situazioni soggettive nel rapporto di lavoro*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1973, p. 1046.

[29] Id., *op. cit.*, p. 1038.

risultati eccellenti in termini di rapidità ed efficienza[30], e poi, da ultimo, all'introduzione di un rito *ad hoc* per le controversie «aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro»[31]. Un rito col quale il legislatore ha cercato di raggiungere l'obiettivo, imposto dalle ragioni del mercato, di rendere più rapidi i processi in un settore in cui il tempo va a discapito di entrambe le parti della lite, attraverso la creazione di una corsia preferenziale che non penalizzasse la qualità della cognizione e non creasse differenze tra i diversi gradi del giudizio, visti i ritardi che in appello incontra il procedimento previsto dall'art. 702-*bis*, c.p.c. (peraltro, quel procedimento, che pure rappresenta uno dei modelli impiegati nella semplificazione dei riti avviata col d.lgs. n. 150/2011, difficilmente sarebbe stato utilizzabile per controversie che possono presupporre un'indagine sulla qualificazione del rapporto di lavoro e che, per la loro complessità, avrebbero finito perciò per ritornare inevitabilmente sul binario del rito del lavoro).

L'idea di fondo voleva essere quella che si legge nel documento di intenti approvato dal Governo Monti il 23 marzo 2012 nel passo relativo all'introduzione del rito speciale: «nel quadro di tale rito, una volta dettati i termini della fase introduttiva, è rimessa al giudice la scansione dei tempi del procedimento, nel rispetto del principio del contraddittorio e della parità delle armi nel processo».

Quell'idea si è tradotta in un rito con caratteristiche di celerità e snellezza, ma che, in ossequio alla specificità del processo del lavoro, rivolto tradizionalmente all'accertamento della verità materiale, prevede un'istruzione vera e propria, sia pure con l'eliminazione delle formalità non essenziali all'instaurazione di un pieno contraddittorio[32]. L'alternativa sarebbe stata

[30] Per una disamina delle luci ed ombre del processo del lavoro, a distanza di ventisei anni dalla sua introduzione, v. A. Torrice, G. Cannella, *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti: il modello e le prassi*, in «Riv. crit. dir. lav.», 1998, pp. 579 ss.

[31] Rito, come ricordato, oggi soppresso per i licenziamenti di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23. V. anche l'art. 1-*bis* del disegno di legge n. 2953: *supra*, nota 11.

[32] Non si avrà dunque quella selezione dei mezzi di prova indispensabili «in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto», che nel rito cautelare uniforme si giustifica per l'esigenza che si apprezzi non già l'esistenza del diritto, ma la verosimiglianza di esso; né un'istruttoria come quella dell'art. 702-*ter*, c.p.c., dov'è la semplicità della lite a richiedere una semplificazione delle prove, dovendosi altrimenti avere la conversione del rito: si ha piuttosto, e soltanto, un'indicazione di snellezza, volta ad escludere i rallentamenti che potrebbero derivare da formalismi inutili e da eccezioni capziose che non tengano conto del fatto che il processo è uno strumento al servizio del diritto sostanziale, e non un percorso ad ostacoli creato per far inciampare ad ogni costo l'avversario.

quella di intervenire sul processo a cognizione piena tratteggiato negli artt. 413 ss., c.p.c., modificandolo per le controversie oggetto dell'intervento normativo, quando invece il processo del lavoro è già congegnato in modo tale da consentire, almeno sulla carta, le esigenze di celerità e di adattabilità alle liti che vi vengono versate, e, in assenza di risorse, a poco sarebbe valso, per accelerarlo, insistere sulla perentorietà dei termini, peraltro già previsti dal codice di rito, per la fissazione delle udienze da parte dei giudici.

Perciò il legislatore ha preferito cambiare modello[33], e dare nel contempo un segnale di invito alla rapidità: optando per un tipo di rito che di sommario ha ben poco, se non il fatto che si è lasciata al giudice, ma qui in minima parte, la determinazione delle forme e dei termini, e con una qualità della cognizione che è la stessa del processo del codice di rito (né potrebbe essere diversamente, in un giudizio che mira alla verità materiale). Un processo che venga trattato e deciso in tempi celeri, in omaggio alle esigenze di velocità che l'adozione di una veste sommaria suggerisce di rispettare. Nel caso che ci occupa, per esempio, l'impiego del reclamo, in luogo dell'appello, non allude ad un gravame costruito in modo diverso dall'appello tradizionale, ma è semplicemente un «tributo semantico» alla celerità[34], seppure nella consapevolezza delle difficoltà legate in ogni caso al carico dei ruoli e all' arretrato delle Corti d'appello.

Rispetto all'idea iniziale, l'introduzione della c.d. fase urgente, ripresa dal modello dell'art. 28, St. Lav., ha prodotto una deviazione che ha attirato non poche critiche, per lo più giustificate: anche perché il modello da cui la fase urgente è stata ripresa è più adatto ad un tipo di processo che, come quello che mira alla cessazione della condotta antisindacale, punta alla formazione di un titolo esecutivo, anziché ad un accertamento con efficacia di giudicato circa gli effetti prodotti dal recesso del datore di lavoro.

Il rito Fornero ha dato buoni risultati, sotto il profilo della rapidità. Ha attirato anche moltissime critiche[35], alcune condivisibili, altre meno.

[33] Del resto, il modello del processo del lavoro, utilizzato nel d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150 (c.d. decreto di semplificazione riti) per regolare i procedimenti ove fossero prevalenti i caratteri della concentrazione processuale e della officiosità dell'istruzione, non è stato impiegato per la materia del lavoro pure presente nei riti da semplificare: per le controversie in materia di discriminazione di cui all'art. 28 del decreto (discriminazioni sul luogo di lavoro a causa della razza, dell'origine etnica, della religione ecc., di cui ai d.lgs. 215 e 216/03), infatti, è stato prescelto piuttosto il rito sommario di cognizione; per le discriminazioni di genere nel rapporto di lavoro, invece, è stata mantenuta la disciplina processuale contenuta negli artt. 37 e 38, d.lgs. 198/06 (c.d. codice delle pari opportunità tra uomo e donna).

[34] Così C. Consolo, D. Rizzardo, *Vere o presunte novità, sostanziali e processuali, sui licenziamenti individuali*, in «Corriere giur.», 2012, p. 736.

[35] Sulle quali si veda, in luogo di altri, D. Dalfino, *Il nuovo procedimento in materia di*

La sua applicazione è stata esclusa, come si è ricordato, per i licenziamenti di cui al d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23.

Di certo non esiste un rito ideale, ma piuttosto un sistema che deve funzionare nel suo complesso: qualunque tentativo di imprimere velocità ad un settore può tradursi, se le risorse complessive non sono adeguate, in un rallentamento dei giudizi che non hanno corsie preferenziali. Ma rimane il fatto che, qualsiasi fosse il giudizio sulla scelta del legislatore, prima di tornare indietro rispetto a quella scelta sarebbe stato più opportuno attendere che, superati i disorientamenti giurisprudenziali iniziali, il dibattito interpretativo si fosse maggiormente assestato.

4. Ancora sul principio di effettività nelle controversie di lavoro: la tutela avverso il licenziamento illegittimo

Si è detto che, quando il legislatore ricostruisce la vicenda sostanziale in un determinato modo, limitando le conseguenze dell'eventuale violazione, non è il processo a poter attribuire 'di più' di quello che discende dalle caratteristiche della situazione soggettiva. Il che non contraddice affatto il principio per cui, quando invece il contenuto della situazione soggettiva sia pieno, compito dell'interprete è fare in modo che il titolare del diritto abbia, attraverso il giudizio, «tutto quello e proprio quello» che gli deriva dal riconoscimento della situazione di vantaggio.

Se applichiamo questi principi alla materia dei licenziamenti, vediamo cosa implica il fatto che, proseguendo nella linea tracciata dalla cd. legge Fornero, la disciplina contenuta nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, emanato nell'ambito del *Jobs Act*[36], abbia ristretto le ipotesi in cui all'accertamento della illegittimità del licenziamento si accompagna la conseguenza della reintegrazione, con una opzione espressa verso la tutela per equivalente[37] in luogo di quella specifica[38].

impugnativa del licenziamento (nella l. 28 giugno 2012, n. 92), in «Giusto processo civ.», 2012, p. 759.

[36] E al quale, d'ora in avanti, ci riferiremo, per semplicità, anche soltanto come *Jobs Act*.

[37] Con una precisazione: l'impiego del tradizionale termine 'per equivalente' implica, di per sé, che vi sia una 'equivalenza' tra il rimedio specifico e quello monetario, quando, in realtà, talvolta – ed è il caso del *Jobs Act* – il legislatore sostanziale è intervenuto anche sulla misura dell'indennizzo, riducendolo secondo parametri legati all'anzianità di servizio.

[38] In argomento, v. M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel* Jobs Act, in «ADL», 2015, pp. 310 ss.; v. inoltre G. Mimmo, *La disciplina del licenziamento nell'ambito del contratto a tutele crescenti: il d.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (attuazione della legge delega n. 183 del 2014)*, in <Giustiziacivile.com> (ultimo accesso 02.03.2016), 2015 (approfondimento del 24 aprile 2015).

Il tema della reazione giudiziale nei confronti del licenziamento illegittimo è uno dei principali temi che negli anni hanno segnato il cammino della giurisdizione del lavoro.

Com'è noto, nel sistema immaginato dal legislatore degli anni '70, i rapporti tra tutela reale o specifica e tutela obbligatoria[39] o per equivalente si ponevano in maniera quasi didascalica nel confronto tra la previsione dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, che attribuiva in ogni caso al giudice il potere di ordinare al datore di lavoro di reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato nel posto di lavoro, e la tutela (c.d. obbligatoria) che l'art. 8 della legge 15 luglio 1966, n. 604 tuttora riserva al lavoratore tutte le volte in cui le dimensioni dell'azienda siano ridotte, con l'eccezione dei casi di licenziamento discriminatorio (ai quali si applica sempre l'art. 18).

Nel circoscrivere per la prima volta il potere del datore di lavoro di recedere dal rapporto, fino a quel momento esercitabile *ad nutum,* la legge n. 604/1966 aveva 'espressamente' limitato l'apparato dei rimedi invocabili dal lavoratore illegittimamente licenziato escludendo, nell'art. 8, quella che sarebbe stata la conseguenza naturale dell'esercizio di un potere sostanziale in assenza dei presupposti (ovvero l'inefficacia dell'atto di esercizio e la condanna, in via di tutela specifica, all'attuazione del diritto alla ripresa dell'attività lavorativa), e consentendo invece, esclusivamente, e sebbene in alternativa all'eventuale riassunzione del lavoratore, la tutela per equivalente. Su quella scelta non era perciò l'interprete a poter intervenire, neppure invocando l'atipicità delle forme di tutela e il principio di effettività, ma tutt'al più il giudice delle leggi (che peraltro, in ben tre occasioni, si è pronunciato nel senso della legittimità costituzionale).

Una volta sopravvenuto, quattro anni più tardi, lo Statuto dei lavoratori, il legislatore, vista la scelta compiuta nel '66, aveva dovuto 'esplicitare' la possibilità della tutela 'reale' come reazione all'illegittimità del licenziamento, e ribadire così la priorità dell'adempimento in natura quale regola generale in presenza di un rapporto contrattuale inattuato (con in più la possibilità, poi introdotta dalla legge 11 maggio 1990, n. 108, che il lavoratore rinunciasse alla tutela specifica in cambio di una indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto, senza necessità di dimostrare il venir meno della possibilità della tutela reale, com'è invece nella materia generale delle obbligazioni). Si trattava di una esplicitazione

[39] Dove il termine 'tutela obbligatoria' è utilizzato come sinonimo di tutela per equivalente monetario, in contrapposizione alla tutela specifica, nella tradizione riservata ai diritti reali e assoluti, proprio per sottolineare come a lungo si sia ritenuto di differenziare, sotto questo profilo, la tutela giudiziale del diritto di credito rispetto a quella del diritto reale o comunque assoluto.

sistematicamente indispensabile proprio perché si doveva dar modo alla tutela specifica, compressa dalla disciplina precedente, di riespandersi nelle imprese di dimensioni non piccole, nelle quali al normale rapporto di strumentalità tra processo e diritto sostanziale non si opponevano né esigenze di funzionalità delle unità produttive, né il particolare grado di fiduciarietà e di tensione psicologica riscontrabile invece nei rapporti diretti fra dipendente e piccolo imprenditore.

Nel riscrivere l'art. 18, la riforma Fornero prima, e il *Jobs Act* poi, hanno fatto una scelta assai più articolata, differenziando le tutele a seconda del vizio che colpisce il recesso datoriale.

Così nel d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, si mantengono le ipotesi, già previste dalla L. 28 giugno 2012, n. 92, in cui il licenziamento è dichiarato nullo, e soggetto alla tutela reale, cui si accompagna la condanna al pagamento di una 'indennità risarcitoria', commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, da versarsi, unitamente ai contributi previdenziali e assistenziali, per il periodo dal licenziamento a quello dell'effettiva reintegra; a questi casi si affiancano le ipotesi in cui il licenziamento viene invece 'annullato' (il che accade quando mancano i presupposti del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, perché è direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto contestato), in cui è di nuovo prevista la reintegra del lavoratore, ma la cd. 'indennità risarcitoria', da corrispondere sino al giorno dell'effettiva reintegrazione, non può essere superiore a dodici mensilità, per la parte relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegra, e non sono previste sanzioni per l'omissione contributiva.

Sono ipotesi, quelle di nullità e di annullamento, che dal legislatore sostanziale vengono distinte dalle altre, che prima davano luogo anch'esse alla reintegra, e in cui oggi invece, nonostante il difetto di giustificato motivo oggettivo, giusta causa o giustificato motivo soggettivo (difetto, in conseguenza del quale il potere di recesso, a rigore, non dovrebbe poter produrre l'effetto dello scioglimento del rapporto di lavoro, e la conseguenza naturale dovrebbe essere dunque la reintegra), il rapporto viene 'dichiarato estinto' alla data del licenziamento, e la conseguenza per il datore di lavoro è il pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per ogni anno di servizio, in misura comunque non superiore alle ventiquattro mensilità.

La medesima indennità è determinata in una mensilità per ogni anno di servizio, e in una misura non superiore alle dodici mensilità, quando il licenziamento sia affetto da vizi formali e procedurali.

Senza entrare in tutte le variabili che sono state previste dal legislatore,

e senza formulare giudizi di valore, non possibili né utili in questa sede, quel che qui preme è soffermarsi sul corretto modo di intendere il rapporto tra diritto sostanziale e processo, e sulle implicazioni del principio di effettività.

La premessa è che, su un piano strettamente teorico, quando il potere sostanziale del datore sia privo dei necessari presupposti, conseguenza 'naturale' del permanere in vita del rapporto contrattuale è che la sentenza che pronuncia l'illegittimità del licenziamento ordini la reintegrazione del prestatore nel posto di lavoro, realizzandosi così la ripetizione solenne di quel che derivava dal contratto (l'attuazione dell'obbligo di reintegra serve, infatti, a riportare la situazione di fatto in linea con quella di diritto)[40].

Invece il legislatore ha seguito una strada diversa: semplificando al massimo, si può dire che, oggi, la tutela che sarebbe connaturata all'assenza dei presupposti del potere di recesso è limitata alle ipotesi nelle quali viene ravvisato un grave abuso del potere di licenziamento, altrimenti riconoscendosi al lavoratore una compensazione economica che non mette in questione

[40] Tornando alle ipotesi di tutela ripristinatoria, sia essa piena o attenuata, vi è da dire che, seppure con le differenze dovute al fatto che qui siamo in presenza di un rapporto di durata, l'adeguamento della situazione di fatto a quella di diritto che la pronuncia ha di mira, nel capo col quale si ordina la reintegrazione, non è diverso da quello che realizza una sentenza di nullità del contratto già eseguito, che condanni alla ripetizione di quanto ingiustificatamente versato.
L'ordine di reintegra, in altre parole, è semplicemente la condanna all'attuazione del rapporto contrattuale di lavoro, senza necessità di immaginare, per giustificarne il rilascio, né un diritto a lavorare scaturente dal contratto (sulla cui esistenza o meno non è questa la sede per pronunciarsi), né, come pure è stato fatto dalla dottrina lavoristica, un'inibitoria con funzione costitutivo-determinativa, che dovrebbe servire a trasformare in obbligo quel che in origine era un potere del datore di lavoro. A ben vedere, la reintegrazione non è altro che una pronuncia 'restitutoria', con la quale, una volta accertata l'inefficacia del potere di licenziamento, il datore viene condannato alla rimozione degli effetti determinati con l'atto illegittimo e all'adeguamento della situazione materiale alla situazione giuridica, che l'esercizio di un potere privo di presupposti non era stato in grado di modificare. Dopo la sentenza che dichiara l'illegittimità del licenziamento, gli obblighi primari derivanti dal contratto di lavoro, quali che siano, nel *dictum* giudiziale appariranno sostituiti da obblighi derivati di riparazione e ripristino, così come si avrà traduzione dell'obbligo retributivo in obbligo secondario 'risarcitorio': ed è ovvio che, se l'obbligo derivato di reinserire il lavoratore nell'unità produttiva, che costituisce l'oggetto della pronuncia giudiziale, non potrà essere disatteso dal datore di lavoro, la sentenza, tuttavia, non influirà sulla componente di potere che caratterizza la posizione datoriale nella fase fisiologica dello svolgimento del rapporto di lavoro, e che, almeno fintanto che quel potere rimarrà nei propri corretti confini, potrà essere esercitato anche 'dopo' la declaratoria di illegittimità del recesso, con gli stessi limiti cui soggiaceva in precedenza.
Sul rapporto tra l'attuazione dell'obbligo di reintegra e il principio chiovendiano del «tutto quello e proprio quello», v. Cass. 18 giugno 2012, n. 9966, in «Giur. it.», 2013, pp. 116 ss.

l'efficacia del licenziamento stesso, nonostante il diritto potestativo non abbia i requisiti per sciogliere il rapporto di lavoro.

Rimane aperto l'interrogativo, che si era posto anche con riferimento alla disciplina previgente, della natura assorbente o meno della compensazione economica rispetto ad eventuali ulteriori danni, patrimoniali e non, che possano eventualmente derivare dal licenziamento che si affermi illegittimo[41]. Una risposta all'interrogativo da parte della giurisprudenza,

[41] Com'è noto, è solo col testo novellato dalla l. 11 maggio 1990, n. 108, che si è previsto che la sentenza che ordina la reintegra stabilisse 'a titolo di risarcimento' un'indennità commisurata alla retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione, oltre al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali per lo stesso periodo. La soppressione della distinzione tra i due momenti (dal licenziamento alla condanna del datore di lavoro e da questa all'effettiva reintegrazione del dipendente nell'azienda), ai quali il legislatore *ante* novella aveva ricondotto una diversa qualificazione delle somme da versare al lavoratore, in termini di risarcimento danni (per il primo periodo) e di misura coercitiva (per il secondo periodo), non solo ha creato problemi, sul piano sistematico, a chi volesse continuare a scorgere un carattere (anche) sanzionatorio nella condanna al risarcimento, ma, soprattutto, ha portato come conseguenza l'aver ristretto il varco che consentiva al lavoratore, in base al testo previgente, di chiedere e ottenere qualcosa 'di più' della somma espressamente riconosciutagli dal legislatore a titolo di risarcimento: la lettera della norma, infatti, non ha lasciato molto spazio per quelle due tutele concomitanti, con diversa funzione e natura (quella rivolta all'attuazione dell'obbligo datoriale e l'altra, intesa a offrire riparazione dei danni subiti per effetto dell'allontanamento ingiustificato dal posto di lavoro) che il tenore dell'art. 18, St. lav. *ante* riforma di fatto consentiva.
La questione della possibilità per il lavoratore di richiedere, oltre alla somma commisurata alle retribuzioni non corrisposte, il ristoro dei danni effettivi, patrimoniali e non, che si siano protratti per tutto il tempo in cui l'allontanamento forzoso dal posto di lavoro sia di fatto perdurato (immaginiamo il caso in cui il lavoratore, in attesa dell'attuazione spontanea dell'ordine di reintegra, abbia rinunciato ad altre occasioni di lavoro, magari maggiormente lucrose; oppure abbia contratto una sindrome depressiva, debitamente certificata, in conseguenza della perdita del posto di lavoro), si è intrecciata con l'altra, della necessità o meno che il licenziamento fosse dichiarato illegittimo, come presupposto dell'esperimento del giudizio risarcitorio: sul punto, la giurisprudenza ha affermato che la mancata impugnazione del licenziamento nei termini di decadenza precluderebbe solo la tutela reale offerta dalla reintegrazione ma non l'azione risarcitoria in base ai principi generali che governano tale azione, sempre che ne ricorrano i presupposti: così, alle più risalenti Cass., sez. lav., 2 marzo 1999, n. 1757, in «Lavoro giur.», 1999, pp. 825 ss., con commento di A. Pizzoferrato, *Decadenza dall'impugnazione di licenziamento e azione risarcitoria*; Cass. 24 giugno 1987, n. 5532, in «Rep. Foro it.», 1987, voce *Lavoro* (rapporto), n. 2578; Cass. 5 febbraio 1985, n. 817, *id.*, 1985, voce cit., n. 1937, si sono aggiunte pronunce più recenti, e meno timide nel negare espressamente che la preclusione dell'impugnativa implichi la liceità dell'esercizio del potere di recesso (cfr. Cass., sez. lav., 10 gennaio 2007, n. 245, in «Mass. giur. lav.», 2007, p. 270; Cass., sez. lav., 12 ottobre 2006, n. 21833, in «Riv. giur. lav.», 2007, II, p. 235).
Secondo Cass. 10 marzo 2010, n. 5804, in «Rep. Foro it.», 2010, voce *Lavoro* (rapporto),

condivisibile o meno, si può trovare nella notissima posizione assunta, anni or sono, dalle sezioni unite della Cassazione[42] che, nel quadro anteriore al codice del processo amministrativo, sono intervenute sul tema analogo della cd. pregiudizialità amministrativa, e sulla necessità o meno dell'impugnativa dell'atto pubblico per la proposizione della domanda di risarcimento danni da lesione di interessi legittimi. In quell'occasione, la Cassazione aveva compiuto un giro di orizzonte nei diversi settori dell'ordinamento, per verificare somiglianze e differenze nel modo di porsi del rapporto tra tutela demolitoria e tutela risarcitoria nei diversi ambiti, e, con riferimento a quello che ci occupa, aveva osservato che la mancata impugnazione del licenziamento nel termine fissato preclude al lavoratore, oltre alla tutela reale della reintegrazione nel posto di lavoro, di rivendicare tutela sul piano risarcitorio per il danno costituito ed originato dalla mancata percezione degli emolumenti altrimenti spettanti, ma non comporta la liceità del recesso del datore di lavoro: con la conclusione che l'ingiustizia del licenziamento resta tale, a prescindere dalla inoppugnabilità dell'atto, ed è perciò suscettibile di accertamento se si presenta come componente di una più ampia condotta lesiva, qualora abbia concorso a provocare un danno, diverso da quello costituito dalla perdita degli emolumenti. Ben difficilmente, del resto, si potrebbe escludere la conservazione del diritto

1393, il lavoratore decaduto dall'impugnativa del licenziamento illegittimo può esperire l'azione risarcitoria generale, previa allegazione dei relativi presupposti, diversi da quelli previsti dalla normativa sui licenziamenti e tali da configurare l'atto di recesso come idoneo a determinare un danno risarcibile, ma non può ottenere, neppure per equivalente, il risarcimento del danno commisurato alle retribuzioni perdute a causa del licenziamento, essendogli ciò precluso dalla maturata decadenza. Ancora più radicale Cass. civ., sez. lav., 3 marzo 2010, n. 5107, *id.*, voce cit., n. 1395, per la quale al lavoratore che non abbia tempestivamente impugnato il licenziamento è precluso l'accertamento giudiziale dell'illegittimità del recesso e, conseguentemente, la tutela risarcitoria in base alle leggi speciali, né il giudice può conoscere dell'illegittimità del licenziamento per ricollegare al recesso illegittimo le conseguenze risarcitorie di diritto comune, in quanto l'ordinamento prevede, per la risoluzione del rapporto di lavoro, una disciplina speciale, con un termine di decadenza all'evidente fine di dare certezza ai rapporti giuridici.
Per la tesi secondo cui, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza delle sezioni unite citata alla nota che segue, la decadenza precluderebbe l'accertamento giudiziale della illegittimità del recesso e, per questo, la tutela risarcitoria di diritto comune, della quale verrebbe a mancare il necessario presupposto, sia sul piano contrattuale, in quanto l'inadempimento del datore di lavoro consista nel recesso illegittimo in base alla disciplina speciale, sia sul piano extracontrattuale, ove il comportamento illecito consista proprio, e soltanto, nell'illegittimità del recesso, Cass. civ., sez. lav., 6 agosto 2013, n. 18732, *id.*, 2013, voce cit., n. 1434.

[42] Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in «Foro it.», 2009, I, coll. 2721 ss., con mia nota, *La responsabilità della Pubblica Amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*.

alla tutela risarcitoria per quanto riguarda il danno non patrimoniale.

È appena il caso di accennare al fatto che in alcune delle ipotesi in cui pure ha previsto la reintegra (così nell'art. 3, comma 2°, del d.lgs. 23/2015), il legislatore continua ad utilizzare il linguaggio della sentenza costitutiva di annullamento, che postula un licenziamento illegittimo ma efficace, con cui il rapporto di lavoro viene dunque dapprima risolto e poi fatto rivivere grazie all'esercizio dell'impugnativa negoziale. Sarebbe stato preferibile (anche vista la tortuosità, altrimenti, del percorso che si va a delineare) non parlare di annullamento, ma di accertamento dell'insussistenza dei presupposti necessari perché il potere produca effetti, e riconoscere perciò alla sentenza la propria naturale qualifica di pronuncia dichiarativa, a dispetto della terminologia impiegata da una normativa non sempre consapevole delle corrette dinamiche processo-potere[43]. Anche se, per quanto qui interessa, la conclusione in ordine alla conseguenza di una tutela reale, in luogo di una per equivalente, non è diversa per chi opti per la tesi del ripristino del rapporto con efficacia retroattiva, derivante dalla natura costitutiva della pronuncia.

Tornando alle coordinate generali in tema di rapporti tra tutela specifica e tutela per equivalente[44], con le quali dev'essere letta la modulazione

[43] Per le ragioni che, già con riferimento alla legge Fornero, suggerivano di non valorizzare oltre misura il dato letterale che ricollega all'illegittimità del licenziamento (ovvero, alla mancanza dei presupposti per l'esercizio del potere o a un esercizio non corretto sul piano formale), a seconda dei casi, una dichiarazione di nullità, un annullamento con valenza costitutivo-demolitoria, o una dichiarazione di risoluzione del rapporto con effetto *ex tunc* (divenuta oggi, nel d.lgs. 23/2015, una 'dichiarazione di estinzione del rapporto alla data del licenziamento'), e di guardare invece al fatto che la mancanza dei presupposti si articola comunque, in tutti i casi, in termini di efficacia e inefficacia del recesso, cui il legislatore ricollega, nell'una e nell'altra ipotesi, una pronuncia di mero accertamento (sia nell'ipotesi di inefficacia: cosi la nullità; sia nell'ipotesi di efficacia, dove si parla di 'dichiarazione' di risoluzione, o, come oggi, di estinzione), si rinvia a C. Consolo, D. Rizzardo, *op. cit.*, pp. 731-734. Né alla natura dichiarativa della sentenza si oppone la soggezione delle azioni ad un termine di decadenza, che si ritrova anche in altri settori dell'ordinamento, per ragioni di certezza, pur in presenza di azioni di mero accertamento: così nel diritto societario riformato, in tema di delibere assembleari.

[44] Sulle quali sia consentito rinviare, ancora una volta, alle osservazioni di chi scrive, *Tutela specifica e per equivalente*, cit., *loc. cit.*, ove il sistema delle obbligazioni è ricostruito tenendo conto dell'insieme complessivo delle norme che lo regolano e non solo dell'art. 1453 cod. civ., che è norma peculiare e che oltretutto va letta per quel che dice, visto che non postula affatto la scelta tra adempimento e risarcimento. Erronei sono dunque i rilievi di G. Cannati, *Bisogni, rimedi e tecniche di tutela del prestatore di lavoro*, in «DLRI», 2012, p. 137, per il quale non sarebbe corretto enfatizzare la tutela specifica fino a sostenerne l'assoluta priorità logico-giuridica, visto che «la logica non sempre appartiene al diritto; quanto poi al sistema la regola è un'altra: esiste l'adempimento, esiste il

delle tutele anche nell'attuale disciplina, la conclusione è una sola: il legislatore sostanziale non è 'costretto' a prevedere, nel caso di licenziamento illegittimo, la tutela reale, ma non è neppure 'libero' di configurare come vuole le conseguenze dell'illegittimo esercizio del potere. L'arretramento del piano della tutela specifica a favore di una per equivalente a carattere indennitario è piuttosto una 'possibilità' lasciata al legislatore ordinario (che del resto vi ha fatto ripetutamente ricorso, nei tempi recenti, in altri settori dell'ordinamento), ma 'a condizione che' questi effettui un adeguato bilanciamento tra i diversi interessi in gioco. In questi casi non è l'operatore a poter forzare le maglie del diritto sostanziale attraverso ragionamenti giocati sull'art. 24, Cost.: tutt'al più, se si ritiene che vi sia un contrasto con la Carta costituzionale, dovrà essere il giudice delle leggi ad intervenire, per valutare la conformità alla Costituzione del bilanciamento di interessi compiuto dal legislatore ordinario.

Il superamento del richiamo alle dimensioni dell'impresa ai fini della distinzione tra tutela reale e tutela obbligatoria fa sì che la giustificazione dell'esclusione della tutela specifica non possa più reggersi sulle ragioni che erano state giudicate legittime dalla Corte costituzionale, e che occorra una valutazione *ex novo* delle ragioni prese a base oggi dal legislatore per differenziare le sanzioni dell'illegittimità del licenziamento. Ma di certo non potrà essere l'interprete a sovrapporsi a quelle scelte in nome del principio di effettività della tutela, perché non è al processo che può chiedersi di attribuire alla situazione sostanziale utilità maggiori di quelle che sono state attribuite dal legislatore al titolare della stessa.

---

risarcimento, ed è il creditore a scegliere (art. 1453 c.c.)». Sul modo di funzionare dell'art. 1453 v., *si vis*, il mio *Contratto e processo*, in *Trattato sul contratto*, diretto da V. Roppo, Giuffrè, Milano 2006, pp. 823 ss.

Più in generale, come ricordato in premessa, l'analisi del rapporto tra tutela specifica e per equivalente nei diversi settori dell'ordinamento porta alle seguenti conclusioni: la previsione espressa è necessaria per 'mettere fuori gioco' il rimedio specifico, e non per 'consentirlo'; soltanto nel caso in cui il legislatore indirizzi l'attore in modo espresso verso il risarcimento del danno (non 'in aggiunta' – perché è evidente che se vi è un danno prodotto dall'inattuazione del diritto, quel danno dev'essere comunque risarcito –, 'ma in sostituzione' del rimedio specifico), l'interesse tutelato verrà sostituito dal suo equivalente monetario (si avrà, di fatto, una sorta di 'esproprio' del diritto in questione, col conseguente riconoscimento, al titolare del diritto, di un indennizzo corrispondente al valore del bene).

Abstract

Lo studio affronta l'analisi degli strumenti di tutela giurisdizionale predisposti in materia di lavoro al fine di misurarne l'effettività. Partendo dal presupposto per cui l'effettività del rimedio giurisdizionale *ex* art. 24, Cost. viene spesso a coincidere con la predisposizione di strumenti di tutela specifica, l'Autrice ripercorre, da un lato, i mutamenti della disciplina processuale e sostanziale applicabile nelle ipotesi di illegittima risoluzione del rapporto di lavoro, a partire dalla legge n. 604/1966 e lo Statuto dei lavoratori fino alle modifiche apportate dalla c.d. legge Fornero e dal D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23, evidenziando una progressiva riduzione delle ipotesi di tutela specifica in favore della tutela per equivalente, con quanto consegue in termini di effettività del rimedio; dall'altro lato, vengono ricordati gli strumenti processuali che hanno assicurato una maggiore effettività al credito da lavoro, tra cui le previsioni speciali di provvisoria esecutività di determinati provvedimenti giurisdizionali, misure coercitive specificamente previste nonché il centrale utilizzo del provvedimento d'urgenza quale strumento di impulso alla rapidità della tutela.

Alessandro Palmieri

Ai confini delle liti da medical malpractice *nell'esperienza statunitense. Fughe in avanti dei legislatori e argini (tardivamente?) eretti dalle Corti*

SOMMARIO: 1. *Medical malpractice reform*: la progressiva realizzazione di un regime derogatorio (sostanziale e processuale) *pro-defendants* – 2. Scivolate e cadute negli ospedali: il nuovo approccio texano in tema di *safety standards* – 3. Molestie sessuali ai danni del paziente: la svolta della Corte Suprema dell'Alabama nel segno del ripristino dell'ordinario regime probatorio

1. Medical malpractice reform: *la progressiva realizzazione di un regime derogatorio (sostanziale e processuale)* pro-defendants

Fino a che punto le controversie risarcitorie instaurate nei confronti di un medico o di una struttura sanitaria, nelle quali il fatto generatore del pregiudizio asseritamente subito dall'attore trovi almeno un punto di contatto con l'attività professionale dei predetti soggetti, possono farsi rientrare nel novero delle *medical malpractice suits*? La risposta a tale quesito – che può rivelarsi nient'affatto scontata non appena si varca il *proprium* della prestazione sanitaria (ad es., diagnosi, somministrazione di terapia, intervento chirurgico) e la contermine area degli obblighi a questa strettamente accessori (ad es., acquisizione del consenso informato) – ha assunto un'importanza fondamentale nel sistema statunitense, alla luce delle ricadute operative di una serie di accorgimenti introdotti a più riprese da diversi Stati, e prese in esame persino dal Congresso, che cumulativamente vanno sotto il nome di *medical liability reform*.

Invero, la percezione del dilagare del numero (e dell'entità) di condanne inflitte a medici e ospedali, oltre che dei rischi legati alle ripercussioni di questa tendenza sul versante assicurativo[1], ha suscitato la reazione di quanti hanno

[1] Non mancano le voci di quanti ritengono che tale percezione e i connessi timori siano il frutto di una lettura distorta della realtà: v., in particolare, T. BAKER, *The Medical Malpractice*

reclamato idonee contromosse. All'appello hanno risposto, sebbene in ordine sparso, i legislatori statali i quali, a partire dalle iniziative pionieristiche degli anni '70 del secolo scorso fino all'ondata che ha caratterizzato lo scorso decennio e agli ulteriori sviluppi più vicini nel tempo, si sono sforzati di apportare correttivi al regime ordinario dei *torts*, vuoi di natura processuale, vuoi di impronta più squisitamente sostanziale. Da un lato, vanno innanzitutto messe in evidenza le disposizioni che impongono all'attore di produrre unitamente all'atto introduttivo, o durante le schermaglie iniziali del giudizio, un c.d. '*merit certificate*', richiedendo cioè il tempestivo ingresso nel processo di idonea documentazione probatoria redatta a seguito della consultazione con un medico ovvero direttamente da quest'ultimo[2]; o ancora le regole che stabiliscono meccanismi di filtro, incentrati sull'intervento di organismi collegiali composti da medici e giuristi, cui si demanda l'apprezzamento preliminare delle questioni oggetto di discussione e la ricerca di una soluzione extragiudiziale della contesa. Sul piano sostanziale, è possibile annoverare misure quali la fissazione di un tetto all'ammontare complessivo del *quantum* liquidabile o, più di frequente, alla sola entità del pregiudizio non patrimoniale; il superamento della c.d. '*collateral source rule*', in virtù della quale è solitamente preclusa la possibilità di detrarre dall'importo del risarcimento le somme che il danneggiato abbia ottenuto in relazione al medesimo episodio da soggetti pubblici o privati; l'abbreviamento dei termini di prescrizione; la previsione di termini di 'decadenza' per l'esercizio dell'azione che decorrono dal momento in cui la cura è stata completata. Il coacervo delle regole settoriali coniate, con varie combinazioni, dai legislatori statali, determina un quadro complessivo generalmente ritenuto maggiormente penalizzante per le vittime dei pretesi *malpractitioners*, se messo a confronto con gli scenari che si presentano comunemente ai danneggiati nei casi di *negligence*, *assault* e *battery*[3].

Myth, University of Chicago Press, Chicago 2005.

[2] Su tale istituto, v. B. Grossberg, *Uniformity, Federalism, and Tort Reform: The Erie Implications of Medical Malpractice Certificate of Merit Statutes*, in 159 «U. Pa. L. Rev.», 2010, p. 217. Ivi si distinguono tre gruppi di 'State certificate of merit statutes', descritti nel modo seguente (pp. 222 s.): a) «the first category consists of statutes that require the attorney, when filing the complaint, to certify that she has consulted with an expert and that the expert has indicated that the claim has at least a reasonable chance of being meritorious»; b) «the second category consists of statutes that require the attorney to file a certificate or affidavit from the expert herself, rather than a certificate merely verifying that a consultation has occurred»; c) «the third category consists of statutes that require the filing of certificates or affidavits similar to those in the first two categories; however, rather than mandating that plaintiffs file certificates with the complaint, these statutes require the certificate to be filed within a set period of time after the complaint».

[3] Tale penalizzazione, a detta di A. Stein, *Toward a Theory of Medical Malpractice*, in 97

A prescindere dalle valutazioni sui motivi di siffatte scelte legislative e sulle relative implicazioni, temi intorno ai quali si è sviluppato un ampio dibattito dottrinario[4], resta il problema di come porsi dinanzi alle situazioni di frontiera evidenziate nelle battute iniziali del presente contributo. Si tratta di verificare, cioè, se il regime derogatorio previsto per la *medical malpractice* abbia una potenzialità espansiva sì da coprire pure queste situazioni, come auspicato dal fronte dei *defendants*.

Le vicissitudini del movimento riformatore statunitense – dove, per un verso, i risultati auspicati dai fautori dell'implementazione di regole che rendano più impervio l'esperimento delle azioni risarcitorie contro medici e ospedali e, per altro verso, i *verba* dei legislatori, attraverso cui tali regole sono veicolate, hanno fatto emergere, con l'avallo di non pochi esponenti del sistema delle corti (ma con taluni ripensamenti di cui si dirà più avanti) sacche di immunità difficili da giustificare – dovrebbe fungere da *caveat* per quanti in Europa, come in altre aree geografiche[5], ravvisano non poche criticità nelle regole operative sviluppatesi in tema di responsabilità del medico e si propongono di intraprendere nuove strade o, per certi aspetti, di tornare all'antico[6]. Anche assumendo che non si arrivi ad avallare eccessi

«Iowa L. Rev.», 2012, p. 1201, dipenderebbe essenzialmente dalle riforme intervenute sul piano sostanziale; ivi si legge (p. 1253) che «the procedural tort-reform rules therefore make a lot of sense. They fit into our system's design and improve its performance. Unfortunately, I cannot say the same about the substantive tort reform that reduced care providers' liability on the theory that the pre-reform regime had forced them to pay too much».

[4] M. Frakes, *The Surprising Relevance of Medical Malpractice Law*, in 82 «U. Chi. L. Rev.», 2015, p. 317; R. Avraham, M.M. Schanzenbach, *Medical Malpractice Reform*, in «Northwestern Public Law Research Paper», nn. 15-23, March 2015; B.S. Black, D.A. Hyman, M. Paik, *Does Medical Malpractice Reform Increase Physician Supply? Evidence from the Third Reform Wave*, in «Northwestern University Law & Economics Research Paper», nn. 14-11, July 2014; E.M.J. Lieber, *Medical Malpractice Reform, the Supply of Physicians, and Adverse Selection*, «J.L. & Econ.», 2014, 57, p. 501; M. Frakes, A.B. Jena, *Does Medical Malpractice Law Improve Health Care Quality?*, in «NBER Working Paper», n. 19841, January 2014.

[5] Per uno sguardo all'esperienza sudafricana, v. W.T. Oosthuizen, P. Carstens, *Medical Malpractice: The Extent, Consequences and Causes of the Problem*, in «Journal of Contemporary Roman-Dutch Law», 2015, 78, p. 269.

[6] Si pensi, per quanto riguarda l'Italia, alle proposte attualmente all'esame del Parlamento che – dopo il ridotto impatto sul versante civile delle misure introdotte nel 2012 dalla c.d. legge Balduzzi (v., al riguardo, P. Gattari, *Profili civilistici della legge Balduzzi: il «senso» del richiamo all'art. 2043 c.c.*, in «Resp. civ.», 2014, p. 1039; O. Clarizia, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente dopo la «riforma Balduzzi»: criterio letterale e ragioni costituzionali a confronto*, in «Nuove leggi civ.», 2014, p. 1117; A. Querci, *Le evoluzioni della responsabilità sanitaria, fra riforma Balduzzi, disegni di legge e novità giurisprudenziali*, in «Nuova giur. civ.», 2014, II, p. 15; E. Secchi, *L'art. 3, legge Balduzzi e il sistema di responsabilità civile medica:*

del tipo di quelli illustrati nei paragrafi che seguono, il rischio di un'improvvida *overreaction* non può essere ignorato[7], a pena di errori imperdonabili e difficilmente emendabili, nel momento in cui si soppesano i pro e i contro di modifiche legislative e si cesella il relativo contenuto.

2. Scivolate e cadute negli ospedali: il nuovo approccio texano in tema di safety standards

Prendiamo le mosse dalle traversie giudiziarie di una donna che, mentre stava per lasciare un ospedale del Texas in cui si era recata per accompagnare un'altra persona in visita a un paziente, era scivolata sul pavimento nei pressi dell'uscita. La casa di cura, chiamata a rispondere dai danni riportati per effetto dell'incidente, eccepiva che l'attrice non avesse presentato nei termini l'*expert report* prescritto dalla legislazione di quello Stato[8], chiedendo pertanto di essere immediatamente estromessa dal giudizio. Tanto in prime cure, quanto in appello[9], la decisione si rivelava favorevole al convenuto. Il repentino rigetto della domanda risarcitoria presupponeva che quest'ultima fosse etichettata come *health care liability claim* (HCLC), sì da assoggettarla alla disciplina di settore in cui, oltre al

riflessioni critiche, in «Medicina e dir.», 2014, fasc. 1, p. 28) – mirano a una rivisitazione della tematica della responsabilità professionale del personale sanitario. In particolare, nel testo risultante dagli emendamenti approvati il 19 novembre 2015 dalla Commissione 'Affari sociali' della Camera dei deputati, da un lato si prevede che l'esercente la professione sanitaria, nello svolgimento della propria attività, debba attenersi, fatte salve le specificità del caso concreto, alle buone pratiche clinico-assistenziali e alle raccomandazioni previste dalle linee guida e, dall'altro, si afferma che egli risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 c.c.

[7] In questa prospettiva, v. S. De Vito, A.W. Jurs, *An Overreaction to a Nonexistent Problem: Empirical Analysis of Tort Reform from the 1980s to 2000s*, in 3 «Stan. J. Complex Litig.», 2015, p. 62.

[8] La disposizione rilevante, contenuta nel Texas Civil Practice and Remedies Code, è la § 74.351(a), dove si prevede uno scambio di perizie di parte («in a health care liability claim, a claimant shall, not later than the 120th day after the date each defendant's original answer is filed, serve on that party or the party's attorney one or more expert reports, with a curriculum vitae of each expert listed in the report for each physician or health care provider against whom a liability claim is asserted. The date for serving the report may be extended by written agreement of the affected parties. Each defendant physician or health care provider whose conduct is implicated in a report must file and serve any objection to the sufficiency of the report not later than the later of the 21st day after the date the report is served or the 21st day after the date the defendant's answer is filed, failing which all objections are waived»).

[9] *Ross v. St. Luke's Episcopal Hospital*, 2013 WL 1136613 (Tex.App.-Houston (14th Dist.) March 19, 2013).

già ricordato profilo processuale, trovano posto una drastica contrazione della possibilità di applicare il principio *res ipsa loquitur*, la fissazione di brevi termini per l'esercizio dell'azione e la previsione di limiti invalicabili alla commisurazione del danno. D'altronde, a fronte di azioni intentate da pazienti caduti o scivolati mentre erano ricoverati in una struttura sanitaria, una certa propensione a classificarle in termini di *medical malpractice claims* era già emersa sia nella giurisprudenza texana[10], sia in quella di altri Stati[11].

Dal testo della pertinente *stautory provision*, si apprende che la nozione di HCLC abbraccia anche le pretese in cui si fa valere il mancato raggiungimento dei livelli di sicurezza che possono legittimamente attendersi da quanti forniscono prestazioni sanitarie[12]. Orbene, nel 2012 la Corte Suprema del Texas, nell'emettere a maggioranza il proprio verdetto in un caso concernente le lesioni riportate da un addetto al reparto di psichiatria nel corso di un diverbio con un paziente ivi ricoverato, aveva offerto una visione nient'affatto riduttiva dal menzionato aspetto, ritenendo che la rilevanza della violazione dello standard di sicurezza prescindesse dalla verifica di un legame diretto con l'erogazione delle cure mediche[13]. A fronte di tale statuizione non era stato univoco l'atteggiamento delle corti inferiori; e, a dire il vero, alcune decisioni avevano cercato di ridurne quanto più possibile l'impatto[14]. Di talché era auspicabile che la massima istanza giurisdizionale dello Stato tornasse sul punto con ulteriori precisazioni e chiarimenti.

Il che è avvenuto, a cominciare dalla vertenza testé sommariamente descritta, con esiti che incentivano nuovamente le strutture sanitarie all'adozione di precauzioni idonee a minimizzare il rischio di incidenti da

[10] Nel caso *Harris Methodist Fort Worth v. Ollie*, 342 S.W.3d 525 (Tex. 2011), era venuta in rilievo la disavventura di un paziente che, nell'ospedale in cui aveva subito un'operazione, era scivolato sul pavimento bagnato dopo essere uscito dalla vasca di bagno.

[11] Si considerino i casi *Churchill v. Columbus Community Hosp.*, 830 N.W.2d 53 (Neb. 2013); *Rome v. Flower Memorial Hosp.*, 635 N.E.2d 1239 (Ohio 1994); *Husby v. S. Ala. Nursing Home, Inc.*, 712 So. 2d 750 (Ala. 1998); *Chandler v. Opensided MRI of Atlanta* 682 S.E.2d 165 (Ga. App. 2009).

[12] Secondo la § 74.001(a)(13), del Texas Civil Practice and Remedies Code, «"Health care liability claim" means a cause of action against a health care provider or physician for treatment, lack of treatment, or other claimed departure from accepted standards of medical care, or health care, or safety or professional or administrative services directly related to health care, which proximately results in injury to or death of a claimant, whether the claimant's claim or cause of action sounds in tort or contract».

[13] *Texas West Oaks Hospital, L.P. v. Williams*, 371 S.W.3d 171 (Tex. 2012), dove sei giudici su nove sono stati dell'avviso che «the safety component of HCLCs need not be directly related to the provision of health care».

[14] Su queste divergenze, v. W. Woolsey, *Defining a Health Care Liability Claim in The Post*-Texas West Oaks *Era*, in 46 «St. Mary's L.J.», 2015, p. 343.

caduta, a tutto vantaggio dei pazienti, di chiunque si introduca nei relativi locali e dello stesso personale. La Corte, infatti, nella pronuncia resa nel maggio 2015[15], rifiuta l'idea che una pretesa fondata sulla violazione di un *safety standard* possa essere ascritta all'area delle HCLC semplicemente perché il fatto dannoso si è verificato all'interno di un struttura sanitaria o perché l'addebito investe chi eroga prestazioni mediche. Né varrebbe, con riferimento alle scivolate, sostenere che l'ospedale è tenuto a mantenere un ambiente sicuro per i pazienti, potendo se mai giovare al convenuto la dimostrazione che l'incidente è occorso in un'area dove è presumibile che i pazienti vengano trattati o dove comunque bisogna osservare specifici livelli manutentivi in funzione della cura o della sicurezza dei pazienti medesimi. Ecco che, non appiattendosi su una pedissequa riproposizione delle precedenti affermazioni, si perviene a configurare l'esigenza di sincerarsi dell'esistenza di un nesso significativo tra gli standard di sicurezza in ipotesi violati e la fornitura delle cure mediche. Nesso di cui non v'è traccia quando si considera la posizione della frequentatrice occasionale che transitava in una zona rispetto alla quale non erano da aspettarsi particolari accorgimenti suggeriti da una qualche interferenza con l'espletamento, anche potenziale, dell'attività terapeutica.

Di lì a poco i medesimi concetti sono stati ribaditi nel quadro di una vertenza caratterizzata da un *background* fattuale pressoché sovrapponibile. Ancora una volta la Corte d'Appello aveva decretato la prevalenza della linea difensiva dell'ospedale, che puntava a disinnescare l'azione risarcitoria proposta dall'ennesima visitatrice caduta nell'atrio, la quale non si era peritata di premunirsi dell'indispensabile *expert report*[16]. Sennonché, alla stregua del fresco precedente, l'ulteriore decisione della Corte Suprema, emessa il 30 ottobre 2015, disattende tutte le argomentazioni con cui il resistente s'industria a ravvisare gli estremi dell'ormai imprescindibile legame significativo con l'attività terapeutica. In particolare, vengono superate le obiezioni che si focalizzano sulla constatazione che gli standard di cui la parte lesa denuncia il mancato rispetto trovano la loro scaturigine in varie prescrizioni dettate da autorità federali e statali, precipuamente orientate a regolamentare l'attività di erogazione delle cure mediche; al riguardo, si evidenzia come non emerga in alcun modo un'interconnessione tra l'ottemperanza (o l'inottemperanza) a dette prescrizioni e gli standard

[15] *Ross v. St. Luke's Episcopal Hospital*, 462 S.W.3d 496 (Tex. 2015).

[16] *E. Tex. Med. Ctr. Reg'l Health Care Sys. v. Reddic*, 426 S.W.3d 343 (Tex. App.—Tyler 2014), dove si evidenziava che «the care of the floor around an area frequented by numerous patients throughout the day has an indirect relationship to the provision of health care that is sufficient to satisfy the safety prong».

sottostanti alla pretesa attorea. Insomma, gli ultimi sviluppi della *case law* texana segnano il maturare di un approccio meno oltranzista, che esorta il giudice a non fare di tutta l'erba un fascio, impedendo il consolidamento di soluzioni foriere di inefficienze in cui oltretutto rimane sullo sfondo l'esigenza di attenuare la pressione su chi esercita una professione sanitaria.

3. Molestie sessuali ai danni del paziente: la svolta della Corte Suprema dell'Alabama nel segno del ripristino dell'ordinario regime probatorio

Il pericolo di un'espansione incontrollata dell'area delle *medical malpractice claims*, con il correlato incremento degli ostacoli sulla via della piena tutela del danneggiato, è venuto alla ribalta anche con riferimento a situazioni in cui i pazienti lamentano di essere stati vittime di condotte che avrebbero i connotati per essere incluse tra gli *intentional torts against the person*.

Al riguardo, la giurisprudenza dell'Alabama aveva maturato la convinzione che quante volte si prospettasse, a carico del sanitario, una *sexual misconduct* contestuale (e connessa) alla fornitura di servizi professionali[17], la pretesa del paziente era suscettibile di essere inquadrata tra quelle assoggettate alla disciplina dell'Alabama Medical Liability Act (AMLA)[18]. Del resto, conclusioni non dissimili erano state altrove raggiunte in un caso dello stesso genere, per quel che concerne la sua riconducibilità all'area presidiata dal Virginia Medical Malpractice Act[19].

L'occasione per rimeditare questo orientamento si è presentata a seguito della causa avviata da una donna nei confronti di un fisioterapista al quale si era rivolta nel 2009 perché soffriva di mal di schiena, nonché del centro

[17] Ove difetti tale connessione, vengono meno i presupposti per sottrarre al regime ordinario le molestie sessuali commesse da un sanitario ai danni del paziente; come testimonia una nutrita casistica: *St. Paul Ins. Co. of Illinois v. Cromeans*, 771 F. Supp. 349 (N.D. Ala. 1991); *McQuay v. Guntharp*, 336 Ark. 534, 540-41, 986 S.W.2d 850 (1999); *Atienza v. Taub*, 194 Cal. App.3d 388, 393, 239 Cal. Rptr. 454, 457 (1987), concernente un rapporto sessuale tra una paziente e il medico che l'aveva in cura a seguito di un infortunio sul lavoro; *Odegard v. Finne*, 500 N.W.2d 140, 143 (Minn. Ct. App. 1993); *Mindt v. Winchester*, 151 Or. App. 340, 345, 948 P.2d 334, 336 (1997), circa il rapporto sessuale tra un medico e la moglie di un paziente affetto da infertilità; *New Mexico Physicians Mut. Liability Co. v. LaMure*, 116 N.M. 92, 95-96, 860 P.2d 734, 736-37 (1993); *Standard Fire Ins. Co. v. Blakeslee*, 54 Wash. App. 1, 9, 771 P.2d 1172, 1176 (1989).

[18] Tale orientamento era stato delineato dalla Corte Suprema dell'Alabama nel caso *Mock v. Allen*, 783 So. 2d 828 (Ala. 2000), sulla cui scia si è posta la decisione nel caso *O'Rear v. B.H.*, 69 So. 3d 106 (Ala. 2011).

[19] *Hagan v. Antonio*, 240 Va. 347, 397 S.E.2d 810 (1990).

dove costui operava. L'appuntamento, stando al resoconto della paziente, si era rivelato un'esperienza altamente traumatica. Mentre la donna era stesa sul lettino, il terapista l'aveva completamente denudata, per poi toccarle gli organi genitali e altre zone erogene. La paziente, per lo shock e lo spavento, non era stata in grado di reagire nell'immediatezza. È, dunque, in relazione a questo episodio che vennero articolate le richieste risarcitorie della donna, al cui fondamento si collocavano, per quanto riguarda l'autore delle molestie, un addebito di *assault and battery* e, per quanto riguarda la struttura, un addebito di *negligent or wanton hiring*.

Dal momento che il convenuto respingeva tutte le accuse, contestando la versione dei fatti esposta dall'attrice, quest'ultima chiedeva di poter dimostrare, a supporto della sua tesi, che lo stesso terapista si era qualche tempo prima reso protagonista di offese analoghe a scapito di altre donne affidate alle sue cure. Sennonché, proprio in relazione a questo delicato profilo probatorio è sorto l'intoppo che poteva rivelarsi esiziale per le chances di vittoria dell'attrice nella lite instaurata. Infatti, mentre i criteri probatori comunemente utilizzati dai giudici statali e federali permetterebbero di estendere l'istruttoria ad altre condotte della stessa indole, in particolare quando in un processo civile è in discussione il compimento di molestie sessuali[20], la speciale disciplina introdotta dal legislatore dell'Alabama in tema di responsabilità medica impedisce ogni velleità di *discovery* in ordine a pregresse malefatte del sanitario nell'esercizio della sua attività professionale[21]. Tutto dipende, allora, da cosa si intende per *medical malpractice case* e all'uopo risulta decisivo stabilire se, alla luce della normativa vigente nello Stato, a tale nozione possa assegnarsi una portata così ampia da inglobare le condotte dello *health care provider* che assumano le inquietanti sembianze di un *sexual assault*.

A seguito di una decisione in prima battuta favorevole sul punto all'attrice e del ricorso proposto dall'operatore sanitario, il quale contestava il mancato riconoscimento del predetto privilegio probatorio, la parola è passata alla Corte Suprema dell'Alabama. La pronuncia resa il 30 settembre 2015 materializza un vero e proprio *overruling*[22], con cui si ripudia

[20] Si pensi alla Rule 415(a) delle Federal Rules of Evidence, secondo cui «In a civil case involving a claim for relief based on a party's alleged sexual assault or child molestation, the court may admit evidence that the party committed any other sexual assault or child molestation». In argomento, v. G. Mink, *Hostile Environment. The Political Betrayal of Sexually Harassed Women*, Ithaca, NY, 2000, pp. 103 ss.

[21] Per tutte le azioni rientranti nel campo di applicazione dell'AMLA, il periodo conclusivo della § 6-5-551, Ala. Code, dispone che «any party shall be prohibited from conducting discovery with regard to any other act or omission or from introducing at trial evidence of any other act or omission».

[22] *Ex parte Vanderwall*, 2015 WL 5725153 (Ala. 2015).

apertamente la traiettoria in precedenza percorsa dai giudici di quello Stato, che invero non collimava con quanto statuito in altre giurisdizioni[23]. Emblematico è il passaggio della *main opinion* di seguito riprodotto: «We do not believe the legislature intended for the protections afforded under the AMLA to apply to health-care providers who are alleged to have committed acts of sexual assault; such acts do not, by any ordinary understanding, come within the ambit of "medical treatment" or "providing professional services"». Viene così disinnescato un congegno che finiva col mandare in tilt gli ingranaggi risarcitori e determinava, in ultima analisi, la sensazione che si fosse concesso un pericoloso lasciapassare per condotte tutt'altro che irreprensibili.

Abstract

Negli Stati Uniti, le preoccupazioni connesse al dilagare delle azioni risarcitorie contro i sanitari e le strutture dove operano hanno indotto vari legislatori statali a introdurre regimi derogatori, più favorevoli per i convenuti. Nelle pieghe di tali regimi si sono create sacche di impunità, ridimensionate da recenti pronunce che, nel Texas e nell'Alabama, hanno ripristinato le regole ordinarie in relazione alle cadute nelle aree ospedaliere e alle molestie sessuali in danno dei pazienti.

[23] Vengono, in proposito, citate le seguenti decisioni: *Kaufmann v. Schroeder*, 946 N.E.2d 345(2011); *Burke v. Snyder*, 899 So. 2d 336 (Fla. Dist. Ct. App. 2005); *Doe v. Cherwitz*, 894 F. Supp. 344 (S.D. Iowa 1995); *Descant v. Administrators of Tulane Educational Fund*, 639 So. 2d 246 (La. 1994).

Paolo Passaglia

La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali: un confronto fra la tradizione di civil law *e quella di* common law

SOMMARIO: 1. Due tradizioni distanti – 2. Le deroghe alla regola tradizionale di *common law*: l'*opinion of the Court* e l'opinione concorrente o dissenziente – 3. Le deroghe alla regola tradizionale di molte esperienze di *civil law*: l'introduzione dell'opinione individuale da parte delle giurisdizioni costituzionali – 4. Argomenti per un dibattito sull'opinione concorrente/dissenziente

1. Due tradizioni distanti

Nell'analisi relativa alla struttura delle decisioni delle giurisdizioni costituzionali, un rilievo assolutamente centrale è assunto dalla *summa divisio* che connota, per tradizione, lo studio del diritto comparato, vale a dire quella tra *civil law* e *common law*.

In linea generale, infatti, può notarsi che, fatte salve alcune eccezioni (la più rilevante delle quali è probabilmente quella spagnola, di cui si dirà), nei paesi di *civil law* la decisione giurisdizionale è espressione unitaria del collegio giudicante; di contro, nelle giurisdizioni collegiali di *common law*, le *opinions* dei giudici sono espresse individualmente (c.d. *seriatim opinion*), di modo che la decisione finale è il frutto della somma delle singole prese di posizione, alla luce della quale si rintraccia una maggioranza.

La distinzione tra queste due forme di esercizio della funzione giurisdizionale si collega, presumibilmente, alla diversa concezione del ruolo del giudice che connota (molte de) le esperienze europee continentali e quelle anglosassoni. Per le prime, viene in rilievo, in special modo, il modello francese, fortemente influenzato, dopo la rivoluzione, dalla polemica contro i giudici dell'*Ancien Régime* e dall'esaltazione della legge come espressione della volontà generale (art. 6 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1789), donde un chiaro ridimensionamento del ruolo del giudice entro i confini disegnati da una funzione meramente

ripetitiva del dettato legislativo[1]. L'annichilimento (invero più teorico che reale) dell'attività interpretativa a favore di una sorta di «meccanicismo ermeneutico» è, ad un tempo, causa ed effetto della necessaria unicità della decisione: è causa, dal momento che l'automatismo dell'interpretazione dovrebbe condurre tutti i giudici ad identiche conclusioni, di talché una decisione che si articolasse nei singoli apporti dei membri del collegio giudicante si tradurrebbe nella iterazione dell'identico sillogismo da parte di tutti; ma il meccanicismo ermeneutico è anche, per certi versi, conseguenza della monoliticità della decisione, che accredita, di per sé, l'idea che per la soluzione di un determinato caso non esista che una possibilità (*scil.*, quella imposta dalla ripetizione delle parole della legge).

Un discorso radicalmente diverso si impone per le esperienze di *common law*, dove è evidente una marcata personalizzazione della giurisprudenza, discendente da una pluralità di fattori che sarebbe assai arduo cercare in questa sede di elencare in maniera compiuta. Per questo, ci si limiterà ad accennare ad alcuni soltanto tra quelli che si ritengono più significativi.

Innanzi tutto, il prestigio dei giudici, tanto indebolito sul continente dalla polemica illuminista, è uscito corroborato, in Gran Bretagna, da alcune vicende storiche, e segnatamente dal ruolo assunto dalle corti in chiave di resistenza alle velleità assolutistiche degli Stuart e di alleanza, nella fase rivoluzionaria, con il Parlamento.

Altro elemento che può aver avuto effetti non trascurabili è quello dell'esiguità del numero di giudici e della loro concentrazione, favorita dall'opzione fatta nel Medioevo in favore di corti itineranti, in luogo di un sistema delle impugnazioni più articolato: i rapporti personali tra i giudici hanno quindi avuto modo di svilupparsi più compiutamente, tanto che, ad esempio, questo fattore viene annoverato tra quelli che hanno maggiormente influito nel senso di radicare la prassi di seguire il precedente, anche prima che un vincolo in proposito venisse formalizzato con l'affermazione della regola dello *stare decisis*.

A contribuire alla creazione di una visione (fortemente) personalistica dell'attività giurisprudenziale non può non aver contribuito la tradizione, sviluppatasi tra il XVI ed il XIX secolo, di pubblicare i cc.dd. *Named Reports*, sovente qualificabili come memorie personali della attività di un giudice, per solito divulgate postume.

Tra tutti, il fattore che più appare decisivo è però l'inevitabile centralità della cultura giuridica del singolo giudice nel ricostruire un quadro normativo composto principalmente da *rationes decidendi* da estrarre da

[1] Cfr. Ch.-L. de Secondat Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Livre XI, Chapitre VI, (ed. orig. 1748).

precedenti pronunce: il giudice non può essere la *bouche de la loi*, per il semplice fatto che molto spesso non c'è alcuna legge di cui essere il declamatore, ma solo una massa di precedenti da selezionare e da interpretare. Sulla scorta di questa constatazione, perde rilevanza, ai presenti fini, finanche l'annosa controversia sulla natura dell'attività giurisdizionale: che possa o meno dirsi che *The Judge Does Make Law*, o, in altri termini, che si opti per la teoria dichiarativa di matrice blackstoniana[2] o per quella creativa[3], in ogni caso l'apporto individuale del singolo giudice non potrà mai essere ricostruito richiamando nozioni come «automatismo» e «pura deduzione».

2. Le deroghe alla regola tradizionale di common law: *l'*opinion of the Court *e l'opinione concorrente o dissenziente*

L'opzione in favore dell'espressione, da parte dei singoli componenti del collegio, delle rispettive *opinions* esclude in radice ogni questione inerente alla possibilità di ammettere opinioni concorrenti e/o dissenzienti rispetto alla maggioranza. Ciò per due ragioni: in primo luogo, perché non c'è alcunché da ammettere, essendo anzi postulata la manifestazione degli orientamenti individuali; in secondo luogo, perché non è concettualmente configurabile una opinione «concorrente» o «dissenziente», dal momento che tali attributi richiamano l'esistenza di una «maggioranza» (nei cui confronti, ad esempio, si dissente), mentre nella tradizione di *common law* la maggioranza si forma 'dopo' – e non 'prima' – che le opinioni individuali vengano rese pubbliche.

Tali rilievi non possono, tuttavia, condurre a negare qualunque rilievo al tema della pubblicità delle opinioni dei singoli giudici. Se è vero, infatti, che la *seriatim opinion* caratterizza fortemente la tradizione di *common law*, non è meno vero che esistono deroghe assai significative al principio generale.

Le deroghe riguardano finanche il Regno Unito, giacché la *seriatim opinion* è lo schema decisorio che viene seguito dalle giurisdizioni civili, mentre per quelle penali l'enfasi su esigenze di certezza del diritto ha condotto all'adozione della regola dell'unicità della decisione. Altra eccezione rilevante è quella del *Judicial Committee of the Privy Council*, per il quale l'unicità della decisione è stata motivata dal fatto che l'organo giudica in nome della Corona. Questa motivazione non ha peraltro impedito che, proprio nel *Judicial Committee*, la questione dell'opinione «individuale» si

[2] Su cui v., di recente, W.S. Brewbaker III, *Found Law, Made Law and Creation: Reconsidering Blackstone's Declaratory Theory*, in «Journal of Law & Religion», 2006-2007, 22.
[3] Al riguardo, v., *ex plurimis*, Z. Chafee Jr., *Do Judges Make or Discover Law?*, in «Proceedings of the American Philosophical Society», 1947, 91, pp. 405 ss.

ponesse, al punto che, dopo non poche resistenze, a partire dal 1966, si è aperta la possibilità della manifestazione di orientamenti «minoritari» da parte di singoli giudici.

È comunque soprattutto al di fuori del Regno Unito che la questione dell'opinione concorrente/dissenziente ha catalizzato l'attenzione della dottrina e dell'opinione pubblica, oltre che, ovviamente, della giurisprudenza.

Al riguardo, fondamentale è stata la decisione del *Chief Justice* John Marshall, che, rompendo con la tradizione sino a quel momento seguita anche negli Stati Uniti, impose alla Corte suprema federale di «parlare ad una sola voce», mediante la redazione di una «opinion of the Court». Alla base della scelta veniva addotta l'opportuna di rafforzare l'autorevolezza della Corte e delle sue sentenze; in concreto, però, la *opinion of the Court* rappresentava per Marshall una occasione per puntellare notevolmente il suo potere all'interno del collegio, se è vero che lui stesso si incaricava, come regola, di redigere i testi delle decisioni, quanto meno nelle cause più importanti. Proprio questo obiettivo fu alla base di una forte reazione, sia all'esterno che all'interno del collegio, motivata dall'asserita violazione di un principio fondativo della democrazia statunitense, quale quello di tutela della libertà di manifestazione. Le critiche mosse dal Presidente Thomas Jefferson vennero riprese da uno dei giudici che lui stesso aveva nominato alla Corte suprema, William Johnson, il quale, pur non riuscendo a neutralizzare la politica accentratrice di Marshall, riuscì comunque ad accreditarsi come il primo grande «dissenziente»: facendo, infatti, valere la sua libertà di espressione, Johnson redasse molteplici *opinions* individuali che si ponevano in dissenso rispetto alla *opinion of the Court*[4].

La rottura con la tradizione della *seriatim opinion* non era dunque giunta al punto di annichilire gli orientamenti individuali all'interno della decisione collegiale. Ciò nondimeno, la conservazione della *opinion* individuale, nel mutato contesto, non poteva non condurre anche ad una sua profonda rivisitazione. Innanzi tutto, per il giudice, ciò che in precedenza era un dovere d'ufficio si è trasformato in una facoltà, non potendosi in alcun modo coartare un componente del collegio non in linea con la maggioranza ad esporre pubblicamente i suoi orientamenti. In secondo luogo, l'*opinion* individuale, che per tradizione andava a comporre la decisione finale, salvo poi doversi verificare su quali soluzioni si fosse manifestato un consenso maggioritario, è divenuta una critica, più o meno forte, al *decisum* (*dissenting opinion*) o alla motivazione (*concurring opinion*) della maggioranza.

[4] In ordine a tale vicenda, v., per un'analitica ricostruzione, D.G. Morgan, *The Origin of Supreme Court Dissent*, in «The William and Mary Quarterly», 1953, 10, pp. 353 ss.

La netta differenziazione tra la *opinion of the Court* e la/e *opinion/s* individuale/i diviene più sfumata in casi per certi versi estremi, quelli cioè in cui si abbia una *plurality opinion*, il che avviene quando l'*opinion* che coagula il massimo dei consensi non raggiunge tuttavia la maggioranza dei componenti del collegio[5]. In tale evenienza – come la stessa Corte Suprema ha avuto modo di chiarire – «when a fragmented Court decides a case and no single rationale explaining the result enjoys the assent of five Justices, "the holding of the Court may be viewed as that position taken by those Members who concurred in the judgments on the narrowest grounds"»[6].

La regola della ammissibilità di una *concurring/dissenting opinion*, dagli Stati Uniti, si è diffusa in molte delle giurisdizioni di *common law* (dal Canada all'Australia, a molti altri paesi), tanto che il rigoroso ossequio alla tradizione della *seriatim opinion* è attualmente in larga misura tipico del solo Regno Unito.

In taluni ordinamenti si è andati anche oltre: non solo si è esclusa, in certi casi, la *seriatim opinion*, ma si è addirittura imposta una *single opinion*. Emblematica, al riguardo, è l'esperienza irlandese, dove, fino al 2013, con un emendamento alla Costituzione del 1937 adottato nel 1941, si era previsto che, limitatamente ai giudizi sulla costituzionalità delle leggi, la decisione della Corte Suprema fosse unitaria e non recasse alcuna *opinion* individuale: l'introduzione di un tale vincolo era stata motivata, di nuovo, con la ricerca di forme di garanzia per l'autorità delle decisioni; nel caso specifico, l'aver delimitato l'adozione della *single opinion* al solo controllo di costituzionalità si poteva probabilmente spiegare anche con la necessità di rafforzare particolarmente una funzione che si poneva in netto contrasto con un principio identificativo della tradizione inglese, quale la sovranità parlamentare, da cui, una volta raggiunta l'indipendenza, l'Irlanda intendeva affrancarsi, nonostante che anche la tradizione autoctona si fosse ormai conformata a quella britannica.

3. Le deroghe alla regola tradizionale di molte esperienze di civil law: *l'introduzione dell'opinione individuale da parte delle giurisdizioni costituzionali*

Le esperienze riconducibili al modello di *civil law*, come si è detto, sono

[5] Tra gli esempi più noti figurano quelli delle decisioni sui casi *Furman* v. *Georgia*, 408 U.S. 238 (1972), concernente la (in)costituzionalità della pena di morte, e *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania* v. *Casey*, 505 U.S. 833 (1992), relativo alla regolamentazione dell'interruzione volontaria della gravidanza da parte dello Stato della Pennsylvania.

[6] Il brano è tratto dalla sentenza sul caso *Marks* v. *United States*, 430 U.S. 188, 193 (1977), in cui si cita testualmente la sentenza sul caso *Gregg* v. *Georgia*, 428 U.S. 153, 169, nt. 15 (1976).

caratterizzate dalla unicità della decisione, imputabile al collegio nella sua integralità. Seguendo una dinamica esattamente opposta a quella riscontrata per l'Irlanda, in molti ordinamenti si è affermato il principio secondo cui alla monoliticità della decisione può derogarsi, limitatamente però alla giurisdizione costituzionale. La corte o il tribunale costituzionale risulta dunque essere, per solito, l'unico collegio giudicante dove si offre spazio ai giudici rimasti in minoranza di esprimere pubblicamente i propri orientamenti.

Non si tratta, come è chiaro, di una regola presente ovunque, come ben dimostra, ad esempio, la negazione del potere di redigere opinioni concorrenti e/o dissenzienti da parte dei membri della Corte costituzionale italiana o del *Conseil constitutionnel* francese. In una prospettiva diacronica, tuttavia, può chiaramente avvertirsi una tendenza espansiva della soluzione facoltizzante, che è divenuta una realtà in molti sistemi tradizionalmente poco inclini a rendere pubblici gli equilibri interni di un collegio giudicante.

A titolo esemplificativo, possono brevemente prendersi in considerazione due casi, tra loro piuttosto diversi, quali quello tedesco e quello spagnolo[7].

In Germania, il processo che ha condotto al riconoscimento della possibilità di esprimere opinioni individuali da parte dei componenti del *Bundesverfassungsgericht* ha conosciuto un momento di svolta nell'agosto 1966, quando un caso inerente alla libertà di informazione, e segnatamente alla perquisizione dei locali di un noto periodico (*Der Spiegel*), ha condotto ad una situazione di parità tra i membri del primo senato favorevoli alla declaratoria di incostituzionalità delle disposizioni impugnate e quelli contrari[8]. Tale esito ha condotto ad un rigetto, in ragione della presunzione di costituzionalità che sorregge la legislazione, ma l'importanza della questione ha consigliato l'inserimento, all'interno della decisione, dei diversi punti di vista, con una chiara demarcazione tra quelli favorevoli e quelli contrari al riconoscimento della costituzionalità, pur senza l'indicazione nominativa dei giudici. Questo precedente, che ha avuto una vasta eco nella comunità scientifica, e non solo, è stato all'origine, dopo un lungo processo di gestazione, del formale riconoscimento in sede legislativa del potere di redigere e rendere pubbliche le opinioni difformi da quella della maggioranza: «Un giudice può depositare la propria opinione dissenziente nei confronti della decisione o della motivazione, sostenuta durante

[7] Per ambedue i paesi, può sin da ora rinviarsi alla ricerca condotta dall'Area di diritto comparato del Servizio studi della Corte costituzionale italiana: *L'opinione dissenziente nella prassi del Bundesverfassungsgericht e del Tribunal Constitutional spagnolo*, maggio 2009, consultabile on line alla pagina <www.cortecostituzionale.it/documenti/convegni_seminari/CC_SS_opinione_dissenziente_12012010.pdf> (ultimo accesso 02.03.2016).
[8] BVerfGE 20, 162.

la discussione, con un voto separato [*Sondervotum*]; il voto separato deve essere unito alla decisione. Le Sezioni possono nelle loro decisioni dare atto del risultato della votazione» (art. 30, comma 2°, della Legge istitutiva del *Bundesverfassungsgericht*, come modificata nel 1970).

Grazie a questa riforma, il Tribunale costituzionale federale si è differenziato rispetto alla regola generale che connota l'ordinamento giudiziario tedesco. Sulla scia di questo esempio, il *Sondervotum* è stato riconosciuto anche nell'ambito dei tribunali costituzionali dei *Länder*, ciò che ha contribuito a differenziare ulteriormente la funzione di garanzia giurisdizionale della Costituzione (*recte*, delle costituzioni) da quella generale di amministrazione della giustizia.

Affatto diverso è il caso spagnolo. La regola dell'unicità della decisione non corrisponde, infatti, alla tradizione di quel sistema, nel quale si è invece radicata, a seguito di quanto disposto con l'Ordinanza di Medina del 1489, la prassi dei cc.dd. '*votos reservados*', cioè di decisioni recanti l'esposizione degli orientamenti individuali, che erano però destinati a restare «riservati», a meno che la decisione non fosse oggetto di impugnazione, nel qual caso i «voti» perdevano la loro riservatezza per essere comunicati a giudici e parti.

A questo sistema si era derogato, negli Anni trenta del Novecento, in occasione dell'istituzione del *Tribunal de Garantías Constitucionales*, per il quale si era prevista l'introduzione dell'opinione dissenziente. Si era trattato, però, di una parentesi non particolarmente significativa, sia per la sua durata circoscritta, sia – soprattutto – per l'utilizzo, eccessivamente condizionato da fattori politici, che della facoltà offerta ai giudici si era fatto nella prassi.

Il precedente nazionale, unitamente all'esempio tedesco, deve peraltro aver avuto un rilievo allorché, uscita la Spagna dalla lunga dittatura franchista, il Costituente ha disegnato nelle grandi linee il nuovo sistema di giustizia costituzionale. L'art. 164 della Costituzione del 1978, infatti, stabilisce che «le sentenze del Tribunale costituzionale saranno pubblicate sul Bollettino ufficiale dello Stato, unitamente ai voti particolari, ove espressi».

La previsione costituzionale è stata specificata con la legge organica n. 2/1979, del 3 ottobre, la quale, all'art. 90, comma 2°, ha chiarito che la possibilità di esprimere un voto particolare è vincolata alla circostanza che l'opinione dissenziente sia stata manifestata *durante la decisione della causa*: la precisazione non è, evidentemente, di poco momento, poiché rappresenta un potente argine alla tentazione che può esser propria di un giudice di maturare *ex post* l'intenzione di «distinguersi» dai colleghi.

Se l'introduzione del *voto particular* in Spagna non è priva di legami con quella del *Sondervotum* tedesco, gli antecedenti sono lungi dall'essere sovrapponibili, né lo sono, d'altro canto, le conseguenze: in Germania,

l'opinione concorrente/dissenziente ha distinto i giudici costituzionali dai giudici comuni, mentre per la Spagna è vero il contrario, visto che l'introduzione del voto particolare per il Tribunale costituzionale ha fatto, sostanzialmente, da traino alla sua generalizzazione, avvenuta con l'entrata in vigore della legge organica n. 6/1985, del 1° luglio, sul potere giudiziario, il cui art. 260 ha segnato la fine del sistema dei voti riservati e l'applicazione a tutti i giudici collegiali del voto particolare.

Un'altra differenza tra Germania e Spagna su cui conviene appuntare l'attenzione riguarda la prassi che connota i due supremi garanti della Costituzione. La divaricazione al riguardo appare quanto mai evidente.

In Germania, il voto separato è utilizzato con estrema parsimonia. Se ne ha una conferma osservando le statistiche, dalle quali emerge che, con la sola eccezione del primo anno successivo a quello in cui il *Sondervotum* è stato introdotto, le decisioni nelle quali si è avuto almeno un voto separato non hanno mai superato le dieci unità annuali. Nel lungo periodo, poi, si riscontra una progressiva rarefazione del ricorso a questo strumento, tanto che, addirittura, si sono avuti periodi piuttosto prolungati nei quali nessun voto separato è stato redatto (emblematico è il valore nullo corrispondente all'anno 1998). Il caso tedesco mostra, dunque, un utilizzo che viene limitato a casi che possono dirsi eccezionali, solitamente connotati dall'estrema importanza della decisione o, comunque, dal suo vertere su un argomento particolarmente dibattuto.

Di contro, nell'esperienza spagnola, si è assistito ad una tendenziale crescita del numero di voti particolari, che ha portato ad una situazione, quale quella attuale, in cui circa il 15% delle sentenze rese dal *Tribunal Constitucional* recano almeno un voto particolare. Un dato del genere è indice inequivocabile del fatto che l'utilizzo dell'opinione concorrente/dissenziente ha perduto qualunque connotato di eccezionalità, per prestarsi, semmai, ad un certo quale abuso, talvolta legato alla ricerca di visibilità, quanto meno da parte di alcuni dei «grandi dissenzienti».

Come si vede già dal confronto tra prassi tedesca e prassi spagnola, l'istituto del voto separato può prestarsi a letture ed applicazioni che si differenziano in maniera radicale, magari anche nella sostanziale identità della disciplina normativa che di esso si sia approntata.

4. Argomenti per un dibattito sull'opinione concorrente/dissenziente

La diffusione della possibilità di render pubblica l'opinione individuale di un giudice è stata preceduta e/o ha stimolato un dibattito assai articolato

circa i benefici e le conseguenze negative che l'istituto ha avuto o può avere sul concreto funzionamento degli organi di giustizia costituzionale.

Non è questa la sede per addentrarsi nei dettagli di un tale dibattito. Pare, comunque, opportuno fornire un quadro di riferimento minimale circa gli argomenti più frequentemente evocati. Allo scopo, può essere utile rifarsi alla schematizzazione di Schermers e Waelbroeck[9], i quali individuano almeno quattro grandi argomenti a favore dell'introduzione della *concurring/dissenting opinion*.

Innanzi tutto, l'opinione individuale è uno strumento mediante il quale si garantisce che un più vasto spettro di argomenti giuridici vengano offerti alla pubblica discussione sulle tematiche trattate nella decisione. In secondo luogo, si incrementa il senso di responsabilità dei singoli giudici, incoraggiandoli a compiere uno sforzo supplementare rispetto all'ordinario al fine di formulare con precisione le loro opinioni, il che contribuisce, in generale, a migliorare il prodotto finale della discussione. La pluralità di opinioni favorisce, poi, il dinamismo giurisprudenziale, sull'assunto che l'opinione minoritaria di oggi può diventare quella maggioritaria domani. Infine, come si è visto in relazione al caso statunitense, la possibilità di render pubblici i propri orientamenti è da ritenersi un corollario della libertà di opinione, di cui non possono non godere anche i giudici nell'esercizio delle loro funzioni.

A questi argomenti potrebbero aggiungersene altri. Intanto, l'opinione individuale può agevolare il raggiungimento della decisione, nella misura in cui rende 'libero' un giudice di rimarcare la sua distanza dalla decisione maggioritaria e dunque allontana possibili tentazioni ostruzionistiche. Ancora, l'opinione individuale favorisce la trasparenza dell'*iter* decisorio, traducendosi in un corollario del principio di pubblicità delle decisioni. Infine, si favorisce una maggiore chiarezza del percorso argomentativo, poiché la pubblicità dello iato delle opinioni consente in larga misura di evitare che compromessi adottati al fine di raggiungere una decisione (o, magari, anche solo per rispettare i punti di vista della minoranza) si traducano in una motivazione resa complicata dalla necessità di tener conto delle diverse posizioni emerse.

Per quel che concerne gli argomenti che militano contro l'introduzione del voto separato, Schermers e Waelbroeck individuano, in primo

[9] G. Schermers, D.F. Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, Kluwer Law International, London 2001[4], p. 736. A questa classificazione si è rifatto anche S. Cassese, *Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente*, tenuta in occasione del Seminario del 22 giugno 2009, svoltosi presso il Palazzo della Consulta in Roma, ora in «Quaderni costituzionali», 2009, pp. 973 ss.

luogo, quello collegato all'esigenza di certezza del diritto, che è ovviamente assicurata in maniera più efficace da decisioni monolitiche. Altro argomento di notevole impatto è quello secondo cui la facoltà di esporre l'opinione personale è, sì, espressione di libertà, ma ciò non osta a che rappresenti un pericolo per l'indipendenza dei singoli giudici, i quali non potranno più trincerarsi dietro lo schermo del collegio per resistere ad eventuali pressioni indebite dall'esterno. Ancora, se in certi casi, come si è detto, l'opinione individuale può agevolare il raggiungimento di una maggioranza, rappresentando un'alternativa all'ostruzionismo di qualche giudice, in altri casi la sua assenza può avere effetti analoghi, nella misura in cui può favorire compromessi all'interno del collegio che non potrebbero proporsi qualora i singoli giudici fossero messi nelle condizioni di poter (e di fatto dover) dare conto dei propri orientamenti al pubblico. Infine, un giudice che redige un'opinione individuale si espone a tal punto verso la comunità scientifica e l'opinione pubblica che difficilmente si sentirà libero, *pro futuro*, di mutare avviso, smentendosi in maniera plateale: per tal via, l'opinione concorrente/dissenziente può risultare un veicolo di irrigidimento delle posizioni assunte.

Oltre a questi argomenti, quelli che potrebbero addursi riguardano l'affievolimento dell'autorevolezza delle decisioni e, a lungo andare, in presenza di un collegio sovente spaccato, anche dell'istituzione[10]. Non può non constatarsi, poi, che l'opinione concorrente/dissenziente favorisce sensibilmente la lettura 'politicizzata' delle decisioni, contribuendo ad accreditare l'idea che i giudici costituzionali siano condizionati dall'esterno o, in qualche caso, che siano eccessivamente influenzati da approcci ideologici.

La somma degli argomenti, che ci si è limitati qui ad elencare non senza pretermissioni, rende evidente la complessità della tematica in discorso e, al contempo, la delicatezza della scelta circa l'*an* dell'introduzione del voto separato nel funzionamento degli organi di giustizia costituzionale.

Una dimostrazione eloquente di quanto possa essere rilevante l'opzione da compiere è data dall'esperienza italiana, nella quale l'opinione dissenziente rappresenta un tema 'carsico', che a periodi emerge con forza, salvo poi tornare in secondo piano. Nel dibattito, che dura ormai da decenni[11], è intervenuta più volte anche la Corte costituzionale, presso la quale, ad esempio, si sono organizzati ben due incontri sul tema, l'uno nel

[10] Il caso del giudizio di costituzionalità sullo statuto della Catalogna, deciso nel 2010 dal Tribunale costituzionale spagnolo (STC 31/2010), è emblematico al riguardo.
[11] Almeno a far tempo dalla pubblicazione del volume *Le opinioni dei giudici costituzionali e internazionali*, a cura di C. Mortati, Giuffrè, Milano 1964.

1993[12] e l'altro, incentrato sul diritto comparato, nel 2009[13].

Avendo riguardo precipuamente al caso italiano, ciò che pare di poter dire, a mo' di conclusione, è che la valutazione circa l'opportunità o meno di introdurre il voto separato pare fortemente influenzata da due categorie di contingenze.

Per un verso, rilevano gli equilibri interni al collegio: di fronte ad un collegio che tende a spaccarsi, si avverte la necessità di garantire maggiormente le minoranze (è, del resto, ciò che è avvenuto in Germania nel caso *Der Spiegel*). Se le spaccature sono frequenti (e riguardano questioni importanti) e se la consistenza della maggioranza non è soverchiante rispetto a quella della minoranza, l'esigenza di dar voce anche a quest'ultima si accentua; di contro, in un collegio nel quale c'è armonia, la frequenza di decisioni adottate in modo consensuale rende la pubblicità dell'opinione dissenziente meno avvertita come necessaria.

Per altro verso, una incidenza non trascurabile è da attribuirsi alla situazione politico-istituzionale, ed in particolare al grado di legittimazione del giudice costituzionale nel sistema: un giudice costituzionale afflitto da tentativi di delegittimazione *ab externo* è meno portato ad aprirsi, perché il parlare ad una sola voce si rivela, in questi casi, un'arma insostituibile di rafforzamento dell'autorevolezza delle decisioni assunte.

Abstract

La struttura delle decisioni dei giudici costituzionali è fortemente influenzata dall'appartenenza di un ordinamento alla tradizione di *civil law* o di *common law*. La corrispondente alternativa tra la matrice unitaria della decisione collegiale e la *seriatim opinion* conosce, tuttavia, alcune deroghe, la più significativa delle quali è probabilmente data dall'introduzione delle opinioni concorrenti e dissenzienti in molte corti costituzionali dei sistemi di *civil law*.

[12] I cui atti sono stati pubblicati in *L'opinione dissenziente*, a cura di A. Anzon, Giuffrè, Milano 1995.
[13] V. *supra*, nota 9.

Giorgio Giuseppe Poli

La ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare[*]

SOMMARIO: 1. Le previgenti ipotesi di ricerca dei beni del debitore da parte dell'ufficiale giudiziario – 2. Inquadramento sistematico del nuovo istituto – 3. Requisiti generali della nuova ricerca telematica dei beni da pignorare – 4. L'istanza di accesso alla ricerca e i costi a carico del creditore procedente – 5. L'autorizzazione giudiziale – 6. L'accesso mediante collegamento telematico diretto dell'ufficiale giudiziario – 7. L'accesso alle banche dati del creditore procedente tramite i gestori – 8. Esito delle ricerche telematiche e compimento delle operazioni di pignoramento – 9. I compensi dell'ufficiale giudiziario – 10. La concreta operatività della riforma – 11. Ulteriori casi di applicazione delle disposizioni per la ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare

1. Le previgenti ipotesi di ricerca dei beni del debitore da parte dell'ufficiale giudiziario

Il nostro codice di rito conosceva già, prima dell'avvento del d.l. 132/2014, uno strumento di indagine sui beni nascosti compresi nel patrimonio del debitore, azionabile su impulso del creditore procedente: esso era contemplato dall'art. 492, 7° comma, c.p.c., introdotto dalla l. 52/2006, alla cui stregua (su richiesta appunto del creditore procedente) l'ufficiale giudiziario «in ogni caso» e in particolare «quando non individua beni utilmente pignorabili oppure le cose e i crediti pignorati o indicati dal debitore appaiono insufficienti a soddisfare il creditore procedente e i creditori intervenuti» era investito del potere/dovere di rivolgere una richiesta per la ricerca di beni del debitore da sottoporre ad esecuzione «ai soggetti gestori dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche».

Si discuteva se tale procedura fosse azionabile in via sussidiaria, solo dopo aver tentato (con esito negativo) il previo 'interpello' del debitore ai sensi dell'art. 492, 4° e 6° comma, c.p.c., con cui quest'ultimo – appurato

[*] Scritto già pubblicato in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, a cura di D. Dalfino, Giappichelli, Torino 2015 [aggiornamento on line 2016, in <www.giappichelli.it> (ultimo accesso 01.03.2016)].

che i beni pignorati erano insufficienti per la soddisfazione del creditore o che ne appariva manifesta la lunga durata della liquidazione – veniva invitato dall'ufficiale giudiziario ad indicare «ulteriori beni utilmente pignorabili, i luoghi in cui si trovano ovvero le generalità dei terzi debitori»[1]; ovvero se, al contrario, potesse essere esperita anche parallelamente ed indipendentemente dal previo invito alla collaborazione del debitore[2].

Parimenti controverso era se la richiesta di informazioni all'anagrafe tributaria e ad altre banche dati pubbliche da parte dell'ufficiale giudiziario presupponesse necessariamente un precedente 'pignoramento negativo' (per mancanza di beni o per la loro insufficienza a soddisfare il creditore)[3] ovvero fosse azionabile anche in tutti i casi in cui, per qualsiasi motivo, il pignoramento non fosse stato eseguito (ad esempio per irreperibilità del debitore)[4].

È certo, invece, che la procedura di interrogazione non poteva essere attivata prima dell'avvio della procedura esecutiva, a scopo esplorativo ed in vista della individuazione dei beni da sottoporre a pignoramento, atteso che il tenore della norma (nella parte in cui disponeva che l'ufficiale giudiziario potesse rivolgere richiesta ai gestori delle banche dati solo se «non individua beni utilmente pignorabili» o «le cose e i crediti pignorati

[1] In questo senso v. A. Saletti, *Le novità in materia di pignoramento e di ricerca dei beni da espropriare*, in «Riv. esec. Forzata», 2005, p. 753; A. Ronco, in *Le recenti riforme del processo civile*, Commentario diretto da S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna 2007, p. 654; G. Miccolis, *Il pignoramento in generale*, in *L'esecuzione forzata riformata*, a cura di G. Miccolis e C. Perago, Giappichelli, Torino 2009, p. 63. Sulle conseguenze penali derivanti, in forza dell'art. 388, c.p., a carico del debitore esecutato a seguito della omessa risposta nel termine prescritto dalla legge all'invito rivoltogli dall'ufficiale giudiziario v. Cass. 26 aprile 2012, n. 26060, in «Foro it.», 2013, II, col. 300.

[2] Cfr. E. Merlin, *L'atto di pignoramento in generale e la ricerca dei beni da pignorare*, in *Il processo civile di riforma in riforma*, Wolters Kluwer, Milano 2006, cap. II, p. 19; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, CEDAM, Padova 2014[5], p. 320.

[3] V. la Circolare del 14 marzo 2007 del Ministero della Giustizia, in <www.ufficialigiudiziari.net> (ultimo accesso 01.03.2016) secondo cui la disposizione di cui all'art. 492, 7° comma, c.p.c. presuppone «verbali di pignoramento negativi, insufficienti per garantire il creditore procedente o che siano divenuti insufficienti a seguito di interventi di altri creditori». La successiva Circolare del 17 settembre 2008 aveva chiarito che «la redazione di un verbale di pignoramento che si qualifichi semplicemente come "mancato", in quanto rinvenuto domicilio chiuso da parte dell'ufficiale giudiziario al momento dell'accesso, non appare presupposto sufficiente per l'espletamento dell'indagine patrimoniale sul debitore, in quanto è mancata una ricerca effettiva dei beni e delle cose appartenenti a quest'ultimo nell'ambito del suo domicilio».

[4] V., in questo senso, Trib. Mantova 19 giugno 2008, in «Giur. it.», 2009, pp. 687 ss., con nota di P. Gobio Casali. In dottrina v., da ultimo, M.A.P. Francola, in *La nuova riforma del processo civile*, a cura di F. Santangeli, Dike giuridica, Roma 2015, p. 287.

o indicati dal debitore appaiono insufficienti a soddisfare il creditore procedente e i creditori intervenuti») supponeva che all'ufficiale giudiziario fosse stato preventivamente almeno richiesto il compimento degli atti esecutivi[5].

Anche a causa della collocazione dell'istituto nell'ambito di una procedura esecutiva già avviata – e dunque sotto la vigilanza del giudice dell'esecuzione: v. art. 484, 1° comma, c.p.c. – il legislatore aveva ritenuto di svincolare la richiesta del creditore dalla necessità di qualsiasi preventiva autorizzazione giudiziale[6].

Merita ricordare infine che l'istituto non consentiva l'accesso diretto in via telematica ai dati da parte dell'ufficiale giudiziario, ma supponeva la necessaria cooperazione dei gestori delle banche dati, che dovevano provvedere materialmente alle procedure di interrogazione; né consentiva al creditore l'acquisizione integrale delle informazioni reperite dall'ufficiale giudiziario all'esito della richiesta ai gestori[7].

2. Inquadramento sistematico del nuovo istituto

Su questo terreno si innesta l'art. 19, 1° comma, lett. *c*) e *d*), del d.l. 132/2014 (conv. con mod. dalla l. 162/2014) che, dopo aver disposto l'abrogazione del richiamato 7° comma dell'art. 492, c.p.c.[8], ha introdotto

[5] V. in questo senso M. Bove, *Il pignoramento*, in *Le riforme più recenti del processo civile*, a cura di G. Balena e M. Bove, Laterza, Roma-Bari 2006, p. 151; Soldi, *Manuale dell'esecuzione*, cit., p. 321, secondo cui riconoscere che l'interrogazione sia esperibile anche prima dell'avvio dell'esecuzione forzata concederebbe all'ufficiale giudiziario un potere estraneo alle sue funzioni tipiche e del tutto peculiare, perché esercitabile al di fuori di qualsiasi controllo giurisdizionale; più di recente F. Valerini, *La ricerca dei beni da pignorare*, in *Processo civile efficiente e riduzione dell'arretrato*, a cura di F.P. Luiso, Giappichelli, Torino 2014, p. 54.

[6] Autorizzazione invece richiesta dall'art. 492, 6° comma, c.p.c., introdotto dalla l. 80/2005 (e poi abrogato dalla l. 52/2006) secondo cui «in ogni caso l'ufficiale giudiziario, ai fini della ricerca delle cose da sottoporre ad esecuzione, può, su richiesta del creditore e previa autorizzazione del giudice dell'esecuzione, rivolgere richiesta ai soggetti gestori dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche». Sul punto Miccolis, *Il pignoramento*, cit., 64, osserva che il legislatore della l. 52/2006 aveva evidentemente ritenuto l'autorizzazione giudiziale di ostacolo alla celerità dell'iniziativa ed alla esigenza di tenere nascosta questa al debitore per evitare le sue probabili contromosse.

[7] La citata Circolare del 14 marzo 2007 chiariva che, nel silenzio della legge, acquisite le informazioni patrimoniali a seguito dell'accesso all'Anagrafe tributaria ed alle altre banche dati pubbliche, la comunicazione dell'ufficiale giudiziario al creditore procedente dovesse essere limitata in proporzione al valore del credito azionato aumentato della metà.

[8] È rimasto in vigore, invece, l'8° comma dell'art. 492, c.p.c. (ora divenuto 7° comma), che disciplina la procedura di ricerca dei beni da pignorare (sempre esperita dall'ufficiale giudiziario su richiesta del creditore procedente) nei confronti del debitore-imprenditore

nel codice di rito l'art. 492-*bis*, disciplinante il nuovo istituto della «ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare».

La disposizione, inserita non a caso nel capo della riforma (il V) relativo alle misure per «la tutela del credito e l'accelerazione del processo di esecuzione forzata»[9], punta a migliorare l'efficienza e la fruttuosità di quei procedimenti, di esecuzione mobiliare presso il debitore e di espropriazione presso terzi[10], caratterizzati dalla presenza di beni più facilmente occultabili dal debitore, tentando di sopperire alla tradizionale «asimmetria informativa esistente tra i creditori e i debitori»[11] in merito agli *assets* patrimoniali di quest'ultimo, mediante l'ampliamento dei poteri di indagine dell'ufficiale giudiziario.

La novella ha previsto l'istituzione di una nuova modalità di ricerca telematica tramite accesso diretto dell'ufficiale giudiziario alle banche dati pubbliche e private, al fine di reperire eventuali beni (mobili o crediti) del

commerciale, mediante l'esame delle scritture contabili indicate da quest'ultimo, compiuto da un professionista incaricato dall'ufficiale giudiziario stesso. Sulla disposizione v. Trib. Milano 7 gennaio 2008, in «Giur. it.», 2008, p. 2277, con nota di M.C. Giorgetti, nel senso che «i poteri d'indagine relativi alle scritture contabili di cui all'art. 492, 8º comma, c.p.c., giusta la formulazione dell'art. 2214, c.c., si estendono non solo ai libri obbligatori per definizione, ma anche a tutte le scritture contabili richieste dalla natura e dimensione dell'impresa, nonché, per ciascun affare, alle lettere, alle fatture ai telegrammi a supporto delle scritture contabili dell'imprenditore».

[9] L'art. 19 del d.l. 132/2014, che ha introdotto il nuovo art. 492-*bis*, c.p.c., è invece rubricato *Misure per l'efficienza e la semplificazione del processo esecutivo*. La nuova disposizione è stata salutata con un (cauto) favore dai primi commentatori: v. in questo senso C. Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sullo equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in «Corriere giur.», 2014, p. 1180, che inserisce la disposizione di cui all'art. 492-*bis* tra quelle volte alla «rastremazione del nostro processo esecutivo, che ad oggi si mostra ben poco attraente e così scoraggia un po' tutti i creditori»; G. Finocchiaro, *Autonome le ricerche con modalità telematiche*, in «Guida al dir.», 2014, 40, pp. XLIX ss., che sottolinea l'importanza pratica dell'innovazione; A. Carratta, P. D'ascola, *Nuove riforme per il processo civile: il D.L. n. 132/2014*, in <www.treccani.it> , § 2.6 (ultimo accesso 01.03.2016), che parlano di novità importante ai fini di una maggiore efficienza del processo esecutivo. Critico verso l'introduzione della nuova norma V. Tavormina, *Eliminare dal processo gli ostacoli agli investimenti (privati)*, in <www.judicium.it> , § 3 (ultimo accesso 01.03.2016), il quale stigmatizza la scelta del legislatore italiano di scartare le soluzioni statunitensi, inglese, francese e spagnola che consentono allo stesso creditore (senza alcuna autorizzazione giudiziale) o all'ufficiale giudiziario di costringere qualsiasi terzo a dichiarare se detenga beni del debitore o sia debitore nei confronti di questi.

[10] Il pignoramento immobiliare non è invece contemplato tra i procedimenti azionabili *ex* art. 492-*bis*, c.p.c., in quanto in relazione a questo non si rivela di particolare utilità il ricorso alle ricerche telematiche, potendo il creditore accedere liberamente e senza necessità di autorizzazione alle banche dati dell'Agenzia del Territorio ove sono censite le proprietà immobiliari.

[11] V. la Relazione illustrativa al d.l. 132/2014 *sub* art. 19.

debitore e di orientare in anticipo la scelta del creditore sulla procedura da azionare e sui beni da aggredire.

Il sistema aspira così ad allinearsi a quello di molti altri paesi comunitari, ove le tecniche di *compulsory revelation of assets* con conseguenze penali a carico del debitore (reticente o mendace) sono state progressivamente abbandonate in favore dei sistemi di indagine sul patrimonio del debitore[12]: in Francia è ad esempio previsto che l'ufficiale giudiziario, qualora il debitore si rifiuti di comunicare le generalità del proprio datore di lavoro o gli estremi del proprio conto corrente, possa ottenere informazioni presso l'Amministrazione finanziaria[13]; in Spagna e in Gran Bretagna, l'autorità giudiziaria ha il potere di disporre indagini patrimoniali sul debitore, quando quest'ultimo si rifiuti di rendere le notizie richieste; in Germania è prevista una 'lista di proscrizione' dei debitori consultabile da chiunque, ed è consentita al creditore la possibilità di chiedere, con l'istanza di esecuzione rivolta all'ufficiale giudiziario, l'inventario dei beni del debitore ancor prima di esperire un pignoramento infruttuoso[14]; in Austria, Slovenia ed Estonia (come chiarito anche dalla relazione illustrativa al d.l. 132/2014) è concessa al creditore la possibilità di interrogare le banche dati pubbliche prima dell'avvio dell'esecuzione.

A dire il vero, senza bisogno di varcare i confini nazionali, un procedimento analogo a quello oggi introdotto dalla riforma era già stato disciplinato nell'art. 18 della l. 3/2012, che conferisce agli organismi deputati alla composizione della crisi da sovraindebitamento la facoltà di accedere, previa autorizzazione giudiziale, «ai dati contenuti nell'anagrafe tributaria, nei sistemi di informazioni creditizie, nelle centrali rischi e nelle altre banche dati pubbliche, nel rispetto delle disposizioni contenute nel codice in materia di protezione dei dati personali, di cui al decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196» per il monitoraggio dei beni del debitore ai fini della conclusione dell'accordo di ristrutturazione.

3. Requisiti generali della nuova ricerca telematica dei beni da pignorare

La norma segna una netta discontinuità rispetto al sistema di indagine

[12] V. In questo senso F. Auletta, *La dichiarazione del debitore sulla propria responsabilità patrimoniale: per un ripensamento dei sistemi di* «compulsory revelation of assets» a due secoli dall'abolizione dell'arresto per debiti, in «Riv. esecuzione forzata», 2014, pp. 232 ss.
[13] Sui sistemi di ricerca dei beni nell'ordinamento francese cfr. A. Nascosi, *Il nuovo* Code des procedures civiles d'execution *in Francia tra esigenze di rinnovamento e tradizione*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 2013, p. 953; Soldi, *Manuale dell'esecuzione*, cit., p. 319.
[14] V. § 802f, 1° e 2° comma, *ZPO*.

basato sul previgente art. 492, 7° comma, c.p.c., sotto almeno tre profili: *a*) esperibilità della ricerca telematica prima dell'avvio dell'esecuzione forzata; *b*) necessità della preventiva autorizzazione giudiziale; *c*) previsione di modalità di accesso telematico diretto alle banche dati da parte dell'ufficiale giudiziario.

Quanto al primo aspetto, il 1° comma dell'art. 492-*bis*, c.p.c., prevede che, onde concedere l'autorizzazione a disporre la ricerca telematica dei «beni da pignorare», il presidente del tribunale sarà chiamato a verificare «il diritto della parte istante» (*i.e.* del creditore) «a procedere ad esecuzione forzata»: la dizione della norma è sufficientemente netta («il diritto a procedere ad esecuzione»; «i beni da pignorare») nel sancire che la nuova modalità di ricerca è utilizzabile dal creditore procedente in via esplorativa, prima del pignoramento, proprio per decidere l'oggetto della futura espropriazione (mobiliare presso il debitore o presso terzi)[15].

La locuzione normativa secondo cui il giudice (il presidente del tribunale o, come si vedrà più oltre, anche un giudice da questi delegato) chiamato a concedere la suddetta autorizzazione è tenuto a verificare «il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata» va correttamente letta nel senso che il creditore istante sarà tenuto ad esibire, all'atto dell'istanza, non solo il titolo esecutivo, ma anche il precetto con la prova della notifica al debitore esecutato[16].

[15] Sul punto sia consentito rinviare a G.G. Poli, *Modifiche in tema di iscrizione a ruolo della procedura esecutiva, di ricerca dei beni da pignorare e di chiusura anticipata del processo esecutivo*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato*, in «Foro it.», 2015, V, col. 86. Per la natura esplorativa dell'art. 492-*bis*, c.p.c., v., in *obiter dictum*, Cass. 3 aprile 2015, n. 6833, in <www.lanuovaproceduracivile.com> (ultimo accesso 01.03.2016)

[16] In questo senso v., prima delle riforme del 2015, A.M. Soldi, *La ricerca dei beni da pignorare*, in *Formulario dell'esecuzione forzata*, CEDAM, Padova 2015, p. 253; M. Gradi, *Misure per l'«efficienza» del processo esecutivo*, in *Inefficienza della giustizia civile e «fuga dal processo»*, Edizioni Leone, Messina 2014, p. 30, spec. nota 46; A. Ronco, *Una bilancia più piccola e una spada più tagliente per la giustizia civile: il d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito nella l. 10 novembre 2014, n. 162 (con una prima lettura del disegno di legge delega per la riforma della giustizia civile)*, in *Trasformazioni e riforme del processo civile. Dalla l. 69/2009 al d.d.d. delega 10 febbraio 2015*, a cura di C. Besso *et al.*, Zanichelli, Bologna 2015, p. 77; Valerini, *La ricerca dei beni*, cit., p. 56, il quale condivisibilmente aggiunge che il giudice debba anche valutare ai fini della autorizzazione il decorso del termine dilatorio del precetto *ex* art. 480, c.p.c.; M.A.P. Francola, in *La nuova riforma*, cit., p. 293, secondo cui peraltro il giudice che concede l'autorizzazione sarebbe chiamato a valutare anche l'efficacia del precetto ai sensi dell'art. 481, c.p.c., onde evitare di procedere a ricerche in assenza di uno dei presupposti prescritti per l'esecuzione del pignoramento; A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. 132/2014*, in «Corriere giur.», 2015, p. 406, secondo cui il termine di efficacia del precetto *ex* art. 481, c.p.c., è osservato (e cioè ne è impedita la decadenza) con il solo deposito della istanza di ricerca telematica *ex* art. 492-*bis* da parte del creditore; in senso conforme, su quest'ultimo punto, v. D. Longo, *La ricerca telematica dei*

Tale interpretazione, già sostenibile in forza del testo originario dell'art. 492-*bis* (per i motivi meglio evidenziati appresso), trova oggi sicura conferma nelle modifiche apportate dagli artt. 13 e 14 del d.l. 83/2015 (successivamente convertito, con modificazioni, dalla l. 132/2015) al testo degli artt. 492-*bis*, c.p.c., e 155-*quinquies*, disp. att. c.p.c.

La novella del 2015 ha infatti, in primo luogo, soppresso la parola «procedente» che, prima degli ultimi interventi, figurava sempre accostata alla parola «creditore» tanto nel primo comma dell'art. 492-*bis*, c.p.c. («su istanza del creditore procedente»), quanto in quello dell'art. 155-*quinquies*, disp. att. c.p.c. («il creditore procedente […] può ottenere dai gestori»): va perciò definitivamente accantonata quell'esegesi[17] che aveva ravvisato, nell'utilizzo della locuzione «creditore procedente», l'intenzione del legislatore di esigere il necessario compimento di un pignoramento

beni da pignorare e l'efficacia nel tempo dell'atto di precetto, in corso di pubblicazione in «Riv. dir. proc.», §§ 4 ss. Nel senso che all'istanza del creditore vadano acclusi titolo esecutivo e precetto v., da ultimo, le *Linee guida per l'applicazione della riforma delle esecuzioni civili di cui al D.L. 132/2014* redatte dal Tribunale di Genova in data 9 dicembre 2014, in <www.ordineavvocatigenova.it> (ultimo accesso 01.03.2016); nonché le *Linee guida in materia di esecuzioni civili a seguito dell'entrata in vigore della riforma operata con D.L. 132/2014* dell'Ordine degli avvocati di Parma in <www.ordineavvocatiparma.it> (ultimo accesso 01.03.2016). In senso diverso, ma prima delle riforme del 2015, v. M. Bove, *La nuova disciplina in materia di espropriazione del credito*, in «Nuove leggi civ. comm.», 2015, p. 12, secondo cui la possibilità di proporre l'istanza anche prima della notificazione del titolo esecutivo e del precetto avrebbe reso il meccanismo più utile per i creditori.

[17] In questo senso si erano espressi F. De Stefano, *Gli interventi in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 132/2014*, in «Riv. esecuzione forzata», 2014, p. 789, il quale tuttavia aveva prospettato anche una interpretazione alternativa alla cui stregua per «creditore procedente» avrebbe potuto intendersi anche colui che, munito di titolo esecutivo, si accinga a procedere ad esecuzione forzata; S. Ziino, *Le novità in materia di ricerca dei beni da pignorare e le disposizioni sulla espropriazione degli autoveicoli*, in *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quinquennio 2010-2014*, a cura di C. Punzi, Giappichelli, Torino 2015, pp. 487 s., secondo cui l'espressione «creditore procedente» avrebbe dovuto indurre a ritenere che l'istanza potesse essere presentata dal creditore solo dopo aver promosso l'espropriazione forzata e, quindi, dopo aver eseguito (o almeno tentato) un pignoramento ai danni del debitore. In giurisprudenza, invece, nel senso che per «creditore procedente» dovesse intendersi il soggetto che ha diritto di procedere ad esecuzione forzata e quindi munito di titolo esecutivo e «non il soggetto che ha già intrapreso l'esecuzione, essendo appunto la procedura deputata la ricerca dei beni con modalità telematiche e quindi prodromica ad una più efficace esecuzione forzata ancora da intraprendere» v. Trib. Mantova, 3 febbraio 2015, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 01.03.2016); conf. Trib. Pavia, 25 febbraio 2015, *ibid.*, secondo cui la norma non richiede un previo tentativo di pignoramento e il «creditore procedente» non è colui che «ha già proceduto ma che intende procedere ad esecuzione». In senso conforme su quest'ultimo punto, in dottrina, cfr. C. Spaccapelo, *sub art. 492*-bis, in *Codice dell'esecuzione forzata*, a cura di E. Vullo, Giuffrè, Milano 2015, p. 171.

(eseguito o almeno tentato) prima della presentazione dell'istanza di ricerca telematica dei beni da pignorare[18].

Al contempo, lo stesso art. 13 lett. *ff*) del d.l. 83/2015 ha chiarito, mediante l'inserimento di un nuovo periodo alla fine del primo comma dell'art. 492-*bis*, c.p.c., che l'istanza di ricerca telematica non potrà essere proposta prima del decorso del termine ad adempiere indicato nel precetto (e comunque non inferiore a dieci giorni dalla notifica dello stesso) ai sensi dell'art. 482, c.p.c.

Non pare più sostenibile, allora, la ricostruzione prospettata prima degli ultimi ritocchi normativi del 2015 secondo cui la fase dell'istanza *ex* art. 492-*bis* delineerebbe un autonomo procedimento di volontaria giurisdizione, volto ad ottenere la sola autorizzazione alla ricerca telematica ed azionabile dal creditore che non ha ancora notificato gli atti preliminari all'esecuzione, su cui graverebbe anche l'onere, una volta ottenuta l'autorizzazione giudiziale, di formulare una espressa richiesta di ricerca e pignoramento rivolta all'ufficiale giudiziario[19].

Al contrario, la previsione che detta istanza debba, di regola, essere preceduta dalla notifica del titolo in forma esecutiva e del precetto (art. 479, c.p.c.), conferma l'opposta lettura nel senso della unitarietà del procedimento che, avviato con l'istanza di autorizzazione presentata dal creditore, prosegue senza soluzione di continuità verso il pignoramento: l'assenza di ulteriori oneri del creditore a seguito dell'ottenimento della autorizzazione alla ricerca e il tenore dell'art. 492-*bis*, nella parte in cui prevede che, con l'autorizzazione di cui al 1° comma, «il presidente […] dispone che l'ufficiale giudiziario acceda […] ai dati» costituivano d'altronde, già prima degli ultimi interventi, indici normativi incontrovertibili di come l'istanza del creditore si atteggiasse a vera e propria richiesta di pignoramento in grado di dare avvio, senza ulteriore impulso del creditore e sol che la ricerca sortisse esito fruttuoso, all'azione esecutiva[20].

[18] Ovviamente, nulla esclude che l'istanza di ricerca telematica possa essere presentata da un creditore che abbia già promosso un pignoramento risultato (in tutto o in parte) insufficiente: di questo avviso anche D. Micali, *La ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare*, in «Giur. it.», 2015, p. 1768.

[19] In questo senso si veda, in particolare, G. Fanticini, F. Ghiacci, *L'esecuzione civile*, Giappichelli, Torino 2015, pp. 138 ss.

[20] V. in questo senso, dopo la riforma del d.l. 83/2015, Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 483; Longo, *La ricerca telematica dei beni da pignorare*, cit., § 3, secondo cui l'istanza di ricerca può ritenersi sostitutiva dell'istanza di pignoramento, se pur ad oggetto indeterminato, dando vita ad un sub-procedimento potenzialmente idoneo a sfociare, senza soluzione di continuità, nel pignoramento; Micali, *La ricerca con modalità telematiche*, cit., p. 1768. In giurisprudenza, prima della riforma di cui al d.l. 83/2015, nel senso che non fosse necessaria la preventiva notifica del precetto, ma solo l'esibizione del titolo esecutivo,

Il tenore della norma novellata esclude, al contempo, che il creditore sia (almeno di regola) legittimato a provvedere alla notifica del precetto contestualmente o subito dopo il deposito dell'istanza di autorizzazione alla ricerca telematica, salvo l'onere di consegnare l'atto notificato all'ufficiale giudiziario prima del materiale compimento delle operazioni di pignoramento[21]: prassi, questa, che risponderebbe all'esigenza di impedire al debitore, allertato dalla notifica del precetto, di inficiare gli esiti della ricerca telematica e del successivo pignoramento mediante eventuali iniziative volte a depauperare il patrimonio.

L'esigenza è stata però avvertita dal legislatore del 2015 (art. 13, lett. *ff-b*, d.l. 83/2015) che ha previsto, come eccezione al fisiologico *modus procedendi*, la possibilità che il creditore alleghi (e sia in grado di dimostrare almeno sommariamente) una situazione di «pericolo nel ritardo»[22], al ricorrere della quale il presidente del tribunale potrà autorizzare la ricerca telematica dei beni anche prima della notificazione del precetto.

In quest'ultimo caso (v. art. 13, lett. *ff*, comma 2°, d.l. 83/2015 aggiunto in fase di conversione nella l. 132/2015) si è conseguentemente previsto che il precetto (notificato contestualmente o dopo l'effettuazione della ricerca telematica) debba comunque essere «consegnato o trasmesso» dal creditore all'ufficiale giudiziario «prima che si proceda al pignoramento», con ciò intendendosi che, mentre la ricerca telematica dei beni potrà avvenire «a sorpresa», *i.e.* all'insaputa del debitore, l'avvio dell'azione esecutiva non potrà mai aversi se non dopo il decorso del termine ad adempiere indicato nel precetto già notificato al debitore.

Il creditore avrà quindi l'onere di consegnare (se in cartaceo, *brevi manu*) o trasmettere (se in formato informatico o per posta) l'atto all'ufficiale giudiziario[23], affinché questi possa iniziare le materiali operazioni

ai fini dell'ammissibilità dell'istanza di ricerca v. Trib. Mantova, 3 febbraio 2015, cit.; Trib. Pavia, 25 febbraio 2015, cit. Per la necessità della preventiva notifica del precetto v., invece, Trib. Catania, 27 maggio 2015, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

[21] Tale possibilità era invero astrattamente ipotizzabile alla luce del testo originario dell'art. 492-*bis*, c.p.c. che poneva, quale unica condizione per la concessione della autorizzazione, la verifica del diritto della parte istante a «procedere ad esecuzione forzata»: sul punto sia consentito rinviare a Poli, *Modifiche in tema di iscrizione a ruolo della procedura esecutiva*, cit., pp. 85 s. nota 15.

[22] Il «pericolo nel ritardo» è, d'altronde, la condizione prevista dall'art. 482, c.p.c., affinché il Presidente del tribunale competente per l'esecuzione (o un giudice da lui delegato) possa autorizzare l'esecuzione immediata, con o senza cauzione, e dunque l'avvio della procedura senza il decorso del termine ad adempiere per il debitore. Ciò pare avvalorare, una volta di più, la tesi secondo cui l'istanza di autorizzazione alla ricerca telematica è in effetti percepita dal legislatore come una vera e propria richiesta di pignoramento, anche se ancora generica, cui, di regola, non dovrà seguire alcun ulteriore atto di impulso del creditore.

[23] Il tenore della norma novellata sembra insomma escludere l'eventualità che il pignoramento

di pignoramento contemplate nei commi 3° e ss. dell'art. 492-*bis*, c.p.c.

La lettura appena prospettata, secondo cui l'istanza di ricerca telematica deve essere preceduta dal compimento degli atti prodromici all'inizio dell'esecuzione forzata (notifica del titolo e del precetto), atteggiandosi come vera e propria richiesta di pignoramento da parte del creditore istante, poteva senz'altro desumersi, anche prima delle ultime riforme del 2015, dalla piana analisi dei commi 3° e 5° dell'art. 492-*bis*, alla cui stregua, in caso di esito fruttuoso delle interrogazioni informatiche, all'istanza del creditore dovrà seguire immediatamente senza soluzione di continuità, e senza ulteriore impulso da parte creditore istante, il pignoramento dei beni (cose o crediti) del debitore da parte dell'ufficiale giudiziario[24].

Le uniche eccezioni a questo fisiologico *modus procedendi* (erano) e sono disciplinate dal combinato disposto dei commi 6° e 7° dell'art. 492-*bis* e dell'art. 155-*ter*, comma 2°, disp. att. c.p.c., per cui il creditore, all'esito della ricerca telematica, dovrà essere nuovamente interpellato dall'ufficiale giudiziario per scegliere quali beni sottoporre ad esecuzione (peraltro, in un termine a pena di inefficacia), allorché l'accesso abbia consentito di individuare una molteplicità di crediti del debitore o di cose di quest'ultimo nella disponibilità di terzi ovvero simultaneamente cose che si trovano in luoghi appartenenti al debitore e crediti o cose del debitore nella disponibilità di terzi[25].

possa essere eseguito prima della ricezione, da parte del debitore, della notifica del precetto (che dunque dovrà avvenire, nei casi di «pericolo nel ritardo», nel lasso di tempo intercorrente tra l'effettuazione della ricerca telematica e il compimento del pignoramento ad opera dell'ufficiale giudiziario). Questa eventualità è stata recentemente presa in considerazione da Cass. 12 febbraio 2015, n. 2742, in «Foro it.», Rep. 2015, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 15, che ha ritenuto legittimo «il pignoramento presso terzi eseguito prima del perfezionamento della notificazione del precetto nei confronti del debitore» qualora «sia stata concessa l'autorizzazione all'esecuzione immediata ex art. 482, c.p.c., poiché in tal caso l'atto prodromico ha la sola funzione di informare il destinatario dell'iniziativa esecutiva del creditore e non quella di consentire l'adempimento spontaneo».

[24] Nel senso che il legislatore abbia previsto una sorta di automatismo nell'effettuazione del pignoramento, fatta salva la scelta riservata al creditore nel caso in cui siano rinvenute differenti tipologie di beni v. F. Locatelli, *Le novità in tema di esecuzione forzata introdotte dal d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito con modificazioni dalla legge 10 novembre 2014, n. 162*, in *Il processo esecutivo*, a cura di B. Capponi *et al.*,, UTET, Torino 2014, p. 1639.

[25] Lo stesso art. 155-*ter*, comma 2°, disp. att. c.p.c., prevede significativamente che il creditore debba esercitare la scelta entro dieci giorni dalla comunicazione dell'ufficiale giudiziario a pena di inefficacia della «richiesta di pignoramento». La dizione prescelta dal legislatore conferma che nel ricorso introduttivo depositato dal creditore ai fini dell'ottenimento dell'autorizzazione è già contenuta appunto una richiesta di pignoramento: v. in questo senso Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., p. 483.

Un altro stop nell'*iter* procedimentale della nuova ricerca telematica è invero previsto dal

Ciò, tuttavia, non vale ad inficiare la regola generale secondo cui il creditore istante, con la presentazione della richiesta di autorizzazione alla ricerca, manifesta una volta per tutte la volontà di procedere ad esecuzione forzata. Di contro, la possibilità che si renda necessario un suo successivo intervento all'esito delle operazioni di accesso telematico è solo eventuale e non predeterminabile *ex ante* dallo stesso creditore procedente.

Può dunque ritenersi, come detto, che l'istanza avanzata dal creditore integri una richiesta generica – perché destinata alternativamente a sfociare in una espropriazione mobiliare o presso terzi – di pignoramento[26] (pur condizionata al buon esito della ricerca), per tale ragione corredata (salvo casi eccezionali) dal titolo esecutivo e dal precetto, e comunque pienamente alternativa al pignoramento compiuto nelle forme tradizionali *ex* art. 492, c.p.c.[27]. A quest'ultimo resterà riservato un residuale ambito applicativo, tutte le volte che il creditore disponga già di informazioni sufficienti per aggredire il patrimonio del debitore e non abbia perciò bisogno di avvalersi delle (anche più onerose, come si vedrà *infra*) indagini telematiche.

Quanto al profilo *sub b*), può osservarsi fin d'ora che la previsione di un controllo giurisdizionale preventivo (se pur meramente formale) da parte del presidente del tribunale (o di un giudice da lui delegato) sui presupposti per accedere alla ricerca telematica è concepita come argine ai pervasivi poteri di indagine sul patrimonio del debitore concessi al creditore anche prima dell'avvio dell'esecuzione, anche al fine di assicurare il rispetto delle esigenze di riservatezza connesse a tale operazione di ricerca[28]: il legislatore ha insomma voluto scongiurare gli abusi che sarebbero

secondo periodo del 3° comma dell'art. 492-*bis*, nell'ipotesi in cui i beni individuati dall'accesso telematico non siano compresi nel territorio di competenza dell'ufficiale giudiziario del luogo in cui il debitore ha la residenza, giacché il creditore è tenuto a trasmettere, nel termine di 15 giorni a pena di inefficacia, copia del verbale di ricerca all'ufficiale giudiziario territorialmente competente. Ma qui si tratta dell'espletamento da parte del creditore di un mero incombente pratico (la trasmissione del verbale di ricerca) e non dell'esercizio di una scelta relativa ai beni da pignorare.

[26] Così Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 249 che parla di domanda giudiziale di tutela esecutiva a contenuto indeterminato, perché si traduce in una richiesta con cui il creditore invoca l'avvio dell'esecuzione a condizione che tale avvio sia possibile grazie all'individuazione del compendio da pignorare all'esito delle ricerche telematiche.

[27] Cfr. Gradi, *Misure per l'«efficienza»*, cit., p. 37.

[28] V. in questo senso Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 255, secondo cui la ragione della scelta del legislatore va ravvisata nella circostanza che la ricerca nelle banche dati costituisce una forma di intromissione nella privacy, aggravata dal fatto che le risultanze dell'indagine possono essere utilizzate pure nell'ambito di altri procedimenti; conformemente R. Fava, *Le disposizioni per la tutela del credito nonché per la semplificazione e l'accelerazione del processo di esecuzione forzata e delle procedure concorsuali*, in F. Fradeani *et al.*, *Il processo civile dopo*

potuti derivare dall'accesso ad informazioni così rilevanti in assenza dei requisiti di legge («diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata»), ritenendo evidentemente insufficiente la garanzia offerta dalla verifica condotta dal solo ufficiale giudiziario. Il tema è, evidentemente, ritenuto 'sensibile' dal legislatore, che non si limita ad apprestare cautele 'a monte' come quella appena vista, ma demanda (v. art. 155-*quater*, disp. att. c.p.c.) alla futura adozione di standard e regole tecniche da parte della Agenzia per l'Italia digitale la disciplina delle concrete modalità di accesso alle banche dati o alla stipula di convenzioni stipulate previo parere del Garante per la protezione dei dati personali.

Con riferimento al terzo ed ultimo aspetto, si è già accennato che, in virtù della autorizzazione giudiziale, l'ufficiale giudiziario avrà accesso diretto in via telematica (dal suo terminale) alle informazioni sul patrimonio del debitore censite nelle banche dati pubbliche, senza più dover attendere come in passato la risposta dei gestori delle banche dati alla sua richiesta di informazioni[29].

4. L'istanza di accesso alla ricerca e i costi a carico del creditore procedente

Il comma 1° dell'art. 492-*bis* dispone che l'istanza di accesso alla ricerca telematica dei beni del debitore debba essere rivolta al presidente del tribunale del luogo in cui il debitore ha la residenza, domicilio, dimora o sede: la competenza è dunque radicata sempre nel *forum debitoris*, a prescindere dalla eventuale localizzazione dei beni che verranno individuati con la ricerca telematica ed assoggettati all'esecuzione, e dunque anche quando la successiva espropriazione dovrà svolgersi sotto il controllo di un giudice dell'esecuzione di un diverso ufficio giudiziario[30].

il decreto legge 12 settembre 2014, *n. 132*, Neldiritto Editore, Roma 2014, p. 101. Contrario alla reintroduzione del controllo giurisdizionale Valerini, *La ricerca dei beni*, cit., 57, il quale osserva che esso non può che costituire (come nella formulazione della norma antecedente alla l. 52/2006) un mero timbro o visto di conformità.

[29] Sulle modalità di accesso alle banche dati da parte dell'ufficiale giudiziario nel vigore della disciplina dell'abrogato art. 492, 7° comma, c.p.c., v. la Circolare del Ministero della Giustizia del 14 marzo 2007, cit.

[30] Il problema ha ragione di porsi tutte le volte in cui la ricerca telematica consentirà di individuare beni mobili posti in un circondario di tribunale diverso da quello di residenza del debitore (v. art. 26, 1° comma, c.p.c.), ovvero crediti del debitore verso pubbliche amministrazioni, la cui sede sia posta in un circondario di tribunale diverso da quello di residenza del debitore (v. art. 26-*bis*, 1° comma, c.p.c.). Nell'ipotesi in cui, invece, il *debitor debitoris* non sia una pubblica amministrazione, la competenza per l'espropriazione

Che tale istanza debba essere necessariamente formulata per iscritto si ricava dal successivo periodo del 1° comma dell'art. 492-*bis*, secondo cui essa deve contenere l'indirizzo di posta elettronica ordinaria e il numero di fax del difensore nonché l'indirizzo PEC di quest'ultimo, la cui indicazione non è invece più necessaria negli atti processuali[31].

L'indirizzo PEC del difensore verrà poi comunicato al *debitor debitoris* dall'ufficiale giudiziario che procede alla notificazione d'ufficio del verbale di pignoramento presso terzi, onde consentire al terzo pignorato di inviare (ancor più celermente di quanto consenta l'invio a mezzo raccomandata) al creditore procedente la dichiarazione di cui all'art. 547, c.p.c.

Sebbene manchi un'espressa previsione in tal senso, la necessità di inserire nell'istanza dati (posta elettronica ordinaria, numero di fax, indirizzo PEC) strettamente personali del difensore nonché la già segnalata attitudine dell'istanza a tramutarsi in una vera e propria richiesta di avvio del processo di espropriazione lasciano supporre che tale atto debba essere necessariamente sottoscritto dal difensore.

La sua mancata sottoscrizione, rilevata dal presidente (o dal giudice da lui delegato) chiamato a concedere l'autorizzazione alla ricerca telematica, dovrà dunque determinare l'inammissibilità della richiesta. Assai più controverso è invece se tale vizio, naturalmente ove non rilevato in sede di autorizzazione, possa addirittura provocare una nullità del successivo pignoramento (mobiliare o presso terzi) propagabile anche ai successivi atti del processo esecutivo, al pari di quanto sostenuto per l'atto pignoramento immobiliare, atteso che nell'ambito del sistema dell'art. 492-*bis* l'atto di pignoramento in senso stretto è sempre atto dell'ufficiale giudiziario[32].

forzata di crediti sarà sempre in capo al giudice del luogo in cui il debitore ha residenza (domicilio, dimora, sede), a prescindere dalla residenza del terzo. Nella Relazione al d.l. 132/2014 si legge che la competenza per l'istanza «prescinde dalla localizzazione territoriale dell'*asset* da aggredire».

[31] V. infatti l'art. 45-*bis*, d.l. 90/2014, conv. con mod. in l. 114/2014, che ha opportunamente modificato l'art. 125, 1° comma, c.p.c. (eliminando al contempo la sanzione pecuniaria *olim* prevista dall'art. 13, comma 3-*bis*, d.p.r. 115/2002, in caso di omessa indicazione della PEC negli atti processuali da parte del difensore) sul presupposto che l'indirizzo di posta elettronica certificata dei difensori è già reperibile dai pubblici elenchi (il c.d. 'ReGIndE') liberamente consultabili dalle cancellerie degli uffici giudiziari e dalle controparti.

[32] Nel senso che la mancata sottoscrizione dell'istanza da parte del difensore determini la sua nullità insanabile ed il suo necessario rigetto v. Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 255. L'orientamento della giurisprudenza di legittimità formatosi con riferimento al pignoramento immobiliare è nel senso che «è nullo l'atto di pignoramento immobiliare privo della sottoscrizione del difensore, comportando tale vizio altresì l'invalidità dell'ordinanza di vendita, in quanto atto collegato al pignoramento; tale nullità, tuttavia, resta sanata, senza propagarsi alle successive fasi del processo di esecuzione, se non rilevata d'ufficio, ovvero non fatta valere col

Sul piano degli oneri economici, mentre il legislatore si premura di precisare che l'accesso alle informazioni contenute nelle banche dati informatiche «è gratuito», sia se effettuato tramite accesso diretto dell'ufficiale giudiziario sia se richiesto dal creditore procedente (art. 155-*quater*, 4° comma, disp. att. c.p.c.), il nuovo art. 13, comma 1-*quinquies* del T.U. in materia di spese di giustizia (d.p.r. 115/2002) svela che l'utilizzo del nuovo istituto non è affatto a costo zero per il creditore procedente, il quale dovrà comunque corrispondere 'al buio' – a prescindere dall'esito della ricerca – all'atto del deposito dell'istanza di autorizzazione (v. art. 14, comma 1°-*bis*, d.p.r. 115/2002), un contributo unificato in misura fissa (di € 43,00). Non sarà dovuto invece il contributo di anticipazione forfettaria (di € 27,00) dei diritti, indennità di trasferta e spese di spedizione previsto per l'espropriazione forzata *ex* art. 30, d.p.r. 115/2002.

Naturalmente, qualora la ricerca telematica evidenziasse l'esistenza di beni aggredibili del debitore esecutato, aprendo la strada all'esecuzione vera e propria, il creditore procedente dovrà anche corrispondere il contributo unificato per il processo di esecuzione, nella misura prevista dall'art. 13, 2° comma, d.p.r. 115/2002[33].

5. L'autorizzazione giudiziale

Si è già visto come l'istanza del creditore procedente per ottenere l'autorizzazione alla ricerca telematica debba essere indirizzata al presidente del tribunale. Il 2° comma dell'art. 492-*bis* consente, tuttavia, che il presidente deleghi a tal fine anche un altro giudice, nel presumibile intento di non gravare eccessivamente l'organo di vertice del tribunale di questo incombente e favorire una risposta efficiente alle richieste di autorizzazione[34].

Come pure anticipato, il giudice dovrà verificare «il diritto della parte

rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi, prima della pronuncia dell'ordinanza di vendita, ovvero entro venti giorni dalla conoscenza legale che di tale ordinanza abbia avuto il debitore»: v. Cass. 20 aprile 2012, n. 6264, in «Foro it.», Rep. 2012, voce *Esecuzione per obbligazioni pecuniarie*, n. 53.

[33] E ciò al momento del deposito dell'istanza per l'assegnazione o la vendita dei beni pignorati: v. art. 14, 1° comma, d.p.r. 115/2002.

[34] Efficienza e celerità tanto più necessarie se si ritenga, come nel testo, che l'autorizzazione debba essere rilasciata dopo la notifica del precetto, ed in modo da non vanificarne l'efficacia sottoposta al termine di cui all'art. 481, c.p.c.; Francola, in *La nuova riforma*, cit., p. 287 suggerisce che, negli uffici giudiziari più grandi, la delega del presidente del tribunale potrebbe operare in favore del presidente della sezione deputata alla trattazione delle esecuzioni civili o, nei tribunali più piccoli, in favore dei giudici dell'esecuzione.

istante a procedere ad esecuzione forzata»: l'attribuzione al presidente del tribunale (o ad un giudice da questi delegato) di tale potere costituisce una assoluta novità del sistema, conferendo a tale organo, in via preventiva, un potere tradizionalmente riservato al giudice dell'esecuzione nel corso della procedura[35].

Quali siano gli effettivi confini di questo potere di verifica è, però, assai difficile a dirsi in concreto, a causa di indicazioni normative assai vaghe: la soluzione più ragionevole, anche ad evitare inutili appesantimenti di questa fase (sicuramente improntata a rapidità nelle intenzioni del legislatore), pare essere quella che il giudice si limiti ad una verifica solo formale circa la sussistenza di un titolo esecutivo[36] (certo, liquido ed esigibile), alla sua spedizione in forma esecutiva, alla legittimazione attiva e passiva delle parti[37], alla avvenuta notificazione del precetto. Per le stesse ragioni, pare doversi escludere che l'indagine officiosa si estenda anche alla verifica di eventuali vizi di legittimità formale degli atti preparatori dell'esecuzione forzata, almeno quando essi legittimerebbero una opposizione *ex* art. 617, c.p.c. da parte del debitore esecutato nel prosieguo dell'esecuzione[38].

Un altro profilo formale che dovrebbe rientrare nella verifica giudiziale è quello relativo alla competenza del tribunale presso cui è depositata

[35] Così il parere approvato dal *plenum* del C.S.M. sul d.l. 132/2014, § 3.11, in <www.questionegiustizia.it> (ultimo accesso 02.03.2016); in senso conforme anche Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 257.

[36] In questo senso Bove, *La nuova disciplina*, cit., che di contro esclude che il Presidente del Tribunale possa essere chiamato ad accertare il mancato pagamento del credito; E. D'alessandro, *L'espropriazione presso terzi*, in *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, a cura di F.P. Luiso, Giappichelli, Torino 2014, pp. 90 ss.; Spaccapelo, *sub art. 492*-bis, cit., p. 172, che mette in luce la diversa e più limitata accezione che la locuzione «verificato il diritto a procedere ad esecuzione forzata» assume in questo caso rispetto all'art. 615, c.p.c.

[37] Alcune di queste verifiche preliminari possono, tuttavia, rivelarsi di non immediata soluzione: si pensi ad esempio alla necessità per il giudice di valutare l'eventuale estensione dell'efficacia del titolo esecutivo nei confronti degli eredi ai sensi dell'art. 477, c.p.c.

[38] V. ancora Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 257. Si pensi, ad esempio, alle ipotesi di nullità del precetto sottratte al rilievo d'ufficio da parte del giudice dell'esecuzione: v. Cass. 2 marzo 2006, n. 4649, in «Foro it.», Rep. 2006, voce *Esecuzione in genere*, n. 39 secondo cui «nell'espropriazione forzata, minacciata in virtù di ingiunzione dichiarata esecutiva ai sensi dell'art. 654, c.p.c., la mancata menzione, nel precetto, del provvedimento che ha disposto la esecutorietà e dell'apposizione della formula, comporta non la inesistenza giuridica, ma la nullità del precetto medesimo – per effetto del combinato disposto degli artt. 654, 480 e 479, c.p.c. – la quale deve essere dedotta mediante opposizione agli atti esecutivi, nel termine perentorio di cinque giorni dalla notificazione del precetto stesso; pertanto, il giudice dell'esecuzione non può rilevare d'ufficio la mancanza, nel precetto, della data di apposizione della formula esecutiva e la fondatezza dell'opposizione proposta avverso il conseguente provvedimento di improcedibilità della procedura mobiliare».

l'istanza di autorizzazione[39]: trattandosi di un criterio di radicamento peculiare (tribunale ove il debitore ha residenza, domicilio, dimora o sede) che può non coincidere con il foro della successiva esecuzione forzata (*ex* artt. 26 e 26-*bis*, c.p.c.), la sua verifica deve essere rimessa al 'giudice della autorizzazione', il quale potrà legittimamente negare l'assenso alla ricerca telematica, in caso di violazione di tale regola.

Del tutto pretermessa dalla nuova disposizione è la previsione di rimedi impugnatori avverso il provvedimento di accoglimento o di diniego della autorizzazione alla ricerca telematica.

La circostanza che il provvedimento sia reso senza la partecipazione del debitore (si tratterà dunque di un decreto *inaudita altera parte*) in una fase non contenziosa che precede l'avvio della esecuzione forzata in senso stretto e sia, pertanto, certamente privo di efficacia di giudicato esclude che ad esso possano attagliarsi i caratteri della decisorietà e definitività.

Se cosi è, da un lato, sembra da scartare la proponibilità del ricorso straordinario per cassazione *ex* art. 111, Cost.[40], mentre può darsi per assodato, dall'altro, che l'eventuale diniego di autorizzazione non preclude al creditore procedente la possibilità di riproposizione dell'istanza *ex* art. 492-*bis* (magari, una volta maturati i presupposti originariamente insussistenti) né la facoltà di chiedere il pignoramento nelle forme tradizionali *ex* art. 492, c.p.c.[41].

Ciò non toglie che il diniego di autorizzazione possa, in concreto, rivelarsi fatale per il creditore, ogni qual volta questi non disponga di alcuna informazione sul patrimonio del debitore e non voglia avventurarsi in un pignoramento 'alla cieca': si potrebbe ipotizzare allora, anche nell'ottica di consentire un doveroso controllo sull'esercizio del potere officioso, una forma di reclamo immediato dinanzi alla Corte di appello, in linea con la natura (*lato sensu*) di giurisdizione volontaria di questo sub-procedimento autorizzatorio e sulla traccia di quanto previsto dall'art. 739, c.p.c. per i procedimenti camerali[42].

[39] In questo senso anche Francola, in *La nuova riforma*, cit., p. 288.

[40] In questo senso invece Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 259, in considerazione del fatto che la ricerca telematica potrebbe costituire l'unica via per l'esercizio dell'azione esecutiva.

[41] In questo senso condivisibilmente Francola, in *La nuova riforma*, cit., pp. 294 s.

[42] L'ostacolo è rappresentato evidentemente dalla necessità di individuare l'organo competente per l'impugnazione di un provvedimento reso dal presidente del Tribunale: per il che potrebbe mutuarsi la regola desumibile dall'art. 708, 4° comma, c.p.c. per i provvedimenti presidenziali della separazione nell'interesse della prole e dei coniugi. Nel senso che la fase costituisca un *sub* procedimento preliminare ed autonomo rispetto a quello successivo della futura esecuzione, che dovrà essere iscritto sul ruolo della volontaria giurisdizione v. Francola, in *La nuova riforma*, cit., p. 286.

Quanto al debitore, la non impugnabilità *ex se* del provvedimento di autorizzazione alla ricerca telematica, in quanto reso senza la sua partecipazione né comunicatogli, non elide certo le sue possibilità di tutela, giacché questi potrebbe proporre opposizione all'esecuzione *ex* art. 615, c.p.c., anche prima dell'avvio della stessa, per contestare il diritto della parte istante a procedere ad esecuzione forzata: sicché è ben possibile che la sospensione della efficacia esecutiva del titolo o della esecuzione stessa o, ancora, l'accoglimento dell'opposizione paralizzino o travolgano il procedimento instaurato sulla base della autorizzazione *ex* art. 492-*bis*[43].

Parimenti consentita deve ritenersi, per il debitore, la proponibilità dell'opposizione *ex* art. 617, 1° e 2° comma, c.p.c., sia per far valere un vizio attinente alla regolarità formale del precetto sia per eccepire l'illegittimità del primo atto espropriativo in conseguenza di eventuali vizi della autorizzazione (perché concessa in assenza di preventiva notifica del precetto o da giudice incompetente)[44].

6. L'accesso mediante collegamento telematico diretto dell'ufficiale giudiziario

In virtù dell'autorizzazione, l'ufficiale giudiziario – deve intendersi, nel silenzio della legge, previa trasmissione del provvedimento di autorizzazione da parte della cancelleria – ha la possibilità di accedere direttamente in via telematica ai dati contenuti «nelle banche dati delle pubbliche amministrazioni e in particolare nell'anagrafe tributaria compreso l'archivio dei rapporti finanziari, e in quelle degli enti previdenziali» per l'acquisizione delle informazioni utili all'individuazione di cose e crediti da sottoporre ad esecuzione, «ivi comprese quelle relative ai rapporti intrattenuti dal debitore con istituti di credito e datori di lavoro o committenti».

Il precedente riferimento alle ulteriori banche dati «alle quali le stesse [e cioè le pubbliche amministrazioni] possono accedere», presente nel testo originario dell'art. 492-*bis* affianco a quello alle «banche dati delle pubbliche amministrazioni» è stato espunto dalla l. 132/2015 (in fase di conversione del d.l. 83/2015), presumibilmente con l'intento di evitare un indeterminato ampliamento del novero degli archivi interrogabili ai fini della ricostruzione del patrimonio debitorio.

A chiarire cosa sia «l'archivio dei rapporti finanziari» oggetto di consultazione telematica, soccorre il neointrodotto art. 155-*bis*, disp. att.

[43] Cfr. Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 258.
[44] V. ancora Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 259.

c.p.c., che richiama l'archivio già menzionato dall'art. 7, 6° comma, d.p.r. 605/1973, secondo cui «le banche, la società Poste italiane Spa, gli intermediari finanziari, le imprese di investimento, gli organismi di investimento collettivo del risparmio, le società di gestione del risparmio, nonché ogni altro operatore finanziario […] sono tenuti a rilevare e a tenere in evidenza i dati identificativi, compreso il codice fiscale, di ogni soggetto che intrattenga con loro qualsiasi rapporto o effettui, per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, qualsiasi operazione di natura finanziaria ad esclusione di quelle effettuate tramite bollettino di conto corrente postale per un importo unitario inferiore a 1.500 euro; l'esistenza dei rapporti e l'esistenza di qualsiasi operazione di cui al precedente periodo, compiuta al di fuori di un rapporto continuativo, nonché la natura degli stessi sono comunicate all'anagrafe tributaria, ed archiviate in apposita sezione, con l'indicazione dei dati anagrafici dei titolari e dei soggetti che intrattengono con gli operatori finanziari qualsiasi rapporto o effettuano operazioni al di fuori di un rapporto continuativo per conto proprio ovvero per conto o a nome di terzi, compreso il codice fiscale».

Come ben si comprende, l'accesso si rivela di particolare utilità nella parte in cui consente di estendere le indagini anche ad archivi tradizionalmente non accessibili al creditore[45], come quelli del sistema bancario o delle Poste, per scoprire l'esistenza di conti correnti intestati al debitore, nonché poter acquisire i dati previdenziali del debitore o dei suoi eventuali datori di lavoro: ciò che da tempo si auspicava tra gli operatori ed in dottrina[46].

Per quanto concerne i beni immobili, invece, l'interrogazione delle banche dati dell'art. 492-*bis*, c.p.c., non si rivela né necessario né particolarmente conveniente per il creditore procedente, potendo questi liberamente accedere, senza necessità di alcuna autorizzazione giudiziale, ai dati inerenti alle proprietà immobiliari censiti negli archivi dell'Agenzia del Territorio[47]: questo spiega perché i commi 3° e ss. dell'art. 492-*bis*, quando disciplinano i possibili esiti dell'accesso dell'ufficiale giudiziario,

[45] Sottolinea Ronco, *Una bilancia più piccola e una spada più tagliente*, cit., p. 78 che per «banche dati pubbliche» debbano intendersi non soltanto quelle di pubblico accesso, ma anche quelle comunque gestite da enti od organismi pubblici, anche se tradizionalmente non accessibili al *quivis de populo* perché coperte da segreto.

[46] V. in questo senso già Miccolis, *Il pignoramento*, cit., p. 64, che stigmatizzava la vecchia formulazione dell'art. 492, 7° comma, c.p.c. (introdotto dalla l. 52/2006), nella parte in cui aveva timidamente limitato le indagini ai soli gestori dell'anagrafe tributaria e di altre banche dati pubbliche, senza estendere le indagini presso le banche o Poste italiane S.p.A.

[47] Del medesimo avviso Soldi, *Manuale*, cit., p. 481. In senso diverso, pur rimarcando l'assoluto silenzio del legislatore sul tema, v. Ronco, *Una bilancia più piccola e una spada più tagliente*, cit., p. 83; Micali, *La ricerca con modalità telematiche*, cit., p. 1771 nota 42.

prendano in considerazione le sole modalità previste per l'espropriazione mobiliare o presso terzi, senza fare alcuna menzione delle disposizioni relative alla esecuzione immobiliare.

Il testo originario dell'art. 492-*bis*, 2° comma, includeva espressamente, tra le banche dati consultabili mediante ricerca telematica, anche il pubblico registro automobilistico: si trattava, con ogni probabilità, di un grave difetto di coordinamento del legislatore che, una volta inserito il P.R.A. tra le banche dati consultabili dell'art. 492-*bis* in sede di stesura del d.l. 132/2014 (inserimento comunque superfluo, attesa la possibilità del creditore di accedere autonomamente a tale registro, anche mediante ricerca nominativa) aveva poi introdotto, in sede di conversione del citato decreto nella l. 162/2014, un nuovo art. 521-*bis*, c.p.c., disciplinante un autonomo procedimento di «pignoramento e custodia di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi».

La difficoltà di conciliare le due disposizioni nasceva dalla circostanza che, mentre l'art. 492-*bis* prevedeva (e tuttora prevede) un pignoramento tendenzialmente destinato a realizzarsi d'ufficio a cura dell'ufficiale giudiziario, l'art. 521-*bis* disponeva (e tuttora dispone) che il pignoramento[48] si esegua mediante atto scritto dal creditore, notificato al debitore e successivamente trascritto nei pubblici registri a cura del creditore: l'unica soluzione plausibile sembrava allora quella di ritenere che, qualora la ricerca telematica del 492-*bis* avesse consentito di individuare un autoveicolo, motoveicolo o rimorchio, l'ufficiale giudiziario avrebbe dovuto provvedere d'ufficio a redigere e notificare il verbale di pignoramento[49], in modo non troppo dissimile da quanto avviene in quella peculiare forma di pignoramento presso terzi introdotta con l'istanza *ex* art. 492-*bis*.

L'antinomia è stata però risolta dal legislatore del 2015 (v. art. 13, lett. *ff*, n. 2 del d.l. 83/2015 aggiunto in sede di conversione in l. 132/2015) che ha eliminato dal 2° comma dell'art. 492-*bis*, c.p.c. le parole «nel pubblico registro automobilistico», così espungendo il P.R.A. dal novero delle banche dati accessibili con la ricerca telematica, per la già segnalata possibilità del creditore di consultarle agevolmente *aliunde*, senza necessità di autorizzazione giudiziale.

Alle operazioni di ricerca telematica potrà chiedere di prendere parte anche il creditore, in forza dell'art. 155-*ter*, 1° comma, disp. att. c.p.c., secondo le modalità fissate dall'art. 165, disp. att. c.p.c. per il pignoramento nelle forme tradizionali: ciò si traduce nella possibilità che il creditore (*rectius* il suo difensore) sia fisicamente presente al momento in cui

[48] In argomento v. F.G. Del Rosso, *Pignoramento e custodia di autoveicoli, motoveicoli e rimorchi*, in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, cit.
[49] Cfr. Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 253, pur in senso dubitativo.

l'ufficiale giudiziario compie la consultazione delle banche dati[50].

Quanto alle regole di dettaglio della ricerca telematica da parte dell'ufficiale giudiziario – «casi e limiti e modalità di esercizio della facoltà di accesso alle banche dati di cui al primo comma dell'art. 492 bis […]» nonché le modalità di trattamento e conservazione dei dati e le cautele a tutela della riservatezza dei debitori – il testo originario dell'art. 155-*quater*, 1° comma, c.p.c. prevedeva che esse dovessero essere stabilite con apposito decreto del Ministero della Giustizia (di concerto con quello dell'Interno e dell'Economia e Finanze, sentito il Garante della protezione dei dati personali). Nel testo attualmente vigente della disposizione, risultante dalle modifiche apportate dalla l. 132/2015 (in sede di conversione del d.l. 83/2015), è stato eliminato ogni riferimento alla necessaria adozione di un decreto ministeriale, soppiantato oggi dalla previsione della emanazione di standard e regole tecniche da parte della Agenzia per l'Italia digitale, con il compito di rendere effettiva la «cooperazione applicativa» tra sistemi informatici delle pubbliche amministrazioni, come prevista dal d.leg. 82/2005 (sul punto v. anche *infra* 10).

L'art. 155-*quater*, 2° comma, continua però a prevedere che il Ministro della Giustizia possa trattare i dati acquisiti a seguito delle ricerche senza provvedere all'informativa prevista dall'art. 13 d.lgs. 196/2003 nei confronti dell'interessato; e ciò sul ragionevole presupposto che fornire un preventivo avviso al debitore esecutato potrebbe vanificare la fruttuosità della ricerca telematica[51].

Il 3° comma della disposizione prevede, poi, l'istituzione di un registro cronologico denominato «*Modello ricerca beni*» da adottarsi presso l'U.N.E.P. di ciascun ufficio giudiziario, pur facendo ancora richiamo al «modello adottato con il decreto del Ministro della Giustizia di cui al primo comma»; decreto di cui, come detto, non è più prevista l'emanazione a seguito delle riforme del 2015.

Come anticipato (v. § 4), l'accesso alle informazioni contenute nelle banche dati informatiche «è gratuito», sia se effettuato tramite modalità telematica dall'ufficiale giudiziario sia se richiesto ai gestori dal creditore (v. art. 155-*quater*, 4° comma, disp. att. c.p.c.).

[50] In questo senso anche Spaccapelo, *sub art. 492*-bis, cit., p. 174, che condivisibilmente scarta l'ipotesi interpretativa secondo cui la norma (art. 155-*ter*) possa essere letto nel senso di consentire la partecipazione del creditore alle materiali operazioni di pignoramento (facoltà peraltro già ammessa dall'art. 165, disp. att. c.p.c.).
[51] V. Francola, in *La nuova riforma*, cit. pp. 301 s.

7. L'accesso alle banche dati del creditore procedente tramite i gestori

Il nuovo art. 155-*quinquies*, disp. att. c.p.c. prevede che, quando le strutture tecnologiche necessarie a consentire l'accesso diretto da parte dell'ufficiale giudiziario alle banche dati indicate nell'art. 492-*bis*, c.p.c. non siano funzionanti, il creditore, ottenuta la consueta autorizzazione giudiziale, possa richiedere ai gestori delle banche dati indicate nell'art. 492-*bis* le informazioni sul patrimonio del debitore ivi contenute.

Non si tratta, quindi, di un accesso telematico e diretto alle banche dati, come nel caso in cui vi provveda l'ufficiale giudiziario, ma di una richiesta da inoltrare a soggetti istituzionalmente deputati a custodire dati rilevanti ai fini del soddisfacimento del credito. Né vi è alcun accesso diretto a dati riservati da parte del creditore, giacché la consultazione della banca dati verrà effettuata autonomamente dai gestori, che renderanno noti al creditore gli esiti della ricerca.

Vi è però, qui, solo un abbozzo di disciplina, giacché il legislatore sembra aver del tutto trascurato almeno due fondamentali aspetti: in primo luogo, non è previsto alcun termine massimo entro il quale il gestore della banca dati sia tenuto ad evadere la richiesta del creditore, il che evidentemente può riflettersi negativamente sul decorso del termine di efficacia del precetto *ex* art. 481, c.p.c.[52]; in secondo luogo, non è in alcun modo disciplinata la fase successiva all'eventuale acquisizione delle informazioni da parte del creditore.

Quanto al primo aspetto, pare ragionevole assumere quale parametro temporale il termine massimo di 30 giorni (previsto per la conclusione di ogni procedimento amministrativo[53]), decorrente dalla trasmissione all'ente gestore della autorizzazione giudiziale corredata da una richiesta

[52] A meno di non voler ritenere che il solo deposito dell'istanza di ricerca sia idoneo ad impedire la decadenza prevista dall'art. 481, c.p.c., valendo a tutti gli effetti detta istanza come avvio dell'esecuzione ed esaurendosi con la stessa ogni incombente gravante sul creditore procedente.

[53] Secondo l'art. 2, 2° comma, l. 241/1990 «nei casi in cui disposizioni di legge ovvero i provvedimenti di cui ai commi 3, 4 e 5 non prevedono un termine diverso, i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni». Lo stesso termine di trenta giorni è adottato dall'art. 328, 2° comma, c.p., per il reato di omissione di atti di ufficio, per cui «fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a euro 1.032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa».

scritta a firma del creditore, entro il quale detto gestore sarà tenuto a riscontrare la richiesta di indagine.

Con riferimento al secondo profilo evidenziato, poiché l'*iter* descritto dall'art. 492-*bis* è già stato imboccato dal creditore, che si è dovuto preventivamente munire dell'autorizzazione giudiziale alla ricerca tramite i gestori, non vi è ragione per escludere che il procedimento possa proseguire in quelle forme, con il successivo coinvolgimento dell'ufficiale giudiziario, e non debba invece arrestarsi automaticamente dopo l'esito delle ricerche[54].

Questo impone, ancora una volta, la necessità di colmare la lacuna legislativa, consistente nella mancata previsione di un raccordo tra la fase di ricerca dei dati e il successivo compimento delle operazioni di pignoramento: si deve ipotizzare che sia lo stesso creditore procedente a dover trasmettere all'U.N.E.P. competente il documento contenente gli esiti delle interrogazioni effettuate dai gestori delle banche dati, affinché l'ufficiale giudiziario proceda ai sensi dell'art. 492-*bis*, 3°, 4°, 5°, 6° e 7° comma[55].

Si vedrà nel prosieguo dell'analisi (§ 10) come la previsione della facoltà di accesso da parte del creditore possa rivelarsi utile ai fini della immediata applicazione del nuovo istituto, in attesa del compimento di una serie di incombenti amministrativi (adozione di regole tecniche per la «cooperazione applicativa» di carattere informatico tra p.a. e/o stipula delle convenzioni con enti gestori delle banche dati consultabili) destinati a causare un rinvio dell'entrata a regime della ricerca telematica tramite ufficiale giudiziario.

8. Esito delle ricerche telematiche e compimento delle operazioni di pignoramento

Terminate le operazioni di ricerca, l'ufficiale giudiziario redige un unico processo verbale, contenente l'elenco di tutte le banche dati interrogate e le relative risultanze in ordine ai beni reperiti.

I commi dal 3° al 7° dell'art. 492-*bis* disciplinano, quindi, i diversi esiti dell'accesso telematico effettuato dall'ufficiale giudiziario.

Tra le ipotesi contemplate non v'è, tuttavia, quella in cui la consultazione non abbia permesso di individuare alcun bene del debitore: in questo caso, salvi i riflessi sul diritto al compenso dell'ufficiale giudiziario, disciplinati dal novellato art. 122, d.p.r. 1229/59, il procedimento avviato

[54] Cfr. anche Ronco, *Una bilancia più piccola e una spada più tagliente*, cit., p. 85.

[55] Similmente v. Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 264, la quale tuttavia ritiene che il creditore abbia l'onere di depositare una formale istanza (con allegate le informative ricevute dai gestori) all'U.N.E.P. chiedendo che si proceda al pignoramento.

dal creditore con l'istanza di autorizzazione non potrà che chiudersi con un verbale negativo da parte dell'ufficiale giudiziario[56].

I) Qualora siano state reperite cose pignorabili che si trovano in luoghi appartenenti al debitore entro l'ambito di competenza territoriale dell'ufficiale giudiziario, questi provvederà direttamente in via officiosa al pignoramento, con accesso presso i predetti luoghi, scelta delle cose da pignorare, stima dei beni pignorati, ingiunzione nei confronti del debitore e custodia dei mobili pignorati (e, dunque, segnatamente al compimento degli incombenti di cui agli artt. 517, 518 e 520, c.p.c.).

Compiute le operazioni di pignoramento, l'ufficiale giudiziario dovrà consegnare senza ritardo il verbale, il titolo esecutivo e il precetto al creditore procedente, affinché questi provveda entro quindici giorni dalla consegna, a pena di inefficacia del pignoramento, alla iscrizione a ruolo della procedura ed al deposito in cancelleria dei predetti atti (v. il novellato art. 518, 6° comma, c.p.c.)[57].

È anche possibile però che l'ufficiale giudiziario, recatosi nei luoghi in cui la ricerca telematica ha evidenziato la presenza di cose del debitore, non vi trovi tali beni (magari perché essi siano stati nel frattempo asportati), nel qual caso il pubblico ufficiale dovrà intimare al debitore di indicare il luogo effettivo in cui il bene si trova, avvertendolo che la mancata comunicazione nel termine di quindici giorni o la falsa comunicazione sono punite a norma dell'art. 388, 6° comma, c.p., e cioè con la reclusione fino ad un anno o con una multa fino a 516 euro[58].

Si tratta di una intimazione dalle modalità e conseguenze non dissimili da quelle previste dall'art. 492, 4° comma, c.p.c., in cui l'ufficiale giudiziario invita il debitore ad indicare ulteriori beni utilmente pignorabili a seguito

[56] V. ancora Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., pp. 261 s., che osserva come, in tal caso, le spese sostenute dal creditore istante, ivi comprese quelle per la notifica del precetto, rimarranno a carico dello stesso.

[57] Sui nuovi oneri di iscrizione a ruolo della procedura esecutiva a carico del creditore procedente, introdotti dal d.l. 132/2014 v. G. Ficarella, *L'iscrizione al ruolo del processo esecutivo per espropriazione*, in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, cit., pp. 211 ss. Sul contenuto dettagliato della nota di iscrizione a ruolo del processo esecutivo per espropriazione v. il decreto del Min. Giustizia del 19 marzo 2015.

[58] Secondo l'art. 388, 5° e 6° comma, c.p., «il custode di una cosa sottoposta a pignoramento ovvero a sequestro giudiziario o conservativo che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a cinquecentosedici euro.
La pena di cui al quinto comma si applica al debitore o all'amministratore, direttore generale o liquidatore della società debitrice che, invitato dall'ufficiale giudiziario a indicare le cose o i crediti pignorabili, omette di rispondere nel termine di quindici giorni o effettua una falsa dichiarazione».

di un pignoramento negativo o insufficiente («quando per la soddisfazione del creditore procedente i beni assoggettati a pignoramento appaiono insufficienti ovvero per essi appare manifesta la lunga durata della liquidazione»), avvertendolo delle conseguenze penali in cui rischia di incorrere per l'omessa e falsa dichiarazione.

II) Qualora invece la ricerca telematica abbia evidenziato la presenza di cose pignorabili poste in luoghi non compresi nell'ambito di competenza dell'ufficiale giudiziario, questi dovrà rilasciare copia autentica del verbale contenente gli esiti della ricerca al creditore procedente, il quale avrà l'onere di presentare tale copia, unitamente all'istanza per il compimento d'ufficio degli adempimenti previsti dagli artt. 517, 518 e 520, c.p.c., all'ufficiale giudiziario territorialmente competente, entro il termine di quindici giorni decorrente dalla consegna del verbale, a pena di inefficacia della richiesta.

In questo caso, dunque, al creditore procedente non basta ottenere l'autorizzazione giudiziale per determinare il successivo pignoramento d'ufficio da parte dell'ufficiale giudiziario, ma gli viene richiesta la formulazione di una istanza *ad hoc*, per sollecitare il compimento degli adempimenti propri del pignoramento mobiliare da parte dell'ufficiale giudiziario posto *extra districtum*.

III) Se l'accesso ha consentito di individuare «crediti del debitore o cose di quest'ultimo che sono nella disponibilità di terzi», l'ufficiale giudiziario provvederà a notificare in via officiosa, in forma telematica (*ex* art. 149-*bis*[59]) oppure a mezzo fax, al debitore ed al terzo il verbale, che dovrà anche contenere: 1) l'indicazione del credito per cui si procede, del titolo esecutivo e del precetto, dell'indirizzo di posta elettronica certificata (già indicato nell'istanza) e del luogo in cui il creditore ha eletto domicilio o ha dichiarato di essere residente; 2) l'ingiunzione, l'invito e l'avvertimento al debitore *ex* art. 492, commi 1°, 2° e 3°, c.p.c.; 3) l'intimazione al terzo di non disporre delle cose o somme dovute nei limiti dell'art. 546, c.p.c.

A questo fine il legislatore ha opportunamente previsto che gli ufficiali giudiziari possano notificare senza limitazioni territoriali il verbale di cui all'art. 492-*bis*, c.p.c., e dunque anche nei confronti dei terzi che risiedano nell'ambito di un circondario di tribunale diverso da quello del debitore

[59] Ciò sarà ovviamente possibile nei soli tribunali in cui gli U.N.E.P. siano provvisti di un indirizzo di posta elettronica certificata e siano abilitati alle notifiche telematiche. È per questo, oltre che in ragione della possibilità che il destinatario (debitore o terzo) sia persona fisica non provvista di indirizzo di posta elettronica certificata, che il legislatore ha voluto prevedere, quale via d'uscita, la possibilità di effettuare la comunicazione a mezzo fax.

(ove si svolge la fase di ricerca telematica dei beni)[60].

Nonostante la generica dizione della norma – cose del debitore «che sono nella disponibilità di terzi» – si deve ritenere che il legislatore abbia voluto riferirsi alle cose del debitore «in possesso di terzi» assoggettabili a pignoramento presso terzi, e non invece a quei beni mobili che, pur non trovandosi in luoghi appartenenti al debitore, siano sotto la diretta disponibilità di quest'ultimo (si pensi ad un bene del debitore ricoverato in un garage di proprietà di terzi)[61] e siano pertanto assoggettabili a pignoramento mobiliare diretto.

Al fine di tutelare la privacy del debitore, si prevede che il predetto verbale venga notificato al terzo per estratto, contenente soltanto i dati essenziali a quest'ultimo riferibili e con ovvia eliminazione dei dati sensibili del debitore, non rilevanti per l'adempimento dell'obbligo del terzo[62].

Come è agevole comprendere, si tratta di un pignoramento presso terzi che si perfeziona, con apposizione del vincolo di indisponibilità sui crediti e sulle cose, tramite la notificazione officiosa del verbale (contenente gli esiti della ricerca telematica) a cura dell'ufficiale giudiziario, che tiene luogo della notifica dell'atto di citazione previsto dall'art. 543, c.p.c.[63]: ed infatti i requisiti tradizionalmente contenuti nell'atto di citazione introduttivo dell'espropriazione presso terzi sono contenuti nel predetto verbale, eccettuata soltanto la citazione del debitore a comparire.

Questo modello ibrido di pignoramento presso terzi prosegue nelle forme disciplinate dal novellato art. 543, 5° comma, c.p.c., secondo cui il verbale notificato dall'u.g. verrà restituito al creditore, sul quale graverà il consueto onere, a pena di inefficacia della procedura, di iscrivere a ruolo il pignoramento nel termine di trenta giorni dalla consegna. Dopo di che, decorso il termine di cui all'art. 501, c.p.c., il creditore procedente (o ognuno dei creditori intervenuti) potrà sollecitare la fissazione dell'udienza per l'assegnazione o la vendita delle cose mobili o per l'assegnazione dei crediti. Il decreto di fissazione dell'udienza dovrà essere notificato a cura del creditore al debitore ed al terzo e dovrà contenere l'invito al terzo a

[60] V. l'art. 107, 2° comma, d.p.r. 1229/1959, come modificato dall'art. 19, 4° comma, lett. *a*) del d.l. 132/2014.

[61] V., su questa distinzione, G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cacucci, Bari 2014[3], III, p. 120.

[62] Sul punto v. Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 267.

[63] La relazione al d.l. 132/2014 si esprime in questi termini sul pignoramento presso terzi nelle forme dell'art. 492-*bis*, c.p.c.: «Si introduce in tal modo nell'ordinamento il pignoramento di crediti e cose del debitore nella disponibilità di terzi in forme analoghe a quelle del pignoramento diretto: ciò è qui reso possibile dalle informazioni apprese dalle banche dati consultate, tali da consentire l'individuazione virtuale dei beni».

rendere la dichiarazione di cui all'art. 543, 2° comma, n. 4), con il relativo avvertimento delle conseguenze in caso di mancata dichiarazione o mancata comparizione all'udienza[64].

Come giustamente osservato in dottrina[65], tuttavia, l'avvertimento andrebbe qui formulato in modo parzialmente diverso da quanto previsto all'art. 543, 2° comma, n. 4), c.p.c., chiarendo al terzo che la sua mancata dichiarazione o la sua mancata comparizione all'udienza produrranno l'effetto di non contestazione del possesso di cose mobili o del credito pignorato non già «nell'ammontare o nei termini indicati dal creditore», come avviene nel pignoramento presso terzi 'tradizionale' avviato con atto di citazione del creditore, ma nell'ammontare o nei termini individuati dalla ricerca telematica sulle banche dati compiuta dall'ufficiale giudiziario.

IV) Qualora, infine, l'accesso telematico abbia consentito di individuare l'esistenza di molteplici beni nel patrimonio del debitore (più crediti del debitore o più cose del debitore nella disponibilità di terzi; ovvero simultaneamente beni mobili in luoghi appartenenti al debitore e crediti del debitore o cose nella disponibilità di terzi), l'ufficiale giudiziario dovrà comunicare, ai sensi dell'art. 155-*ter*, 2° comma, disp. att. c.p.c., a mezzo fax o posta elettronica anche non certificata il verbale contenente gli esiti delle ricerche e le banche dati interrogate al creditore procedente, il quale avrà l'onere di indicare, entro dieci giorni dalla comunicazione, a pena di inefficacia, i beni che intende sottoporre ad esecuzione.

A differenza dell'ipotesi in cui la ricerca abbia consentito di individuare un solo bene mobile del debitore o un solo credito dello stesso verso terzi, qui l'ufficiale giudiziario non può procedere immediatamente d'ufficio al compimento degli incombenti relativi al pignoramento di cui ai commi 3° ss. dell'art. 492-*bis*, c.p.c., ma è tenuto ad interpellare preventivamente il creditore, al quale è rimesso l'onere di formulare espressamente una scelta in ordine ai beni da pignorare[66].

Si deve immaginare, infatti, che il creditore potrebbe legittimamente decidere di non chiedere il pignoramento di alcuni beni, a causa del loro scarso valore di realizzo o della prevedibile lunga durata della loro liquidazione; così come, al contrario, non vi è motivo di escludere che lo stesso

[64] Sul nuovo pignoramento presso terzi si rinvia a A. Majorano, *Modifiche in tema di espropriazione presso terzi*, in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, cit., pp.159 ss.

[65] Così Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 270.

[66] L'ipotesi è classificata come eccezione alla regola del pignoramento d'ufficio da parte dell'ufficiale giudiziario da Locatelli, *Le novità in tema di esecuzione forzata*, cit., p. 1639; Valerini, *La ricerca dei beni*, cit., p. 59.

creditore si determini a richiedere il pignoramento di tutti i beni individuati dall'ufficiale giudiziario con la ricerca telematica ed eventualmente a cumulare i mezzi di espropriazione, restando comunque salva la possibilità che, su istanza del debitore o d'ufficio, l'espropriazione eccessiva venga limitata (art. 483, c.p.c.) o ne venga ridotto il pignoramento (art. 496, c.p.c.)[67].

La scelta del creditore dovrà comunque essere comunicata in modo esplicito all'ufficiale giudiziario, sotto pena della inefficacia della richiesta di pignoramento. Inefficacia che non dovrebbe comunque impedire al creditore procedente di avviare un pignoramento nelle forme tradizionali[68]: non ci si deve nascondere, tuttavia, che questo sistema presta il fianco a possibili condotte strumentali del creditore procedente che, forte della possibilità di avviare un nuovo pignoramento sui beni già individuati con la ricerca telematica, potrebbe volutamente far scadere il termine di efficacia dell'art. 155-*ter*, al solo fine di sottrarsi all'onere di corrispondere il compenso all'ufficiale giudiziario (la cui spettanza è condizionata, come si vedrà subito *infra*, all'effettivo compimento delle operazioni di pignoramento).

9. I compensi dell'ufficiale giudiziario

Nell'ottica di accelerazione delle procedure esecutive e di incentivazione dell'operato degli ufficiali giudiziari[69], l'art. 19, 4° comma, del d.l. 132/2014 ha novellato l'art. 122 del d.p.r. 1229/1959 («ordinamento degli ufficiali giudiziari e degli aiutanti ufficiali giudiziari») prevedendo un compenso aggiuntivo in favore dell'ufficiale giudiziario, in caso di esito fruttuoso delle ricerche telematiche e conseguente compimento delle operazioni di pignoramento («quando si procede alle operazioni di pignoramento»).

Stando al tenore letterale della norma, il compenso è dovuto nelle ipotesi di pignoramento presso terzi cui si sia giunti mediante ricerca telematica dei beni (e non invece in quelle in cui il creditore abbia autonomamente proceduto ai sensi dell'art. 543, c.p.c.) nonché in ogni ipotesi di pignoramento mobiliare presso il debitore, sia che il creditore abbia prescelto le ordinarie modalità dell'art. 513, c.p.c., sia che l'individuazione dei beni mobili pignorati sia avvenuta grazie alla preventiva ricerca telematica *ex* art. 492-*bis*, c.p.c.

Essendo previsto che tale retribuzione rientri tra le spese di esecuzione

[67] Cfr. Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., pp. 263 s.
[68] Gradi, *Misure per l'«efficienza»*, cit., p. 36.
[69] In quest'ultimo senso v. la relazione al d.l. 132/2014 secondo cui la nuova modalità di retribuzione degli ufficiali giudiziari è stata introdotta con «finalità incentivanti».

(art. 95, c.p.c.), essa dovrà essere liquidata dal giudice dell'esecuzione (con ordinanza) e sarà posta di regola a carico del debitore esecutato, integrando altresì un credito assistito da privilegio (*ex* artt. 2755 e 2777, c.c.).

La disposizione, nella segnalata finalità incentivante, è stata integrata in fase di conversione in legge del d.l. 132/2014 nel senso che il compenso previsto dovrà essere dimezzato se le operazioni di pignoramento non verranno effettuate entro quindici giorni dalla richiesta: l'equivoca dizione normativa va interpretata nel senso che il *dies a quo* («dalla richiesta») coincida con il momento in cui all'ufficiale giudiziario incaricato della ricerca viene trasmesso dalla cancelleria il provvedimento giudiziale di autorizzazione[70] (e non con quello, antecedente, in cui, venga depositata l'istanza da parte del creditore), essendo difficilmente immaginabile un *iter* procedimentale che conduca, in così breve tempo (15 gg.), dal deposito dell'istanza (attraverso la concessione dell'autorizzazione) fino alla materiale esecuzione. Né, per quanto si è detto *supra* (§ 3), vi è traccia nel dettato normativo di alcun onere per il creditore, una volta ottenuta l'autorizzazione presidenziale, di formulare una nuova espressa richiesta di pignoramento all'ufficiale giudiziario, da cui far decorrere il termine indicato.

I commi successivi dell'art. 122 cit. prevedono la liquidazione di tale compenso in percentuale (inversamente proporzionale) rispetto al ricavato della vendita dei beni o al valore di assegnazione, comunque mai superiore al 5% del valore del credito per cui si procede e non eccedente l'importo complessivo di € 3.000. Segnatamente, tale compenso sarà liquidato:

a) in una percentuale del 5% sul valore di assegnazione o sul ricavato della vendita dei mobili pignorati fino ad euro 10.000; in una percentuale del 2% sul ricavato della vendita o sul valore di assegnazione dei mobili pignorati da euro 10.000,01[71] fino ad euro 25.000; in una percentuale dell'1% sull'importo superiore;

b) in una percentuale del 6% sul ricavato della vendita o sul valore di assegnazione dei beni e dei crediti pignorati ai sensi dell'art. 492-*bis* fino ad euro 10.000,00; in una percentuale del 4% da euro 10.000,01 fino ad euro 25.000,00; ed in una percentuale del 3% sull'importo superiore.

Nella versione della norma (art. 122) novellata dal d.l. 132/2014 (conv.

[70] In questo senso v. Valerini, *La ricerca dei beni*, cit., p. 63 nota 26; Ronco, *Una bilancia più piccola e una spada più tagliente*, cit., p. 84. Nel senso che, invece, il termine prenda a decorrere dal deposito dell'istanza da parte del creditore v. Ziino, *Le novità in materia di ricerca dei beni*, cit., p. 498.

[71] Il legislatore ha qui previsto che lo scaglione parta da € 10.001,00, ma la previsione è frutto di un chiaro refuso, perché altrimenti i valori da € 10.000,01 a € 10.000,99 rimarrebbero privi di disciplina.

con mod. in l. 162/2014) si prevedeva che, vuoi in caso di conversione del pignoramento vuoi in caso di estinzione (artt. 629 ss., c.p.c.) o chiusura anticipata del processo esecutivo (artt. 164-*bis* e 187-*bis*, disp. att. c.p.c.), il compenso dell'ufficiale giudiziario dovesse essere determinato o liquidato dal giudice secondo le percentuali di cui alla lettera a) ridotte della metà: negli ultimi due casi, però, tale compenso avrebbe dovuto gravare necessariamente sul creditore procedente.

Nulla era previsto invece con riferimento all'ipotesi in cui la ricerca telematica non avesse sortito gli effetti sperati, non consentendo di individuare alcun bene nel patrimonio del debitore, ovvero per il caso in cui si determinasse l'inefficacia della richiesta di pignoramento per inerzia del creditore[72]: atteso che l'art. 122, 2° comma, d.p.r. 1229/59 subordina espressamente la spettanza del diritto alla retribuzione all'effettuazione delle «operazioni di pignoramento» e che il calcolo del compenso viene effettuato sul valore di assegnazione o di vendita, si era ritenuto che, in tal caso, non fosse dovuta alcuna retribuzione a favore dell'ufficiale giudiziario[73].

Il legislatore del 2015 è intervenuto sulla materia, sostituendo l'intero comma 4° dell'art. 122 che oggi recita: «In caso di estinzione del processo esecutivo il compenso è posto a carico del creditore procedente ed è liquidato dal giudice dell'esecuzione nella medesima misura di cui al terzo comma, calcolata sul valore dei beni o dei crediti pignorati o, se minore, sul valore del credito per cui si procede». E dunque, chiarito che in questi casi il compenso non può che essere accollato al creditore procedente, le percentuali sulla cui base effettuare il calcolo del compenso sono le stesse previste per il caso di conversione del pignoramento, e cioè quelle di cui alla lettera *a*) dell'art. 122, ridotte della metà.

[72] Su questa seconda lacuna normativa v. Gradi, *Misure per l'«efficienza»*, cit., p. 39 nota 75.
[73] V., se vuoi, nel senso di cui al testo G.G. Poli, *La ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare*, in *Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*, cit., p. 195. L'interpretazione era stata convalidata anche dalla nota del 13 marzo 2015 diffusa dal Ministero della Giustizia per rendere delucidazioni sull'art. 122, d.p.r. 1229/1959 secondo cui: «nei casi di chiusura anticipata della procedura esecutiva di pignoramento (mobiliare o presso terzi) non rientrano le ipotesi di mancato deposito e di iscrizione a ruolo da parte del creditore nei termini previsti – quindici giorni per il pignoramento mobiliare, trenta giorni per il pignoramento presso terzi – od il caso di mancata indicazione all'ufficiale giudiziario, entro dieci giorni, da parte del creditore, dei beni da sottoporre ad esecuzione – ai sensi dell'art. 155-*ter*, secondo comma, disp. att. c.p.c. – tenuto conto che tali casistiche possono essere conseguenti ad eventuali accordi tra le parti successivi all'attività espletata dallo stesso ufficiale giudiziario. Tali ultimi casi, innanzi citati, non risultano essere contemplati dal novellato art. 122 D.P.R. 1229/59, stando al tenore letterale della stessa disposizione normativa».

Invece, per le ipotesi di chiusura anticipata del processo per infruttuosità dell'esecuzione forzata a norma dell'articolo 164-*bis*, disp. att. c.p.c. o a norma dell'articolo 532, 2° comma, terzo periodo, c.p.c. (anch'esso novellato dal d.l. 83/2015), il legislatore del 2015 ha opportunamente previsto che non sia dovuto alcun compenso. Analoga esenzione è stata anche introdotta per le ipotesi di inefficacia del pignoramento a norma dell'art. 164-*ter* (per mancato deposito nei termini della nota di iscrizione a ruolo imputabile al creditore) e dell'art. 159-*ter*, disp. att. c.p.c. (introdotto dalla l. 132/2015), per mancato deposito da parte del creditore delle copie conformi degli atti previsti dagli artt. 518, 521-*bis*, 543 e 557, c.p.c. in caso di iscrizione a ruolo della procedura da parte di soggetto diverso dal creditore: la *ratio* della previsione sta nel fatto che alla base di queste fattispecie vi sono di solito accordi tra le parti per il pagamento del debito.

In tutti gli altri casi di chiusura anticipata del processo esecutivo (v. art. 187-*bis*, disp. att. c.p.c.) torna ad applicarsi la regola generale di imputazione del compenso al creditore secondo le percentuali previste per il caso di conversione del pignoramento (e di estinzione di cui al primo periodo del 4° comma dell'art. 122).

La liquidazione sarà, in questi casi, stabilita dal giudice d'ufficio, con decreto costituente titolo esecutivo in favore dell'U.N.E.P.

L'ultimo comma dell'art. 122 cit. non manca di disciplinare anche il meccanismo di distribuzione dei compensi maturati in relazione alle attività di cui all'art. 492-*bis* all'interno dell'U.N.E.P., prevedendo che il 60% delle somme percepite venga destinato all'ufficiale giudiziario (o al funzionario) che ha proceduto alle operazioni di pignoramento e il restante 40% equamente ripartito, ad opera dell'ufficiale giudiziario coordinatore dell'ufficio, tra tutti gli ufficiali giudiziari e funzionari appartenenti all'U.N.E.P. La predetta quota del 60% sarà, infine, divisa in parti eguali per ciascuno, nelle ipotesi in cui l'ufficiale giudiziario che ha effettuato le interrogazioni telematiche delle banche dati sia diverso da quello che ha materialmente eseguito il pignoramento.

10. La concreta operatività della riforma

Secondo l'art. 19, comma 6-*bis*, d.l. 132/2014 (conv. con mod. in l. 162/2014) la ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare di cui all'art. 492-*bis*, c.p.c. può applicarsi «ai procedimenti iniziati a decorrere dal trentesimo giorno successivo alla data di entrata in vigore della legge di conversione», e cioè alle istanze di ricerca telematica depositate a far data dall'11 dicembre 2014.

Un ostacolo alla concreta ed immediata operatività dell'istituto era stato, tuttavia, da più parti ravvisato[74] nella prima formulazione dell'art. 155-*quater*, 1° comma, disp. att. c.p.c., secondo cui «i casi, i limiti e le modalità di esercizio della facoltà di accesso alle banche dati di cui al secondo comma dell'articolo 492-bis del codice» dovevano essere fissati da un emanando decreto interministeriale (di spettanza del Ministero della Giustizia, di concerto con quello dell'Interno e dell'Economia e Finanze sentito il Garante privacy), anche deputato ad individuare ulteriori banche dati che l'u.g. sarebbe stato abilitato ad interrogare con la ricerca telematica.

Tra i primi commentatori si era infatti ritenuto che il tenore della norma impedisse la concreta operatività dell'accesso telematico da parte dell'ufficiale giudiziario fino alla emanazione del suddetto decreto[75]; e ciò a dispetto della *ratio* dell'art. 492-*bis*, introdotto con decretazione d'urgenza nell'ambito di misure di accelerazione del processo di esecuzione forzata, che apparivano in netta controtendenza rispetto ad un possibile rinvio *sine die*[76].

Sul punto è intervenuta la novella del 2015 (v. art. 14, 1° comma, lett. *0a* del d.l. 83/2015, aggiunto in fase di conversione nella l. 6 agosto 2015, n. 132) eliminando l'improvvido riferimento al suddetto decreto del Ministero della Giustizia e sostituendo l'intero 1° comma dell'art. 155-*quater* con la previsione secondo cui «le pubbliche amministrazioni che gestiscono banche dati contenenti informazioni utili ai fini della ricerca di cui all'articolo 492-bis del codice mettono a disposizione degli ufficiali giudiziari gli accessi, con le modalità di cui all'articolo 58 del codice di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, su richiesta del Ministero della giustizia. Sino a quando non sono definiti dall'Agenzia per l'Italia digitale gli standard di comunicazione e le regole tecniche di cui al comma 2 del predetto articolo 58 e, in ogni caso, quando l'amministrazione che gestisce la banca dati o il Ministero della giustizia non dispongono dei sistemi informatici per la cooperazione applicativa di cui all'articolo 72, comma 1, lettera e), del medesimo codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, l'accesso é consentito

[74] Valerini, *La ricerca dei beni*, cit., p. 60; Locatelli, *Le novità in tema di esecuzione forzata*, cit., p. 1638, che esprime dubbi sulla concreta applicabilità della riforma in relazione alla inadeguatezza della dotazione informatica di molti uffici UNEP e della cronica carenza di organico degli ufficiali giudiziari.

[75] V. in questo senso Soldi, *La ricerca dei beni*, cit., p. 260.

[76] Similmente v. anche De Stefano, *Gli interventi in materia di esecuzione forzata*, cit., p. 790, secondo cui fino all'emanazione del decreto interministeriale non dovrebbe comunque essere negata l'immediata operatività della norma.

previa stipulazione, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, di una convenzione finalizzata alla fruibilità informatica dei dati, sentito il Garante per la protezione dei dati personali. Il Ministero della giustizia pubblica sul portale dei servizi telematici l'elenco delle banche dati per le quali é operativo l'accesso da parte dell'ufficiale giudiziario per le finalità di cui all'articolo 492-bis del codice».

Ciò comporterà in pratica che:

1) all'Agenzia per l'Italia digitale – istituita e regolata dagli artt. 19 e ss. del d.l. 83/2012 conv., con mod., in l. 134/2012 – (e non più al Ministero della Giustizia) è assegnato il compito di stabilire, sentiti il Garante per la protezione dei dati personali e le amministrazioni interessate alla comunicazione telematica (ivi incluso il Ministero della Giustizia), gli standard di comunicazione e le regole tecniche per consentire l'interazione in via telematica tra le pubbliche amministrazioni che gestiscono le banche dati contenenti informazioni utili alla ricostruzione del patrimonio del debitore ai sensi dell'art. 492-*bis*, c.p.c., e gli ufficiali giudiziari richiedenti, in osservanza del criterio della c.d. «cooperazione applicativa» desumibile dal comb. disp. degli artt. 58 e 72, d.leg. 82/2005 e consistente nella predisposizione di un sistema pubblico di connettività finalizzato al dialogo tra sistemi informatici.

2) Fino all'emanazione di queste regole e, comunque, qualora le pubbliche amministrazioni deputate a gestire le suddette banche dati o lo stesso Ministero della Giustizia non dispongano dei sistemi informatici atti a garantire l'interazione tra amministrazioni, l'accesso alle banche dati sarà subordinato alla stipulazione di una convenzione con i singoli enti destinatari delle richieste di ricerca telematica. A tal fine, il Ministero dovrà provvedere a pubblicare sul Portale dei servizi Telematici <pst.giustizia.it> (ultimo accesso 01.03.2016) l'elenco delle banche dati (e dunque delle relative pubbliche amministrazioni che le detengono) con cui è stata stipulata la convenzione ed è operativa la possibilità di consultazione telematica da parte dell'ufficiale giudiziario.

Poiché siffatto regime (adozione delle regole tecniche o stipulazione delle convenzioni e successiva pubblicazione sul portale delle banche dati consultabili) conduce all'ennesimo prevedibile rinvio della concreta operatività dell'istituto, che rimane peraltro sempre subordinato all'effettivo funzionamento «delle strutture tecnologiche» atte a consentire l'accesso telematico all'interno del singolo ufficio giudiziario, le attenzioni degli operatori e degli interpreti sono rivolte in particolare alla possibilità per il creditore di accedere alle banche dati tramite i gestori in forza dell'art. 155-*quinquies*, disp. att. c.p.c.

Come anticipato *supra* (§ 7), si tratta di una facoltà di accesso, concessa al creditore sempre previa autorizzazione *ex* art. 492-*bis*, che prescinde dall'intermediazione dell'ufficiale giudiziario e si esercita non in forma telematica, ma attraverso una semplice richiesta per iscritto formulata dal creditore istante agli enti gestori delle banche dati.

Il 1° comma dell'art. 155-*quinquies*, disp. att. c.p.c., non toccato dalle riforme del 2015, limita tale possibilità alle ipotesi in cui «le strutture tecnologiche necessarie a consentire l'accesso diretto da parte dell'ufficiale giudiziario alle banche dati di cui all'art. 492-*bis* del codice e a quelle individuate con il decreto di cui all'articolo 155-*quater*[77], primo comma, non sono funzionanti».

Tuttavia, il neointrodotto 2° comma del citato art. 155-*quinquies* (aggiunto dall'art. 14, 1° comma, lett. *a* del d.l. 83/2015 in fase di conversione nella l. 132/2015) ha chiarito che «la disposizione di cui al primo comma si applica, limitatamente a ciascuna delle banche dati comprese nell'anagrafe tributaria, ivi incluso l'archivio dei rapporti finanziari, nonché a quelle degli enti previdenziali, sino all'inserimento di ognuna di esse nell'elenco di cui all'articolo 155-*quater*, primo comma».

L'interpretazione più ragionevole del tenore complessivo della disposizione, come risultante dalle riforme del 2015, dovrebbe indurre a ritenere che *conditio sine qua non* per la concessione della autorizzazione al creditore resti quella del mancato funzionamento, all'interno dell'ufficio giudiziario, delle strutture tecnologiche che consentirebbero l'accesso telematico diretto, riservato all'ufficiale giudiziario[78].

Al ricorrere di tale presupposto, e nelle more dell'approvazione degli standard e delle regole tecniche per la «cooperazione applicativa» da parte dell'Agenzia Digitale o della stipula delle apposite convenzioni tra Ministero ed enti gestori delle banche dati, l'autorizzazione all'accesso del creditore dovrà essere concessa sin da subito (*i.e.* dall'entrata in vigore della nuova formulazione della norma) dal tribunale competente, senza che possa opporsi

[77] La mancata eliminazione di quest'ultimo inciso («quelle individuate con il decreto di cui all'articolo 155-*quater*») è sicuramente dovuta al consueto difetto di coordinamento del recente legislatore che ha in realtà espunto dall'art. 155-*quater* il riferimento ad un emanando decreto del Ministero della Giustizia che individui ulteriori banche dati consultabili dall'uff. giud., oltre quelle già espressamente contemplate dall'art. 492-*bis*. Anche il 3° ed il 4° comma dell'art. 155-*quater* continuano a fare riferimento al (non più previsto) decreto di cui al comma 1° dell'art. 155-*quater*.

[78] Per una interpretazione in senso ampio della dizione «non funzionanti» di cui all'art. 155-*quinquies*, idonea a ricomprendere tanto guasti momentanei che accessi telematici non funzionanti per assenza *tout court* di collegamento alla rete o inoperatività del software ministeriale, v. Spaccapelo, *sub art. 492*-bis, cit., p. 176.

la mancata inclusione delle banche dati nell'elenco da pubblicarsi a cura del Ministro della Giustizia sul portale dei servizi telematici[79].

L'accesso del creditore sarà limitato in questa prima fase c.d. transitoria, e cioè fino all'inserimento di ciascuna delle banche dati di cui appresso nell'elenco pubblico ospitato sul «portale dei servizi telematici», alle sole «banche dati comprese nell'anagrafe tributaria, ivi incluso l'archivio dei rapporti finanziari, nonché a quelle degli enti previdenziali».

Una volta conclusasi questa fase, il potere di accesso del creditore continuerà a potersi esercitare, sempre a patto che non siano funzionanti le strutture tecnologiche che consentirebbero l'accesso telematico, ed anzi si estenderà automaticamente all'interrogazione (tramite richiesta scritta del creditore) delle ulteriori banche dati eventualmente incluse nell'elenco pubblico presente sul PST[80].

Allorché finalmente gli U.N.E.P. potranno disporre di tutte le infrastrutture tecnologiche atte a consentire la piena funzionalità della consultazione telematica[81], potrà entrare a regime la ricerca telematica a mezzo ufficiale giudiziario come disciplinata dall'art. 492-*bis*; mentre l'accesso del creditore tramite richiesta ai gestori conserverà un suo (residuale) ambito applicativo nelle ipotesi di 'momentaneo' malfunzionamento delle

[79] In favore della immediata operatività della facoltà di accesso alle banche dati del creditore tramite i gestori si sono espressi, sulla base del nuovo testo dell'art. 155-*quinquies*, Trib. Palermo, 3 novembre 2015, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 01.03.2016), secondo cui per mancato funzionamento delle strutture tecnologiche (che legittimano l'istanza del creditore all'accesso tramite i gestori) deve intendersi ogni ipotesi di non funzionamento delle strutture, «derivante non solo da motivi tecnici, ma anche dalla mancanza dell'accesso diretto o della convenzione di cui all'art. 155 *quater*»; Trib. Milano, 28 ottobre 2015, *ibid.*; Trib. Padova, 23 ottobre 2015, *ibid.*, che pone in rilievo la mancata pubblicazione, allo stato, dell'elenco di banche dati sul portale dei servizi telematici; Trib. Milano, 28 settembre 2015, *ibid.*; Trib. Forlì, 29 luglio 2015, *ibid.*, che ha tuttavia concesso l'autorizzazione sulla base del testo (ormai superato) dell'art. 155-*quinquies* risultante dal d.l. 83/2015 prima della conversione in legge, secondo cui l'autorizzazione poteva essere concessa al creditore sino all'adozione di un «decreto dirigenziale del Ministero della Giustizia, non avente natura regolamentare, che attesta la piena funzionalità delle strutture tecnologiche necessarie a consentire l'accesso alle medesime banche dati». Nel senso della immediata operatività della facoltà di accesso diretto alle banche dati da parte del creditore è orientata Longo, *La ricerca telematica dei beni*, cit.

[80] In questo senso condivisibilmente Soldi, *Manuale*, cit., p. 497.

[81] Momento che dovrebbe coincidere con la stipula delle convenzioni per la fruibilità informatica dei dati previste dal comma 1° dell'art. 155-*quater*, disp. att. c.p.c. e non invece con la successiva adozione degli standard e regole tecniche per la «cooperazione applicativa» da parte dell'Agenzia per l'Italia digitale, giacché il funzionamento delle strutture tecnologiche (richiesta dall'art. 155-*quinquies* in questione) sembra poter essere assicurata (anche soltanto) dalla effettiva possibilità di consultazione informatica delle banche dati da parte degli ufficiali giudiziari (pur se sulla base di temporanee convenzioni).

strutture tecnologiche, come sembrerebbe suggerire l'interpretazione più ragionevole dell'art. 155-*quinquies*, 1° comma.

Merita ricordare, comunque, che parte della prima giurisprudenza applicativa aveva già ritenuto immediatamente operativa, sin dall'entrata in vigore del d.l. 132/2014, e non subordinata all'adozione di alcun decreto attuativo (*olim* prevista dall'art. 155-*quater*) la possibilità di consultazione delle banche dati tramite i gestori da parte del creditore, sul presupposto che essa non integrasse alcun accesso diretto da parte del creditore ai dati custoditi negli archivi, che vengono trattati in via esclusiva dai gestori, e dunque non ponesse alcun problema in ordine alla riservatezza di tali dati[82].

11. Ulteriori casi di applicazione delle disposizioni per la ricerca con modalità telematiche dei beni da pignorare

Il neointrodotto art. 155-*sexies* delle disposizioni di attuazione al codice di procedura civile prevede che le disposizioni in materia di ricerca telematica dei beni da pignorare si applicano anche «per l'esecuzione del sequestro conservativo e per la ricostruzione dell'attivo e del passivo nell'ambito di procedure concorsuali di procedimenti in materia di famiglia

[82] V. in questo senso Trib. Mantova, 3 febbraio 2015, cit. secondo cui in «ipotesi di inidoneità dichiarata attuale delle strutture tecnologiche necessarie a consentire l'accesso diretto da parte dell'ufficiale giudiziario alle banche dati, il creditore procedente, sussistendone i presupposti, può essere autorizzato ad ottenere direttamente dai gestori delle banche dati le informazioni nelle stesse contenute, senza necessità di attendere i decreti attuativi cui si riferisce l'art. 155-*quater* disp. att. c.p.c., atteso che l'autorizzazione non prevede un accesso diretto alle banche dati da parte del creditore, ma unicamente consente di richiedere ed ottenere dai gestori delle stesse le informazioni relative al debitore ivi conservate, così che le relative interrogazioni sono effettuate dai gestori medesimi». La richiesta diretta da parte del creditore ai gestori delle banche dati era stata ammessa prima delle riforme del 2015 da Trib. Napoli nord, 24 dicembre 2014, in <www.ilcaso.it>, in subordine alla impossibilità di far luogo alla ricerca telematica da parte dell'ufficiale giudiziario; Trib. Pavia, 25 febbraio 2015, cit.; Trib. Catania, 27 maggio 2015, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 01.03.2016).
L'autorizzazione all'accesso diretto da parte del creditore era stata invece negata, a causa della mancata emanazione dei decreti attuativi da Trib. Novara, 21 gennaio 2015, *ibid.*; Trib. Vicenza, 19 marzo 2015, *ibid.*; Trib. Alessandria, 30 giugno 2015, in <www.lanuovaproceduracivile.com> (ultimo accesso 01.03.2016) (quest'ultima espressasi sul testo degli artt. 155-*quater* e *quinquies* antecedente alla conversione del d.l. 83/2015). In dottrina v. anche, in quest'ultimo senso, L. D'Agosto, S. Criscuolo, *Prime note sulle "misure urgenti di degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia civile"*, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 01.03.2016), 37, secondo cui la concessione della autorizzazione alla ricerca al creditore resta subordinata all'emanazione del decreto ministeriale.

e di quelli relativi alla gestione di patrimoni altrui».

Si tratta di una previsione passata forse sotto silenzio nei primi commenti sulla riforma, ma che può rivelarsi fondamentale in alcuni ambiti processuali, ove si manifestano esigenze di ricostruzione del patrimonio delle parti in causa assimilabili a quelle già viste per l'esecuzione forzata.

Quanto al sequestro conservativo, la concessione anche al creditore sequestrante del potere di avvalersi delle consultazioni telematiche in via esplorativa, per conoscere la reale consistenza del patrimonio del debitore, si giustifica con la natura (*lato sensu*) esecutiva dell'attuazione del sequestro conservativo prevista dall'art. 678, c.p.c. (che, infatti, viene definita «esecuzione» e segue le norme stabilite per il pignoramento presso il debitore o presso terzi) e con la conseguente identità dei problemi conoscitivi che incontra il creditore sequestrante rispetto a quelli del creditore pignorante[83].

Va da sé che, in tali casi, il presupposto per la concessione della autorizzazione giudiziale alla ricerca telematica sui beni del debitore sequestrato sarà l'esibizione (al presidente del tribunale o al giudice da questi delegato) del provvedimento di sequestro conservativo concesso in via cautelare[84] *ex* art. 669-*sexies*, c.p.c., al ricorrere dei presupposti dell'art. 671, c.p.c.

Con riferimento, invece, alle procedure concorsuali, ai procedimenti in materia di famiglia e a quelli relativi alla gestione di patrimoni altrui, l'utilizzabilità delle modalità di ricerca telematica dei beni previste dall'art. 492-*bis*, c.p.c., non è funzionale a sopperire all'asimmetria informativa tra parti in conflitto, ma a favorire la ricostruzione completa e veritiera del patrimonio di una parte (o di tutte le parti) in causa.

La previsione va letta unitamente a quanto disposto dall'art. 19, 5° comma, d.l. 132/2014 (conv. con mod. in l. 162/2014) che ha introdotto un nuovo periodo nell'art. 7, 9° comma, d.p.r. 605/1973, alla cui stregua le informazioni presenti nell'anagrafe tributaria «sono altresì utilizzabili dall'autorità giudiziaria ai fini della ricostruzione dell'attivo e del passivo nell'ambito di procedure concorsuali, di procedimenti in materia di famiglia e di quelli relativi alla gestione di patrimoni altrui. Nei casi di cui al periodo precedente l'autorità giudiziaria si avvale per l'accesso dell'ufficiale giudiziario secondo le disposizioni relative alla ricerca telematica dei beni da pignorare».

[83] Cfr. Valerini, *La ricerca dei beni*, cit, p. 62. Nel senso che il richiamo contenuto nell'art. 678, c.p.c., alle norme stabilite per il pignoramento presso il debitore o presso terzi deve ritenersi esteso anche alle disposizioni c.d. propedeutiche al pignoramento, con conseguente applicabilità anche al sequestro conservativo dell'invito rivolto al debitore dall'ufficiale giudiziario previsto all'art. 492, 4° e 8° comma, c.p.c. si era già espressa Trib. Milano, 7 gennaio 2008, in «Giur. it.», 2008, p. 2277, con nota di M.C. Giorgetti.
[84] Gradi, *Misure per l'«efficienza»*, cit., p. 40.

Cosicché, in base al combinato disposto delle due norme, si può ipotizzare che il Tribunale autorizzi il curatore fallimentare a compiere, attraverso l'esame delle banche dati di cui agli artt. 492-*bis*, c.p.c. e 155-*quater*, disp. att. c.p.c., indagini volte a ricostruire l'entità dell'attivo e del passivo patrimoniale del fallito.

La facoltà di accesso alla ricerca telematica dei beni (previa autorizzazione giudiziale) dovrebbe essere riconosciuta, in base alla citata disposizione, anche ai soggetti giudizialmente investiti del potere di gestione dei patrimoni altrui, e quindi (tra gli altri) al commissario giudiziale nel concordato preventivo, al curatore dell'eredità giacente, al tutore, al curatore ed all'amministratore di sostegno nei procedimenti di interdizione, inabilitazione, e amministrazione di sostegno.

Nei casi appena menzionati, alla luce del tenore dell'art. 7, 9° comma, d.p.r. 605/1973 (nella parte in cui dispone che «l'autorità giudiziaria» si avvalga dell'ufficiale giudiziario per l'accesso alle banche dati, secondo le disposizioni sulla ricerca telematica dei beni da pignorare), è ragionevole ritenere che l'autorizzazione all'indagine telematica sia disposta dalla stessa autorità giudiziaria davanti alla quale pende il procedimento (concorsuale, di famiglia, o relativo alla gestione di patrimoni altrui) senza necessità di interpellare il presidente del tribunale[85].

Per quanto concerne, in particolare, i procedimenti in materia di famiglia, il comb. disp. delle due norme dovrebbe consentire (non già ad una delle parti del procedimento in vista dell'esecuzione forzata[86], ma) al giudice l'utilizzo dello strumento della ricerca telematica, per condurre approfondite indagini sulla complessiva situazione patrimoniale delle parti in causa, anche in vista dell'emanazione di provvedimenti urgenti nell'interesse della famiglia (si pensi, ad esempio, all'ordinanza presidenziale *ex* art. 708, c.p.c.).

Questi nuovi poteri di indagine (tramite banche dati informatiche) si affiancano alle disposizioni, già esistenti *in subiecta materia*, che accordano al giudice un potere ispettivo sui redditi e sull'effettivo tenore di vita dei coniugi, da esercitarsi per mezzo della polizia tributaria: si pensi all'art. 337-*ter*, c.c., per quanto concerne l'emanazione di provvedimenti riguardo ai figli, nell'ambito dei procedimenti di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio e relativi ai figli nati fuori dal matrimonio; all'art. 5, 9° comma, l. 898/70; all'art. 736-*bis*, c.p.c., relativo all'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari.

[85] V. in questo senso Ziino, *Le novità in materia di ricerca dei beni*, cit., p. 483.

[86] Le parti (ad esempio uno dei coniugi) saranno ovviamente libere di attivare la procedura di cui all'art. 492-*bis*, una volta ottenuto un titolo esecutivo non adempiuto dalla controparte.

Così stando le cose, deve ritenersi che la possibilità di avvalersi della più celere procedura di consultazione delle banche dati tramite ufficiale giudiziario dovrà essere preferita dai giudici ogni qual volta sia sufficiente, ai fini della adozione dei provvedimenti giudiziali nei procedimenti *de quibus*, una mera fotografia dei beni facenti parte del patrimonio delle parti; mentre si dovrà presumibilmente continuare ad avvalersi dell'ausilio della polizia tributaria quando sorga la necessità di estendere l'indagine anche all'effettivo tenore di vita dei coniugi, non pienamente evincibile dalle risultanze delle banche dati[87].

L'art. 19, comma 6-*bis*, d.l. n. 132/2014 prevede che la disciplina transitoria ordinariamente prevista non si applichi con riferimento alle disposizioni previste dall'art. 155-*sexies* e dal 5° comma dello stesso art. 19 che, pertanto, trovano immediata applicazione ai procedimenti pendenti alla data di entrata in vigore del decreto.

Abstract

Lo scritto contiene un'analisi complessiva dell'istituto della ricerca telematica dei beni da pignorare, introdotto di recente, nel nostro ordinamento processuale, all'art. 492-*bis,* c.p.c., per effetto del d.l. 132/2014 (conv. con modif. nella l. 162/2014) e già oggetto di un primo *restyling* ad opera del d.l. 83/2015 (conv. con modif. nella l. 132/2015).

Premesso l'esame dell'impatto della novella sul sistema di tutela del credito ed il suo inquadramento sistematico nel codice di rito, l'indagine si sofferma sulle modalità di presentazione dell'istanza da parte del creditore, sui contenuti dell'autorizzazione giudiziale nonché sulle rispettive caratteristiche dell'accesso telematico tramite ufficiale giudiziario e dell'accesso consentito ai creditori tramite i gestori.

Autonomo spazio è dedicato alla disanima della concreta operatività della riforma, tuttora ostacolata dal mancato funzionamento, in molti uffici giudiziari, delle strutture tecnologiche atte a consentire l'accesso in forma telematica alle banche dati pubbliche.

[87] V. in questo senso condivisibilmente Valerini, *La ricerca dei beni*, cit., p. 62.

Vito Poli

L'Ufficio studi, massimario e formazione della giustizia amministrativa

[il lavoro che segue è stato già pubblicato in «Foro it.», 2012, V, col. 102]

SOMMARIO: 1. La genesi e i tre pilastri della struttura – 2. La formazione – 3. L'attività scientifica elaborata autonomamente – 4. L'attività di supporto agli organi centrali della giustizia amministrativa e di interlocuzione con le istituzioni nazionali ed internazionali

1. La genesi e i tre pilastri della struttura

Nella tarda primavera del 2011 si è insediato ed ha cominciato a funzionare il neonato ufficio studi, massimario e formazione (in prosieguo ufficio studi) della giustizia amministrativa, che ha preso il posto dell'abrogato ufficio massimario e studi, disciplinato dall'art. 13, d.P.C.S. 15 febbraio 2005 – recante l'approvazione del regolamento di organizzazione degli uffici amministrativi della giustizia amministrativa (in prosieguo reg. org.) pubblicato in G.U. 12 aprile 2005, n. 44 – sostituito dalle delibere del Consiglio di presidenza della giustizia amministrativa (in prosieguo Consiglio), in data 11 marzo 2010 e 11 marzo 2011, esternate dal d.P.C.S. 23 maggio 2011 (in G.U. 6 giugno 2011, n. 129).

Tralasciando la descrizione degli aspetti più strettamente organizzativi, si evidenzia che l'attività del nuovo organismo, comunque funzionalizzata al miglior esercizio delle attribuzioni giurisdizionali e consultive della giustizia amministrativa (in prosieguo g.a.), ruota intorno a tre pilastri fondamentali:

a) la formazione;

b) l'attività lato sensu scientifica elaborata autonomamente dalla struttura;

c) l'attività di partnership con gli altri organi della g.a. e, più in generale, con le istituzioni nazionali ed internazionali.

2. La formazione

Il Consiglio, in assenza di riferimenti normativi (costituzionali ma anche semplicemente primari), ha elaborato un progetto di formazione nel quale è posto al centro il «diritto del magistrato alla formazione» (art. 13, co. 1°, reg. org.).

Questa impostazione è frutto di una scelta consapevole conforme al quadro regolatorio internazionale:

a) in ambito C.e.d.u. (cfr. Raccomandazione n. R (94) 12\1994 del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa agli Stati membri sull'indipendenza, l'efficacia e il ruolo dei giudici, estesa anche ai pubblici ministeri con analoga Raccomandazione R (2000) 19\2000 dello stesso Comitato; Carta europea sullo statuto dei giudici approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo, l'8-10 luglio 1998; parere n. 4 del 27 novembre 2003 reso dal Consiglio consultivo dei giudici europei – CCJE – presso il Consiglio d'Europa);
b) in ambito U.E. (cfr. la Rete europea di formazione giudiziaria e la Comunicazione della Commissione in data 29 giugno 2006, che insiste sulla conoscenza del diritto europeo, sulla formazione linguistica e sulla formazione scientifica in materie socio-economiche dei magistrati);
c) in ambito comparato (in particolare sono state prese a modello le esperienze di Francia, Germania, Paesi Bassi e Regno Unito).

Le indicazioni europee convergono nel senso che, ferma restando l'obbligatorietà della formazione iniziale, quella permanente, a tutela dell'indipendenza del giudice e della funzione giurisdizionale, ha il carattere della facoltà-onere e, pur rientrando nel patrimonio deontologico del magistrato, non deve assumere (anche surrettiziamente), i connotati della obbligatorietà o, peggio, condizionare lo sviluppo della carriera.

In questo senso le istituzioni europee privilegiano sistemi organizzativi in cui la formazione sia assicurata da organismi diversi dagli stessi organi di autogoverno (cfr. le conclusioni cui è giunta la terza Conferenza europea dei giudici svoltasi a Roma il 26 e 27 marzo 2007 sotto l'egida del Consiglio d'Europa).

A questo modello organizzatorio è ispirata la riforma (o per meglio dire la fondazione) della formazione della magistratura amministrativa.

Riveste importanza centrale l'elaborazione, da parte del comitato scientifico (struttura di indirizzo presso l'ufficio studi), delle direttive sulla formazione, portate all'approvazione del Consiglio (organo di autogoverno), le quali costituiranno la cornice entro la quale l'ufficio studi formerà la proposta del

programma annuale di formazione successivamente approvato dal Consiglio.

Per ottimizzare le esigue risorse disponibili, l'art. 13 cit., individua come elementi portanti del programma annuale della formazione:

d) l'acquisizione delle esperienze scientifiche e di quelle professionali dei magistrati amministrativi che svolgono incarichi extra istituzionali;
e) il coordinamento unitario delle iniziative culturali che si svolgono sia a livello centrale che sul territorio ad iniziativa dei singoli T.a.r.;
f) la collaborazione con enti di ricerca, università ed istituzioni culturali in genere;
g) la eventuale commercializzazione della produzione scientifica e formativa dell'ufficio studi.

3. L'attività scientifica elaborata autonomamente

L'art. 13, co. 2°, cit., enumera le attribuzioni esercitate dall'ufficio studi in piena autonomia, al di fuori quindi di un preventivo quadro programmatorio (ma nel rispetto del regolamento sul funzionamento interno dell'ufficio deliberato dal comitato scientifico).

A fianco dei tradizionali compiti svolti dagli uffici studi e massimario, spiccano le innovative attribuzioni in materia di:

a) potenziamento dell'attività scientifica in relazione alle giurisdizioni internazionali;
b) ausilio specifico allo svolgimento delle funzioni istituzionali da parte dei magistrati amministrativi tramite:
   b1) segnalazione delle più importanti decisioni delle giurisdizioni internazionali e nazionali supreme e delle questioni pendenti presso le stesse;
   b2) diffusione dei risultati dell'attività di cernita e massimazione delle principali pronunce della magistratura amministrativa;
   b3) studio preparatorio di questioni di diritto affidate, per ovvie ragioni logistiche, dai soli vertici della magistratura amministrativa (presidente del Consiglio di Stato, presidenti di sezione del C.d.S., di T.a.r.); questa competenza riveste una grande importanza perché potrebbe in futuro svilupparsi sia come embrione di una sezione filtro per garantire la funzione nomofilattica del C.d.S. (certamente potenziata dal nuovo codice del processo amministrativo), sia per prevenire, attraverso la circolazione delle conoscenze, i contrasti di giurisprudenza fra i T.a.r. e fra questi ed il C.d.S. (ed all'interno delle sezioni di quest'ultimo).

4. L'attività di supporto agli organi centrali della giustizia amministrativa e di interlocuzione con le istituzioni nazionali ed internazionali

Nel terzo comma dell'art. 13 cit., sono elencate le attribuzioni svolte dall'ufficio studi sulla base di linee guida approvate dal Consiglio.

Si segnalano le principali novità:

a) la funzione di referente delle reti giuridiche internazionali nonché di collaborazione con organizzazioni internazionali, U.E. e stati stranieri (in questo ambito si tratta di razionalizzare ed ottimizzare le numerose iniziative esistenti che vedono coinvolta, a vari livelli e con diverse modalità, la magistratura amministrativa ed i suoi organi centrali, primo fra tutti il Consiglio di Stato);
b) la funzione di «ufficio (di studio) legislativo» presso il governo ed il parlamento in relazione all'elaborazione normativa di interesse per la giustizia amministrativa (si tratta di un compito rilevantissimo la cui praticabilità concreta, in assenza di riferimenti normativi primari, riposa sulla leale collaborazione delle varie istituzioni coinvolte);
c) l'assunzione di un ruolo attivo nell'adeguamento dei contenuti giuridici dei prodotti informatici offerti e nella formazione del personale delle segreterie; questo aspetto assume particolare importanza specie in relazione alla necessità di affinare le potenzialità del nuovo sistema informatico della g.a. che potranno essere implementare, a regime, anche con la predisposizione, da parte dell'ufficio, del contenuto di schemi e modelli informatici di atti del processo, glossari e moduli operativi specifici per il personale amministrativo incaricato della introduzione e verifica dei dati immessi anche nel sistema del processo telematico (ormai pienamente a regime e che pone la magistratura amministrativa all'avanguardia in Europa).

Abstract

L'articolo illustra sinteticamente la struttura e le funzioni dell'Ufficio studi, Massimario e formazione della giustizia amministrativa evidenziando le tre direttici fondamentali della sua attività.

Barbara Poliseno

La degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare: l'impatto sulle prassi e la promozione del fenomeno anche per le unioni civili

SOMMARIO: 1. Gli effetti della degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare tra pronostici e prime prassi applicative – 1.1 I procedimenti di separazione e divorzio iscritti al ruolo e le convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dal Pubblico ministero: i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Bari – 1.2 (*Segue*): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Milano – 1.3 (*Segue*): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Catania – 1.4 (*Segue*): la degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare in termini di percentuale a Bari, Milano e Catania – 2. Il «nullaosta» del Pubblico ministero – 3. L'esiguo riscontro applicativo di un ipotetico interregno tra il diniego del P.M. e il successivo controllo dell'accordo da parte del Presidente del tribunale: prassi giurisprudenziali e tentativi ministeriali di razionalizzazione del sistema – 4. La negoziazione assistita quale 'risoluzione alternativa' delle «unioni civili tra persone dello stesso sesso» e non anche delle «convivenze di fatto» eterosessuali

1. Gli effetti della degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare tra pronostici e prime prassi applicative

Il fenomeno della degiurisdizionalizzazione della tutela dei diritti ha determinato un impatto piuttosto considerevole in materia di separazione e divorzio. Nonostante le reticenze da più parti manifestate nella 'rimozione dei sigilli' alla tradizionale indisponibilità delle situazioni sostanziali, *status* e diritti coinvolti nel contenzioso familiare, la procedura di negoziazione assistita dagli avvocati, introdotta dall'art. 6, l. 162/2014, che ha convertito con modificazioni il d.l. 132/2014, ha, di fatto, suscitato un chiaro riscontro positivo per la risoluzione consensuale del rapporto tra coniugi[1].

[1] Sulla negoziazione assistita in tema di separazione e divorzio si rinvia, per quanto non riportato nel testo, a B. POLISENO, *Negoziazione assistita e accordi "amministrativi" in materia di separazione e divorzio*, in «Giusto proc. civ.», 2015, pp. 191 ss.; cfr., tra gli altri, F. DANOVI, *I nuovi modelli di separazione e divorzio: una intricata pluralità di protagonisti*, in

In assenza di una situazione di conflitto, è parsa, infatti, ai più, buona cosa rinunciare ai tempi e ai costi della tutela giurisdizionale[2]; numerose sono state le coppie che, in procinto di separarsi, divorziare, ovvero di modificare le condizioni di separazione o divorzio già stabilite, hanno scelto di evitare le forme di tutela *stricto sensu* giurisdizionali previste per la separazione consensuale, il divorzio congiunto o la revisione 'camerale' dei provvedimenti già assunti (secondo le disposizioni previste dall'art. 710, c.p.c. e dall'art. 9, l. div.), e di accedere alle nuove regole di composizione della crisi coniugale, anche laddove l'accordo fosse diretto a disporre sull'affidamento e/o mantenimento di figli minori, maggiorenni non autosufficienti, incapaci o portatori di *handicap* grave.

Nonostante la 'buona riuscita' delle nuove tecniche di tutela, di cui si cercherà di dare conto nei paragrafi che seguono, riportando le prime esperienze di alcuni uffici giudiziari del territorio nazionale, corre l'obbligo di rilevare che la denominata «rivoluzione»[3] in atto si attesta, a ben guardare, su un profilo strettamente teorico.

«Famiglia e dir.», 2014, p. 1146; Id., *Il d.l. n 132/2014: le novità in tema di separazione e divorzio*, *ibid.*, pp. 949 ss.; M. Crescenzi, *La degiurisdizionalizzazione nei procedimenti di famiglia*, in <www.questionegiustizia.it> (ultimo accesso 02.03.2016); R. Lombardi, *Separazione consensuale e divorzio congiunto senza l'intervento del giudice*, in «Gazzetta forense», 2014, fasc. 5, p. 8; M.N. Bugetti, *Separazione e divorzio senza giudice: negoziazione assistita da avvocati e separazione e divorzio davanti al sindaco*, in «Corriere giur.», 2015, pp. 515 ss.; F.P. Luiso, *La negoziazione assistita (art. 6 e 12 d.l. n. 132/14)*, in «Nuove leggi civ.», 2015, pp. 665 ss.; F. Tommaseo, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in «Famiglia e dir.», 2015, p. 157; E. D'alessandro, *Le negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in «Giur. it.», 2015, pp. 1278 ss.; A. Carratta, *Le nuove procedure negoziate e stragiudiziali in materia matrimoniale*, *ibid.*, 2015, pp. 1287 ss.; S. Caporusso, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione e divorzio*, in «Riv. dir. civ.», 2015, pp. 709 ss.; G. Dosi, *La negoziazione assistita da avvocati*, Giappichelli, Torino 2015, *passim*; M. Giorgetti, *La negoziazione assistita*, Giuffrè, Milano 2015, *passim*; S. Maffei, *Negoziazione assistita e accordo per l'interesse del figlio*, in «Ventiquattrore avvocato», 2015, fasc. 12, p. 50; G. Frezza, *«Degiurisdizionalizzazione», negoziazione assistita e trascrizione (l. 10 novembre 2014 n. 162, di conversione del d.l. 12 settembre 2014 n. 132)*, in «Nuove leggi civ.», 2015, p. 18; D. Dalfino, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati, tra* collaborative law *e* procédure partecipative, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162)*, in «Foro it.», 2015, V, coll. 28 ss.

[2] Va rilevato che l'introduzione dell'istituto rappresenta la formalizzazione di una prassi, perché, di fatto, la negoziazione è una procedura che gli avvocati del settore già praticavano (e continueranno, con ogni probabilità a praticare) per raggiungere l'accordo da far «omologare» poi in tribunale.

[3] La parola virgolettata è di G. Casaburi, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco: ricadute sostanziali e processuali*, in *Degiurisdizionalizzazione*, cit., *ibid.*, col. 45.

Come si è già avuto occasione di affermare, le nuove tecniche di risoluzione del rapporto di coniugio non possono, infatti, incidere in maniera radicale in termini di deflazione del contenzioso familiare. Da un canto l'effetto deflattivo, pur riconosciuto dai più, non può, di per sé solo, sovvertire i dati critici riportati dalle statistiche del settore, atteso che il fenomeno della degiurisdizionalizzazione *de quo* interviene limitatamente a quella porzione di giurisdizione volontaria dedicata alle separazioni consensuali e ai divorzi congiunti, che, in termini numerici, rappresenta soltanto un quarto del contenzioso familiare affidato alla cognizione del giudice[4].

Dall'altro, la fetta del carico di lavoro sottratta all'autorità giudiziaria, poiché priva di quel tasso di litigiosità diretto a determinare i veri ritardi del sistema processuale, rappresenta, senza ombra di dubbio, il 'male minore' della giustizia in tema di famiglia.

Anche alla luce dei primi dati statistici che, comunque, attestano un discreto accesso alle novelle procedure, l'interprete non potrà non considerare che l'intervento deflattivo sul procedimento, per un verso allettando gli utenti ad un auspicabile risparmio nelle parcelle degli avvocati[5], per l'altro evitando il deposito del ricorso per la separazione o per il divorzio e, rispettivamente, l'udienza presidenziale (art. 711, c.p.c.) o collegiale (art. 4, 16° comma, l. div.), nonché l'attività di cancelleria ad esse relativa[6], si è, di fatto, rivelata una scelta foriera di non poche inconsapevolezze delle criticità reali ed effettive del contenzioso familiare[7].

Ad un anno dalla entrata in vigore delle nuove forme di separazione e divorzio[8], gli uffici giudiziari di Bari, Milano e Catania si sono resi disponibili

[4] Corre l'obbligo di rammentare che 'il divorzio breve', successivamente introdotto con la l. 83/2015, operando indipendentemente dal consenso dei coniugi, non soffre delle stesse limitazioni applicative.

[5] Che il compenso degli avvocati possa risultare inferiore rispetto alle procedure giurisdizionali è un dato, peraltro, ancora tutto da dimostrare; le rilevanti responsabilità in cui potrebbe incorrere il legale nella procedura di negoziazione assistita non lasciano, infatti, intravedere spazi per una decurtazione significativa di tali costi.

[6] Con una previsione approssimativa di 100 mila ricorsi e udienze di comparizione (e relativi adempimenti) in meno all'anno per l'intero Paese.

[7] «Il mancato ricorso al giudice (per la omologazione della separazione consensuale o per il divorzio congiunto) […] sembra destinato a determinare una economia dei giudizi incapace di incidere sui grossi numeri della giustizia civile»: in tal senso A. Proto Pisani, *Tristi notizie per la giustizia civile*, «Foro it.», 2014, V, col. 221.

[8] La nuova disposizione di cui all'art. 6, l. 162/2014 – peraltro già in vigore per le soluzioni consensuali di separazione, di divorzio o di modifica di separazione o di divorzio già regolate in assenza di figli (minori, incapaci, muniti di *handicap* grave o non economicamente autosufficienti) dal 16 settembre 2014, ovvero dal giorno successivo all'entrata in vigore del d.l. 132/2014, come chiarito dalla circolare ministeriale del 1° ottobre 2014, n. 16 – è regolata,

a rendere pubblici i dati di confronto tra le procedure giurisdizionali, comunque iscritte al ruolo anche dopo l'entrata in vigore della l. 162/2104, di separazione consensuale *ex* art. 711, c.p.c., di divorzio congiunto *ex* art. 9, l. div., nonché di revisione delle condizioni di separazione e divorzio *ex* art. 710, c.p.c., e le convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali di separazione personale, divorzio o di modifica delle condizioni assunte in precedenza, autorizzate dalla Procura della Repubblica (ovvero, in caso di rifiuto del nullaosta, dal Presidente del tribunale) *ex* art. 6, l. 162/2014[9].

In particolare, il *report* statistico, a cui sono dedicati i successivi paragrafi, è diretto al confronto dei dati relativi al flusso in entrata dei procedimenti di separazione e di divorzio a carattere giurisdizionale e le soluzioni consensuali rimesse alla 'cognizione' degli avvocati e al *placet* del Pubblico ministero a partire dall'11 novembre 2014, data dell'entrata in vigore della l. 162/2014, sino al 31 dicembre 2015.

1.1 I procedimenti di separazione e divorzio iscritti al ruolo e le convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dal Pubblico ministero: i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Bari[10]

Procedimenti iscritti al ruolo al Tribunale di Bari dall'11.11.2014 al 31.12.2015		**Convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dalla Procura della Repubblica di Bari dall'11.11.2014 al 31.12.2015**	
Separazioni consensuali	1318	Accordi di separazione personale autorizzati dal P.M.	177
Separazioni giudiziali	671	—	
Divorzi congiunti	665	Accordi di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio autorizzati dal P.M.	132
Divorzi giudiziali	492	—	
Procedimenti *ex* art. 710, c.p.c.	263	Accordi di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio autorizzati dal P.M.	11

per tutti i casi in cui si registri la presenza dei figli, dalla disciplina transitoria generale di cui all'art. 23, l. 162/2014 ed è, pertanto, in vigore dall'11 novembre 2014. Cfr. <www.questionididirittodifamiglia.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

[9] Il confronto è stato realizzato nella consapevolezza che un significativo numero di accordi è stato registrato anche presso gli uffici del Comune secondo la procedura di cui all'art. 12, l. 162/2014, sennonché il numero vastissimo di uffici comunali non ci consente allo stato di poterne monitorare l'effettivo andamento.

[10] La presente indagine è stata realizzata grazie al prezioso ausilio della Dott.ssa Lucianna Puoci, direttore amministrativo Area civile del Tribunale di Bari, e della Dott.ssa Giulia Cipolla, funzionario giudiziario della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari.

*1.2 (*Segue*): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Milano*[11]

Procedimenti iscritti al ruolo al Tribunale di Milano dall'11.11.2014 al 31.12.2015		**Convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dalla Procura della Repubblica di Milano dall'11.11.2014 al 31.12.2015**	
Separazioni consensuali	3040	Accordi di separazione personale autorizzati dal P.M.	291
Separazioni giudiziali	1502	—	
Divorzi congiunti	2317	Accordi di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio autorizzati dal P.M.	367
Divorzi giudiziali	1069	—	
Procedimenti *ex* art. 710, c.p.c.	690	Accordi di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio autorizzati dal P.M.	35

*1.3 (*Segue*): i dati a confronto forniti dal Tribunale e dalla Procura della Repubblica di Catania*[12]

Procedimenti iscritti al ruolo al Tribunale di Catania dall'11.11.2014 al 31.12.2015		**Convenzioni di negoziazione assistita per le soluzioni consensuali autorizzate dalla Procura della Repubblica di Catania dall'11.11.2014 al 31.12.2015**	
Separazioni consensuali	1021	Accordi di separazione personale autorizzati dal P.M.	115
Separazioni giudiziali	835	—	
Divorzi congiunti	551	Accordi di cessazione degli effetti civili o di scioglimento del matrimonio autorizzati dal P.M.	177
Divorzi giudiziali	471	—	
Procedimenti *ex* art. 710, c.p.c.	259	Accordi di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio autorizzati dal P.M.	11

[11] La presente indagine è stata realizzata grazie al prezioso ausilio della Dott.ssa Emanuela Alfieri, cancelliere della Presidenza del Tribunale di Milano, e della Dott.ssa Fernanda Monti, responsabile della segreteria degli Affari civili della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano.

[12] La presente indagine è stata realizzata grazie al prezioso ausilio del Dott. Giovanni Dipietro, presidente della prima sezione civile del Tribunale di Catania, e della Dott.ssa Marisa Scavo, procuratore aggiunto della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Catania.

*1.4 (*Segue*): la degiurisdizionalizzazione del 'non contenzioso' familiare in termini di percentuale a Bari, Milano e Catania*

Dai dati statistici riportati, emerge che, se per la cessazione degli effetti civili o per lo scioglimento del matrimonio, l'accesso alla negoziazione assistita ha, nell'arco temporale di riferimento, inciso significativamente in termini di deflazione del carico giurisdizionale 'non contenzioso', con una percentuale pari al 20% a Bari, al 15,8% a Milano, e al 32% a Catania, per la separazione personale dei coniugi, l'impatto si riduce, in termini di percentuale, al 13,5% a Bari, al 9,5% a Milano e all'11% a Catania; per la revisione delle condizioni di separazione o di divorzio precedentemente assunte, la percentuale si abbassa, infine, al 6,7% per l'ufficio giudiziario di Bari, al 5% per Milano e al 4% per Catania.

2. Il «nullaosta» del Pubblico ministero

La decisiva virata del legislatore effettuata in sede di conversione del d.l. 132/2014 sulle modalità di perfezionamento dell'accordo, volta a mitigarne la 'privatizzazione' (parsa a qualcuno forse troppo azzardata in un settore giuridico, come quello familiare, pressoché totalmente 'indisponibile'), attraverso la previsione di cui all'art. 6, 2° comma, del «nullaosta» della Procura della Repubblica (diretto a verificare la regolarità formale dell'accordo in ordine alla produzione dei documenti, all'assistenza degli avvocati, alla certificazione delle firme, ecc.)[13], ha implicato una duplicazione del ruolo del Pubblico ministero nella crisi del matrimonio. Al ruolo, del tutto marginale, assunto dal P.M. nei procedimenti di separazione consensuale o divorzio congiunto di natura giurisdizionale, se ne affianca, con la nuova disciplina, uno nuovo e 'centrale'[14], nella fase di *exequatur*

[13] In assenza di una espressa previsione di legge, la trasmissione all'ufficio del P.M. e la comunicazione del nullaosta da parte di quest'ultimo dovrebbero avvenire tramite deposito o posta elettronica certificata: cfr. Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., p. 1142. A tal proposito, si segnalano le Linee guida della Procura della Repubblica di Bari, <www.osservatoriofamiglia.it> (ultimo accesso 02.03.2016), che, ad un tempo, consentono la trasmissione delle comunicazioni agli avvocati di eventuali avvisi di ritardi e/o di eventuali provvedimenti interlocutori via PEC, ad un altro, consentono, sino alla messa a regime del nuovo sistema, la comunicazione via *mail* all'indirizzo di posta elettronica indicato da ciascun avvocato all'atto del deposito della convenzione.

[14] Al fine di individuare l'ufficio giudiziario competente per territorio e in assenza di una disciplina specifica, devono poter operare i criteri di carattere generale; sicché, per la separazione, si ritiene sia competente la Procura presso il tribunale nel cui circondario si registra l'ultima

dell'accordo raggiunto, destinato ad essere preceduto da un'attività cognitiva complessa *more solito*[15]: un doppio *habitus* che non pare, tuttavia, trovare agevole riscontro nell'attuale assetto strutturale ed organizzativo degli uffici della procura[16].

Nel confronto con le prime prassi applicative, si è, difatti, potuto constatare che, al fine di adeguare il sistema operativo alle nuove funzioni ad esso attribuite, i singoli uffici hanno dovuto attrezzarsi, vuoi sul piano della formazione degli addetti ai lavori, vuoi sul piano della implementazione stessa della procedura, mediante la predisposizione di regole e criteri di condotta da osservare.

residenza comune dei coniugi, per il divorzio, quella del tribunale nel cui circondario almeno uno dei coniugi ha la residenza e, per la revisione delle condizioni di separazione o di divorzio, quella del tribunale ove è stato emesso il provvedimento, di separazione o di divorzio, che si intende modificare. Stenta a comprendersi la ragione per la quale le Linee guida della Procura della Repubblica del Tribunale di Milano (cfr. *Tribunale di Milano - Procura della repubblica - Linee guida in materia di convenzione di negoziazione assistita: aggiornamento alla l. 55/2015 - Milano, 9 giugno 2015*, in *Guida al dir.*, 2015, fasc. 27, 33, con commento di G. Finocchiaro) individuino, invece, per la modifica delle condizioni di separazione o di divorzio, la competenza della Procura presso il tribunale del luogo di residenza del beneficiario dell'obbligazione. Cfr., peraltro, le Linee guida della Procura della Repubblica del Tribunale di Bari cit., per le quali anche per la modifica delle condizioni, è competente la Procura presso il tribunale nel cui circondario ha la residenza almeno uno dei due coniugi.

[15] Il confronto con le prassi dimostra, invero, quanto siano frequenti le ipotesi in cui, nei procedimenti giurisdizionali *tout court*, il Presidente del tribunale (o il collegio) registri alcuni difetti dell'accordo e provveda a completarne le lacune. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, al caso in cui il mantenimento pattuito non rispetti il tenore di vita sostenuto durante il matrimonio (v., da ultima, Cass. 17 dicembre 2014, n. 26635, ined.), ovvero ancora, al caso in cui occorra valutare in concreto l'effettiva autosufficienza del figlio divenuto maggiorenne (l'autosufficienza economica è un criterio variabile e non è dato poter fare riferimento a parametri univoci; si deve avere riguardo ad una pluralità di fattori che attengono non solo all'età, al tipo di lavoro, all'entità della retribuzione ma anche al percorso di studi ed al livello sociale della famiglia di appartenenza – Crescenzi, *La degiurisdizionalizzazione*, cit.; in giurisprudenza si è più volte stabilito che lo *status* di autosufficienza economica del figlio maggiorenne consiste nella percezione di un reddito corrispondente alla professionalità acquisita, in relazione alle normali e concrete condizioni di mercato: da ultime v., *ex multis*, Cass. 8 agosto 2013, n. 18974, in «Foro it.», Rep. 2013, voce *Matrimonio*, n. 98; Cass. 22 marzo 2012, n. 4555, *id.*, 2012, I, col. 1384).

[16] Mentre nelle cause di separazione e divorzio incardinate davanti al giudice, il P.M., pur obbligato a intervenire ai sensi dell'art. 70, n. 2, c.p.c., si limita ad apporre il solito 'visto' all'accordo prima del provvedimento di omologa o della sentenza di separazione o di divorzio (visto che, in alcuni tribunali, è stato richiesto, anche dopo l'integrazione effettuata dal Presidente del tribunale in caso di diniego del nullaosta *ex* art. 6, l. 162/2014), nelle ipotesi in cui i coniugi dovessero optare per la negoziazione assistita, il P.M. è invece, chiamato a svolgere una funzione di vero e proprio controllo sulla congruità delle condizioni pattuite, al pari dell'organo giudicante.

In assenza di una circolare ministeriale che determinasse i parametri generali per la messa a regime dei diversi uffici giudiziari in ordine alle nuove funzioni assunte, e al fine di gestire il nuovo carico di lavoro, le singole Procure hanno, quindi, provveduto ad individuare delle linee guida 'fatte in casa'; esse, senza dubbio indispensabili per l'operatività delle nuove procedure all'interno dell'ufficio, restano tuttavia, dei protocolli prettamente individuali non sempre convergenti tra loro[17].

Ad ogni buon conto, va rilevato che gli accordi rimessi al vaglio del P.M. senza figli minori (o bisognosi di assistenza) non hanno, sino a questo momento, destato particolari dubbi di carattere interpretativo. Difatti, giova tenere presente che l'accordo vidimato dal P.M. non è suscettibile di una qualsivoglia impugnazione, potendosi al più ipotizzare di contestare la validità dell'atto con un'azione di impugnativa negoziale per vizio del consenso e, ove ne ricorrano i presupposti, con un'azione di nullità[18]. Il mancato recepimento dell'accordo sulla risoluzione del rapporto coniugale senza figli, è, in definitiva, idoneo a chiudere la procedura di negoziazione instaurata, ferma restando la possibilità per i coniugi, per un verso, di presentare una nuova convenzione al P.M. dopo aver apportato le dovute modifiche alle irregolarità ravvisate, per l'altro, di adire direttamente l'autorità giudiziaria competente ed ivi instaurare un procedimento giurisdizionale *tout court*[19].

[17] Tra le altre, cfr. le Linee guida della Procura della Repubblica di Bari, cit., di Catania, <www.procuracatania.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Milano, cit., di Latina <www.ordineavvocatilatina.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Roma, <www.osservatoriofamiglia.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Lodi, <www.procura.lodi.it> (ultimo accesso 02.03.2016), di Firenze, <www.ordineavvocatifirenze.eu> (ultimo accesso 02.03.2016).

[18] In tal senso, con riferimento all'accordo concluso innanzi al sindaco, v. Casaburi, *Separazione e divorzio innanzi al sindaco*, cit., p. 49, che peraltro ipotizza anche l'applicazione analogica degli artt. 95 ss. dell'ordinamento di stato civile, ovvero il ricorso al tribunale ordinario. Con specifico riguardo al regime dei controlli dell'accordo di separazione o divorzio negato dal Comune, v., da ultima, Trib. Milano 24 settembre 2015, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 02.03.2016), secondo cui, poiché l'art. 12 della l. 162/2014 nulla prevede in merito al rifiuto dell'Ufficiale dello Stato Civile opposto alle dichiarazioni rese dai coniugi per perfezionare un accordo di separazione o divorzio, è ammissibile il ricorso al tribunale ai sensi degli artt. 95 e 96, d.p.r. 396/2000; sul ricorso, il tribunale provvede in camera di consiglio con decreto motivato, sentiti gli interessati e il P.M.

[19] In tal senso v. F.P. Luiso, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, a cura di Id., *Processo civile efficiente e riduzione arretrato*, Giappichelli, Torino 2014, pp. 38 s., che peraltro esclude la possibilità di individuare in capo al presidente una forma di controllo/reclamo del diniego del nullaosta.

3. L'esiguo riscontro applicativo di un ipotetico interregno tra il diniego del P.M. e il successivo controllo dell'accordo da parte del Presidente del tribunale: prassi giurisprudenziali e tentativi ministeriali di razionalizzazione del sistema

In presenza di figli minori o maggiorenni incapaci, portatori di *handicap* grave o non economicamente autosufficienti, l'art. 6, 2° comma, stabilisce che l'accordo deve essere trasmesso entro il termine di dieci giorni al P.M., il quale lo «autorizza» se questo corrisponde all'interesse dei figli; nessun termine è previsto nelle ipotesi in cui non ci siano figli minori o bisognosi di protezione, ma è ragionevole ipotizzare che la lacuna sia frutto soltanto di una mera svista del legislatore e che il termine di dieci giorni valga in entrambi i casi[20]; la norma tace anche sul termine entro il quale il P.M. deve provvedere, sicché l'inosservanza dello stesso si rivela priva di conseguenze[21].

Come è noto, se l'accordo contrasta con l'interesse dei figli, entro cinque giorni, il P.M. trasmette il 'fascicolo' al Presidente del tribunale per l'avvio del procedimento giudiziale con la fissazione d'ufficio, entro i successivi trenta giorni, dell'udienza per la comparizione delle parti.

Sennonché, la natura del procedimento da avviare e le tecniche di tutela non sono esplicitate dal legislatore, il quale si limita a prevedere che il Presidente del tribunale «provvede senza ritardo»; esse, pertanto, rimangono affidate alla discrezionalità del singolo operatore.

Ragioni di mera opportunità avevano indotto chi scrive[22] ad ipotizzare un procedimento analogo a quello previsto per la separazione consensuale

[20] Danovi, *I nuovi modelli di separazione e divorzio*, cit., p. 1142.

[21] L'assenza di un termine per la risposta del P.M. rischia, peraltro, di lasciare '*sine die*' i coniugi in attesa. Tuttavia, in base alle prime prassi applicative, va rilevato che i tempi sino ad ora registrati per il *placet* del P.M. sono molto brevi (in via esemplificativa, 3 giorni a Milano, 4 giorni a Roma). Cfr. la previsione delle Linee guida della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bari, cit., per cui il P.M. è chiamato a provvedere a rilasciare il nullaosta o l'autorizzazione «di regola entro cinque giorni lavorativi dalla presentazione dell'accordo stesso salvo imprevisti».

[22] Poliseno, *Negoziazione assistita e accordi "amministrativi"*, cit., p. 201; nello stesso senso cfr., tra gli altri, altresì, Luiso, *Le disposizioni in materia di separazione e divorzio*, cit., p. 39; G. Triscari, *L'accordo dei coniugi verificato dal P.M.*, in «Guida al dir.», 2014, fascc. 49-50, p. 59; M. Gradi, *Inefficienza della giustizia civile e* «fuga dal processo», Edizioni Leone, Messina 2014, p. 108; C. Punzi, *Il processo civile – Le riforme del quinquennio 2010 – 2014*, Giappichelli, Torino 2015, p. 448; M. Lupoi, *La separazione e divorzio all'epoca della degiurisdizionalizzazione*, in <www.academia.edu> (ultimo accesso 02.03.2016), p. 3; Dosi, *La negoziazione assistita da avvocati*, cit., p. 81 e D. Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile, sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in <www.judicium.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

(art. 711, c.p.c.) o per il divorzio congiunto (art. 4, 16° comma, l. div.) ovvero per quello camerale *ex* art. 710, c.p.c., a seconda che i coniugi abbiano rispettivamente tentato di addivenire ad una soluzione consensuale di separazione, di divorzio o di modifica delle condizioni di separazione o di divorzio già stabilite; e ciò, peraltro, con la non secondaria differenza per cui, a seguito del diniego del vaglio dell'accordo da parte del P.M., la procedura giudiziale prende l'avvio automaticamente, d'ufficio, davanti allo stesso Presidente del tribunale competente e non su istanza di parte[23].

La soluzione prospettata ha trovato consenso nelle prime prassi applicative che, al contempo, però, hanno aperto il varco anche ad altri esiti interpretativi.

Nel senso del testo, per l'instaurazione, a seguito di diniego dell'autorizzazione (per avere i coniugi, erroneamente indicato i tempi e le modalità dell'esercizio del diritto di visita del padre non collocatario) e della trasmissione dell'accordo da parte del P.M. al Presidente del tribunale, di un procedimento *ex* art. 711, c.p.c., si è orientato il Tribunale di Pistoia[24], il cui Presidente, a seguito di integrazione documentale e di alcune precisazioni effettuate dai coniugi, ha poi omologato la separazione consensuale.

Nella stessa direzione si è indirizzato il Tribunale di Bologna, le cui Linee guida hanno stabilito, in generale, che la trasmissione degli atti al Presidente del tribunale da parte del P.M. che non abbia autorizzato l'accordo, determina «l'attivazione di un ordinario procedimento di separazione consensuale, di divorzio a domanda congiunta o di modifica

[23] Contrario alla creazione nel sistema di un «*quintum genus* di separazione o divorzio su accordo» che si caratterizzerebbe in un procedimento iniziato con le forme negoziazione assistita e che, a seguito del diniego dell'autorizzazione da parte del P.M., si tramuterebbe, in un procedimento *ex* art. 711, c.p.c., *ex* art. 4, 16° comma, l. 898/1970 ovvero *ex* art. 710, c.p.c., è Danovi, *I nuovi modelli*, cit., pp. 1142 s., il quale propende invece per un «intervento del presidente meramente autorizzativo e sostituivo del nullaosta negato "a monte" dal p.m.». Oltre alla eventualità che «entrambe le autorità giudiziarie» concludano «per la non idoneità dell'accordo», lasciando aperta soltanto la strada del procedimento giurisdizionale, G. Trisorio Liuzzi, *La procedura di negoziazione assistita da uno o più avvocati*, in «Giusto processo civ.», 2015, p. 27, prospetta altresì l'ipotesi di «disaccordo tra il procuratore della Repubblica, che reputa l'accordo non rispondente all'interesse dei figli, e il presidente del tribunale, che invece ritiene che l'accordo risponda a quell'interesse», per affermare che «il provvedimento del presidente del tribunale prevale su quello del procuratore, senza bisogno di sollevare alcun conflitto» (va rilevato che la soluzione interpretativa prospettata trova una parziale conferma nel dato testuale dell'art. 6, 2° comma, là dove ribadisce che «all'accordo – e sembrerebbe voler dire *comunque, vuoi dal pm vuoi dal presidente del tribunale* – autorizzato si applica il comma 3»).
Condivide questa impostazione anche Luiso, *La negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, cit., p. 670, che, in un primo momento, aveva, invece, sostenuto la soluzione opposta.
[24] Trib. Pistoia 16 marzo 2015, ined.

delle condizioni di separazione o di divorzio con comparizione delle parti dinanzi al Presidente del Tribunale o ad un giudice da lui delegato»; e, in particolare, che i procedimenti di revisione delle condizioni di separazione e divorzio trasmessi dal P.M. all'ufficio di presidenza «devono essere iscritti nel ruolo degli affari di volontaria giurisdizione, scontando il medesimo contributo unificato di un ricorso ordinario per modifica delle condizioni di separazione o di divorzio».

Si è allineata a tale impostazione anche la prassi del Tribunale di Bari[25] la cui attività di monitoraggio ha contribuito a segnalare che, non essendo stato istituito un ruolo speciale *ad hoc* né prevista (sia pure a livello ministeriale) l'iscrizione al ruolo di ufficio dei procedimenti trasmessi all'ufficio della Presidenza, ai fini della prosecuzione degli stessi davanti all'autorità giurisdizionale, non potesse che operare il principio della domanda.

In particolare, nei casi in cui l'accordo non autorizzato è stato trasmesso al Presidente del tribunale del capoluogo barese, quest'ultimo ha provveduto a convocare i coniugi all'udienza di cui all'art. 6, 2° co., comunicando loro la necessità di adempiere al pagamento del contributo unificato ai fini della ordinaria iscrizione al ruolo[26]. In tal guisa, gli accordi 'negati' dalla Procura e trasmessi al Tribunale, sono stati 'su istanza di parte' informatizzati nello stesso ruolo generale di iscrizione dei procedimenti di separazione *ex* art. 711, c.p.c. e divorzio *ex* art. 9, l. div. Le istanze di negoziazione assistita dirette, invece, alla revisione delle condizioni di separazione o divorzio 'arrestate' dal P.M., sono state iscritte nel ruolo della volontaria giurisdizione. Non sono stati registrati, infine, casi in cui il presidente ha confermato il parere negativo del P.M.

In senso diametralmente opposto, una diversa soluzione interpretativa ha trovato immediato seguito nella pratica nonché, a otto mesi dalla entrata in vigore della l. 162/2014, una significativa conferma a livello governativo.

Con particolare riguardo alle pronunce giurisprudenziali, si segnala che, secondo il Tribunale di Torino, la trasmissione dell'accordo negato dal P.M. non possa comportare una conversione della procedura e l'instaurazione di un giudizio ordinario di separazione, divorzio o modifica

[25] Il confronto con le prime prassi del Tribunale di Bari è stato coadiuvato dalla preziosa collaborazione della Dott.ssa Lucianna Puoci, direttore amministrativo Area civile, a cui è diretto il mio più vivo ringraziamento.

[26] Di euro 45,00 per gli accordi di separazione o divorzio consensuali. Si rammenta che la Circolare del Ministero della Giustizia – delibera 13 marzo 2015, n. 2309 – ha esonerato dal contributo unificato i procedimenti di negoziazione assistita, essendo l'*exequatur* davanti al P.M. una fase di natura meramente amministrativa (con la stessa delibera si è esclusa l'operatività della sospensione feriale dei termini); il suddetto esonero è stato poi ribadito dalla circolare del Ministero dell'Interno del 30 luglio 2015, su cui v. *infra*.

delle relative condizioni; «essa, invece, introduce una procedura nuova, e in parte atipica, mediante la quale al presidente è demandata la decisione circa la congruità dell'accordo disatteso dalla procura. In particolare, fissata l'udienza di comparizione avanti a sé, se le parti, pur invitate a farlo, non si sono adeguate ai rilievi del p.m., il presidente non può autorizzare l'accordo (fermo restando il potere dei coniugi di dare corso «in tempo utile» al procedimento giurisdizionale, in tal caso, l'accordo deve, invero, intendersi implicitamente rinunciato e il relativo fascicolo archiviato)»[27].

In quest'ottica, il Tribunale di Termini Imerese[28] ha, peraltro, stabilito che il Presidente del tribunale non sia, affatto, vincolato dal diniego del P.M.: rivalutate le condizioni e la documentazione (anche successivamente) allegata, egli può autorizzare l'accordo, senza che, all'uopo debba conseguire una evoluzione giurisdizionale *tout court* della procedura instaurata.

Come anticipato, l'avvicendarsi delle molteplici (e contraddittorie) soluzioni interpretative prospettate nei primi otto mesi dalla entrata in vigore della disciplina di cui all'art. 6, 2° comma, cit., hanno, infine, sollecitato il Governo a razionalizzare il sistema e a stabilire che alla *translatio* della convenzione di negoziazione assistita *de qua* dal P.M. al Presidente del tribunale, debba seguire una procedura sì giurisdizionale ma, al contempo, del tutto atipica rispetto alle tecniche giurisdizionali già previste in materia. In particolare, con la circolare del 30 luglio 2015, il Ministero dell'Interno ha, in primo luogo segnalato che:

1) con riguardo alla fase procedimentale svolta davanti all'ufficio requirente, e nelle more della approvazione e istituzione presso le Procure della Repubblica di uno specifico registro formale (a mezzo di provvedimenti normativi), sia necessario istituire un registro di comodo che contenga i

[27] V. Trib. Torino 15 gennaio 2015, in «Famiglia e dir.», 2015, p. 392, con nota di F. Tommaseo, *Separazione per negoziazione assistita e poteri giudiziali a tutela dei figli: primi orientamenti giurisprudenziali*, in «Giur. it.», 2015, p. 1400, con nota di A. Ronco, *Negoziazione assistita ed accordi tra i coniugi: il ruolo del p.m. e del presidente del tribunale*, in «Nuova giur. civ.», 2015, I, p. 695, con nota di A. Nascosi, *I poteri del presidente del tribunale nell'ipotesi di diniego dell'accordo da parte del p.m. in sede di negoziazione assistita,* nonché Trib. Torino 20 aprile 2015, in «Famiglia e dir.», 2015, p. 895, con nota di F. Tommaseo, *Negoziazione assistita per modificare le condizioni del divorzio e tutela del figlio maggiorenne ancora non autonomo*, secondo cui il Presidente del tribunale può riesaminare le conclusioni cui il P.M. è pervenuto con il proprio diniego che, in qualche caso potrebbe risultare non fondato alla luce di una più attenta considerazione della condizione e delle esigenze dei figli, valutazioni indubbiamente facilitate dalla comparizione delle parti all'udienza.

[28] 24 marzo 2015, <http://www.eclegal.it/it/negoziazione-assistita-familiare-adr-processo> (ultimo accesso 02.03.2016), con nota di M. Ciccone, *Negoziazione assistita familiare tra ADR e processo.*

dati essenziali di ciascun procedimento di negoziazione assistita, quali il nome delle parti e degli avvocati, la data di presentazione dell'accordo e il tipo di accordo stipulato (separazione personale, cessazione degli effetti civili o scioglimento del matrimonio, e modifica delle condizioni di separazione o divorzio)[29];

2) l'esenzione dal contributo unificato di iscrizione al ruolo di cui all'art. 9, d.p.r. 115/2002, già prevista per il procedimento diretto al rilascio del nullaosta o dell'autorizzazione della Procura della Repubblica, deve essere estesa anche alla successiva fase che si svolge davanti al presidente[30]; secondo la circolare «tale fase, infatti, non ha una propria autonomia, ma costituisce una prosecuzione del tutto eventuale dello stesso procedimento che per definizione legislativa è "degiurisdizionalizzato"»[31];

3) anche per quel concerne l'eventuale fase di negoziazione assistita, che si svolge dinanzi al Presidente del tribunale, si rivela necessario «istituire, nell'immediato, un registro di comodo, analogo a quello previsto per la fase che si svolge dinanzi all'ufficio requirente, in attesa che sia istituito un idoneo registro informatico»; ciò perché «l'eventuale iscrizione nel registro informatico della volontaria giurisdizione verrebbe a falsare il dato statistico relativo a questo tipo di procedimenti».

Ebbene, sul piano teorico, l'intervento ministeriale non pare risolvere i

[29] Alcuni degli uffici preposti hanno già provveduto ad istituire il registro *de quo*. In particolare, si segnala che, la Procura della Repubblica di Catania aveva già provveduto, sin dall'entrata in vigore delle legge, ad istituire l'apposito registro, nel quale sono state iscritte le procedure di negoziazione assistita, con numerazione progressiva, con indicazione della data di deposito, delle parti, dei legali, dell'oggetto, del nominativo del P.M. assegnatario, del tipo di provvedimento adottato dal P.M. e delle eventuali richieste interlocutorie.
Giova ricordare, inoltre, che la stessa circolare ministeriale del 30 luglio 2015 ha altresì disposto che le segreterie giudiziarie istituiscano un archivio contenente la copia conforme all'originale dei provvedimenti adottati dal Procuratore delle Repubblica, con l'indicazione che l'originale deve essere restituito all'avvocato che ha presentato la convenzione o a quello eventualmente incaricato, nel caso di più avvocati, per la successiva trasmissione all'ufficiale di stato civile; sulle modalità di deposito dell'accordo in Comune, v., da ultimo, G. Casoni, *Le modalità di inoltro da parte dell'avvocato all'ufficiale di stato civile dell'accordo di negoziazione assistita di cui all'art. 6 l. 10 novembre 2014 n. 162*, in «Stato civile it.», 2015, fasc. 6, p. 4.

[30] «Allo stesso modo […] devono ritenersi non dovuti i diritti di copia per il rilascio della copia autentica del nullaosta o dell'autorizzazione che il pubblico ministero è chiamato ad apporre sull'accordo concluso a seguito di convenzione di negoziazione assistita di cui al citato art. 6, del. d.l. n. 132 del 2014».

[31] Nel senso della circolare riportata nel testo, per una sorta di sostituzione del Presidente del tribunale al P.M., sembrava, peraltro, essersi già orientato lo stesso Ministero dell'Interno con la circolare n. 19 del 28 novembre 2014 che segnalava la previsione *ex lege* di «specifici provvedimenti del Procuratore della Repubblica o del Presidente del Tribunale, e segnatamente l'autorizzazione o il nullaosta».

dubbi interpretativi di fondo in ordine alle tecniche processuali, in astratto, 'operabili'. L'attribuzione al Presidente del tribunale di una funzione di controllo 'atipica' dell'accordo negato dal P.M. si manifesta, invero, come strumento prevalentemente diretto a salvaguardare l'etichetta 'degiurisdizionalizzante' della procedura, piuttosto che a ricomporre la coerenza sistematica perduta.

Sul piano pratico, il confronto con le prassi applicative induce, tuttavia, a ridimensionare, e di molto, il problema. In particolare e a mero titolo esemplificativo, a Bari, giova segnalare che sono stati trasmessi al Presidente del Tribunale soltanto 17 accordi, alcuni dei quali, peraltro, soltanto 'incompleti' sul piano documentale. A Milano, nessun accordo è stato trasmesso al Presidente del Tribunale, perché l'ufficio della Procura, in caso di diniego, ha preferito 'semplificare' la procedura consentendo direttamente al P.M. di chiedere agli avvocati le integrazioni e/o modifiche necessarie ai fini dell'autorizzazione dell'accordo; a Catania, soltanto un accordo è stato negato dal P.M. ed è stato quindi rimesso al secondo vaglio dell'ufficio di Presidenza del Tribunale.

L'esiguo numero registrato di accordi 'non autorizzati' dalle singole Procure lascia, dunque, pensare che la indubbia laconicità dell'art. 6, 2° co, cit., nella parte cui prevede il fenomeno della *translatio* dell'accordo dal P.M. al Presidente del tribunale, passi (quasi) sotto silenzio; e ciò non fosse altro perché, come detto in principio, l'accesso alla negoziazione assistita si rivolge (questa volta, è il caso di dirlo, per fortuna) soltanto a quelle ipotesi in cui i coniugi hanno raggiunto un accordo non solo sul *se* della risoluzione del loro rapporto, ma anche sul *quomodo*, evidentemente escludendo in radice la necessità di un intervento di carattere giurisdizionale in senso proprio anche sul mantenimento e/o affidamento dei figli minori (o bisognosi di assistenza).

4. La negoziazione assistita quale 'risoluzione alternativa' delle «unioni civili tra persone dello stesso sesso» e non anche delle «convivenze di fatto» eterosessuali

Con la legge, recante la «Regolamentazione delle unioni civili tra persone dello stesso sesso e la disciplina delle convivenze», approvata in via definitiva dalla Camera l'11 maggio 2016 ed in corso di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, il legislatore si preoccupa di prevedere le possibili forme di scioglimento dell'unione: oltre ai metodi tradizionali previsti per il matrimonio, le tecniche della negoziazione assistita si apprestano a divenire anche per le coppie omosessuali un alternativo strumento di risoluzione del rapporto.

Sennonché, la preminente esigenza di predisporre adeguate forme di tutela anche per le unioni tra persone dello stesso sesso ha condotto il Parlamento a legiferare ben oltre le garanzie previste per le coppie eterosessuali dall'ordinamento vigente.

Ed infatti, per un verso, il 'divorzio diretto', che aveva rappresentato un tentativo mancato del legislatore per le coppie coniugate – tentativo convertito poi nella forma più mite del divorzio breve di cui alla l. n. 55/2015 – si introduce nell'ordinamento per le sole coppie omosessuali e non anche per quelle etero unite in matrimonio, obbligate invece a passare comunque per la separazione (giurisdizionale o no), prima di ipotizzare lo scioglimento definitivo della loro unione, per l'altro la negoziazione assistita si propone quale strumento di risoluzione alternativa delle sole unioni omosessuali senza poter operare anche per quelle etero more uxorio.

In particolare, con una disposizione di rinvio, l'art. 1, 25° comma, della nuova legge stabilisce che, per le modalità di scioglimento, all'unione civile tra persone dello stesso sesso si applicano, in quanto compatibili, non soltanto le disposizioni contenute nella l. n. 898/1970 relative al procedimento ivi previsto per lo scioglimento del matrimonio (artt. 4, 5, 1°, 5°-11° comma, 8, 9, 9-*bis*, 10, 12-*bis*, 12-*ter*, 12-*quater*, 12-*quinquies* e 12-*sexies*) e quelle di cui al titolo II del libro IV del codice di procedura civile (fatte salve le disposizioni in materia di separazione perché incompatibili con lo scioglimento 'diretto'), ma anche gli «articoli 6 e 12 del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, dalla legge 10 novembre 2014, n. 162».

Più precisamente, quanto alla tutela giurisdizionale, l'art. 1, 23° comma della stessa legge stabilisce che l'unione civile tra persone dello stesso sesso si appresta a sciogliersi nei casi regolati dall'art. 3, n. 1 e 2, lett. a), c), d) ed e) della l. n. 898/1970, e non anche, evidentemente, nel caso previsto dall'art. 3, n. 2, lett. b), l. cit., potendo le parti ricorrere direttamente al divorzio, senza passare dalla separazione, attraverso una manifestazione anche disgiunta della «volontà di scioglimento dinanzi all'ufficiale di stato civile. In tale caso la domanda di scioglimento dell'unione civile è proposta decorsi tre mesi dalla data della manifestazione di volontà di scioglimento dell'unione» (art. 1, 24° comma).

In altri termini, al fine di consentire alle parti dell'unione civile tra persone dello stesso sesso di procedere con il 'divorzio' secondo gli art. 4 ss. della l. 898/1970 anche in mancanza dei presupposti richiesti dall'art. 3, nn. 1 e 2, lett. a), c), d) ed e) della stesse legge, il legislatore ha stabilito che la propedeutica fase della separazione dei coniugi trovi nella preventiva manifestazione della volontà della parti dell'unione al Comune di cui

all'art. 24 cit., una attività pienamente suppletiva.

Si tratta a ben guardare di una novità legislativa che segnerà non pochi dubbi di carattere interpretativo: l'accesso immediato allo scioglimento definitivo soltanto per le coppie omosessuali non potrà che generare, invero, una evidente sperequazione a danno delle coppie etero in procinto di sciogliere il loro matrimonio, costrette ad attendere i tempi necessari per ottenere, prima del divorzio, il passaggio in giudicato della sentenza di separazione (ovvero la certificazione dell'accordo di negoziazione assistita o, per le coppie senza figli, dell'accordo concluso davanti al Sindaco); e ciò sino a quando il legislatore, dopo l'intervento legislativo di compromesso sul 'divorzio breve', non deciderà di metterci di nuovo la penna.

Peraltro, quanto alle forme di tutela degiurisdizionalizzate, anche il richiamato rinvio alle tecniche della negoziazione assistita di cui al precedente art. 6, 1° comma del d.d.l. n. 2081 sulle unioni civili presentato in Senato, poi trasfuso nell'art. 1, 25° comma della legge definitivamente approvata dalla Camera, è foriero di non secondarie contraddizioni.

L'equiparazione alle forme giurisdizionali o 'degiurisdizionalizzate' di risoluzione del rapporto tra coniugi per lo scioglimento dell'unione non si estende, infatti, alle «convivenze di fatto», evidentemente anche *more uxorio*, per le quali l'art. 1, 59° comma, della stessa legge stabilisce che «il contratto di convivenza si risolve [in forma scritta[32]] per: a) accordo delle parti; b) recesso unilaterale; c) matrimonio o unione civile tra i conviventi o tra un convivente ed altra persona; d) morte di uno dei contraenti».

Ora, non è questa la sede per approfondire le differenze (nonché l'opinabile congruità delle stesse) che, sul piano giuridico sostanziale, sussistono tra l'istituto della 'unione civile', «introdotto *ex novo* nel nostro ordinamento» e definito «quale specifica formazione sociale»[33], «ai sensi dell'articolo 2 della Costituzione»[34], e quello della 'convivenza di fatto', ma, senza dubbio, occorre prendere atto delle differenti forme di tutela sostanziale e processuale che il legislatore ha scelto di adottare, nonostante l'indubbia identità di funzione.

[32] La parentesi è mia.

[33] Ricorda S. Rodotà (*Diritto d'amore*, Laterza, Roma-Bari 2015, p. 119) che la Costituzione parla della famiglia come società 'naturale' non per evitare qualsiasi accostamento alle unioni tra persone dello stesso sesso. Ma per impedire interferenze da parte dello Stato in «una delle formazioni sociali alle quali la persona umana dà liberamente vita", come disse Aldo Moro all'Assemblea Costituente» (*Camera dei deputati*, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea costituente*, VI, *Camera dei deputati*, Roma, 102).

[34] Si riporta testualmente la relazione al disegno di legge delega, <www.senato.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

A ben vedere, infatti, la circostanza che si tratti di due situazioni giuridiche regolate diversamente dal legislatore, lo si evince non soltanto dalle modalità indicate per la risoluzione delle stesse, rispettivamente previste dai commi 23 ss. e 59 dell'art. 1 della legge, ma anche da altri aspetti di carattere sostanziale di non secondario rilievo. Rinviando al settore prettamente privatistico gli ulteriori approfondimenti sul tema specifico[35], è, invero, innegabile che la scelta di prevedere percorsi di tutela differenti per le coppie omosessuali rispetto a quelle eterosessuali si manifesti, in alcuni casi, senz'altro priva di ogni ragionevolezza[36].

Eppure, che il fenomeno delle convivenze di fatto sia in esponenziale crescita nel nostro Paese, costituisce un dato oggettivo: sono già ben oltre un milione le unioni eterosessuali di fatto registrabili, e il numero dei bambini nati fuori dal matrimonio è ormai pari al 26 % (uno su quattro – nel 2000 erano soltanto il 10%). Il vincolo coniugale non è più un passaggio obbligato, né come rito religioso, né come rito soltanto civile; obiettivo di tutela sul piano sostanziale e processuale diventa, ancora prima del matrimonio come atto, il rapporto di coppia, quale condivisione di due vite e al tempo stesso osmosi di situazioni giuridiche tra loro differenti[37].

[35] Si rinvia a G. Casaburi, *Il disegno di legge sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso: verso il difficile ma obbligato riconoscimento giuridico dei legami omosessuali*, in «Foro it.», 2016, IV, coll. 10 ss.

[36] Il riferimento più eclatante è alla *stepchild adoption* di cui all'art. 5 del d.d.l. n. 2081 presentato al Senato: l'istituto stralciato dal testo approvato dal Senato mirava a modificare l'art. 44, 1° comma, lett. *b*), della l. 184/1983, ai sensi del quale «*i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7, l. 184/83, dal* coniuge *nel caso in cui il minore sia figlio anche adottivo dell'altro* coniuge», al fine di prevedere tale *particolare* forma di adozione anche, e soltanto, per «*la parte dell'unione civile tra persone dello stesso sesso*», del figlio, anche adottivo, «*dell'altra parte dell'unione*». Sul punto, v., se vuoi, B. Poliseno, *La* stepchild adoption *al centro del dibattito tra diritti e legittimità, un istituto ad hoc per le sole unioni civili di coppie omosessuali*, in «Guida al diritto», 2016, 9, pp.15 ss.

[37] Nel senso che la convivenza «come coniugi» deve intendersi – secondo la costituzione, le carte europee dei diritti – quale elemento essenziale del «matrimonio-rapporto», che si manifesta come consuetudine di vita coniugale comune, stabile e continua nel tempo, ed esteriormente riconoscibile attraverso corrispondenti, specifici fatti e comportamenti dei coniugi, e quale fonte di una pluralità di diritti inviolabili, di doveri inderogabili, di responsabilità anche genitoriali in presenza di figli, di aspettative legittime e di legittimi affidamenti degli stessi coniugi e dei figli, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari; in tal modo intesa, la convivenza «come coniugi», protrattasi per almeno tre anni dalla data di celebrazione del matrimonio «concordatario» regolarmente trascritto, connotando nell'essenziale l'istituto del matrimonio-rapporto nell'ordinamento italiano, è costitutiva di una situazione giuridica disciplinata da norme costituzionali, convenzionali ed ordinarie, di «ordine pubblico italiano», ed è pertanto ostativa alla dichiarazione di efficacia nella Repubblica italiana delle sentenze definitive di nullità di matrimonio pronunciate dai tribunali ecclesiastici, per qualsiasi vizio

Un'evoluzione culturale del concetto di famiglia questa, senz'altro compatibile con l'inclinazione della stessa diretta a garantire una giusta tutela sostanziale e processuale anche alla coppia omosessuale; un'evoluzione che, in concreto, non può però prescindere dai traguardi, in parte già raggiunti secondo l'ordinamento vigente, in parte ancora da perseguire, delle coppie eterosessuali *more uxorio*. Il solco delle riforme del 2006, 2012 e 2013, in ordine alla equiparazione delle coppie eterosessuali "di fatto" a quelle unite in matrimonio in punto di responsabilità genitoriale, diventa un percorso che l'interprete è obbligato ad attraversare per puntare verso nuovi obiettivi.

E, peraltro, che, sovente, il legislatore sembra dimenticarsi dei traguardi già raggiunti, non costituisce affatto una novità. Anche la stessa legge n. 162/2014, accordando le tecniche della negoziazione assistita soltanto alle coppie coniugate e quindi ai soli figli 'legittimi', ha, infatti, inspiegabilmente, ignorato i figli nati fuori del matrimonio in tutti quei casi in cui, cessata la convivenza tra i genitori, sopraggiunga la necessità di provvedere a regolarne l'affidamento e il mantenimento[38].

Secondo il quadro positivo tuttora vigente, tutti i procedimenti contenziosi inerenti all'esercizio della responsabilità genitoriale (fatti salvi i procedimenti limitativi o ablativi della stessa, di competenza del tribunale per i minorenni) a seguito di separazione, scioglimento, cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, sono, infatti, regolati da disposizioni normative comuni, vuoi sostanziali vuoi processuali[39]. Della unicità

genetico del matrimonio accertato e dichiarato dal giudice ecclesiastico nell'«ordine canonico» nonostante la sussistenza di detta convivenza coniugale, v. Cass., sez. un., 17 luglio 2014, n. 16379, in «Corriere giur.», 2014, p. 1196, con nota di V. Carbone, *Risolto il conflitto giurisprudenziale: tre anni di convivenza coniugale escludono l'efficacia della sentenza canonica di nullità del matrimonio*, in «Giur. it.», 2014, p. 2119, con nota di N. Colaianni, *Convivenza «come coniugi» e ordine pubblico: incontro ravvicinato ma non troppo.*
E tuttavia, per le coppie di fatto, che decidono di bypassare il matrimonio come atto, restano, ancora oggi, numerosi divieti e differenze rispetto alle coppie unite in matrimonio; sul piano della tutela dei diritti sostanziali e processuali della coppia, il matrimonio sembra, dunque ancora fonte di garanzie imprescindibili. Per gli adulti, nulla è cambiato per le convivenze *more uxorio*, sul fronte successorio, patrimoniale (salvo a non immaginare una tutela giuridica contrattuale 'fai da te') o sanitario.

[38] Non hanno avuto riscontro le proposte di emendamenti dell'Aiaf, con le quali, pur essendosi ipotizzato di allargare le maglie della negoziazione assistita alle domande di affidamento e mantenimento dei figli nati fuori del matrimonio, si era tuttavia manifestata la necessità indefettibile dell'omologa del tribunale competente, potendo l'intervento del P.M. al più tradursi in un mero parere.

[39] Ciascuno dei procedimenti elencati segue, infatti, le regole stabilite dagli artt. 337-*bis* ss., c.c., nel capo II *Esercizio della responsabilità genitoriale a seguito di separazione, scioglimento,*

dello *status* di figlio proclamata *ex lege*[40], gli interventi normativi successivi avrebbero, pertanto, dovuto darne chiara riprova, estendendo i nuovi strumenti di risoluzione del rapporto tra i genitori a prescindere dalla forma che lo stesso, di volta in volta, riveste.

Si è, di contro, sostenuto che la legge n. 162/2014 interveniva per attuare il fenomeno della 'degiurisdizionalizzazione' e, che per questa ragione, non avrebbe avuto alcun senso operare anche sui rapporti, che in assenza del vincolo matrimoniale, non potessero generare risoluzioni giurisdizionali, pari alla separazione o al divorzio.

I tempi sembravano, tuttavia, maturi per ritenere che, anche in presenza dei figli nati fuori del matrimonio, fosse necessario regolamentare la gestione della crisi, pur pacifica, della convivenza dei genitori, tenendo in debita considerazione i rispettivi rapporti personali e patrimoniali con la prole.

Ebbene, la disattenzione del legislatore alle aspettative enunciate implica non secondarie conseguenze: per un verso, la crisi delle convivenze eterosessuali *more uxorio* con figli minori, o comunque bisognosi di protezione, rinviene una pianificazione dei doveri personali e patrimoniali soltanto là dove i genitori versino in una situazione di conflitto, per l'altro, la gestione del conflitto, diversamente dal rapporto coniugale o dall'unione civile omosessuale (se il d.d.l. Cirinnà, attualmente in discussione alla Camera, fosse definitivamente approvato), non può trovare accesso alla procedura di negoziazione assistita, rimanendo di esclusivo appannaggio del tribunale ordinario che provvede e decide con le forme del rito camerale[41].

Ciò, va detto, con buona pace della parificazione, sostanziale e processuale, dei figli legittimi e naturali, biologici o adottivi, e della circolarità tanto attesa, ma sovente disattesa, di queste incalzanti riforme.

cessazione degli effetti civili, annullamento, nullità del matrimonio ovvero all'esito di procedimenti relativi ai figli nati fuori del matrimonio, del Titolo IX, *Della responsabilità genitoriale e dei diritti e doveri del figlio*, del Libro I, *Delle persone e della famiglia*, del codice civile.

[40] Si rammenta, peraltro, che, con la riforma della filiazione di cui alla l. n. 219/2012, il capo I *Diritti e doveri del figlio* ha inizio con il novellato art. 315, c.c. ai sensi del quale «*Tutti i figli hanno lo stesso stato giuridico*».

[41] Nelle prassi si è riscontrato che, qualora una convenzione di negoziazione assistita sia stata sottoscritta da genitori non uniti in matrimonio e il P.M. non abbia concesso il provvedimento di autorizzazione, il giudice a cui sono stati trasmessi gli atti dalla Procura è tenuto ad esaminare, in camera di consiglio, l'accordo al fine di ratificarlo, previsa audizione dei genitori [in tal senso v., da ultimo, Trib. Como 13 gennaio 2016, in <www.ilcaso.it> (ultimo accesso 29.02.2016)].

Abstract

Nonostante il significativo riscontro registrato nelle prime prassi applicative, la procedura di negoziazione assistita dagli avvocati per le soluzioni consensuali di separazione e divorzio rimane uno strumento che, in termini di deflazione del carico di lavoro, costituisce un'alternativa possibile soltanto per quella parte 'non contenziosa' della giustizia civile familiare. Sennonché, la legge appena approvata, diretta a prevedere l'applicabilità dell'art. 6, l. 162/2014 anche per lo scioglimento 'consensuale' delle unioni civili tra persone dello stesso sesso, induce l'interprete a meditare ancora sulla opportunità di ricorrere a tali tecniche di tutela anche per le soluzioni consensuali delle convivenze eterosessuali *more uxorio,* e ciò al fine di regolamentare formalmente l'affidamento e il mantenimento dei figli minori o bisognosi di protezione.

Andrea Proto Pisani

Brevi note in tema di regole e principi

1. Recenti interventi (sulla «Riv. dir. civ.», sulla «Riv. dir. proc.», su «Dir. Pubblico» e su «Riv. it. Scienze giuridiche») di autorevoli giuristi e recenti convegni hanno richiamato l'attenzione sulla differenza tra regole e principi, evidenziando in particolare la pericolosità dei principi riguardo alla certezza e prevedibilità delle decisioni giudiziarie.

2. Le regole sarebbero espresse da testi di legge contenenti norme generali e astratte le quali per un verso indicherebbero i fatti della c.d. fattispecie legale astratta per altro verso gli effetti giuridici ad essa ricollegati.

2.1 È sin d'ora osservare che talvolta (ma non infrequentemente) la fattispecie legale astratta ricollegherebbe gli effetti giuridici (a loro volta più o meno analiticamente individuati) in tutto o (più spesso) in parte a fatti incerti o perché individuati attraverso clausole generali (implicanti il richiamo a valutazioni o valori) o perché costituiti da fenomeni propri di scienze opinabili diverse dalla scienza giuridica.

2.2 Salvo i così ricadenti *sub* 2.1 le regole per risalente (ma tralaticia) tradizione sarebbero individuabili in modo (tendenzialmente) certo e quindi facilmente prevedibile attraverso il ricorso alla analisi del linguaggio e alla deduzione logico-sistematica «con esclusione rigorosa di argomenti extrasistematici, religiosi, morali, politici, e economici». L'applicazione delle regole per risalente (ma tralaticia tradizione) darebbe luogo a giudizi della specie verità/falsità.

2.3 Croce e delizia dell'interprete sarebbe poi la (frequente) ipotesi in cui la fattispecie concreta non sia disciplinata da una regola 'precisa' e pertanto

la lacuna (ai sensi del capoverso dell'art. 12 delle preleggi) debba essere integrata tramite la c.d. analogia da regole dettate per casi simili (il ricorso all'analogia è sempre sotto la spada di Damocle data dal suo concorrere in via di esclusione con il c.d. argomento *a contrarîs*) e, in mancanza, tramite il ricorso ai principi generali dell'ordinamento, principi che sono regole altamente indeterminate (non tipicizzate) e ricadono sotto i rilievi di cui *infra* 3.

3. I principi enunciati dal Codice civile (correttezza, buona fede, ecc.), o dalla Costituzione, o dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, o dalla c.d. carta di Nizza o da regolamenti o convenzioni della UE ecc., pur essendo tutti affermati da disposizioni vigenti nell'ordinamento, sarebbero (molto spesso) meri valori senza fattispecie.

3.1 I principi o valori (legalmente riconosciuti) sarebbero interpretati non sulla base (solo) della analisi del linguaggio e soprattutto di deduzioni logico-sistematiche, bensì prevalentemente tramite giudizi fondati sulla retorica, cioè su valutazioni caratterizzate dalla persuasività, ragionevolezza, coerenza interna, ecc., e soprattutto spesso a seguito del bilanciamento con altri valori di rango superiore o anche di pari rango.

3.2 A differenza delle regole, i principi per loro natura tendono ad una evoluzione più rapida a seguito di mutamenti del costume o della realtà sociale.

4. L'irrompere dei principi nel mondo del diritto, a differenza di quanto sembrerebbe dagli scritti e dai convegni che hanno costituito l'occasione di queste mie rapide (rapidissime) note non è fenomeno di questi ultimi anni.

4.1 Tutto il lento evolversi della teoria dell'interpretazione giuridica mostra come (dall'inizio del secolo scorso a oggi) i vari metodi interpretativi (anche quelli meramente esegetici) implicano sempre e inevitabilmente opzioni valutative, anche se la cultura di un astratto logicismo induce gli operatori giuridici (dottrina e giurisprudenza) a non esplicitare sempre con la dovuta chiarezza quali sono i valori alla cui stregua sono effettuate le opzioni valutative ultime che inducono a scegliere il singolo metodo adottato per giustificare il risultato accolto (ma v. di recente per una chiara indicazione dei valori alla cui stregua si effettua la scelta interpretativa Cass. sez. un. 25255/14, in «Foro it.», 2015, I, coll. 862 ss. e *ibid.*, col. 944, la mia nota di commento).

4.2 Non è inutile richiamare l'attenzione sulla circostanza che un filosofo del diritto (Luigi Lombardi Vallauri) nel suo corso universitario individua ben 24 metodi di interpretazione che approssimativamente possono dare luogo a 72 (o addirittura 144) risultati interpretativi accettabili, risultati sulla cui base è davvero effettuata la scelta fra singolo metodo.

4.3 È da notare poi che il fenomeno delle clausole generali (e anche l'attribuire rilevanza a fatti – quali, ad es., bene di interesse artistico, correttezza di bilancio, concorrenza sleale, ecc. – individuabili solo attraverso spesso complessi ed incerti saperi specialistici non giuridici) è fenomeno assai risalente nel tempo al quale la dottrina, anche della prima metà del secolo scorso, si è quasi sempre riferita con giudizi altamente elogiativi evidenziandone il significato di concetti valvola o di polmone dell'ordinamento. E ciò pur nella piena consapevolezza del loro dar luogo a fattispecie incomplete necessitanti di integrazioni quasi sempre di carattere valutativo.

4.4 Se salto qualitativo vi è stato, esso risale per il nostro ordinamento al 1° gennaio 1948, data di entrata in vigore della nostra costituzione.

Pur consapevole dei molti ritardi della nostra cultura giuridica (ritardi che si sono protratti anche fino al decennio successivo al 1956, anno in cui entrò in funzione la Corte costituzionale) mi sembra sia da rilevare che a seguito della costituzione del 1948 (costituzione la cui prima parte è in gran parte costituita da principi, o quanto meno da regole non analitiche) l'interprete teorico e pratico è stato chiamato ad effettuare molto spesso interpretazioni sistematiche delle singole regole della legge ordinaria con i principi costituzionali.

Così che è quanto meno dal 1 gennaio del 1948 che si sarebbe dovuto assistere al fenomeno della irruzione dei principi nel mondo del diritto.

4.5 Nonostante il carattere accentrato del nostro controllo di costituzionalità, non si può fare netta distinzione di competenze tra giudici cc.dd. ordinari e Corte costituzionale. La storia della giurisprudenza della nostra Corte costituzionale, storia cui qui si può solo molto fugacemente accennare, è che la Corte, sin dalle sue primissime sentenze interpretative di rigetto, prima implicitamente (poi esplicitamente dalla fine degli anni ottanta ad oggi), ebbe chiaramente ad affermare che, prima di sollevare questioni di legittimità costituzionale, è dovere del giudice effettuare, offrire – nei limiti delle possibilità offerte anche dalle più ardite interpretazioni sistematiche – interpretazioni della legge ordinaria (si suole dire oggi) costituzionalmente orientate (e, direi, questo vale anche ove il giudice, per

salvare il testo di legge ordinaria, sia chiamato a fare veri e propri bilanciamenti fra principi costituzionali). Il che del resto è (in gran parte pur con grosse diversità) conforme anche ai rapporti tra legge nazionale e legge (superiore) europea (UE).

5. Se i (banali) rilievi svolti precedentemente colgono l'essenza della contrapposizione regole/principi ne segue che per un verso la valutatività (l'operare dei valori) nella interpretazione è fenomeno da sempre esistito, per altro verso dal 1948 in poi (con l'entrata in vigore della Costituzione e poi della legislazione *lato sensu* europea) è di certo quantitativamente (non qualitativamente) aumentato. L'operatore giuridico (dottrina e giudice) è chiamato sempre più a interpretazioni complesse di cui sistematicamente fanno parte regole (fattispecie legali astratte) e principi (valori).

Di qui (dal 1948 in poi) l'aumento quantitativo della incertezza, della imprevedibilità (se si vuole della incalcolabilità).

6. Di qui discende (non il negare la realtà dei valori ma) la necessità di prendere atto della estrema importanza di fare funzionare meglio gli strumenti istituzionali che possono ridurre i fattori (patologici) che incidono sulle incertezze, imprevedibilità, ecc.

6.1 Il processualcivilista (o anche l'arido procedurista come io sono solito qualificarmi) non può allora non richiamare l'attenzione (non solo sulla legislazione, sulla cattiva tecnica normativa che troppo spesso è fonte di per sé di inutile – nel senso che non derivano da principi o valori – incertezza, imprevedibilità, ecc.) sul funzionamento della Corte di Cassazione quale Corte suprema avente per l'appunto la ragione del suo esistere nella assicurazione (tendenziale, dinamica, non statica) della uniformità della interpretazione giurisprudenziale.

6.2 Di qui (come ho osservato da ultimo in due scritti apparsi nel fascicolo di marzo del 2015 sul «Foro it.»): a) l'urgenza di superare l'attuale situazione di crisi, di vera e propria paralisi della Corte di Cassazione italiana, Corte di Cassazione che da fonte di certezza, di prevedibilità, ecc., è (salvo l'eccezione di alcune sentenze delle sezioni unite) divenuta essa stessa fonte di incertezza, ecc. (e non perché chiamata ad applicare fattispecie complesse intrise di principi, ma solo o soprattutto per il suo abnorme carico di lavoro: 100.000 ricorsi pendenti a fine anno, 30.000

ricorsi decisi ogni anno, 250 circa per ogni consigliere). I rimedi a mio avviso sono possibili; li ho indicati più volte (v. da ultimo «Foro it.», 2015, V, coll. 188 ss.) ma sinora sono rimasto inascoltato (non solo dal mitico legislatore ma anche dall'ambiente degli operatori giuridici che lavorano nel 'palazzaccio' di piazza Cavour); b) la necessità di individuare le modalità (a costituzione invariata) idonee a consentire il controllo della Corte di Cassazione per violazione di legge anche nei confronti delle decisioni oggi devolute al Consiglio di stato ove questo giudice sia chiamato (come sempre più frequentemente accade a seguito della, a mio avviso abnorme, estensione della giurisdizione c.d. esclusiva) ad applicare le stesse leggi, lo stesso 'diritto', in tema di obbligazioni, responsabilità e contratti una volta riservato al solo giudice ordinario («Foro it.», 2015, V, coll. 184 ss.).

Abstract

L'Autore si sofferma sull'utilizzo frequente in giurisprudenza di regole e principi per la decisione del caso concreto, rilevandone le differenze applicative. In particolare mentre le regole sono desumibili dalle fattispecie legali astratte, compatibilmente con le esigenze di certezza del diritto e prevedibilità delle decisioni, i principi sono identificati tramite giudizi di valore, spesso non individuabili *a priori*. Compiuta tale distinzione, l'Autore sottolinea il ruolo centrale della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione nello svolgimento di interpretazioni sistematiche, anche alla luce della sopravvenuta incidenza dei principi di rango sovranazionale nel diritto interno.

Giancarlo Ricci

L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato in funzione nomofilattica: il caso dello scorrimento delle graduatorie concorsuali

SOMMARIO: 1. L'art. 99, c.p.a. e 'l'assetto nomofilattico' del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria – 2. Nomofilachia *in action*: la sentenza dell'Adunanza Plenaria 28 luglio 2011, n. 14, che sancisce la tendenziale prevalenza del diritto allo scorrimento della graduatoria vigente sulla determinazione amministrativa di indire un nuovo concorso – 3. L'applicazione del principio di diritto nella giurisprudenza amministrativa e le ipotesi non ricadenti nel perimetro applicativo della sentenza dell'Adunanza Plenaria – 4. Le fattispecie 'eterodosse': l'opzione della p.a. per il nuovo concorso e il problema della motivazione – 4.1 La casistica: scorrimento *versus* concorso con cadenza periodica – 4.2 Scorrimento *versus* concorso giustificato dalla novità dei profili professionali selezionati o delle prove d'esame – 4.3 Scorrimento *versus* procedure di stabilizzazione del personale precario

1. L'art. 99, c.p.a. e 'l'assetto nomofilattico' del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria

Sin dal T.U. delle leggi sul Consiglio di Stato, all'Adunanza Plenaria è stata riconosciuta una seppur embrionale funzione di nomofilachia: l'art. 45, r.d. n. 1054/1924, come modificato dalla l. n. 1018/1950, regolava il meccanismo della rimessione all'Adunanza Plenaria da parte della sezione nel caso in cui il punto di diritto desse luogo a contrasti giurisprudenziali (comma 2°), prevedendo altresì il deferimento da parte del Presidente del Consiglio di Stato di qualunque ricorso che rendesse necessaria la risoluzione di questioni di particolare importanza (comma 3°)[1].

In questo assetto di disciplina, però, le pronunzie dell'Adunanza Plenaria, pur facendo stato fra le parti, non erano vincolanti per le singole sezioni, che potevano dissentire pronunziandosi in modo difforme[2].

[1] Cfr. G. CORSO, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, in «Rassegna Forense», 2014, p. 634.

[2] Così M. MATTALIA, *La nomofilachia dell'Adunanza plenaria in materia di* project financing, in «Giur. it.», 2012, p. 1925.

Il quadro muta a seguito dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 104/2010 (codice del processo amministrativo). L'art. 99, c.p.a. introduce una duplice modalità di esplicazione della funzione nomofilattica da parte dell'Adunanza Plenaria.

Questa, in primo luogo, si pronunzia, su ordinanza di rimessione della singola sezione cui è assegnato il ricorso, sulle questioni di diritto che hanno dato luogo o possono dare luogo a contrasti giurisprudenziali (comma 1°). È di fondamentale rilievo il fatto che, ora, il *dictum* dell'Adunanza Plenaria vincola la sezione ad assumere una decisione conforme, sicché quest'ultima, nel caso di mancata condivisione del principio di diritto, è tenuta a rimettere alla stessa Adunanza la decisione del ricorso (comma 3°). Secondariamente, e soprattutto, l'art. 99, c.p.a. prevede che l'Adunanza Plenaria, ove ritiene che 'la questione è di particolare importanza', possa comunque enunciare il 'principio di diritto nell'interesse della legge' anche allorquando 'dichiara il ricorso irricevibile, inammissibile o improcedibile, ovvero l'estinzione del giudizio' (comma 5°)[3].

Con tali modalità, l'art. 99, c.p.a. realizza il definitivo ravvicinamento, in termini di capacità di assicurare l'uniformità dei precedenti giurisprudenziali e la stessa unità del diritto, fra gli organi supremi operanti nell'ambito dei rispettivi plessi giudiziali: non sfugge, a questo proposito, il parallelismo fra l'art. 99, c.p.a. e gli artt. 363 e 374, c.p.c., così come modificati dalla l. n. 40/2006, sulle tecniche di nomofilachia delle sezioni unite della Corte di Cassazione[4]. Con la previsione, in specie, della formulazione del principio di diritto 'nell'interesse della legge', viene a realizzarsi 'la manifestazione più rilevante della funzione nomofilattica e il momento

[3] Sulla struttura dell'art. 99, c.p.a. v. C. Lamberti, Stare decisis, *nomofilachia e supremazia nel diritto amministrativo*, in «Giur. it.», 2013, pp. 981-982; E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, a cura di E. Follieri, A. Barone, CEDAM, Padova 2015, pp. 45 ss.

[4] Cfr. A. Pajno, *Nomofilachia e giustizia amministrativa*, in «Rassegna forense», 2014, p. 644; M. Mengozzi, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in «Osservatorio costituzionale AIC», marzo 2015, <http://www.osservatorioaic.it/01-2015.html>, pp. 6-7 (ultimo accesso 02.03.2016); circa il progressivo rafforzamento del valore giuridico del precedente degli organi di vertice della giurisdizione ordinaria (sezioni unite della Corte di Cassazione), amministrativa (adunanza plenaria del Consiglio di Stato) e contabile (sezioni riunite della Corte dei Conti) v. A. Barone, *La vocazione "unitaria" delle giurisdizioni*, in *I principi vincolanti dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, cit., p. 7; sulla legittimità costituzionale dei presupposti normativi della funzione nomofilattica in capo ai tre organi supremi si è espressa Corte cost. 24 gennaio 2011, n. 30.

della sua massima espansione'[5].

La significativa valorizzazione dell'assetto nomofilattico dell'Adunanza Plenaria[6] si è tradotta in una 'fortissima accelerazione' della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ha reso, negli anni successivi alla riforma del 2010, un numero cospicuo di pronunzie[7].

Fra le altre, appare di grande interesse la sentenza 28 luglio 2011, n. 14, con cui l'Adunanza Plenaria si è pronunziata, in applicazione del comma 5° dell'art. 99, vale a dire enunciando il solo principio di diritto, sulla *vexata quaestio* del 'rapporto' fra il diritto (dei candidati utilmente collocati ancorché non vincitori) allo scorrimento della graduatoria di concorso e la potestà dell'amministrazione di bandire, per la copertura di vacanze in organico, una nuova procedura concorsuale[8].

La giurisprudenza 'sezionale' applica con puntualità le direttive interpretative scaturenti dalla pronunzia della Plenaria, sì da pervenire, nei molteplici casi sottoposti ad esame, a risultati applicativi che, al di là degli esiti concreti, come vedremo variegati, paiono tuttavia uniformarsi alle logiche argomentative del supremo organo di giustizia amministrativa.

2. Nomofilachia in action: *la sentenza dell'Adunanza Plenaria 28 luglio 2011, n. 14, che sancisce la tendenziale prevalenza del diritto allo scorrimento della graduatoria vigente sulla determinazione amministrativa di indire un nuovo concorso*

La decisione dell'Adunanza Plenaria n. 14/2011[9] rappresenta un caso

[5] Corso, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica,* cit., p. 639; v. anche S. Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, CEDAM, Padova 2011, pp. 77 e 177; cenni pure in G.P. Cirillo, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le Corti supreme nazionali e le corti comunitarie*, in «Riv. it. dir. pubbl. comunitario», 2014, pp. 28-29.

[6] Traggo la terminologia da A. Storto, *Decisioni della Plenaria e vincolo di conformazione*, in «Ratio Iuris», 2012, <http://ratioiuris.demo1.it/news.interna.php?notizia=1516> (ultimo accesso 02.03.2016).

[7] Così Corso, *L'Adunanza Plenaria e la funzione nomofilattica*, cit., p. 635.

[8] Sui concorsi, in generale, V. Luciani, *Selezione del personale e contratto di lavoro pubblico e privato*, Jovene, Napoli 2002; I. Piccinini, *Il "principio del concorso" nel lavoro pubblico tra dimensione privatistica e valori costituzionali*, in *Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Giappichelli, Torino 2008, t. II, pp. 1258 ss.; G. Gentile, *Il reclutamento del personale*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di L. Fiorillo, A. Perulli, Giappichelli, Torino 2013, vol. I; per una recente rassegna di giurisprudenza v. M. Magri, *I concorsi e le assunzioni*, in «Giorn. dir. amm.», 2015, pp. 408 ss.

[9] Su cui R. Cicchese, *Graduatorie efficaci, nuovi concorsi e obbligo di motivazione*, in «Corriere del merito», 2011, pp. 1120 ss.; L. Busico, *L'efficacia delle graduatorie concorsuali*

paradigmatico di esercizio della «funzione nomofilattica pura»[10] *ex* art. 99, comma 5°, c.p.a.

Il principio di diritto enunciato dal supremo collegio non è infatti rilevante ai fini della decisione della causa, dato che il ricorso proposto, tendente al riconoscimento del diritto di alcuni soggetti allo scorrimento di una graduatoria concorsuale, era stato correttamente respinto in primo grado, per il fatto che, come confermato dalla Plenaria, al momento dell'indizione dei concorsi oggetto di impugnativa, le graduatorie non erano più vigenti.

Ciò non impedisce tuttavia alla Plenaria di pronunziarsi sulla più generale, e assai controversa in giurisprudenza, problematica delle relazioni giuridiche fra le due diverse modalità di reclutamento di personale da parte delle p.a.: determinazione amministrativa di indizione del concorso *versus* utilizzazione di candidati idonei collocati in graduatorie in vigore, attraverso il meccanismo dello scorrimento. Ciò in forza dell'art. 99, comma 5°, c.p.a., il quale prevede che l'Adunanza Plenaria possa enunciare il principio di diritto nell'interesse della legge in tutti i casi – occorre desumere dalla *ratio* della disposizione come approfondita dalla Plenaria nella sentenza n. 14/2011 – «in cui l'esito della controversia prescinda, in concreto, dalla soluzione delle questioni di diritto deferitele» (par. 23). Pertanto, anche laddove, come nella specie, sia appurato che la decisione sia comunque irrilevante ai fini del merito della causa.

Nella fattispecie *de qua*, l'approccio nomofilattico produce esiti particolarmente apprezzabili, posto che la Plenaria, dopo avere minuziosamente ricostruito gli orientamenti contrapposti formatisi in materia, finisce per accogliere quello da lei stessa definito «minoritario».

Segnatamente, il Supremo collegio tende a distinguere fra due indirizzi di giurisprudenza.

Quello maggioritario (definito «tradizionale») ritiene che l'attuazione dell'art. 97, Cost., nella parte in cui sancisce la primazia del concorso pubblico come modalità di accesso agli impieghi pubblici (ult. comma), implichi che il nuovo concorso rappresenti «la regola». La scelta dell'amministrazione a favore del concorso piuttosto che dello scorrimento di una graduatoria in corso di vigenza non deve essere dunque «corredata da alcuna specifica motivazione». Una variante ancor più radicale di questo orientamento si spinge sino a considerare l'indizione del nuovo concorso una scelta di merito dell'azione amministrativa, non sindacabile in sede

e la copertura dei posti vacanti: l'Adunanza Plenaria fissa alcuni paletti, 2011, <http://www.lisug.it/IMG/pdf/GRADUATORIEx.pdf> (ultimo accesso 02.03.2016).

[10] Oggianu, *Giurisdizione amministrativa e funzione nomofilattica. L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, cit., p. 77.

giurisdizionale salva la sussistenza di macroscopici vizi di eccesso di potere per illogicità e travisamento dei fatti.

A questo indirizzo se ne contrappone un altro, per l'appunto minoritario perlomeno sino alla sentenza in esame, in forza del quale la determinazione di indire un nuovo concorso, dando luogo ad una decisione amministrativa assunta in presenza di possibili alternative, «debba essere adeguatamente motivata, pure con riguardo alla valutazione degli interessi dei candidati idonei collocati in graduatorie ancora efficaci». Ricorda il Supremo collegio che anche questo orientamento presenta delle ulteriori articolazioni: una prima variante prefigura una sorta di inversione del rapporto fra nuovo concorso e scorrimento della graduatoria concorsuale vigente, sicché solo nel primo caso, e non nel secondo, occorre allegare, da parte della p.a., dettagliata motivazione. Una seconda variante si spinge a ritenere che, in presenza di vacanza in organico, l'amministrazione è vincolata a coprirlo mediante utilizzazione della graduatoria efficace, né potrebbe diversamente operare, a pena di illegittimità della differente determinazione.

Come si è anticipato, la Plenaria non ritiene di condividere la tesi «tradizionale», optando per contro per quella minoritaria, seppure nella sua versione più moderata. Sostiene la Suprema corte che, così come la scelta di indire un nuovo concorso non costituisce la regola, allo stesso tempo non può sussistere un vincolo di automatica copertura del posto resosi vacante mediante scorrimento di una graduatoria esistente. Purtuttavia, una volta assunta la decisione circa l'*an* della copertura di un posto in organico, non può risultare indifferente, sul punto relativo al *quomodo* del reclutamento, il fatto che sia pendente una graduatoria, 'figlia' di precedente concorso e ancora temporalmente efficace: ne deriva l'obbligo della p.a. di motivare adeguatamente la scelta in favore dell'una o dell'altra procedura (concorso nuovo o scorrimento), accordando però una preferenza di massima a favore di quest'ultima.

Tale approdo interpretativo si basa su tre argomenti.

i) Il primo fa leva sulla formazione di una sequenza di atti legislativi orientati a valorizzare il 'peso' delle graduatorie concorsuali, la cui ultrattività, funzionale all'eventuale copertura di posti vacanti e disponibili, si è estesa di volta in volta sino al «salto di qualità»[11] rappresentato dal nuovo art. 35-*ter*, d.lgs. n. 165/2001 (come modificato dall'art. 3, comma 87°, l. n. 244/2007), che sancisce la generale efficacia triennale delle graduatorie concorsuali a decorrere dalla data

[11] D. Bolognino, *L'influenza del principio di economicità sulle scelte di (macro) organizzazione per la copertura dei posti vacanti: tra concorso pubblico, scorrimento delle graduatorie e mobilità*, in «Il lavoro nelle pubbl. amm.», 2012, p. 891.

della pubblicazione. Tale normazione è considerata funzionale ad assicurare il principio di economicità dell'azione amministrativa, in un'ottica di contenimento e razionalizzazione della spesa pubblica[12].

ii) Il secondo argomento si basa sulla conformità al dettato costituzionale (art. 97, ult. comma, Cost.) della «utilizzabilità, per un tempo definito, delle preesistenti graduatorie». Si tratta, infatti, pur sempre di un sistema di reclutamento che si radica sull'anteriore svolgimento di una procedura selettiva, rappresentando la «decisione di scorrimento […] un possibile e fisiologico sviluppo della stessa procedura concorsuale, attuativo dei principi costituzionali» non collocabile pertanto «su un piano diverso e contrapposto rispetto alla determinazione di indizione di un nuovo concorso».

iii) Il terzo argomento guarda alla rilevanza dell'obbligo di motivazione, anche in attuazione del principio generale di cui all'art. 3, l. n. 241/1990, a corredo della determinazione con la quale l'amministrazione stabilisce le modalità di reclutamento del personale. Nel caso di specie, il dovere di motivazione è tanto più cogente nella misura in cui si tratta di una decisione non soltanto rilevante in termini di «efficacia ed efficienza» amministrativa, ma suscettibile di ricadute in capo alla sfera giuridica di soggetti collocati in graduatorie efficaci e portatori, come tali, di interessi meritevoli di apprezzamento.

La conclusione cui perviene la Plenaria è a questo punto perentoria: sul piano dell'ordinamento positivo si registra «la sostanziale inversione tra l'opzione per un nuovo concorso e la decisione di scorrimento della graduatoria preesistente ed efficace». Tale inversione ridonda nell'affermazione secondo cui «la regola generale» è rappresentata ora dallo scorrimento mentre «l'indizione del nuovo concorso costituisce l'eccezione e richiede un'apposita e approfondita motivazione, che dia conto del sacrificio imposto ai concorrenti idonei a delle preminenti esigenze di interesse pubblico».

È pur vero, peraltro, che l'assetto delle relazioni fra scorrimento di graduatoria di concorso e determinazione di indizione di un nuovo concorso tratteggiato dalla Suprema corte è destinato a variare in presenza di presupposti che rispristinano la priorità di quest'ultimo. Si tratta di casi in cui ricorre l'esistenza di «speciali discipline di settore o di particolari

[12] La medesima *ratio* assiste le più recenti norme che prorogano l'efficacia delle graduatorie in essere (sino al 31 dicembre 2016), disponendo altresì che l'amministrazione non possa approvare nuove procedure concorsuali senza preventivamente attingere a tali graduatorie: v. artt. 4, commi 3°, lett. *b*) e 4°, d.l. n. 101/2013, conv. in l. n. 125/2013 (su cui specificamente V. Talamo, *Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali*, in «Giorn. dir. amm.», 2013, pp. 923 ss.).

circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti» che giustificano *ex se* l'indizione di un nuovo concorso. Su di essi si è ampiamente esercitata la giurisprudenza 'sezionale' applicativa del principio nomofilattico: nel senso di rintracciare, nei casi concreti, gli elementi di fatto, corrispondenti ai *dicta* della Plenaria, atti a giustificare il *revirement* della prevalenza del nuovo concorso sulla decisione di scorrimento della graduatoria concorsuale vigente.

Riassuntivamente, e in attesa di ritornare partitamente su di essi, si tratta di: a) ipotesi in cui disposizioni normative impongano una cadenza periodica del concorso con conseguente dovere della p.a. di bandire una nuova procedura selettiva; b) fattispecie in cui la nuova procedura concorsuale è finalizzata a determinare la stabilizzazione del personale precario in attuazione di norme speciali in materia; c) situazioni in cui sia intervenuta la modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, in raffronto a quella precedente esperita e da cui è derivata la graduatoria ancora efficace, avendo particolare riguardo al contenuto delle prove di esame e ai requisiti di partecipazione al concorso; d) casi nei quali lo scorrimento della graduatoria in essere è impedito dalla modificazione del profilo professionale che s'intende selezionare, in raffronto alla descrizione desumibile dal bando relativo alla preesistente graduatoria.

3. L'applicazione del principio di diritto nella giurisprudenza amministrativa e le fattispecie non ricadenti nel perimetro applicativo della sentenza dell'Adunanza Plenaria

La giurisprudenza amministrativa – alla quale va pacificamente devoluta la giurisdizione per le controversie in cui si chieda l'annullamento del bando di concorso e, conseguenzialmente, lo scorrimento della graduatoria vigente[13] – successiva all'Adunanza Plenaria n. 14/2011 si è distinta

[13] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1186; T.a.r. Puglia – Bari, sez. II, 26 gennaio 2015, n. 134; T.a.r. Campania – Salerno, sez. II, 4 febbraio 2014, n. 321; Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2012, n. 269; Cons. Stato, sez. V, 4 marzo 2011, n. 1397. La giurisdizione appartiene al giudice amministrativo anche nel caso in cui si controverta in ordine: 1) alla determinazione amministrativa di bandire una progressione verticale piuttosto che scorrere la graduatoria di un precedente concorso (v. Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2014, n. 5139); 2) alla scelta di procedere alla copertura di posti vacanti tramite l'indizione di una procedura di mobilità intercompartimentale in luogo dello scorrimento di graduatoria (Cons. Stato, sez. II, parere 1° giugno 2015, n. 3200; v. anche Cass. sez. un. 6 maggio 2013, n. 10404); 3) all'impugnativa di un bando contenente una clausola con cui si esclude espressamente di procedere, successivamente, allo scorrimento della graduatoria formata ed

per la puntuale applicazione dei principi di diritto enunciati, in funzione nomofilattica, da quest'ultima.

La principale coordinata esegetica recepita dalla giurisprudenza concerne la tendenziale inversione del rapporto fra concorso pubblico e scorrimento della graduatoria, prevalendo il *favor* per quest'ultimo – assunto quale «regola generale» per la copertura dei posti vacanti in organico – specie alla stregua dell'evoluzione del quadro legislativo in direzione della sempre più estesa efficacia delle graduatorie concorsuali, anche in funzione dell'obiettivo di razionalizzazione e contenimento della spesa pubblica[14].

L'apertura, contenuta nell'ultima parte della sentenza della Plenaria, al profilo recessivo dello scorrimento laddove emerga una delle quattro situazioni poc'anzi richiamate, è tuttavia parimenti valorizzata dalla giurisprudenza, che non elude, tutt'altro, il 'nodo' della puntuale disamina degli elementi di fatto che potrebbero giustificare, nei singoli casi, la decisione dell'amministrazione di pubblicare un nuovo bando, pretermettendo lo scorrimento della graduatoria pendente. Le fattispecie in questione, che non è eccessivo definire 'eterodosse', nella misura in cui generano una re-inversione della priorità fra nuovo concorso e scorrimento della graduatoria, a vantaggio del primo, danno luogo a un'articolata casistica su cui varrà la pena, da qui a poco, concentrare il *focus* dell'analisi[15].

Non prima, tuttavia, di avere operato le dovute puntualizzazioni in riferimento a taluni casi che, a ben vedere, sfuggono all'applicazione della sentenza dell'Adunanza Plenaria.

Si tratta delle fattispecie in cui la graduatoria di cui si pretende lo scorrimento costituisca l'esito di un concorso interno o riservato (progressioni verticali) e non di una procedura concorsuale 'esterna' (A); o di quelle altre in cui l'amministrazione privilegi, in luogo dello scorrimento della graduatoria concorsuale, una procedura di mobilità (B).

(A) Nella prima ipotesi, la giurisprudenza, pronunziandosi sulle procedure per concorso interno bandite anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs.

approvata (v. Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2015, n. 5512).

[14] Cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 27 aprile 2015, n. 2153; Cons. Stato, sez. III, 1° agosto 2014, n. 4119; Cons. Stato, sez. VI, 4 luglio 2014, n. 3407; Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6247. *Condicio sine qua non* per l'applicazione del principio di diritto enunciato dalla Plenaria è che si discuta in merito alla 'relazione' fra nuovo concorso e scorrimento di una graduatoria effettivamente esistente, sicché è indubbia la potestà dell'amministrazione di indire un nuovo bando laddove la graduatoria scaturita da una precedente procedura concorsuale sia ancora *sub iudice* a seguito di ricorso, non sussistendo pertanto una graduatoria definitiva, cioè consolidata e insuscettibile di successivo annullamento giurisdizionale: in tal senso Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3724.

[15] V. *infra*, parr. 4 ss.

n. 150/2009 (c.d. riforma Brunetta), converge nel ritenere tali fattispecie estranee al raggio di applicazione della sentenza della Plenaria. Gli argomenti posti a fondamento della tesi giurisprudenziale sono sostanzialmente tre:

1) in primo luogo, s'enfatizza l'effetto di soppressione delle 'vecchie' progressioni verticali (identificabili con il meccanismo dei cc.dd. concorsi interni) generato dalla riforma Brunetta: gli artt. 24 e 62, d.lgs. n. 150/2009 introducono, infatti, in applicazione dei consolidati enunciati della giurisprudenza costituzionale, il principio per cui le progressioni di carriera avvengono tramite concorso pubblico con riserva ad interni non superiore al 50%. Tale effetto è considerato retroattivo, cioè ridonda sulle procedure bandite anteriormente al 1° gennaio 2010, data di entrata in vigore delle nuove disposizioni, rendendo inutilizzabili le graduatorie 'figlie' di tali procedure.
2) Parallelamente, la giurisprudenza precisa che le due tipologie di concorso (interno e con accesso dall'esterno) sono di per sé disomogenee, sicché la «regola» dello scorrimento sancito dalla Plenaria non può che riguardare solamente la tipologia *standard* del concorso aperto all'esterno, in conformità al modello delineato dall'art. 97, ult. comma, Cost.[16]
3) Si è poi ulteriormente sottolineato come le graduatorie di procedure per progressioni verticali non rientrino nell'ambito di applicazione delle più recenti disposizioni di legge che dispongono la proroga

[16] Sui primi due argomenti v. Cons. Stato, Adunanza Generale, parere 6 novembre 2012, n. 4625; Cons. Stato, sez. IV, 16 gennaio 2014, n. 136; Cons. Stato, sez. III, 2 luglio 2015, n. 3284. Tale ultima sentenza ritiene inutilizzabili le graduatorie del concorso interno *ex* art. 15, c.c.n.l. enti di ricerca (fattispecie relativa a un caso di reclutamento da parte dell'Istituto superiore di sanità); su vicende analoghe (relative ad assunzioni presso il Consiglio nazionale delle ricerche) v. anche Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3723 (che ritiene legittima la scelta dell'amministrazione di bandire un nuovo concorso riservato agli interni, in applicazione del principio enunciato dalla Plenaria, desumendosi dall'art. 15, c.c.n.l. enti di ricerca la cadenza biennale delle procedure selettive al fine di operare una valutazione aggiornata del livello professionale degli aspiranti) e Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2606 (sulla declaratoria di legittimità del nuovo bando di concorso per interni *ex* art. 15, c.c.n.l. enti di ricerca «con la finalità di rinnovare all'attualità le valutazioni concernenti le attività dei ricercatori»). Va sottolineato tuttavia come queste ultime due sentenze non tengono conto, contrariamente a Cons. Stato n. 3284/2015, cit. (parr. 6.9 e 6.10 della motivazione), dell'effetto complessivamente caducativo dell'art. 15 c.c.n.l. enti di ricerca prodotto dalla riforma Brunetta (art. 52, d.lgs. n. 165/2001, come novellato dall'art. 62, d.lgs. n. 150/2009), in forza del quale non solo è inibito all'amministrazione di scorrere la graduatoria del concorso interno, ma altresì, e si direbbe *a fortiori*, di bandire nuovi concorsi interamente riservati agli interni, così come invece prevede la menzionata disposizione del c.c.n.l. enti di ricerca.

delle graduatorie di concorso[17]. Milita in tal senso, soprattutto, un argomento di natura testuale: tale legislazione, contrariamente ad altre normative anteriori, non fa generico riferimento alle «graduatorie per le assunzioni di personale presso le amministrazioni pubbliche» ma, in termini più specifici, alle «graduatorie dei concorsi pubblici per assunzioni a tempo indeterminato», lasciando trasparire l'intento del legislatore di rendere ultrattive le graduatorie concorsuali standard, escludendo per contro dall'operatività del regime di proroga le graduatorie di concorsi interni o riservati[18].

L'orientamento sin qui descritto, altrimenti monolitico, è scalfito da Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n. 1061, che assevera la decisione dell'amministrazione di scorrere la graduatoria concorsuale, facendo leva sul principio alla cui stregua la progressione verticale, operando una novazione oggettiva del rapporto di lavoro, può equipararsi al concorso, senza con ciò apportare alcun *vulnus* all'art. 97, ult. comma, Cost., che consente il ricorso a forme atipiche di reclutamento, ancorché in via eccezionale. La progressione verticale consente pertanto agli idonei di essere assunti, attraverso il successivo scorrimento della relativa graduatoria, così soddisfacendo fra l'altro l'interesse pubblico, di economicità dell'attività amministrativa, consistente nel non ricorrere ad altra procedura concorsuale.

(B) Più complesso si palesa il rapporto fra scorrimento della graduatoria concorsuale vigente e ricorso alle procedura di mobilità.

Si fronteggiano al riguardo due diversi orientamenti di giurisprudenza.

Un primo indirizzo ritiene che il ricorso alla mobilità sia realmente eccedente le coordinate esegetiche contenute nella pronunzia della Plenaria: si assume, in tal modo, la legittimità del ricorso alla mobilità volontaria *ex* art. 30, d.lgs. n. 165/2001 (o a procedure di interscambio) rispetto allo scorrimento di una graduatoria in essere in quanto «la mobilità consente varie finalità quali l'acquisizione di personale già formato, l'immediata operatività delle scelte, l'assorbimento di eventuale personale eccedentario ed i risparmi di spesa conseguenti a tutte le ricordate situazioni»[19]. La priorità

[17] V. d.l. n. 78 del 2009, conv. in l. n. 122 del 2010; d.l. n. 225 del 2010, conv. in l. n. 10 del 2011; d.l. n. 216 del 2011, conv. in l. n. 14 del 2012; nonché il già citato art. 4, co. 4°, d.l. n. 101 del 2013, conv. in l. n. 125 del 2013.

[18] Cons. Stato, sez. III, n. 3284/2015, cit.; T.a.r. Lazio, sez. II, 6 maggio 2015, n. 6522; riprende testualmente tale argomento, sempre per escludere la legittimità del ricorso alla pregressa graduatoria di concorso interno, Corte dei conti, sez. contr. reg. Sicilia, delibera 30 settembre 2015, n. 265. Nel medesimo senso, infine, v. anche le circolari del Dipartimento della funzione pubblica n. 5/2013 e n. 11786/2011.

[19] Cons. Stato, sez. I, Adunanza di Sezione, parere 7 dicembre 2012, n. 5217.

a favore della mobilità volontaria è inoltre avvalorata dall'esistenza di «un quadro normativo di assoluto favore per il passaggio di personale tra amministrazioni rispetto all'assunzione di nuovo personale», quadro normativo che si riverbera «anche sul rapporto tra ricerca di personale mediante mobilità volontaria e scorrimento delle graduatorie», nel senso che nell'optare per la mobilità l'amministrazione invero «esercita un potere discrezionale di scelta delle modalità di copertura delle proprie esigenze di organico con uno strumento che, essendo oggetto di preferenza legislativa e garantendo l'assunzione di personale specializzato, non richiede specifica motivazione»[20].

D'altra parte, più di recente ha preso corpo un differente *trend* giurisprudenziale ricostruibile nei termini che seguono: a) in taluni casi si sostiene, prudentemente, che nulla osta, in linea di principio, al ricorso alla procedura di mobilità, in luogo dello scorrimento di una graduatoria efficace, però tale opzione, in tal caso, va rigorosamente motivata[21]; b) in altre circostanze, si rileva come la normativa vigente in materia di mobilità (in specie l'art. 30, comma 2-*bis*, d.lgs. n. 165/2001) verta sul rapporto fra quest'ultima e la procedura concorsuale di nuovo conio, fattispecie in cui la legge impone il previo ricorso alla mobilità a pena di nullità della procedura di concorso. Rimane dunque estraneo al raggio applicativo del disposto normativo il rapporto fra mobilità e scorrimento di pregressa graduatoria: sicché ne deriva, anche alla luce dei principi di diritto complessivamente enucleabili dalla sentenza della Plenaria, che quest'ultimo vada sicuramente considerato preminente laddove l'amministrazione decida di colmare vacanze in organico, non potendosi ricorrere, per contro, alla procedura di mobilità[22].

Questione ulteriormente diversa, e certamente eccedente il perimetro di applicazione dei principi enunciati dalla Plenaria, è quella di recente affrontata da Cons. Stato, sez. V, 6 novembre 2015, n. 5078. In essa si deduce l'illegittimità della determinazione dell'amministrazione volta ad attingere, per copertura di posti vacanti, a una graduatoria ricavata da una procedura di mobilità posta in essere diverso tempo prima, *ex* artt. 30 e 34-*bis*, d.lgs. n. 165/2001, quale antecedente necessario di una procedura concorsuale. La determinazione amministrativa è agevolmente sconfessata dal collegio in quanto le graduatorie di mobilità «non possono essere considerate efficaci negli anni seguenti» al pari delle graduatorie concorsuali,

[20] T.a.r. Lombardia, sez. IV, 21 settembre 2011, n. 2250.
[21] Cons. Stato, sez. V, 17 gennaio 2014, nn. 177 e 178.
[22] Cons. Stato, sez. V, 31 luglio 2012, n. 4329; T.a.r. Sardegna, sez. II, 17 aprile 2013, n. 330; v. anche Cons. Stato, sez. V, 27 agosto 2014, n. 4361; T.a.r. Campania, sez. V, 12 novembre 2014, n. 5814.

bensì «si esauriscono al momento delle specifiche assunzioni cui sono finalizzate». Con la conseguenza che l'asserita «reviviscenza dei risultati delle procedure di mobilità» è del tutto destituita di fondamento giuridico.

4. Le fattispecie 'eterodosse': l'opzione della p.a. per il nuovo concorso e il problema della motivazione

Come si è anticipato in precedenza, la Plenaria ha statuito che la «prevalenza delle procedure di scorrimento non è comunque assoluta e incondizionata» essendo tuttora individuabili casi in cui la p.a. si riappropria del potere di procedere al reclutamento del personale mediante nuove procedure concorsuali, anziché attraverso lo scorrimento delle preesistenti graduatorie.

Ciò avviene in situazioni in cui «speciali discipline di settore» o «particolari circostanze di fatto» o ancora «ragioni di interesse pubblico prevalenti» ripristinano il *favor* per il nuovo concorso, a detrimento dell'opzione per i meccanismi di scorrimento. Le quattro ipotesi in cui l'assetto dei rapporti fra scorrimento e concorso si ridefinisce nel senso ora indicato sono dettagliatamente identificate dalla Plenaria e ad esse si è già fatto prima espresso richiamo[23].

Occorre pertanto verificare, mediante un approccio casistico, in che modo la giurisprudenza (T.a.r. e Consiglio di Stato) abbia inteso riformulare i termini del rapporto fra concorso e graduatorie in presenza delle fattispecie 'eterodosse'.

Prima di procedere in questa direzione, tuttavia, è indispensabile soffermarsi su un significativo problema generato dall'applicazione della pronunzia della Plenaria. Se è certo, infatti, che nelle fattispecie 'eterodosse' si assiste a una re-inversione della priorità fra scorrimento della graduatoria e nuovo concorso, non è ugualmente chiara la portata, in tali casi, del dovere di motivazione. In altri termini, la prevalenza dell'opzione per il nuovo concorso si coniuga con un persistente obbligo della p.a. di motivare il bando, ovvero è sufficiente il ricorrere di una delle fattispecie 'eterodosse' perché lo scorrimento della graduatoria sia posto fuori gioco e il ricorso al nuovo concorso avvenga automaticamente?

Sul punto si registra una tendenziale incertezza della giurisprudenza, condizionata peraltro dalla contraddittorietà, *in parte qua*, della motivazione della Plenaria.

Quest'ultima, infatti, se nella prima parte della motivazione, afferma che il generale favore per l'utilizzazione delle graduatorie delle idonei

[23] V. *supra*, par. 2.

«recede solo in presenza di speciali discipline di settore o di particolari circostanze di fatto o di ragioni di interesse pubblico prevalenti, che devono, comunque, essere puntualmente enucleate nel provvedimento di indizione del nuovo concorso» (par. 31, lett. *d*), nella seconda parte muta progressivamente opinione, dapprima rilevando che le situazioni in cui la determinazione di procedere al reclutamento di personale mediante nuove procedure concorsuali anziché attraverso lo scorrimento delle preesistenti graduatorie «risulta pienamente giustificabile con il conseguente ridimensionamento dell'obbligo di motivazione» (par. 51); poi definitivamente chiosando che in presenza di taluna delle circostanze di fatto che giustificano la decisione di avviare nuove procedure di concorso «pretendere una specifica motivazione della scelta appare del tutto ridondante» (par. 58).

L'ambiguità si riflette, come detto, sugli orientamenti della giurisprudenza amministrativa.

Da ultimo, il Consiglio di Stato si mostra propenso a fare propria la direttrice contenuta nella seconda parte della motivazione della Plenaria, assumendo cioè che il configurarsi di una delle situazioni di fatto o di diritto che determinano la re-inversione del rapporto fra scorrimento della graduatoria e nuovo concorso obliteri *ipso facto* l'opzione a favore dello scorrimento, per cui il bando di concorso finisce per costituire un passaggio sostanzialmente obbligato, poco o punto rilevando il difetto di un'espressa motivazione in tal senso[24].

Per contro, secondo una diversa opinione, sostenuta da alcuni Tribunali amministrativi regionali, il dovere di motivare la delibera con cui si bandisce il nuovo concorso, alla luce dei principi desumibili dalla pronunzia della Plenaria, è sempre sussistente; ne deriva che il difetto di motivazione del bando di concorso inficia la legittimità della determinazione amministrativa[25], configurandosi un vizio non superabile neppure

[24] V. Cons. Stato, sez. II, 4 giugno 2015, n. 7873, che, in riferimento a una delle fattispecie che danno luogo alla re-inversione delle priorità a favore del nuovo concorso, ritiene che la motivazione, «trattandosi di adempimento ad un obbligo imposto dallo stesso legislatore, sia sostanzialmente *in re ipsa*»; ancora, Cons. Stato, sez. V, n. 3724/2015, cit., ritiene sussistenti «in concreto le ragioni per indire una nuova procedura concorsuale» pur a fronte «dell'omessa formale motivazione»; v. anche Cons. Stato, sez. IV, 15 settembre 2015, n. 4330, che, sempre in riferimento a una delle fattispecie eterodosse che «determinano una regressione del principio della prevalenza dell'istituto dello scorrimento in luogo dell'indizione di nuovi concorsi e, dall'altro lato, non impongono all'amministrazione uno stringente obbligo motivazionale in merito alla scelta effettuata per il reclutamento».

[25] Cfr. T.a.r. Lazio sez. I-*bis*, 14 ottobre 2014, n. 10318; T.a.r. Basilicata, sez. I, 17 luglio 2014, n. 475. Da ultimo, sulla decisiva rilevanza dell'obbligo di motivazione, a prescindere dal contenuto della determinazione amministrativa in materia di scorrimento o nuovo

mediante la successiva allegazione, in fase di giudizio, di atti difensivi finalizzati a illustrare l'*iter* motivazionale compiuto dall'amministrazione procedente[26].

4.1 La casistica: scorrimento versus *concorso con cadenza periodica*

L'analisi della casistica relativa alle fattispecie 'eterodosse' muove dalle procedure di reclutamento contrassegnate, in forza di specifica previsione normativa, da cadenza periodica. In materia, particolare attenzione è stata prestata dalla giurisprudenza alle problematiche in tema di assunzione nei corpi delle forze armate (e di polizia)[27].

La giurisprudenza più recente, muovendosi all'interno delle coordinate esegetiche derivate dalla sentenza della Plenaria, ritiene, con significativa assonanza di argomenti tecnico-giuridici, che sia legittima la determinazione dell'amministrazione della difesa, in presenza di necessità di reclutamento, di optare per il nuovo concorso in luogo dello scorrimento di graduatoria ancora efficace.

Il *dictum* si fonda su un triplice ordine di argomenti:

1) il principale riposa sull'asserita applicazione, a queste fattispecie, di normative speciali in materia di reclutamento. In particolare, appare decisivo il richiamo ad alcune disposizioni del d.lgs. n. 66/2010 (codice dell'ordinamento militare) la cui rilevanza interpretativa è particolarmente enfatizzata da Cons. Stato n. 4330/2015, cit. In questa sentenza il collegio, dopo avere sottolineato come il legislatore abbia inteso dettare «una normativa speciale destinata a regolare le modalità di assunzione ed i rapporti di lavoro intercorrenti con le forze armate»[28], enuclea, per analizzarli sistematicamente, i dati testuali (*ex* artt. 634, 635 e 688, comma 7°, c.o.m.) in forza dei quali il reclutamento nei singoli corpi delle forze militari (e di polizia) deve avvenire mediante concorso indetto con cadenza periodica

concorso, argomenta diffusamente Cass. 12 gennaio 2016, n. 280 (in materia di prevalenza, in caso di più graduatorie concorsuali vigenti e dunque suscettibili di scorrimento, di quella cronologicamente più recente).

[26] Cfr. T.a.r. Calabria – Catanzaro, sez. II, 4 aprile 2014, n. 558; nonché T.a.r. Abruzzo – Pescara, sez. I, 31 luglio 2012, n. 365.

[27] In dottrina cfr. V. Lamonaca, *Lo scorrimento delle graduatorie concorsuali e la specificità del comparto sicurezza e difesa*, in «Lavoro nelle pubbl. amm.», 2014, p. 206.

[28] L'applicazione della normativa speciale comporta l'esclusione del personale delle forze armate dall'ambito di applicabilità degli artt. 35, comma 5-*ter*, d.lgs. n. 165/2001 (sull'ultrattività triennale delle graduatorie di concorso) e 4, comma 3°, d.l. n. 101 del 2013 (che proroga al 31 dicembre 2016 le graduatorie dei concorsi pubblici).

(precisamente annuale), con contestuale perdita di efficacia delle graduatorie preesistenti, eccezion fatta per alcuni casi debitamente identificati dall'art. 635, c.o.m. e nei quali si ripristina il vincolo dello scorrimento: ossia per posti disponibili al momento dell'approvazione della graduatoria ovvero, entro un anno dall'approvazione, nei limiti della rinuncia, decadenza o dimissione dei vincitori[29].

2) Che l'indizione di un nuovo concorso, in luogo dello scorrimento della graduatoria, costituisca la regola per le assunzioni nei corpi delle forze armate e di polizia è indirettamente confermato dal tenore dell'art. 3, comma 3-*bis*, d.l. n. 90/2014, conv. in l. n. 114/2014. Esso, in riferimento alle necessità di reclutamento del personale di polizia per assicurare i servizi di protezione e controllo in occasione di Expo 2015, ha autorizzato «in via straordinaria» lo scorrimento delle graduatorie dei concorsi indetti per l'anno 2013: la giurisprudenza ritiene che ciò costituisca una nuova, e invero definitiva, conferma testuale della priorità del reclutamento mediante concorso, se è vero, com'è vero, che lo scorrimento è destinato a rimediare a situazioni di emergenza e non ad assecondare ordinarie esigenze di reclutamento, per le quali occorre invece ricorrere all'indizione di nuovi concorsi[30].

3) L'assetto sin qui delineato è del resto conforme, si precisa ulteriormente, alla *ratio* di accertamento dell'efficienza fisica e dell'idoneità psico-attitudinale dei profili professionali da impiegare. Si soddisfa, in tal maniera, l'interesse pubblico alla selezione dei migliori candidati, consentendo fra l'altro la partecipazione anche a soggetti che maturano, di volta in volta, i requisiti per la candidatura, senza 'rinchiudersi' all'interno del recinto di graduatorie sovente assai risalenti nel tempo.

La giurisprudenza che assevera l'opzione per il nuovo concorso, nella casistica esaminata, è autorevole e le argomentazioni a sostegno paiono convincenti.

Ciò non toglie che un orientamento di senso contrario sia maturato presso il T.a.r. Lazio, trovando ancora di recente espressione con T.a.r. Lazio, sez. I-*bis*, 27 aprile 2015, n. 6077[31].

[29] In senso esattamente conforme v. Cons. Stato, sez. IV, 21 dicembre 2015, n. 5792 (fattispecie relativa al reclutamento nel corpo sanitario dell'esercito, profilo professionale dei medici veterinari); nonché T.a.r. Lazio, sez. II, 4 giugno 2015, n. 7873 che, nell'ambito di una controversia relativa all'assunzione di allievi marescialli nel corpo della guardia di finanza, giunge a conclusioni analoghe a Cons. Stato n. 4330/2015, cit., facendo leva sull'ancor più esplicito disposto, applicabile per specialità al caso di specie, dell'art. 35, d.lgs. n. 199/1995.

[30] Puntualmente, sul punto, T.a.r. Lazio, sez. II, n. 7873/2015, cit.

[31] In termini T.a.r. Lazio, sez. I-*bis*, 27 maggio 2015, n. 7572; 14 ottobre 2014, n. 10318.

Secondo questo indirizzo, invero minoritario, non vi sono motivi determinati per escludere radicalmente, in presenza di esigenze di reclutamento presso i corpi delle forze armate o di polizia, il ricorso allo scorrimento della graduatoria. In particolare, si revoca in dubbio il carattere speciale della disciplina sul reclutamento, in forza di un'interpretazione dei dati normativi simmetricamente opposta a quella sostenuta dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato del 2015, poc'anzi menzionata; interpretazione che conduce il tribunale laziale a contrastare la tesi in ordine alla doverosità del nuovo bando di concorso in caso di necessità di reclutamento, non cogliendosi elementi per ravvisare la cadenza annuale del concorso per queste tipologie di personale.

Ne consegue, a tale stregua, la declaratoria di illegittimità delle determinazioni amministrative con le quali sono stati indetti nuovi concorsi, in difetto di adeguata motivazione in ordine alle ragioni per le quali non si sia proceduto allo scorrimento della graduatoria prorogata ai sensi dell'art. 4, comma 3°, d.l. n. 101/2013, ritenuto applicabile anche alle categorie di personale non contrattualizzato della p.a.

4.2 Scorrimento versus *concorso giustificato dalla novità dei profili professionali selezionati o delle prove d'esame*

La Plenaria annovera fra le fattispecie 'eterodosse', che determinano la re-inversione del rapporto fra nuovo concorso e scorrimento della graduatoria, «l'intervenuta modifica sostanziale della disciplina applicabile alla procedura concorsuale, rispetto a quella riferita alla graduatoria ancora efficace»: in particolare, il profilo di novità deve riguardare il «contenuto dello specifico profilo professionale per la cui copertura è indetto il nuovo concorso» ovvero il «contenuto delle prove di esame e i requisiti di partecipazione».

Nella giurisprudenza formatasi in argomento la comparazione tende sovente a riferirsi, accorpandoli, ad ambedue i profili segnalati. S'indaga pertanto sul concreto contenuto del bando del nuovo concorso, al fine di verificare se possa riscontrarsi, nel raffronto con quello da cui scaturisce la graduatoria vigente (e di cui si richiede lo scorrimento), un qualche profilo di difformità sull'aspetto che concerne l'individuazione delle prove d'esame ovvero la descrizione del contenuto del profilo professionale richiesto dall'amministrazione.

Spigolando fra le più recenti pronunzie in argomento, si nota come l'esito dell'accertamento sia tutt'altro che scontato.

In alcuni casi emerge il dato determinante della 'obsolescenza tecnica' della graduatoria, testimoniata dall'effettivo mutamento dei requisiti richiesti dall'amministrazione ai candidati che aspirano al profilo funzionale: la

novità riguarda in genere le materie oggetto delle prove di concorso, ovvero può trattarsi, più direttamente, di difformità concernenti la tipologia del profilo professionale, non essendo neppure estranea alla valutazione il 'decorso del tempo' fra i due concorsi, talmente esteso da giustificare, per l'appunto, la scelta dell'amministrazione di dar corso alla nuova procedura selettiva senza avvalersi di graduatorie ancora vigenti[32].

Come detto, però, non mancano casi in cui la giurisprudenza ritiene ingiustificato il ricorso incondizionato al nuovo bando di concorso. La casistica più interessante, sul punto, riguarda le situazioni in cui, pur emergendo profili oggettivi (contenuto delle prove d'esame, requisiti di partecipazione previsti dal bando) o soggettivi (descrizione del profilo professionale) di difformità, essi sono valutati di rilevanza non tale da giustificare la re-inversione della priorità a favore del nuovo concorso, riproponendosi dunque il *refrain* della prevalenza, in simili casi, delle graduatorie concorsuali ancora pendenti[33].

4.3 Scorrimento versus *procedure di stabilizzazione del personale precario*

L'ultima fattispecie 'eterodossa' che mette conto analizzare riguarda le situazioni in cui l'amministrazione pubblica decide di colmare dei vuoti in organico mediante il ricorso alle procedure di stabilizzazione del personale già in servizio con contratto di lavoro flessibile. La giurisprudenza afferma, stavolta pacificamente, che ciò rende del tutto recessiva l'opzione a favore dello scorrimento della graduatoria.

A ben vedere, il principio di diritto si è consolidato in giurisprudenza ancor prima dell'entrata in scena della Plenaria n. 14/2011[34].

[32] Cons. Stato, sez. III, 1° luglio 2015, n. 3272; sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1796; sez. III, 8 ottobre 2014, n. 5011.

[33] Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2015, n. 4584; sez. VI, 4 luglio 2014, n. 3407; sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6247. Merita un richiamo la contigua ipotesi in cui sia accertato, in sede giudiziale, che i posti da ricoprire non siano di nuovo istituzione o trasformazione (sulla base della valutazione di quanto deliberato dalla p.a. procedente in sede di determinazione e/o variazione della dotazione organica) in rapporto al tempo in cui venne bandito il concorso che ha generato la graduatoria ancora vigente: anche in tal caso, ai sensi dell'art. 91, comma 4°, d.lgs. n. 267/2000 (T.u.e.l.) – disposizione da considerarsi, secondo quanto statuito dalla Plenaria (par. 36 della motivazione) espressiva di un principio generale e comune anche ad altre amministrazioni pubbliche – è da considerarsi preferibile lo scorrimento della graduatoria piuttosto che l'indizione di un nuovo concorso: in tal senso Cons. Stato, sez. III, 29 agosto 2014, n. 4438; v. anche Cons. Stato, sez. III, 1° agosto 2014, n. 4119; 8 ottobre 2014, n. 4999, relativamente a fattispecie in cui tuttavia si è accertato che i posti da coprire fossero di nuova istituzione, con conseguente legittimità della determinazione amministrativa diretta a bandire il nuovo concorso.

[34] Cfr. T.a.r. Puglia – Lecce, sez. III, 19 gennaio 2008, n. 125.

Naturalmente l'orientamento che esprime un *favor* per le procedure di stabilizzazione si è ulteriormente rafforzato nel quadro dei principi enunciati dalla Plenaria. La giurisprudenza che tende, da ultimo, ad asseverare la legittimità del ricorso alla stabilizzazione del personale quale strumento di reclutamento non si limita peraltro a richiamare *sic et simpliciter* le motivazioni della Plenaria, ma approfondisce in concreto le ragioni che giustificano siffatta determinazione della p.a., in luogo dello scorrimento di graduatoria pendente.

Sicché, oltre a richiamarsi il dato della validità costituzionale delle stabilizzazioni, ai sensi dell'art. 97, ult. comma, Cost.[35], si precisa che la stabilizzazione è meccanismo che, da un lato, consente alla p.a. di continuare ad avvalersi di personale già adeguatamente formato e dotato delle necessarie capacità professionali per svolgere con profitto le mansioni richieste[36] e, dall'altro, risulta funzionale ad obiettivi di risparmio sui costi finanziari del personale, oltre che di garanzia dell'interesse pubblico alla riduzione del precariato nelle p.a.[37]

Abstract

L'articolo prende spunto dalla sentenza 28 luglio 2011, n. 14, con cui l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ha esposto, in funzione nomofilattica, i principi di diritto che governano l'incerto rapporto fra scorrimento, da parte della p.a., di graduatoria concorsuale ancora efficace e indizione di nuovo concorso. Scopo del contributo è di ricostruire le dinamiche applicative delle coordinate esegetiche fornite dal Supremo collegio, avendo riguardo ai più recenti sviluppi della giurisprudenza dei T.a.r. e del Consiglio di Stato.

[35] Cfr. T.a.r. Puglia – Lecce, sez. II, 22 gennaio 2013, n. 89.
[36] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 dicembre 2014, n. 6004.
[37] Cfr. Cons. Stato, sez. II, 12 agosto 2014, n. 2707.

Roberto Romboli

Giudice e legislatore nella tutela dei diritti

SOMMARIO: 1. Le particolarità della esperienza italiana: il modello accentrato più diffuso d'Europa – 2. La progressiva valorizzazione dell'attività interpretativo-creativa del giudice attraverso l'utilizzo di alcuni tipi di decisione da parte della Corte costituzionale – 3. La valorizzazione del diritto giurisprudenziale riguardo all'ambito sovranazionale (Cedu e Ue) – 4. I limiti all'attività creativa di diritto da parte dei giudici nella tutela dei diritti: 'diritti costituzionali' e 'diritti legali'; 'diritti costituzionali' regolati dalla legge e 'diritti costituzionali' privi di attuazione legislativa – 5. La differente legittimazione del legislatore e del giudice nella creazione del diritto. La natura giurisdizionale della Corte ed il rispetto delle regole del processo costituzionale: il caso della sent. n. 1 del 2014

1. Le particolarità della esperienza italiana: il modello accentrato più diffuso d'Europa

Con riguardo alla scelta, e poi alla realizzazione, del modello di giustizia costituzionale, l'esperienza italiana mostra in effetti alcuni elementi caratteristici che hanno inciso sul tema in discorso, sia sul versante della natura politica o giurisdizionale del Giudice costituzionale, sia sulla valorizzazione, da parte di quest'ultimo, del potere interpretativo, quindi inevitabilmente creativo, del giudice comune.

Il nostro Paese, al pari di quanto generalmente accadde in Europa a seguito della seconda guerra mondiale, scelse come noto un modello di giustizia costituzionale a carattere accentrato, non ritenendo di poter accogliere quello diffuso nordamericano, che certamente avrebbe svolto una diversa influenza relativamente al ruolo e potere creativo del giudice.

La scelta di un modello accentrato condusse pertanto alla istituzione di un soggetto nuovo – il Giudice costituzionale – il quale avrebbe dovuto trovare la propria collocazione nella forma di governo tra gli altri organi di vertice dello stato che godevano di più risalente tradizione.

In proposito avremmo potuto chiederci se, nella contrapposizione, la Corte costituzionale sia da ritenere 'legislatore' oppure 'giudice'.

Si tratta del noto e assai dibattuto tema relativo alla natura, politica o giurisdizionale, della Corte costituzionale, che ha visto a Firenze, nell'ambito di un convegno dedicato nel 1981 alla Corte costituzionale nella forma di governo, il confronto tra chi sosteneva la prima tesi (Modugno) e chi invece la seconda (Zagrebelsky).

La natura ibrida, quasi una via di mezzo, della Corte è stata poi sostenuta da Enzo Cheli nel suo volume sul *Giudice delle leggi* del 1996, in cui ciò viene sottolineato come elemento positivo e non negativo. Secondo Cheli infatti siamo in presenza «di una funzione 'intermedia' che […] è al tempo stesso politica e tecnica – para-legislativa e para-giurisdizionale – funzione che conduce, da un lato, a 'giurisdizionalizzare' la politica dentro le forme del processo, dall'altro a 'politicizzare' la giurisdizione attraverso la natura (politica) degli oggetti sottoposti a giudizio e gli effetti (politici) delle pronunce».

Non intendo ovviamente, neppure in minima parte, riprendere in questa sede il tema, ma solamente richiamare la possibilità per il Giudice costituzionale di sviluppare maggiormente la sua 'anima politica' oppure quella 'giurisdizionale', in conseguenza di differenti elementi presenti o realizzati nella concreta realtà di un paese.

Il modello di giustizia costituzionale seguito in Italia viene inserito, come noto, nei modelli misti, in quanto via di mezzo tra accentrato e diffuso, a seguito della previsione della via di accesso del giudizio incidentale (un modello accentrato, ma ad iniziativa diffusa).

Se questo è comune a molte altre esperienze dell'Europa continentale, la particolarità del caso italiano consiste nel fatto che, mentre le altre esperienze sono caratterizzate dalla presenza di ulteriori vie di accesso al Giudice costituzionale, oltre quella incidentale, in Italia invece la nostra Corte inizia a funzionare, ed eserciterà le sue funzioni per più di venti anni, basandosi solamente sulla via incidentale. La via principale infatti, stante la inattuazione per molti anni delle regioni ordinarie, sarà praticata in pochi casi (con riguardo alle regioni speciali), così come pure la via dei conflitti tra enti e tra poteri.

Se il modello diffuso si caratterizza anche per il fatto di valorizzare e porre fiducia nell'attività del giudice, possiamo dire che, limitando di fatto l'accesso alla sola via incidentale, il nostro modello di giustizia costituzionale, sia stato in Europa quello 'più diffuso' fra tutti i modelli accentrati.

Il necessario dialogo e rapporto diretto con i giudici, unici 'portieri' della Corte, ha inevitabilmente determinato una prevalente coloritura giurisdizionale dell'attività del nostro Giudice costituzionale, dando un decisivo apporto allo sviluppo dell''anima' giurisdizionale rispetto a quella politica.

Una riprova è data anche dal rispetto che negli anni la Corte ha

mostrato di avere nei confronti delle regole del processo costituzionale, pur non mancando di dare un notevole apporto attraverso la sua giurisprudenza anche creativa, ma mai (o quasi mai) superando quei limiti che segnano il confine tra l'uso e l'abuso del diritto processuale (secondo la formula usata da Alessandro Pizzorusso).

Possiamo infatti, a conferma della natura giurisdizionale della Corte, ritenere che di norma essa non ha superato quei confini indicati da Onida come invalicabili per un soggetto che voglia essere qualificato come giudice, seppure particolare: la scelta sul 'se' decidere, su 'cosa' decidere e sulla necessità di motivare giuridicamente le proprie decisioni.

In altri ordinamenti, il cui sistema di giustizia costituzionale è stato pure qualificato come misto, la presenza dall'inizio di altre e diverse vie di accesso ha infatti inciso, anche in considerazione della differente posizione e delle minori garanzie riconosciute alla magistratura, sulla natura del Giudice costituzionale ed ancora di più sui rapporti tra questo ed i giudici, specie quello di ultima istanza. Come ad esempio accaduto in Spagna, dove per diverso tempo le sentenze del *Tribunal constitucional*, nelle aule giudiziarie, erano avvicinate più ad un atto normativo che non giurisdizionale, ritenendosi il piano della legalità di esclusiva competenza (anche interpretativa) del *Tribunal supremo*.

2. La progressiva valorizzazione dell'attività interpretativo-creativa del giudice attraverso l'utilizzo di alcuni tipi di decisione da parte della Corte costituzionale

L'altro elemento caratteristico della esperienza italiana concerne la valorizzazione dell'attività interpretativa e creativa del giudice nella evoluzione dello stato costituzionale e sociale, a seguito del rapporto venutosi a creare tra la Corte costituzionale ed i giudici comuni.

Gli spazi, più o meno ampi, riconosciuti alla funzione interpretativa del giudice derivano, fra l'altro, da alcune tecniche di giudizio seguite dalla Corte costituzionale e soprattutto da particolari tecniche decisorie adottate.

In proposito vorrei indicarne alcune, a mio avviso particolarmente significative, le quali hanno determinato un indubbio ampliamento e valorizzazione dell'attività interpretativa del giudice.

La prima tra queste, anche in ordine di tempo, è rappresentata dalle sentenze interpretative di rigetto, attraverso le quali la Corte dichiara non fondata la questione di costituzionalità, ma fornisce al contempo una interpretazione della disposizione impugnata tale da evitare la dichiarazione di incostituzionalità.

L'adozione di tali pronunce determina inequivocabilmente la presa di posizione del Giudice costituzionale contro la separazione, seguita invece dalla Corte di Cassazione, tra il piano della legalità (l'interpretazione della legge spetta al giudice comune) e quello della costituzionalità (l'interpretazione della Costituzione spetta alla Corte costituzionale).

L'aspetto, per quanto ci interessa, più importante, in un primo momento non adeguatamente colto, è quello per cui, sulla base della suddetta giurisprudenza costituzionale, appare evidente come una legge possa dare luogo a differenti interpretazioni, tutte astrattamente possibili e come la scelta tra di esse debba essere orientata alla luce della Costituzione, preferendo cioè quella più in linea con il dettato costituzionale.

Sembrerebbe doversi derivare, in altri termini, che l'operazione condotta dalla Corte costituzionale attraverso le pronunce interpretative può (o deve) essere operata anche da parte del giudice comune nel decidere le controversie ad esso proposte.

Questo tipo di pronuncia serve anche a saldare una specie di 'alleanza' tra 'i giudici dei gradi inferiori' e la Corte allo scopo di superare le interpretazioni restrittive della legge seguite dalla Corte di Cassazione.

In considerazione di ciò l'attività di interpretazione della legge in conformità alla Costituzione viene esercitata dalla Corte quasi in esclusiva, in una posizione di sostanziale monopolio, pur potendo, in teoria, questa essere esercitata certamente anche da parte dei giudici comuni.

La Corte tende a non evidenziare tale possibilità, ad evitare i rischi connessi ad un'interpretazione conforme 'diffusa', analoghi a quelli che avevano indotto il Costituente a scegliere per un controllo accentrato di costituzionalità.

Un ampliamento dello spazio interpretativo del giudice deriva anche dall'utilizzo, da parte della Corte costituzionale, delle decisioni c.d. additive di principio, attraverso le quali viene dichiarata la incostituzionalità della norma impugnata, senza però procedere alla sua sostituzione con altra norma specifica, direttamente applicabile (come accade con le additive semplici), ma limitandosi ad indicare il principio costituzionale cui ispirarsi per procedere alla suddetta sostituzione o comunque per la soluzione del caso concreto.

La decisione additiva di principio, ispirata principalmente dal rispetto della discrezionalità del legislatore, risulta composta di due parti distinte: una demolitoria della norma impugnata e l'altra contenente un principio, frutto di un bilanciamento dei principi costituzionali operato dalla Corte.

Ferma la suddetta finalità di questo tipo di decisioni, in concreto veniva a crearsi un ventaglio di ipotesi fra loro differenziate a seconda del carattere più o meno specifico e puntuale del 'principio' indicato dalla Corte e soprattutto della possibilità che lo stesso potesse essere realizzato

solo a seguito di un intervento del legislatore oppure anche a prescindere dallo stesso, in particolare da parte dei giudici comuni.

L'indicazione del 'principio' sembrava quindi tale da poter sollecitare due diversi seguiti: quello del legislatore e quello del giudice, potendosi realizzare, allorché il secondo non si fosse dimostrato possibile, quello che fu chiamato da Parodi il '«doppio effetto paralizzante'», dal momento che il giudice, in caso di inerzia del legislatore, non avrebbe potuto applicare la norma dichiarata incostituzionale, né risolvere autonomamente il caso.

In realtà la natura concreta del giudizio incidentale e l'obbligo per il giudice di dare comunque una risposta, non essendo prevista la possibilità di sospendere il giudizio in attesa dell'intervento del legislatore, hanno fatto concludere che il giudice, attraverso i propri poteri interpretativi ed il ricorso all'analogia, avrebbe dovuto comunque risolvere il caso tenendo a fondamento il 'principio' espresso dalla Corte.

Il legislatore viene quindi sollecitato ad intervenire per la realizzazione del 'principio' indicato, restando libero di scegliere quando e come farlo, nella consapevolezza però che la sua inerzia significherà sostanziale avallo a che la scelta sia operata a livello giurisprudenziale, caso per caso.

A seguito di quanto osservato ci si è chiesti se, al di là delle finalità con cui le additive di principio sono state pensate, esse abbiano rappresentato di fatto un maggiore rispetto delle scelte discrezionali del legislatore oppure, al contrario, un sostanziale ampliamento del potere interpretativo e 'creativo' dei giudici, vedendo una qualche contraddizione nella affermazione per cui la Corte, per il rispetto della discrezionalità del legislatore, non potrebbe fare una decisione autoapplicativa attraverso la specificazione del 'principio', mentre alla stessa operazione sarebbe legittimato il giudice.

Il fondamento della posizione assunta in proposito dalla Corte credo debba individuarsi nella convinzione per cui, in molti casi, una migliore soluzione è ottenibile dal giudice sulla base delle caratteristiche del caso concreto che non attraverso un intervento demolitorio della Corte avente efficacia generale.

Il rispetto del ruolo del legislatore deriva dal riconoscimento ad esso, e solo ad esso, di un (sollecitato) intervento contenente una normativa avente carattere generale, senza con ciò consentirgli altresì di impedire, con la propria inerzia, la tutela e la realizzazione dei valori costituzionali indicati nel 'principio'.

Una simile *ratio* condurrà la Corte a suggerire prima ed imporre poi la c.d. interpretazione conforme, precisando che il giudice, di fronte a più possibili interpretazioni, ha innanzi tutto l'obbligo di scegliere quale di esse intende seguire, escludendo che egli possa sollevare una questione

di costituzionalità al solo scopo di richiedere alla Corte la soluzione di un mero dubbio interpretativo, dal momento che ciò rientra nei poteri dell'autorità giudiziaria oppure che un'eccezione di costituzionalità possa essere proposta alla Corte al solo scopo di far prevalere un'interpretazione della legge rispetto ad altra, dovendo essere il giudice a scegliere l'interpretazione conforme alla Costituzione.

L'esperienza delle additive di principio e quella della interpretazione conforme ha avuto, in certa misura, l'effetto di trasformare la questione di costituzionalità in questione di interpretazione, sollevando in alcuni il dubbio circa la conformità della seconda esperienza al nostro modello di giustizia costituzionale (G.U. Rescigno) e collegando altri la prima al più vasto fenomeno di giurisdizionalizzazione dell'ordinamento (P. Falzea).

In realtà l'invito ad operare attraverso l'interpretazione conforme sembra porsi nell'ambito dei rapporti di necessaria collaborazione tra il giudice comune e la Corte costituzionale e, così come da sempre accaduto per le sentenze interpretative di rigetto, appare pacifico come il suggerimento di quest'ultima, per quanto autorevole, non possa certo ritenersi dotato di efficacia vincolante per i destinatari. Questo vale ad escludere che il superamento, quando possibile, dei dubbi di costituzionalità attraverso l'interpretazione conforme possa essere qualificato come la realizzazione, di fatto, nel nostro ordinamento di un controllo diffuso di costituzionalità.

In ipotesi di mancanza di una specifica disciplina della materia *de qua*, la Corte costituzionale, in varie occasioni, ha invitato il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali. Si legge infatti in queste pronunce che «spetta al giudice, attraverso l'esercizio pieno dei poteri di interpretazione della legge e del diritto, risolvere, conformemente alla Costituzione, il problema che la rilevata lacuna normativa in ipotesi determina» (sent. 11/1998) oppure che «nell'attuale situazione di carenza legislativa, spetta al giudice ricercare nel complessivo sistema normativo l'interpretazione idonea ad assicurare la protezione degli anzidetti beni costituzionali» (sent. 347/1998).

3. La valorizzazione del diritto giurisprudenziale riguardo all'ambito sovranazionale (Cedu e Ue)

Anche con riferimento all'ambito sovranazionale la più recente giurisprudenza costituzionale si è espressa chiaramente nel senso di una valorizzazione del diritto giurisprudenziale.

Con riguardo all'ordinamento della Cedu infatti, con le cc.dd. sentenze gemelle del 2007 – anche ad evitare che i giudici comuni procedessero (come in alcuni casi era avvenuto) ad una diretta disapplicazione della legge ritenuta in contrasto con la Cedu, al pari di quanto accade per il diritto euro unitario – la Corte costituzionale ha ritenuto che la nuova formulazione dell'art. 117, 1° comma, Cost. deve portare a riconsiderare la collocazione nel nostro ordinamento delle norme della Cedu.

In particolare, pur non giungendo a riconoscere alle stesse il valore di disposizioni costituzionali e quindi di possibile parametro di costituzionalità, la Corte perviene allo stesso risultato applicando ad esse la c.d. teoria della norma interposta.

L'aspetto che maggiormente ci interessa è il riferimento che la Corte costituzionale fa alla giurisprudenza della Corte europea, allorché afferma che una caratteristica della Cedu è quella di avere un proprio giudice, cui è assegnato il compito di interpretare la Convenzione, la quale quindi deve ritenersi 'vivente' nella lettura fornita dalla Corte di Strasburgo, in quanto gli obblighi assunti dallo Stato italiano comprendono sia l'esistenza di quel giudice, sia il riconoscimento della funzione interpretativa del medesimo. Più in specifico il giudice nazionale ha l'obbligo di seguire in via primaria l'interpretazione della legge conforme alla Cedu, mentre la garanzia di uniformità dell'interpretazione spetta alla Corte europea, cui è riservata pure l'ultima parola, la quale deve essere accettata dagli stati membri. Successivamente la giurisprudenza costituzionale ha precisato che la tutela dei diritti fondamentali deve avvenire in maniera sistemica e non frazionata in una serie di norme tra loro non coordinate o addirittura in potenziale contrasto tra loro, per cui mentre la Corte europea decide necessariamente in ordine al singolo caso e sullo specifico diritto fondamentale, spetta alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di un diritto si realizzi in maniera squilibrata e con effetti negativi rispetto agli altri diritti.

Il margine di apprezzamento da riconoscersi agli stati membri deve determinarsi con riguardo al complesso dei diritti fondamentali e pare il caso di sottolineare come in proposito il Giudice costituzionale ha cura di precisare che la visione ravvicinata ed integrata dei diritti fondamentali può essere opera non solamente del legislatore, ma anche della stessa Corte costituzionale e del giudice comune, ognuno nell'ambito delle proprie competenze.

L'ordinamento eurounitario rappresenta un esempio di ordinamento in larga parte formato sulla base di un diritto giurisprudenziale e delle decisioni assunte dal giudice dei Trattati istitutivi ossia dalla Corte di giustizia delle comunità europee (poi dell'Unione Europea).

L'importanza ed il ruolo centrale che viene ad assumere il giudice nazionale

deriva dal fatto che la Corte di giustizia, al fine di rendere efficaci i vincoli derivanti per gli stati membri dal diritto della UE, ha pensato di appoggiare il compito di controllare, e in parte di sanzionare, gli stati ai loro giudici nazionali, attraverso appunto gli strumenti della pregiudiziale eurounitaria e del potere-dovere di disapplicazione. Il ricorso da parte del giudice alla Corte europea per la interpretazione pregiudiziale del diritto UE è poi venuto ad assumere un'efficacia decisamente maggiore a seguito del riconoscimento, da parte della Corte costituzionale, della efficacia di fonte del diritto anche alle sentenze interpretative della Corte di Lussemburgo.

La giurisprudenza della Corte di giustizia fin dal 1984 ha affermato che, nell'applicare il diritto nazionale, il giudice deve interpretare lo stesso alla luce del diritto della UE e sottolineato come l'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale è inerente al sistema del Trattato in quanto l'obbligo di interpretazione conforme deve ritenersi un 'effetto strutturale' della normativa eurounitaria, concludendo pertanto che il giudice, quando è possibile seguire un'interpretazione conforme, non deve procedere alla disapplicazione del diritto nazionale, che diviene quindi una *extrema ratio*.

Il giudice comune pertanto, in caso di dubbio circa il significato da attribuire al diritto della UE, deve chiedere l'intervento della Corte di giustizia, quindi procedere, ove possibile, ad un'interpretazione del diritto nazionale conforme al diritto della UE e altrimenti decidere il caso disapplicando il diritto nazionale in contrasto con quello eurounitario ed il rinvio pregiudiziale sempre più è venuto trasformandosi da strumento di interpretazione a strumento di produzione del diritto. Tanto che in certi casi viene fatto di chiedersi quale diritto il giudice nazionale viene in realtà ad applicare, se quello nazionale, quello eurounitario o ancora un diritto 'misto'. La domanda e la difficoltà di dare una risposta certa deriva dal fatto che non è facile distinguere con un taglio netto il diritto eurounitario dal diritto nazionale interpretato in conformità al primo, come pure l'attività di interpretazione da quella di applicazione del diritto.

4. I limiti all'attività creativa di diritto da parte dei giudici nella tutela dei diritti: 'diritti costituzionali' e 'diritti legali'; 'diritti costituzionali' regolati dalla legge e 'diritti costituzionali' privi di attuazione legislativa

La seconda riflessione concerne invece la individuazione di quali siano i limiti che si pongono all'attività creativa di diritto da parte dei giudici ed il fondamento della loro legittimazione nel nostro sistema costituzionale.

Una simile riflessione porta ad esprimersi su una problematica da

tempo assai dibattuta tra i costituzionalisti, vale a dire quella dei cc.dd. 'diritti nuovi'.

La felice espressione 'nuovi diritti' non deve comunque essere presa alla lettera e far pensare al fenomeno per cui gli stessi, non previsti dal testo costituzionale, vengono 'creati' più o meno *ex novo* dalla giurisprudenza costituzionale o dei giudici comuni.

Il carattere rigido della Costituzione richiederebbe infatti per un'operazione del genere il procedimento della revisione costituzionale, per cui con la suddetta espressione si deve più propriamente intendere la possibilità che la nozione di 'diritti inviolabili' o diritti fondamentali possa essere concretizzata, oltre che ovviamente attraverso l'intervento del legislatore ordinario, anche da parte della giurisprudenza, seppure con modalità e limiti diversi, essendo chiaramente diversa la loro legittimazione alla creazione del diritto.

Allo scopo di ragionare intorno ai limiti che si pongono all'attività creativa del giudice ritengo necessario distinguere tra quelli che potremmo invece chiamare 'diritti costituzionali' e quelli che potremmo definire 'diritti legali'.

Con il secondo termine intendo indicare quelle situazioni per le quali la Costituzione 'consente' una certa soluzione e disciplina, ma non la 'impone', lasciando quindi la realizzazione di un determinato diritto alla sfera della decisione politica ed alle regole della maggioranza parlamentare, alla quale spetterà di valutare l'evoluzione dei risultati della scienza medica, dei costumi, della coscienza sociale, ecc.

Può pertanto verificarsi che venga correttamente giudicata, in tempi diversi ma anche tra loro abbastanza ravvicinati, non confliggente con i principi costituzionali sia una scelta limitativa o addirittura negativa con riguardo ad un determinato diritto, sia una scelta che, al contrario, riconosca e garantisca quello stesso diritto o un particolare aspetto del medesimo.

La necessità di un intervento del legislatore in varie occasioni viene segnalata dalla giurisprudenza, sia da quella costituzionale, attraverso lo strumento dei 'moniti' più o meno espliciti, sia anche da quella comune e da specifiche decisioni sui casi concreti che portino ad evidenza la necessità di una disciplina della materia.

D'altra parte è anche chiaro come il legislatore non possa essere obbligato a farlo, non essendo espressamente sanzionabile l'ipotesi di omissione legislativa e come quella di non intervenire possa rappresentare una precisa scelta attraverso la quale i soggetti politici mostrino di accettare che la regolamentazione della materia sia rilasciata, almeno al momento, al diritto giurisprudenziale.

Nell'ambito della conferenza stampa tenuta nel 2013 dal presidente della Corte Gallo, è sembrato che questi, nel richiamare l'attenzione su alcuni 'moniti' ai quali il legislatore non aveva ottemperato, intendesse far risaltare una posizione di vero e proprio obbligo (per quanto non immediatamente sanzionabile) del legislatore ad intervenire.

Il presidente Gallo in quella occasione ha infatti sostenuto che i moniti «costituiscono l'unico strumento a disposizione della Corte per indurre gli organi legislativi ad eliminare situazioni di illegittimità costituzionale che, pur da essa riscontrate, non portano ad una formale pronuncia di incostituzionalità» e che «queste esortazioni non equivalgono al mero auspicio ad un mutamento legislativo, ma costituiscono l'affermazione – resa nell'esercizio tipico delle funzioni della Corte – che, in base alla Costituzione, il legislatore *è tenuto* ad intervenire in materia» (corsivo aggiunto).

Nel caso invece di diritti che trovano il loro sicuro fondamento nella Costituzione ('diritti costituzionali'), è necessario distinguere ulteriormente a seconda che vi sia stato in materia un intervento attuativo da parte del legislatore oppure che questi abbia ritenuto di non intervenire.

A fronte di un intervento del legislatore il giudice può valutare se la disciplina sia o meno conforme ai principi costituzionali, dovendo dapprima comunque sperimentare, come detto, la possibilità di dare ad essa un'interpretazione (consentita ovviamente dal testo della legge) tale da attribuirle un significato costituzionalmente conforme e, qualora ciò non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale.

Il problema si pone in termini ovviamente diversi allorché il legislatore ritenga di non operare una scelta e di non intervenire a dettare una qualsiasi disciplina.

In questo caso, a meno di non contraddire il significato assunto in materia dalla Carta costituzionale, non pare possibile riconoscere al legislatore, ossia alla maggioranza parlamentare, la possibilità di vanificare nella sostanza, con la sua inerzia, l'esistenza di un diritto costituzionale. È quanto sembra verificarsi nel caso dei cc.dd. diritti accertati, ma non tutelati, allorché a seguito del riconoscimento dell'esistenza di un diritto costituzionale, viene negata ad esso tutela invocando a giustificazione il mancato intervento del legislatore (ad esempio il noto caso di Giorgio Welby).

La giurisprudenza costituzionale in diverse occasioni ha invitato, come detto, in queste circostanze il giudice a ricercare lui stesso la soluzione ed a garantire la tutela dei diritti fondamentali rifacendosi direttamente ai principi costituzionali.

La nota teoria crisafulliana delle 'rime obbligate', da tempo fatta propria dalla giurisprudenza costituzionale, parrebbe potersi applicare anche ai giudici

comuni, ovviamente non con riguardo alla parte demolitoria delle decisioni manipolative, bensì a quella ricostruttiva.

L'applicazione della Costituzione può pertanto essere effettuata anche direttamente dal giudice, pur se in termini ed efficacia diversi rispetto a quelli riconosciuti al legislatore.

Può utilmente richiamarsi in proposito la nota decisione con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la incostituzionalità dell'art. 630, c.p.p., nella parte in cui non prevedeva un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò fosse necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo (sent. 113/2011).

Nella motivazione della decisione, ed ai fine della applicazione della medesima, la Corte si rivolge sia al legislatore che al giudice, seppure in termini diversi: «spetterà […] ai giudici comuni trarre dalla decisione i necessari corollari sul piano applicativo, avvalendosi degli strumenti ermeneutici a loro disposizione» e «al legislatore provvedere eventualmente a disciplinare nel modo più sollecito e opportuno, gli aspetti che apparissero bisognevoli di apposita regolamentazione».

Il compito del legislatore viene quindi espresso in termini di 'eventualità', mentre quello del giudice di 'doverosità', sottolineando la delicatezza e la particolarità dell'operazione interpretativa («il giudice dovrà procedere a un vaglio di compatibilità delle singole disposizioni relative al giudizio di revisione. Dovranno ritenersi, infatti, inapplicabili le disposizioni che appaiano inconciliabili, sul piano logico-giuridico con l'obiettivo perseguito […] prime fra tutte […] quelle che riflettono la tradizionale preordinazione del giudizio di revisione al solo proscioglimento del condannato»).

Quale esempio di un 'diritto legale' e di un 'diritto costituzionale', dell'ipotesi cioè di un diritto che trova fondamento nella Costituzione e di un diritto la cui realizzazione dipende invece dalle scelte del legislatore, può essere ricordata la distinzione che emerge dalla recente giurisprudenza della nostra Corte costituzionale e della Corte europea dei diritti dell'uomo tra il diritto ad una vita familiare o di coppia ed il diritto al matrimonio.

La Corte europea ha sostenuto che l'art. 12 Cedu non esclude, né impone agli stati di introdurre una legislazione nazionale che riconosca il matrimonio omosessuale, lasciando questi liberi di decidere in base alla situazione sociale e culturale del paese, mentre ha affermato che le relazioni omosessuali rilevano non solo come 'vita privata', ma pure come 'vita familiare', allo stesso titolo della coppia eterosessuale e che pertanto le differenze di trattamento, basate sull'orientamento sessuale possono essere giustificate solo sulla base di ragioni particolarmente '*imperieuses*' (Corte

europea dei diritti dell'uomo 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria).

La Corte costituzionale, mentre ha negato che il diritto al matrimonio per le coppie omosessuali abbia un fondamento costituzionale, ha ricondotto tra le formazioni sociali di cui all'art. 2, Cost. l'unione omosessuale, «intesa come stabile convivenza tra due persone dello stesso sesso» riconoscendo alla stessa «il *diritto fondamentale di vivere liberamente una condizione di coppia*, ottenendone – nei tempi, nei modi e nei limiti stabiliti dalla legge – il riconoscimento giuridico con i connessi diritti e doveri».

In conseguenza di ciò la Corte ha quindi sostenuto che «può accadere che […], in relazione ad ipotesi particolari, sia riscontrabile la necessità di un trattamento omogeneo tra la condizione della coppia coniugata e quella della coppia omosessuale, trattamento che questa Corte può garantire con il controllo di ragionevolezza» (sent. 138/2010).

Possiamo quindi ritenere che il Giudice costituzionale ha adottato una decisione di 'inammissibilità di principio', attraverso la quale ha affermato la necessità di un intervento del legislatore a fissare una disciplina generale ed organica, indicando i principi ai quali lo stesso dovrà attenersi ed ai quali però potrà riferirsi da subito il giudice e la medesima Corte costituzionale fintanto che ciò non si sarà verificato.

Appare quindi evidente il diverso spazio che nelle due ipotesi (diritto al matrimonio e diritto alla vita familiare e di coppia) viene riservato all'attività interpretativa del giudice al quale, solamente nel secondo caso – similmente a quanto accaduto con riguardo al rapporto tra coppie sposate e coppie conviventi '*more uxorio*' – viene richiesto di valutare quando un trattamento differenziato tra coppie omosessuali e coppie sposate integri una discriminazione vietata dalla Costituzione oppure sia giustificato dalla realizzazione di principi costituzionali.

5. La differente legittimazione del legislatore e del giudice nella creazione del diritto. La natura giurisdizionale della Corte ed il rispetto delle regole del processo costituzionale: il caso della sent. n. 1 del 2014

Per quanto concerne infine la differente legittimazione del giudice e del legislatore alla produzione del diritto, quella del secondo si ricollega al rapporto di rappresentanza diretta del corpo elettorale, al quale esso risponderà delle proprie scelte e pertanto le modalità dell'intervento sono tali che spetterà solo ad esso stabilire se farlo, quando farlo e con quale specifico contenuto. Al legislatore è consentito anche, attraverso l'esercizio del proprio potere normativo, di contrastare eventuali interpretazioni, ritenute non corrette, date

alle proprie leggi, attraverso l'approvazione di leggi di interpretazione autentica, le quali possono prevedere anche la loro applicazione per i procedimenti in corso (leggi in varie occasioni ritenute dalla Corte costituzionale non in contrasto con la Costituzione) ed a lui rimane altresì l'ultima parola anche nei riguardi di dichiarazioni di incostituzionalità delle proprie leggi, avendo il potere di revisione costituzionale, seppure è auspicabile che tale potere venga usato solo rarissimamente e per situazioni assolutamente eccezionali.

Diversa è invece da ritenere la fonte di legittimazione dell'attività normativa, nel senso detto, del giudice, il quale incontra innanzi tutto una serie di vincoli e di limiti, a partire ovviamente dalla lettera della legge e dalle regole dell'interpretazione comunemente accettate.

Elemento di primaria importanza, in contrapposizione con quanto accade per l'attività politica, è poi costituito da quella che da alcuni è stata chiamata la «processualità» dell'agire del giudice (Cappelletti) e da altri, più recentemente, l'«armatura ferrea» con cui lo stesso deve procedere (Di Giovine), tale da porre un intervallo visibile tra la scelta politica generale e la decisione del caso concreto. Intendo riferirmi al principio della domanda, per cui il giudice deve agire solo dietro richiesta degli interessati (*ne procedat iudex ex officio*), al rispetto delle garanzie di imparzialità, alla tutela del contraddittorio, all'obbligo comunque di decidere, nonché a quello, fondamentale, di motivazione delle proprie decisioni.

In tutto questo può ritenersi che si sostanzia oggi il significato del principio di legalità costituzionale e di soggezione del giudice solo alla legge (*rectius* al diritto).

La produzione del diritto ad opera del legislatore e del giudice avviene poi certamente con forme e modalità diverse ed entrambi i soggetti operano nell'ordinamento secondo differenti forme di responsabilità. Come scrive Alessandro Pizzorusso, l'atto legislativo è rivolto direttamente a produrre diritto e ad impone una regola per il futuro, mentre l'atto giurisdizionale è rivolto a risolvere una controversia sulla base di norme previgenti, con l'effetto solo indiretto di produzione normativa e, mentre il primo è fondato sulla volontà politica, il secondo trova il suo fondamento nella forza della ragione ed è qualificabile come fonte culturale.

La natura giurisdizionale dell'attività della Corte costituzionale rappresenta, come da più parti sostenuto, la maggiore garanzia di indipendenza ed al tempo stesso la sua legittimazione nel sistema, che potrebbe porsi in dubbio qualora la sua azione dovesse essere ispirata da finalità di natura politica.

Da qui la necessità del rispetto da parte della stessa del diritto processuale costituzionale, riguardo al quale essa non può e non deve ritenersi libera di prestare osservanza a suo piacimento.

In tal senso ha fatto discutere la recente decisione con cui la Corte, dopo alcuni moniti inascoltati dal legislatore, ha dichiarato la incostituzionalità della legge elettorale del 2005, dopo aver dichiarato ammissibile la stessa in maniera, a giudizio di alcuni, un po' troppo disinvolta riguardo ai principi processuali.

L'ammissibilità della questione sollevata è stata giustificata dalla Corte attraverso due differenti argomentazioni, seguendo in ciò le due linee argomentative sostenute dalla Cassazione nell'ordinanza di rinvio.

La prima, più aderente alla normativa processuale ed alla precedente giurisprudenza, attraverso la quale la Corte tende a dimostrare come esistesse un *petitum* che non si esauriva nella questione di costituzionalità, non risultando l'accertamento domandato al giudice comune totalmente assorbito dal richiesto intervento della Corte, con ciò ribadendo pertanto la necessità di una tale diversificazione ai fini della ammissibilità della questione. In particolare la Corte rileva come sul punto vi sia un'ampia motivazione da parte del giudice *a quo*, la quale deve ritenersi non implausibile e quindi non sindacabile.

La seconda, introdotta dall'espressione 'per di più' – la quale parrebbe quindi denotare il suo carattere solo rafforzativo e comunque non necessario ai fini della ammissibilità – attraverso la quale la Corte fonda invece le ragioni della ammissibilità sulla peculiarità ed il rilievo costituzionale del diritto costituzionale oggetto dell'accertamento. Il Giudice costituzionale afferma altresì che leggi quale quella elettorale, che definisce le regole essenziali per il funzionamento di un sistema democratico, non possono essere immuni dal sindacato della Corte, pena il determinarsi di una zona franca e quindi di un *vulnus* intollerabile per l'ordinamento costituzionale complessivamente considerato.

Non vi sono dubbi che la seconda parte rappresenti l'aspetto più innovativo rispetto alla precedente giurisprudenza costituzionale, in quanto ispirata al più generale principio di legittimità costituzionale.

Diverse sono state le letture della stessa ed in generale è stata sottolineato come la Corte abbia con essa aperto un 'portone' per l'accesso al Giudice costituzionale, liquidando di un colpo cinquanta anni di elaborazione della nozione di rilevanza e/o di pregiudizialità oppure abbia modificato il modello di giustizia costituzionale, introducendo, in via giurisprudenziale, una ipotesi di ricorso diretto. Ciò nel senso che chiunque ritenga che una legge abbia recato una limitazione illegittima ad un proprio diritto fondamentale possa esercitare un'azione di accertamento dell'avvenuta limitazione e richiedere l'intervento della Corte al fine di dichiarare la incostituzionalità della legge.

Proprio sulla base di quanto sopra detto credo sia invece possibile non

seguire una simile interpretazione 'larga' a favore invece di una 'stretta' o, come dirò, 'ai limitati fini'.

In un ordinamento che ritiene una legge incostituzionale valida e vincolante fintanto che la stessa non sia dichiarata tale dall'organo appositamente istituito allo scopo, particolarmente grave e pericolosa risulta l'esistenza di zone franche dal controllo di costituzionalità. Per questo è del tutto condivisibile lo sforzo del Giudice costituzionale, nel rispetto dei poteri ad esso attribuiti, di ridurre al massimo quelle aree, anche attraverso l'interpretazione giurisprudenziale delle condizioni di accesso e dei requisiti richiesti per l'instaurazione del processo costituzionale.

In questo senso molti sono gli esempi che potremmo trarre dalla ormai quasi sessantennale giurisprudenza costituzionale, si pensi ad esempio alle nozioni di 'giudice' 'ai limitati fini' del giudizio incidentale oppure di rilevanza, 'addolcita' allo scopo di poter sindacare le norme penali di favore e di poter consentire di sollevare questioni nell'ambito del giudizio cautelare.

Un'interpretazione tendente ad ampliare l'accesso al giudizio costituzionale in ragione del principio di costituzionalità non rappresenta una novità per la giurisprudenza costituzionale e deriva, di volta in volta, da esigenze concrete che vengono a manifestarsi e rispetto alle quali la Corte tenta di trovare una soluzione.

Nel caso di specie più volte la Corte aveva inviato al legislatore avvisi rimasti inascoltati. L'importanza e la delicatezza della materia, se da un lato richiedevano che ad intervenire fosse appunto il legislatore, dall'altro non consentivano, ad avviso della Corte, il perdurare nell'ordinamento della vigenza di una legge elettorale incostituzionale.

Gli elementi che caratterizzano la via incidentale rispetto al ricorso diretto sono rappresentati dalla rilevanza, la quale richiede trattarsi di una questione concreta e non astratta, di una legge da applicarsi ad un caso specifico e dall'altro dalla necessaria delibazione della questione da parte di un giudice, mentre la necessaria pregiudizialità nel senso di escludere la denuncia di incostituzionalità come unico motivo di ricorso al giudice è frutto della legge ordinaria e soprattutto della giurisprudenza costituzionale.

Mi sentirei pertanto di escludere che la sentenza in esame abbia realizzato un nuovo modo di accesso alla Corte costituzionale, rimodellando il profilo dell'ammissibilità e scardinando le consuete strettoie della via incidentale (Borrello).

Allo stesso modo credo si possa sostenere che la sent. n. 1/2014 ha in certa misura ammesso un ricorso sostanzialmente diretto, a condizione che l'espressione sia impiegata ad indicare la possibilità di *lites fictae*, mentre deve risultare chiaro che in ogni caso il carattere principale del ricorso

diretto – che certamente nel nostro caso non ricorre – è quello di poter 'saltare' la intermediazione del giudice, ponendo spesso ad oggetto del ricorso proprio i provvedimenti giurisdizionali.

A mio avviso pertanto la sentenza in esame viene ad inserirsi in quella giurisprudenza, in parte prima ricordata, che ha determinato un ampliamento delle modalità di accesso 'ai limitati fini', quindi come eccezione alla regola.

Questo mi pare risultare abbastanza chiaramente da quanto affermato dalla Corte, la quale tende a sottolineare le particolarità, rispetto agli altri diritti fondamentali, del diritto di voto e della legge elettorale e soprattutto che trattasi di legge «che più difficilmente verrebbe per altra via sottoposta alla Corte».

Appare comunque evidente che essa segnerà un precedente al quale la Corte in futuro non potrà non attenersi con riferimento alla verifica di costituzionalità della legge elettorale per supposta violazione del diritto inviolabile di voto.

Abstract

Lo scritto analizza il problema della identificazione e della tutela dei diritti fondamentali, interrogandosi circa l'apporto dato ed i rapporti che vengono ad instaurarsi tra il legislatore ed il giudice. In particolare vengono sottolineati l'espandersi e la valorizzazione del diritto giurisprudenziale ed esaminato il tema della natura creativa dell'attività giurisprudenziale, dei suoi limiti e della sua legittimazione nello stato democratico costituzionale.

Renato Rordorf

Lo studio del precedente giudiziario e la funzione delle riviste giuridiche

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il valore del precedente – 3. La persuasività del precedente e l'apporto della dottrina – 4. Conclusione

1. Premessa

Per molti e molti decenni le riviste giuridiche, oltre a veicolare il pensiero della dottrina, hanno svolto l'importantissima funzione di informare gli operatori giuridici sugli orientamenti della giurisprudenza; anche e soprattutto quella di legittimità. Era infatti attraverso le riviste che si rendeva possibile al lettore di andare al di là delle massime estratte dalle sentenze della Cassazione, rendendo più facilmente accessibile al pubblico ed agli stessi giudici la motivazione delle pronunce di legittimità.

Questa funzione informativa è in parte venuta meno, o comunque ha perso molto della sua importanza. L'avvento di internet e la diffusione informatica dei testi integrali delle pronunce della Cassazione è divenuta infatti usuale, e tanto la ricerca delle massime quanto la lettura delle motivazioni delle sentenze si è fatta per tutti assai più agevole. Se un problema informativo oggi si pone, esso non consiste più nel risalire dalla massima al testo integrale della sentenza integrale, ma semmai nel conoscere il contenuto della grande maggioranza delle sentenze di Cassazione che non vengono neppure massimate.

Sotto questo profilo può convenirsi che l'eventuale scelta di pubblicare su una rivista sentenze di Cassazione non massimate conserva una specifica utilità conoscitiva per il lettore; ed ancor più la conserva, ovviamente, la pubblicazione delle sentenze di merito, rispetto alle quali, soprattutto nella versione on line, molte riviste giuridiche continuano a fungere da vetrina. Con gli inevitabili limiti di opinabilità insiti in ogni scelta che necessariamente esclude il molto per selezionare il poco.

Ma, se nel complesso può dirsi che il valore meramente informativo delle

pubblicazioni di sentenze sulle riviste si è comunque sensibilmente ridotto, rispetto a qualche decina di anni fa, credo si sia invece correlativamente accresciuto il valore critico.

La rivista giuridica è sempre stata il luogo privilegiato del confronto di opinioni: l'*agorà* in cui giurisprudenza e dottrina s'incontrano e dialogano strettamente tra loro, anche e soprattutto attraverso lo strumento prezioso dell'annotazione critica delle sentenze.

L'annotazione della sentenza, così come la pubblicazione di un saggio critico che da una vicenda giudiziaria o dall'esame di un determinato orientamento giurisprudenziale tragga origine, rappresenta un plusvalore oggi più che mai necessario per l'interprete, e segnatamente per il giudice. Lo è sempre stato, naturalmente, ma nel tempo in cui viviamo mi pare lo sia divenuto in misura ancora maggiore che in passato.

La ragione è presto detta.

2. Il valore del precedente

Nei paesi di *civil law*, quale il nostro, si suole da gran tempo ripetere che (almeno in via di principio) la giurisprudenza – eccezion fatta per quella di origine comunitaria e per quella costituzionale – non è fonte di diritto: il rispetto del principio costituzionale di divisione dei poteri sembra necessariamente relegarla ad una funzione dichiarativa – non creativa – del diritto. Spesso perciò si sente ripetere che, nell'ordinamento italiano, il precedente giurisprudenziale ha valenza argomentativo-persuasiva, ma non è giuridicamente vincolante.

Questi enunciati peccano di un certo grado di astrazione e sono, nella realtà, sempre più soggetti a forti torsioni.

È impossibile non riconoscere anche nel nostro sistema una sempre più marcata funzione creativa della giurisprudenza, quanto meno – ma non solo – in tutti i campi nei quali il legislatore opera attraverso clausole generali (o norme elastiche), per ciò stesso suggerendo che sia l'interprete a specificare di volta in volta il contenuto del precetto legale che deve essere attinto dal patrimonio dei valori sociali condivisi. Chi più chi meno, tutti i teorici del diritto sono ormai propensi ad ammettere che l'ordinamento si forma e vive non soltanto attraverso la posizione di precetti legali stabiliti in via generale ed astratta dal legislatore, perché – per adoperare un'espressione del Betti risalente alla prima metà del secolo scorso – esso «non è qualcosa di bello e fatto, ma è qualcosa che si fa per opera assidua di interpretazione».

Donde il fenomeno del cosiddetto 'diritto vivente', di cui anche la giurisprudenza costituzionale ha da tempo riconosciuto la valenza ed il cui diffondersi è inarrestabile in un'epoca nella quale il sovrapporsi di fonti normative nazionali e sovranazionali, di vario ordine e grado, rende viepiù aleatoria la coerenza sistematica del diritto positivo e, perciò stesso, ampia a dismisura gli spazi di discrezionalità interpretativa ed esalta il ruolo del giudice-interprete.

Su questo fenomeno, com'è ovvio, si possono nutrire opinioni diverse. Ed a chi (Grossi) parla con malcelato entusiasmo di un'epoca di post-modernità giuridica, nella quale sta finalmente tramontando il mito del legislatore onnipotente e sta riemergendo la ineliminabile fattualità del diritto, che non è il risultato della giustapposizione di regole calate dall'alto bensì la concreta e pluralistica formazione dell'ordinamento (anzi, come già sottolineava Santi Romano, degli ordinamenti), si contrappone la severa critica di chi (Castronovo) non esita a scorgere in questa tendenza una vera e propria «*eclissi del diritto*», una deriva destinata a generare decisioni erratiche e prive di ogni prevedibilità. Ed altri ha parlato di crisi della fattispecie e di diritto incalcolabile (Irti) descrivendo scenari nei quali il giudice fabbrica di volta in volta da sé la *Grundnorm* cui ispirare la propria decisione.

Come che sia, sta di fatto che l'attuale dimensione integrativo-creatrice della giurisprudenza rende più che mai necessaria una (almeno tendenziale) coerenza degli interventi giurisprudenziali, rischiando altrimenti la stessa giurisprudenza di divenire (e di essere avvertita dai cittadini come) un fattore d'irrazionalità e di disordine nel tessuto sociale. Donde la rinnovata importanza delle cosiddetta nomofilachia, che mi pare oggi da intendere non più in termini di rigorosa custodia di principi giuridici consolidati, ma soprattutto come capacità di governare, in modo per quanto possibile armonico e sistematico, l'evoluzione dell'ordinamento quale portato indefettibile di mutamenti storico-sociali sempre più rapidi e tumultuosi.

Resta naturalmente esatto che, a differenza del giudicato, il precedente giurisprudenziale non costituisce una vera e propria *regula iuris*, cui si possa riconoscere la capacità d'imporsi con forza di legge in un successivo giudizio vertente su questioni analoghe. Ma, specialmente per il giudice di legittimità, l'esigenza di tener conto dei propri stessi precedenti si radica nella sua istituzionale funzione e nella conseguente necessità di garantire (almeno tendenzialmente) i valori di coerenza ed uguaglianza dell'ordinamento.

Proprio per questo, d'altronde, il legislatore ha inteso anche in tempi recenti rafforzare il valore del precedente: per esempio, sancendo l'inammissibilità del ricorso per cassazione quando il provvedimento impugnato abbia deciso questioni di diritto conformandosi all'orientamento consoli-

dato della Suprema corte ed i motivi di ricorso non offrano elementi per rimeditare tale orientamento (art. 360-*bis*, n. 1, c.p.c.); oppure ponendo l'obbligo per le sezioni semplici della Corte di Cassazione di rimettere il ricorso alle sezioni unite quando ritengano di non condividere un principio di diritto già da queste ultime enunciato (art. 374, 3° comma, c.p.c.); o ancora stabilendo che la Corte enunci il principio di diritto posto a base della propria decisione non solo quando cassa con rinvio la sentenza impugnata, ma in tutti i casi in cui provvede su un ricorso in cui la parte abbia denunciato un errore di diritto del giudice di merito ed in ogni altro caso in cui risolva una questione di particolare importanza (art. 384, 1° comma, c.p.c.).

3. La persuasività del precedente e l'apporto della dottrina

In questo quadro, l'affermazione del valore non vincolante, bensì meramente persuasivo, del precedente nel nostro ordinamento si rivela quindi per lo meno ambigua, e comunque richiede molte precisazioni.

Resta però che, per poter davvero assumere o conservare una significativa influenza sulla giurisprudenza avvenire, il precedente deve avere almeno un certo grado di persuasività: altrimenti, se fosse poco o mal motivato, oppure fondato su ragioni opinabili o ormai superate dal tempo, avrebbe forti probabilità di essere smentito nell'immediato futuro.

Si può perciò dire che il vincolo di sistematicità che deriva dal precedente è, in certo qual senso, di intensità variabile.

Del resto, è anche l'enorme massa di pronunce giudiziali sfornate ogni anno dai giudici italiani a tutti i livelli (compresa la Cassazione) che rende necessario distinguere precedente da precedente. È quindi inevitabile circoscrivere il valore sistematico dei precedenti a quelli che, o per la più spiccata funzione nomofilattica dell'organo da cui provengono (per esempio le sezioni unite, chiamate a pronunciarsi su una questione di massima di particolare importanza) o per il loro marcato respiro argomentativo (i cc.dd. *grand arrêts*) o per la loro ripetizione costante nel tempo (la giurisprudenza consolidata) paiono davvero in grado di orientare le decisioni di ogni successivo interprete, e quindi lo onerano di un supplementare sforzo argomentativo se eventualmente egli voglia discostarsene.

È proprio qui che emerge la fondamentale importanza dell'apporto dottrinale, che si sviluppa nelle riviste giuridiche. Importanza che mi pare si lasci apprezzare sotto un triplice punto di vista.

Un primo fondamentale contributo di chi si fa carico di commentare

una sentenza risiede, con tutta evidenza, nel discernere e nel segnalare adeguatamente, nell'enorme pletora di decisioni giurisprudenziali non di rado condizionate dalla specificità delle singole vicende, le pronunce davvero dotate di una significativa valenza nomofilattica.

È importante che ciò si faccia non secondo un criterio di soggettiva preferenza ma avendo riguardo soprattutto alla portata sistematica dei principi giuridici affermati. Ed è ugualmente importante che si sappia ben distinguere tra *ratio* (o *rationes*) *decidendi* ed *obiter dicta*: non perché anche un *obiter dictum* non possa eventualmente esser dotato di particolare forza persuasiva, ma appunto perché la sua ininfluenza sulla decisione finale non permette d'inserirlo in quel circuito di coerenza sistematica alla cui formazione le decisioni giurisprudenziali concorrono (o dovrebbero poter concorrere).

In secondo luogo – e direi ovviamente – ci si attende che la dottrina sappia porre in luce gli elementi logici portanti della decisione giurisprudenziale commentata, o le sue eventuali lacune e contraddizioni, in modo da fornire al lettore ed al futuro interprete gli strumenti critici necessari a convalidare, o viceversa a tentare di ribaltare, l'orientamento manifestatosi nella pronuncia. Ed è superfluo sottolineare quanto questo sia importante nel già descritto quadro normativo che, come già notato, privilegia lo *stare decisis* fin quando non se ne dimostri l'insostenibilità.

Da ultimo – ma non per importanza – occorre che il commentatore faccia quel che al giudice non è di regola concesso: cioè che allarghi l'obiettivo oltre i confini del caso deciso e del principio di diritto che a quel caso strettamente inerisce per cercare di coglierne le eventuali ricadute sistematiche di più ampio raggio.

Ed è qui, forse, che soprattutto si realizza la più feconda sinergia tra dottrina e giurisprudenza: la prima, che dalla singola concreta vicenda può sentirsi opportunamente stimolata a mettere alla prova le proprie teorie generali; la seconda, che dalla lettura dei commenti dottrinari deve essere aiutata a meglio avvertire l'esigenza di coerenza sistematica nei propri arresti ed a meglio valutare gli effetti di più ampio respiro che questi sono talvolta in grado di provocare.

È attraverso il dialogo con la dottrina, del resto, che da sempre la giurisprudenza si è evoluta ed ha svolto, sia pure nel quadro delle leggi scritte che ci governano, la propria essenziale funzione di adeguamento del diritto al mutare delle esigenze sociali.

Anche per questo, d'altronde, si richiede la motivazione dei provvedimenti: che non è solo strumento destinato a convincere della bontà della decisione l'eventuale giudice di grado superiore (altrimenti non occorrerebbe neppure motivare le sentenze di Cassazione, che ordinariamente non

sono impugnabili), ma anche, appunto, un modo per inserire la giurisprudenza nel circuito del dibattito giuridico generale, rendendo fruibile da chiunque il percorso argomentativo che ha ispirato le singole decisioni e quindi consentendone la critica feconda.

4. Conclusione

Si sente sempre più parlare di crisi delle riviste giuridiche, soprattutto di quelle d'impianto più tradizionale e che conservano la pretesa di spaziare su tutto lo scibile giuridico.

Certamente la crisi investe le riviste cartacee, per ragioni sulle quali non ho competenza per discutere ma che mi paiono evidentemente legate al più generale fenomeno del prevalere degli strumenti informatici su quelli aventi ancora supporti tradizionali. Ed anche la minor propensione alle riviste 'generaliste' si iscrive agevolmente in una tendenza più generale della società: quella che si indirizza verso forme sempre più accentuate di specializzazione, da cui solo l'organizzazione giudiziaria sembra ancora riluttare.

Ma non è questo l'essenziale.

Quale che ne sia il suo supporto fisico ed anche se dovesse in futuro sempre più connotarsi in termini specialistici, la rivista giuridica credo sia destinata a conservare soprattutto la preziosa funzione cui sopra ho fatto cenno: la funzione di cerniera tra giurisprudenza e dottrina, tra elaborazione teorica ed applicazione pratica senza la quale il diritto si ridurrebbe ad una gabbia polverosa di regole inutili o addirittura nocive.

Poche persone hanno dato alla realizzazione di questa funzione un contributo paragonabile a quello di Maurizio Converso, che vi ha dedicato gran parte della sua operosissima vita lavorativa (e sono certo che ancora in futuro ve ne dedicherà). Perciò è a lui che questo scritto è dedicato.

Abstract

L'evoluzione dell'ordinamento giuridico e dell'esperienza pratico-applicativa impone di riconsiderare il ruolo della giurisprudenza e il valore del precedente. La funzione della decisione è valorizzata dai casi di feconda sinergia tra dottrina e giurisprudenza: la prima, che dalla singola concreta vicenda può sentirsi opportunamente stimolata a mettere alla prova le proprie teorie generali; la seconda, che dalla lettura dei commenti dottrinari deve essere aiutata a meglio avvertire l'esigenza di coerenza sistematica nei propri arresti ed a meglio valutare gli effetti di più ampio respiro che questi sono talvolta in grado di provocare.

Giuliano Scarselli

Note sulla c.d. 'degiurisdizionalizzazione' (una proposta di modifica dell'art. 102, 2° comma, Cost. per deflazionare il contenzioso civile)

«Nel sistema delineato nella costituzione della Repubblica, la giustizia viene esercitata dal giudice ordinario, dalla sezione specializzata e dal giudice speciale, perché, fermo restando il comune denominatore dell'indipendenza, la quale ci appare davvero l'essenziale della funzione giurisdizionale, criteri eminentemente ed esclusivamente tecnici presiedono alla scelta»

V. Andrioli, *Le giurisdizioni speciali nella costituzione della Repubblica,* in *Studi sulla giustizia costituzionale*, Giuffrè, Milano 1992, p. 502.

Sommario: 1. La c.d. degiurisdizionalizzazione introdotta con il d.l. 19 settembre 2014, n. 132 – 2. Il divieto di 'degiurisdizionalizzare' di cui al 2° comma dell'art. 102, Cost. – 3. Brevi cenni sul dibattito in assemblea costituente circa il 2° comma dell'art. 102, Cost. – 4. Brevi cenni sui nostri precedenti storici e sulla disciplina di altri paesi europei in tema di 'degiurisdizionaizzazione' e di giudici speciali – 5. La proposta di modificare il divieto di 'degiurisdizionalizzazione' di cui al 2° comma 102, Cost. al fine di deflazionare il contenzioso civile

1. La c.d. degiurisdizionalizzazione introdotta con il d.l. 19 settembre 2014, n. 132

L'attuale Governo ha realizzato, come è noto, una prima riforma del processo civile con il d.l. 19 settembre 2014, n. 132, che ha titolato *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*.

L'idea che sta alla base di quella riforma, e che ha dato vita a questo neologismo «degiurisdizionalizzazione», è quella che il sistema, per recuperare efficienza e consentire tanto la definizione dell'arretrato quanto la

celebrazione dei processi civili entro tempi che possano definirsi 'ragionevoli', deve poter far conto su metodi alternativi di risoluzione delle liti, tra i quali vi è anche quello di evitare che tutte le controversie debbano necessariamente essere decise da giudici ordinari, ben potendo contribuire alla definizione del contenzioso altri operatori del diritto.

Degiurisdizionalizzare significa infatti proprio questo: togliere 'qualcosa' alla giurisdizione, ovvero ai giudici ordinari, ed affidarlo ad altri soggetti, che giudizi ordinari non sono, ma che egualmente possono essere in grado di decidere una lite, o comunque risolverla.

Sotto altro profilo il fenomeno può esser visto nel senso che per definire l'enorme contenzioso esistente e soddisfare le richieste di giustizia che provengano dai cittadini, il sistema deve poter far conto di soluzioni diverse dall'ordinario, non essendo pensabile che tutto il contenzioso sia affidato e deciso dalla magistratura riconducibile all'ordinamento giudiziario.

Potrebbe essere auspicabile, allora, provvedere, con regole e condizioni precise, a degiurisdizionalizzare il sistema, ovvero ad affidare la risoluzione delle liti anche a operatori giuridici non riconducibili alla magistratura ordinaria.

Questa, nella sostanza, l'idea che sta alla base del d.l. 132/32014, ovvero, se si vuole, della degiurisdizionalizzazione.

E io credo che l'idea sia interessante, perché se da una parte è vero che ai cittadini deve essere assicurato la tutela dei loro diritti attraverso il giusto processo che rispetti in primo luogo il diritto costituzionale di azione e difesa, dall'altra è anche vero che non è pensabile, con i numeri attuali, che a tutta la domanda di giustizia debbano necessariamente provvedere i giudici ordinari, né degiurisdizionalizzare deve significare necessariamente compromettere il giusto processo, poiché è possibile invece immaginare riforme che, pur 'degiurisdizionalizzando' il processo civile, rispettino tuttavia gli artt. 3, 24 e 111, Cost.

2. Il divieto di 'degiurisdizionalizzare' di cui al 2° comma dell'art. 102, Cost.

Il problema, però, (o se si vuole, l'ostacolo che impedisce una vera e propria degiurisdizionalizzazione) sta nell'art. 102, 2° comma, Cost., il quale recita che 'la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari' e 'non possono essere istituiti giudici speciali'.

In base a questa disposizione è impensabile (*rectius*: è incostituzionale) che alla definizione delle liti possano provvedere autorità o soggetti diversi dai giudici ordinari.

Non a caso, il d.l. 132/2014, seppur rubricato *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione*, in realtà non ha degiurisdizionalizzato niente.

I nuovi istituti che tale riforma ha introdotto, dal trasferimento in sede arbitrale dei procedimenti pendenti, alla negoziazione assistita, alla semplificazione dei procedimenti di separazione e divorzio, si basano tutti su un dato comune, che è quello del consenso delle parti.

Ci vuole infatti il consenso delle parti per trasferire una lite dal giudice all'arbitro, così come ci vuole il consenso delle parti per negoziare, ed anche per semplificare i procedimenti di separazione e divorzio, atteso che il d.l. 312/2014, e non a caso, prende in considerazione le sole separazioni e i soli divorzi consensuali.

In verità, poi, parlare di degiurisdizionalizzazione dinanzi ad ipotesi fondate sul consenso delle parti non è nemmeno corretto, poiché se vi è consenso delle parti, lì in realtà siano dinanzi ad una soluzione stragiudiziale e/o consensuale della controversia, non ad una degiurisdizionalizzazione.

Se, infatti, degiurisdizionalizzare significa togliere qualcosa alla giurisdizione rappresentata dai giudici ordinari per affidarla ad altri soggetti, va da sé che questa operazione di sottrazione deve poter essere effettuata dal legislatore a prescindere dal consenso delle parti; altrimenti cadiamo in forme atipiche di arbitrato, che sono sempre esistite, e che poco o niente hanno a che vedere con la degiurisdizionalizzazione.

Le regole della materia, dunque, stante la nostra costituzione, sembrano queste: degiurisdizionalizzare, nel senso proprio di questa espressione, è impossibile; in tanto si può degiurisdizionalizzare, in quanto su ciò vi sia il consenso delle parti; se detto consenso non vi è, la degiurisdizionalizzazione è sempre in contrasto con l'art. 102, Cost.

Nessuna critica, allora, sotto questo profilo, può esser fatta al d.l. 132/2014.

Esso non poteva fare di più a costituzione invariata, poiché appunto l'art. 102, Cost. impedisce la degiurisdizionalizzazione che non si fondi sul consenso delle parti.

V'è da chiedersi, però, se il divieto dell'istituzione di nuovi giudici speciali, che di fatto è il divieto di degiurisdizionalizzare, è ancor oggi un valore insopprimibile, oppure se il processo riformatore in atto potrebbe trovare nuova forza immaginando un superamento (e/o un riadattamento) del limite di cui all'art. 102, 2° comma, Cost.

3. Brevi cenni sul dibattito in assemblea costituente circa il 2° comma dell'art. 102, Cost.

Per rispondere a questa domanda siano consentiti brevi cenni dei momenti che portarono i nostri costituenti a disegnare i rapporti tra giudici ordinari e non ordinari, ricordando subito come senz'altro quel dibattito fu fortemente condizionato dall'appena venuto meno regime fascista, che aveva trasformato quella che oggi viene etichettata come 'degiurisdizionalizzazione' in strumento di deroga al principio della separazione dei poteri e veicolo per l'attribuzione al governo di poteri giurisdizionali.

In particolare, proprio per impedire che deroghe alla giurisdizione dei giudici ordinari potessero dar vita a violazioni del principio di separazione dei poteri con l'affidamento all'esecutivo di poteri giurisdizionali, Piero Calamandrei e Giovanni Leone, presso la Commissione dei settantacinque, proposero l'abolizione totale dei giudici diversi dall'ordinario (v. *La costituzione della Repubblica nei lavori preparatori dell'Assemblea Costituente*, Roma, Camera dei deputati, 1976, VIII, 1890).

La proposta, però, non trovò particolare consenso in seno alla sottocommissione, e già nella seduta di prima discussione sull'argomento del 17 dicembre 1946 si espressero in senso contrario Uberti e Targetti, cui seguì la relazione dell'onorevole Bozzi, anch'egli contrario in massima parte al progetto Calamandrei, e ancora quella dell'onorevole Laconi, cui seguirono gli interventi di Cappi, Targetti, Bulloni e Porzio, che svilupparono tutti ulteriori argomenti in contrasto con l'impostazione rigida di Calamandrei.

Gli argomenti contrari alla proposta di Calamandrei e Leone si fondavano tutti su due rilievi di base: a) si deve decidere la questione guardando al futuro e senza farsi eccessivamente condizionare dalla passata esperienza fascista; b) è impensabile che a tutta la tutela dei diritti debba necessariamente provvedere il giudice ordinario, atteso che in nessun momento storico il principio dell'unità della giurisdizione ha avuto concretezza.

La discussione portò all'approvazione di un testo comune nella seduta del 20 dicembre 1946, che si trasformò prima nell'art. 95 del progetto di costituzione del 31 gennaio 1947, e poi nel nuovo art. 102, Cost.

È bene precisare che il testo in questione da una parte non accoglieva il principio dell'unità della giurisdizione, ovvero ammetteva che la giurisdizione potesse essere esercitata anche da giudici non ordinari, e da altra parte, e soprattutto, non riteneva affatto vi potesse essere una correlazione necessaria tra l'indipendenza della funzione giurisdizionale e attribuzione del suo esercizio ai soli giudici ordinari.

Ed anzi, può sostenersi che per i nostri costituenti si trattava di due aspetti

completamente diversi tra loro, e che la doverosa scelta di assicurare al nuovo sistema costituzionale l'indipendenza della magistratura non doveva affatto necessariamente comportare di dover unitamente ed esclusivamente attribuire ai giudici ordinari l'esercizio esclusivo della funzione giurisdizionale.

In Assemblea costituente Calamandrei e Mortati chiesero garanzie per l'indipendenza dei giudici non ordinari, e puntualmente dette garanzie furono assicurate dal Presidente Terracini; il tutto a dimostrare come per tutte le forze politiche di quel momento 'indipendenza della magistratura' non significasse affatto 'esercizio esclusivo di essa da parte dei giudici ordinari'.

4. Brevi cenni sui nostri precedenti storici e sulla disciplina di altri paesi europei in tema di 'degiurisdizionaizzazione' e di giudici speciali

Se poi noi diamo uno sguardo al fenomeno oggi denominato di 'degiurisdizionalizzazione' prima della costituzionalizzazione del principio di cui all'art. 102, Cost., noi vediamo come far svolgere funzioni di risoluzione delle liti a chi non è giudice può essere giustificato da due diversi obiettivi: a) può esser giustificato dalla volontà di attribuire funzioni giurisdizionali ad organi non indipendenti, o a pubbliche amministrazioni, se non direttamente ad organi di Governo, in violazione del principio di separazione dei poteri, e al preciso scopo di invadere sfere proprie della giurisdizione trasferendole al potere esecutivo; b) o può essere semplicemente giustificato dall'esigenza di sgravare il lavoro dei giudici ordinari, oppure di affidare la risoluzione di certe controversie ad organi specializzati, che godano comunque di terzietà e indipendenza.

La prima tecnica di degiurisdizionalizzazione fu propria, come detto, del fascismo, che sottrasse attività giurisdizionali alla magistratura ordinaria proprio e solo allo scopo di assegnarle al potere governativo in violazione del principio di divisione dei poteri.

Ricordo qui, solo a titolo di esempio, la legge 7 gennaio 1929 n. 4 che attribuiva al Ministro dell'Economia poteri giurisdizionali per la repressione delle leggi finanziarie; o il r.d. 18 giugno 1931 n. 733 che attribuiva al Ministro dell'Interno e ai prefetti poteri giudiziari relativi alla pubblica sicurezza; od ancora il r.d. 17 novembre 1938 n. 1728 per la difesa della razza italiana, che attribuiva ancora al Ministro dell'Interno funzioni giudiziarie; od infine il r.d. 30 marzo 1942, n. 327, con il quale veniva approvato il codice della navigazione, che attribuiva al potere esecutivo più funzioni giudiziarie con disposizioni di legge dichiarate poi incostituzionali dalla nostra Corte.

Cosa completamente diversa accadde invece nell'Italia monarchico-

liberale, ove numerose liti erano sì affidate a giudici non ordinari, ma pur sempre giudici terzi e indipendenti, non riconducibili al potere esecutivo, e il tutto senza alcuna volontà di infrangere il principio della separazione dei poteri.

In questo ambito ricordo i vecchi tribunali di commercio (cap. V, artt. 52 ss. legge sull'ordinamento giudiziario del 12 dicembre 1865, n. 2626), i comitati forestali di cui alla legge 20 giugno 1877, n. 3617, i probiviri in materia di lavoro di cui alla legge 15 giugno 1893, n. 295, la commissione in materia di canoni daziali di cui alla legge 2 febbraio 1894, n. 339, le istituzioni pubbliche di beneficienza di cui alla legge 17 luglio 1890, n. 6972, ecc.

Peraltro, il divieto tassativo di utilizzare giudici non ordinari per la risoluzione di talune controversie non mi risulta esistere negli altri paesi europei, che non hanno disposizioni costituzionali corrispondenti al nostro art. 102.

Sempre brevemente, e sempre a titolo di esempio, ricordo la Germania, che ha una costituzione la quale pone il divieto dell'istituzione di tribunali straordinari, ma non anche quello della impossibilità di utilizzare tribunali speciali o diversi dall'ordinario (art. 101, GG), e tali possono essere considerati, tra i tanti, infatti, i tribunali che decidono sui brevetti industriali (*Die Patentgerichtsbarkeit*), quelli che hanno ad oggetto il diritto della navigazione (*Die Schiffahrtsgerichtsbarkeit*), i tribunali sociali *(Die Sozialgerichtsbarkeit*), quelli tributari (*Die Finanzgerichtsbarkeit*), i giudici delle professioni (*Die Berufsgerichtsbarkeiten*), ecc.

Lo stesso vale per la Francia, che ha sempre fatto uso delle cc.dd. giurisdizioni di eccezione, tra le quali i *Tribunaux de commerce*, composti di commercianti eletti dalle categorie professionali, i C*onseils de prud'hommes*, composti di membri laici in rappresentanza paritetica delle categorie sociali, ai quali sono attribuite le controversie di lavoro, i *Tribunaux paritaires de baux ruraux*, che si occupano delle controversie agrarie, e ancora le *Commissions de sécurité sociale*, anch'esse composte di giudici estranei alla magistratura ordinaria.

E lo stesso vale anche per l'esperienza inglese, seppur in un ordinamento giudiziario completamente diverso dal nostro. Ed infatti il sistema inglese tende a non porre separazioni rigide tra le funzioni di amministrazione e quelle di giurisdizione, e quindi è impensabile che, in un sistema così congegnato, esista un divieto di attribuire la risoluzione di controversie a soggetti e/o organi non riconducibili alla magistratura ordinaria in senso stretto.

Le giurisdizioni speciali in Inghilterra, sono di tre tipi, e tra queste si ricordano le corti di giurisdizione speciale in senso stretto, ovvero le *Courts of Special Jurisdiction*, i tribunali amministrativi, *Administrative Tribunals*; e infine i tribunali interni o riservati, cc.dd. *Domestic Tribunals*, che hanno

competenza per la giustizia interna degli ordini professionali, per certe associazioni e sindacati, e per taluni casi di giurisdizione volontaria.

5. La proposta di modificare il divieto di 'degiurisdizionalizzazione' di cui al 2° comma 102, Cost. al fine di deflazionare il contenzioso civile

Dunque, la proposta che qui si va a formulare è semplice: l'art. 102, Cost., nell'intento di assicurare il principio di indipendenza della funzione giurisdizionale, ha posto un limite più ampio di quello necessario. In sede costituente v'era soprattutto da dar risposta all'uso dei Tribunali speciali del regime fascista, ma oggi tale norma, che non trova facili riscontri in altri paesi della comunità europea, non ha più una giustificazione stringente, perché per assicurare l'indipendenza e l'autonomia della funzione giurisdizionale non è necessario porre il divieto assoluto di 'degiurisdizionalizzare'.

Peraltro, se da una parte si tratta di un divieto non strettamente necessario, dall'altra si tratta di un divieto già venuto meno nella realtà quotidiana dei nostri tribunali.

Se è vero, come è vero, infatti, che oggi due terzi dei giudici ordinari sono onorari e non togati, e quindi se è vero, come è vero, che il cittadino che si rechi in tribunale ha 2/3 di probabilità che la sua lite venga decisa da un avvocato che fa il giudice onorario, va da sé che l'idea dei nostri padri costituenti si è già persa nei fatti, e non esiste già più.

Si potrebbe allora immaginare una modifica dell'art. 102, 2° comma, Cost., che faccia venir meno il divieto assoluto di degiurisdizionalizzare, consentendo l'attribuzione di funzioni giurisdizionali a soggetti non riconducibili all'ordinamento giudiziario come fenomeno di eccezione, e (ovviamente) con le garanzie del giusto processo.

Rimarrebbe, cioè, incostituzionale utilizzare giudici speciali nel senso autoritario dello Stato fascista, ovvero rimarrebbe incostituzionale, per violazione degli artt. 3, 24, 102, 104 e 111, Cost., l'attribuire funzioni giurisdizionali ad organi non indipendenti, o a pubbliche amministrazioni, se non direttamente ad organi di Governo; ma sarebbe al contrario lecito e possibile affidare una serie di liti ad organi giudicanti indipendenti, da individuare sulla falsariga delle esperienze straniere o della nostra Italia pre-fascista, come scelta semplicemente giustificata dall'esigenza di sgravare il lavoro dei giudici e/o di affidare la risoluzione di certe controversie ad organi specializzati.

Il tutto, comunque, nel più stretto rispetto dell'art. 102, 1° comma, Cost., per il quale «la funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario»; cosicché,

è bene precisarlo, anche *de iure condendo*, ed anche a seguito della proposta di modifica del 2° comma dell'art. 102, Cost. per come qui avanzata, la giurisdizione rimarrebbe, 'e deve rimanere', attribuzione della magistratura ordinaria, che solo in via subordinata e di eccezione può essere attribuita ad altri soggetti.

L'art. 102, Cost., quindi, manterrebbe la c.d. 'riserva di giurisdizione', ma ciò non più in assoluto come oggi, ma solo in modo relativo.

Rimarrebbero sotto riserva di giurisdizione le controversie da considerare di particolare rilevanza e/o importanza, che appunto andrebbero sotto la cura esclusiva della magistratura togata, mentre su tutte le altre la riserva di giurisdizione non esisterebbe più.

E, a mio parere, tre potrebbero essere le liti sotto riserva di giurisdizione (e quindi da considerare di particolare rilevanza e/o importanza): 1) quelle aventi ad oggetto diritti fondamentali della persona (ad esempio: *status*); 2) quelle aventi ad oggetto diritti tecnicamente complessi (ad esempio: procedure concorsuali); 3) e quelle aventi ad oggetto entità economiche rilevanti.

Tutte le altre liti, fuori dalla riserva di giurisdizione, potrebbero essere decise, con criteri da stabilire, e sempre nel rispetto dei principi del giusto processo di cui agli artt. 3, 24 e 111, Cost., da soggetti non riconducibili all'ordinamento giudiziario.

E i settori potrebbero essere i più vari: a) controversie commerciali o bancarie non concorsuali e di minore importanza; b) controversie di lavoro e previdenziali di minore importanza; c) responsabilità extracontrattuale ove la richiesta di risarcimento danni non sia elevata; d) alcune controversie relative a 'casa e territorio', nonché le controversie in materia di condominio, ecc. Soprattutto in questo ambito potrebbero essere ricondotti i processi di esecuzione forzata, e alcuni procedimenti sommari e/o camerali non aventi ad oggetto diritti o interessi della persona.

Le loro decisioni dovrebbero poter essere impugnate con l'appello e con il ricorso per cassazione al pari di quelle emanate dai giudici ordinari, e il processo dovrebbe svolgersi con il pieno rispetto di tutte le norme del c.p.c., stando l'unica differenza nel giudice: speciali in questi casi, ordinario negli altri.

Né si ponga infine la questione del costo per i compensi dovuti a questi nuovi giudici speciali.

Abbiamo un contributo unificato talmente alto che non sarebbe difficile organizzare un sistema di giurisdizione mista quale quello qui proposto con costi non (sostanzialmente) differenti dagli attuali.

Peraltro il vantaggio di una simile riforma sarebbe anche quello (indiretto) che a questo punto la magistratura togata, liberata da gran parte delle controversie minori e bagatellari, potrebbe tornare ad occuparsi, con

il dovuto tempo e con i necessari approfondimenti, delle sole controversie di 'particolare rilevanza e/o importanza'.

Questa riforma, non difficile a farsi, provvederebbe veramente a 'degiurisdizionalizzare' il sistema, e costituirebbe la naturale prosecuzione di quella oggi realizzata solo nominalmente con il d.l. 19 settembre 2014 n. 132.

Abstract

Muovendo dalla considerazione per cui l'art. 102, 2° comma, Cost. impedisce nel nostro ordinamento una degiurisdizionalizzazione in senso proprio, ossia una definizione della lite affidata a soggetti diversi dai giudici ordinari ma che non si fondi sul consenso delle parti, l'Autore propone di superare o riadattare tale previsione costituzionale, oggi non più giustificata dai precedenti storici che vi hanno dato vita e considerata l'assenza di un simile limite negli altri paesi europei, in vista della estrema difficoltà per i giudici ordinari di smaltire la domanda di giustizia.

Onofrio Fanelli, Roberto Pardolesi, Michele Scialoja

«Il Foro italiano» nella società dell'informazione

1. Non a torto il contesto sociale, economico, culturale del nostro tempo viene definito, in maniera forse enfatica, ma significativa, come 'società dell'informazione': l'avvento dell'informatica e della telematica, attraverso lo strumento principe, Internet, mette a disposizione per ogni campo di attività, anche se per lo più in maniera tumultuosa, disordinata, asistematica, miriadi di 'informazioni', disaggregate e di origine spesso incontrollabile, che, in quanto tali, non consentono di acquisire vera 'conoscenza'.

Nel recente passato non si disponeva di una tale mole di dati, di notizie, di informazioni; in un ambito più ristretto di disponibilità, si era portati ad una ricerca più mirata e inquadrata, ad una più pacata riflessione e, quindi, al conseguimento di maggiore e migliore consapevolezza.

2. L'area giuridica non si sottrae a tale situazione, stante il sempre più alto numero di dati o elementi di informazione che la costituiscono, in aumento vorticoso e disordinato.

Si tratta di dati normativi, giurisprudenziali, dottrinari e bibliografici: una mole crescente di materiali, che ha continuato nel tempo ad aumentare di proporzioni e complessità. La prima reazione al fenomeno è stata lineare e si è tradotta nella proliferazione delle riviste giuridiche, variamente specializzate, che dal centinaio registrato negli anni cinquanta sono passate a circa trecento al torno del millennio. Il problema principale posto dalla moltiplicazione delle fonti di cognizione dell'esperienza giuridica allargata era dato dal governo della complessità: si trattava di riorganizzare un'informazione già soggetta a sforzi, non omogenei, di classificazione tassonomica e comunque dispersa per un gran reticolo di rivoli. Troppa informazione, anche allora, con necessità di ricondurla ad una mappa in grado di orientare il ricercatore, fornendogli le indicazioni

necessarie, senza che l'eccesso di dati arrivasse, per così dire, ad annerire la mappa e a renderla, per conseguenza, inservibile.

La rete ha cambiato drammaticamente il quadro, trasformando il sogno neppure nascosto di chi faceva con impegno informazione giuridica in un incubo inatteso. I limiti che avevano da sempre condizionato la diffusione di quell'informazione, obbligando a coltivare l'arte della sinossi e a sfruttare l'armamentario degli espedienti riassuntivi, venivano a cadere: tutti – mole, numero di pagine, affollamento di documenti, ecc. – meno uno, la capacità del lettore di assorbire, senza mediazioni, l'eccesso di informazione disponibile, ormai trasformatosi in una sorta di indistinto rumore bianco, dentro il quale, si sa, è presente la voce che si vorrebbe sentire, ma coperta e confusa da un profluvio infinito di altri strepiti.

Nel digitalizzarsi, l'informazione giuridica si è globalizzata, ancor più dei sistemi sottostanti. E la complessità dell'affresco sfugge ormai alla capacità di assorbirlo.

Le ricadute di questa rivoluzione tecnologica sono tante; e non potremmo qui analizzarle nemmeno superficialmente. Solo alcune notazioni in ordine sparso. Primo: l'informazione giuridica grezza è divenuta per lo più disponibile in rete; basta davvero saperla cercare, per chi – beninteso – sappia cosa trovare. È difficile, per intendersi con un esempio, che un provvedimento giudiziario, il quale abbia suscitato una qualche attenzione a dispetto dell'oscurità/marginalità dell'ufficio che l'ha resa, non risulti reperibile in rete; la ricerca potrà rivelarsi dispendiosa, in termini di tempo e di attenzione, specie se le piste seguite si affidano alla labile volatilità della ricerca testuale; ma chi ha tenacia e pazienza il più delle volte ne verrà a capo. La rete è una miniera straordinaria, che raramente tradisce chi sappia come muoversi nei suoi intricati meandri e abbia le risorse (e le motivazioni) per farlo.

Per chi, invece, debba fare i conti con una realtà più serrata e frettolosa, la prospettiva è molto più insidiosa. La rete non è in grado di sceverare il grano dal loglio, semplicemente non distingue e tutto amalgama nell'indistinta opacità di un'apparente ufficialità che reca le stimmate dell'incontrollata autoreferenzialità. Ci si può aspettare, dunque, che il risultato di una *query* sia parziale (là dove si è portati a considerarlo rappresentativo del tutto), sfuocato (quanto basta per soprassedere su particolari decisivi, quelli che ci fanno dire che *the devil is in the details*), deviante (perché isola un'eccezione, ma tralascia la regola dominante), semplicemente minoritaria (perché c'è un *mainstream* che marcia in senso contrario). E via dicendo.

Alle corte. La rete è lussureggiante, ma fiori e frutti sono a rischio.

Altro profilo meritevole di attenzione: la rete tende ad appiattire l'informazione, premendo nel senso di renderla non solo puntinistica, ma anche impressionistica. I tempi di reazione, rispetto al profilarsi di un fenomeno controverso, si sono enormemente contratti. Ma le reazioni a caldo scontano, assai spesso, la difficoltà di elaborazione, che richiede pur sempre una qualche metabolizzazione proiettata al di là della risposta emotiva. Senonché, la rete non dimentica mai, accumula senza rimpiazzare; ed ecco, allora, che il commento a caldo si misura con interventi più riflessivi e preziosi, che rischiano, però, di annegare nella palude melmosa di un dibattito adespota.

Tutto questo, per inciso, ha portato a ribaltare, sul piano fisico, la tendenza cui si faceva riferimento poc'anzi. Le fonti di cognizione dell'esperienza giuridica continuano a moltiplicarsi, ad un ritmo esponenziale e labirintico che sfida le leggi del caos; ma non passano più attraverso lo strumento della rivista specializzata. Il loro numero si contrae. Testate storiche e prestigiose declinano, sino a trasformarsi in portali, snaturando la loro funzione originaria. Molte si perdono semplicemente per strada.

Sotto questo profilo, è inevitabile prendere atto di una sconcertante verità: la base informativa si allarga, mentre tendono a diminuire, o comunque non crescono con paragonabile consistenza, gli intermediari, cioè coloro che contribuiscono a rendere disponibile, se non il bandolo della matassa, le tecniche più accorsate per individuarlo e approdare a risultati affidanti.

3. Sempre più difficile e gravoso diventa pertanto per il giurista (sia esso docente, magistrato, avvocato, operatore amministrativo) documentarsi adeguatamente in tale *mare magnum* per attingere cognizioni e interpretazioni meno incerte e contestabili, e procurarsi una guida all'agire nel mondo del diritto.

I mezzi informatici ormai di uso corrente consentono, con rapido digitare di termini ritenuti atti a fungere da chiavi di ricerca, di identificare una massa di informazioni casuali e scollegate, di cui non è dato verificare con analoga immediatezza il grado di attendibilità e di completezza; sicché può diventare addirittura pericoloso e controproducente affidarsi a siffatto sistema di indagine per giungere a sicura padronanza delle problematiche oggetto della ricerca. Le quali possono essere più efficacemente attinte non con una ricerca al buio, nell'oceano di Internet, bensì su banche dati professionali, che in quanto tali offrono una seria e organica selezione di materiali, nonché un corredo descrittivo o critico di orientamento e di valutazione.

4. Fra le banche dati giuridiche emerge quella del «Foro italiano», forte di una esperienza ultrasecolare e di équipes redazionali di elevatissimo livello professionale.

La storica Rivista ha sempre selezionato le più importanti espressioni giurisprudenziali in ogni ramo del diritto, con informatissime note redazionali o autorevoli commenti, e sin dall'inizio è accompagnata e arricchita dal suo Repertorio annuale, deputato a fornire le indicazioni di tutto il materiale dottrinario, giurisprudenziale e legislativo di anno in anno edito in raccolte ufficiali, in tutte le riviste giuridiche del Paese, nei cataloghi editoriali.

Con l'avvento dell'informatica, tutto questo materiale è ricercabile, a far tempo dai primi anni ottanta del secolo scorso, attraverso un sofisticato e nel contempo 'amichevole' sistema di ricerca, sicché, svincolata dai limiti annuali dei volumi, la ricerca spazia su oltre un terzo di secolo.

Il «Foro», fondato nel 1876 da Enrico Scialoja e da lui diretto fino al 1926, è indi passato sotto la guida di Vittorio Scialoja fino al 1933, e di Antonio Scialoja fino al 1963. Accanto al Senatore, come del resto anche nel passato, si succedettero nella direzione autorevoli studiosi, quali Luigi Busatti, Ugo Forti, Giuseppe Branca, Virgilio Andrioli, che dal 1963 prese le redini della rivista, schierando senza distinzioni tutta la redazione in ordine alfabetico (salvo il 'responsabile' ai sensi della legge sulla stampa, Carlo Scialoja), ispirandosi forse al tolstoiano 'integrale della storia', che pone sullo stesso piano Napoleone, i suoi generali, ogni suo soldato, tutti partecipi e artefici della storia indipendentemente dall'entità dell'apporto individuale. In questo eletto stuolo Carlo era cresciuto sin da giovanissimo, mano a mano compenetrandosi, anche sul piano umano, nel complessivo, delicato meccanismo redazionale, con scrupolosissimo, intelligente, completo controllo di tutto quanto appariva sulle storiche colonne. Sinché venne ad affiancare, nel 1964, Andrioli e Branca nella direzione.

Emergeva intanto fra i redattori, sin dai primi anni Settanta, Maurizio Converso, che, intessendo una fitta rete di collaborazioni, dava nuova linfa alla redazione, curando, con tenace, attenta opera la rigorosa costruzione delle note, caratterizzate da interconnessione con gli apporti precedenti e con quelle delle diverse parti della rivista, e da chiara separazione (mediante i famosi post asterischi) fra obiettiva esposizione del contesto e personali osservazioni di autore. Maurizio venne a dare specifico apporto alla confezione del prodotto «Foro» anche con rinnovamento e arricchimento della parte quinta, aperta anche a documentazione e tempestiva informazione su questioni di attualità.

Nel contempo Michele Scialoja, giovanissimo redattore sin dagli anni Settanta, prendeva ad affiancare e continuare la preziosa opera paterna di

quotidiana presenza e attentissimo, completo vaglio di tutto il materiale *in itinere* e di custode della tradizione, sino a succedere, nel 1999, a Carlo nella direzione, cui poi si aggiungevano, nel 2012 Andrea Proto Pisani e Maurizio Converso.

5. Collaterale alla Rivista, e indispensabile strumento di ricerca per la confezione delle mitiche sue 'note redazionali', è il «Repertorio», come già accennato, completissimo indice bibliografico e giurisprudenziale di tutta la produzione giuridica annuale.

La paziente, scrupolosa raccolta, selezione e ripartizione in 'voci' era affidata ad una redazione di giovani studiosi, magistrati, avvocati, con la direzione, da ultimo, di Donata Radonich Scialoja e, poi, di Onofrio Fanelli (già redattore della rivista dal 1952), che razionalizzò la sistematica delle voci, rigorosamente ancorandone l'ambito alla pertinente normativa, analizzata articolo per articolo.

6. Il «Foro» e il «Repertorio» erano gestiti dalla originaria Soc. editrice de «Il Foro italiano», alla quale, nel 2009, venne ad affiancarsi l'Editore Zanichelli.

Sennonché, essendo detto editore arrivato alla determinazione di ridimensionare il suo impegno nel settore giuridico, si giunge, nel 2013, alla necessità di riorganizzare l'assetto gestionale dell'impresa, rivitalizzando la originaria Società, con l'apporto anche economico di un gruppo di redattori, affidando la distribuzione commerciale all'editore Giappichelli.

La direzione del «Foro» in questo suo nuovo corso viene assunta, accanto a Michele Scialoja, fedele custode della tradizione, ma altresì attento e buon conoscitore delle nuove tecnologie, da Onofrio Fanelli, pur sempre direttore del «Repertorio», Roberto Pardolesi e Carlo Maria Barone.

7. Ed è in questa formazione, con la sua sempre validissima redazione, che il «Foro» oggi governa il passaggio – comune ormai a tutta l'editoria – alla edizione informatica, che si affianca (e in taluni casi addirittura si sostituisce) alla tradizionale cartacea.

Edizione informatica che, oltre alla gloriosa Rivista e al «Repertorio» (il quale contiene le indicazioni normative, giurisprudenziali e dottrinarie attingibili in un'unica ricerca nell'universo dei dati giuridici degli ultimi decenni), comprende anche tutti i codici e la legislazione in testo aggiornato;

le sentenze della Cassazione civile e penale; un archivio, curato da Maurizio Converso, con giurisprudenza di merito in testo integrale e indicizzato, e altra documentazione; la dottrina manualistica Giappichelli in testo completo.

8. Le banche dati del «Foro», on line e off line, con la rapidità e familiarità che le caratterizzano, valgono a soddisfare, in maniera nuova e completa le esigenze della ricerca del dato giuridico, in sintonia con la ormai diffusa consuetudine delle generazioni *Internet natives*.

Il compito essenziale che il «Foro» svolge è quello di fornire uno strumento che, con la immediatezza e rapidità cui ci ha abituati l'accesso ad Internet, ma evitando la casualità e asistematicità che questo comporta, metta a disposizione del giurista un sistema di ricerca *friendly*, ma nel contempo altamente professionale, che estrae da tutto lo scibile giuridico non dati singoli e scollegati, ma organici risultati di contesto, coordinati e ragionati sul modello di quello strumento principe di conoscenza che è la nota redazionale.

Oggi il diritto è non più statica normativa, bensì vive nella interpretazione dottrinaria e giurisprudenziale, la cui conoscenza è indispensabile ad ogni operatore giuridico.

Il «Foro» vuole così porsi come avanzato strumento di attingimento del diritto vivente, che consente, attraverso la mediazione degli operatori professionali che se ne avvalgono, di dare al cittadino la possibilità di orientarsi per la doverosa osservanza della legge, nell'oceanico – e spesso confuso, disordinato e poco comprensibile – mondo del diritto.

Abstract

Le nuove frontiere tecnologiche hanno profondamente rinnovato i contorni dell'informazione giuridica. L'arrembante digitalizzazione dei dati rilevanti condanna a rapida ed impietosa obsolescenza apparati e organizzazioni che pure vantano antico lignaggio e ricca esperienza. Nella dimensione vertiginosa dei *big data*, le banche dati campeggiano come nuovi *thesauri* del sapere giuridico e snodi cruciali della riflessione più avanzata e sensibile. Operano su questo piano le Banche dati del «Foro italiano», che tanto devono al contributo pionieristico di Maurizio Converso.

Enrico Scoditti

Interpretazione e clausole generali

SOMMARIO: 1. L'incompletezza della clausola generale – 2. La clausola generale come ideale di norma – 3. Riconduzione, e non sussunzione – 4. A chi è rivolta la clausola generale? – 5. Giudizio di fatto e giudizio di diritto

1. L'incompletezza della clausola generale

È un dato ormai acquisito il superamento dell'assimilazione dell'applicazione della clausola generale al giudizio di fatto e della limitazione del sindacato di legittimità al controllo del vizio motivazionale ai sensi dell'art. 360 n. 5, c.p.c. A partire dalla fine del secolo scorso si riconosce che «nell'esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, dando concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico – sociale ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori»[1]. L'interpretazione della clausola generale coincide così con il giudizio di valore espresso dal giudice di merito ed il sindacato innanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. consiste nella verifica della conformità di tale giudizio di valore ai principi propri dell'ordinamento giuridico[2]. Il momento ermeneutico corrisponde ad una

[1] Cass. 22 febbraio 2012, n. 2572, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Spese giudiziali civili*, n. 41; così anche Cass. 8 agosto 2011, n. 17093, in «Foro it.», 2011, I, col. 2980 e Cass. 6 aprile 2006, n. 8017, «Rep. Foro it.», 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1366. Per una visione d'insieme sugli orientamenti della giurisprudenza in materia di clausole generali, E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, UTET, Torino 2003, e ID., *Clausole generali*, voce dell'*Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano 2012, pp. 183 ss.

[2] La giurisprudenza rilevante sul punto è quella lavoristica: Cass. 18 gennaio 1998, n. 434 e 22 ottobre 1998, n. 10514, in «Foro it.», 1999, I, col. 1891; Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, *ibidem*, col. 3558.

integrazione valutativa, che avviene mediante il rinvio a criteri extra-giuridici, secondo la tesi prevalente, ed in particolare il rinvio a regolarità o tipi ideali di comportamento riferiti a circostanze determinate, che vengono desunti dall'ambiente esterno al diritto e hanno un'origine etico-sociale. L'integrazione giudiziale mediante giudizi di valore della parte mobile della norma elastica, per riprendere il linguaggio della giurisprudenza, richiama l'esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice. Si parla spesso, a questo proposito, di 'delega' della qualificazione giuridica del fatto da parte del legislatore al giudice[3].

Il rinvio ad un criterio esterno alla clausola generale presuppone il carattere incompleto della norma che la prevede. Come ha scritto Luigi Mengoni, «le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme»[4]. Lo stesso Mengoni precisa che il rapporto fra clausola generale e cc.dd. norme sociali non è puramente recettizio. Non vi è un rinvio in senso tecnico, perché fra clausola generale e norma sociale resta la «distanza che separa l'essere dal dover essere»[5]. Le norme sociali restano tipi normali di comportamento desunti dalla realtà, ai quali il giudice attingerebbe in funzione di direttiva per completare la norma giuridica. In tal modo però la norma di cui fare applicazione risulta dall'integrazione di norma elastica (incompleta) e norma sociale di condotta e la dinamica del recepimento in senso tecnico non potrebbe essere negata. C'è poi da considerare, come chiarisce sempre Mengoni, che al giudice deve essere data la possibilità, avvalendosi della clausola di buona fede, di definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti, pena la ricaduta del diritto in una funzione meramente conservativa dell'esistente e non direttiva dell'assetto sociale[6]. Il completamento della norma elastica mediante il recepimento del criterio meta-giuridico entra in contraddizione con l'eccedenza deontica del diritto rispetto al modo di essere della realtà. L'incompletezza della norma non è di tipo valutativo, tale che i contenuti valoriali mancanti debbano essere attinti dal sistema dei valori etico-sociali. Al fine di evitarne la contaminazione con la 'materia' sociale, e preservarne «l'eccedenza di contenuto deontologico»[7], si deve liberare

[3] G. D'amico, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, p. 438; S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano 2013, p. 88.
[4] L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in F.D. Busnelli *et al.*, *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano 1987, p. 10.
[5] *Ibid.*, p. 12.
[6] *Ibid.*, p. 13.
[7] E. Betti, *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano 1971, p. 316.

la norma elastica da qualsiasi contenuto materiale. La buona fede, come qualsiasi clausola generale, è una pura forma.

2. La clausola generale come ideale di norma

Il carattere di norma incompleta della norma elastica va inteso quindi non come incompletezza di contenuti valutativi ma quale connotazione puramente formale. La clausola generale è un ideale di norma, e lo è alla stessa stregua del trascendentale kantiano: «chiamo trascendentale ogni conoscenza che si occupa non di oggetti, ma del nostro modo di conoscenza degli oggetti, in quanto questa deve essere possibile *a priori*»[8]. La clausola generale non fissa il contenuto della regola giuridica, in via generale ed astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma fissa il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto, ovvero il modo in cui la regola deve essere conosciuta, per riprendere la definizione di trascendentale in senso gnoseologico. Se fissasse direttamente il contenuto della regola giuridica, la sua applicazione implicherebbe l'operazione della sussunzione del caso concreto nella previsione astratta e generale. Non fissando il contenuto della regola giuridica, la clausola generale non può come tale trovare applicazione in funzione di regolazione del caso. La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui attingere per l'identificazione di quella che lo stesso Mengoni chiama «norma individuale»[9]. La clausola generale è l'idea-limite che deve essere presunta ad ogni disciplina del caso concreto. Come scrive Esser, il quale definisce la clausola generale forma-limite, «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di 'capire in modo giusto' la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere»[10]. Ciò che sul piano normativo si esige è l'appello dell'interprete all'ideale di regolazione.

Quale ideale di norma la clausola generale deve restare immune dalle contaminazioni empiriche che possono derivare da criteri meta-giuridici. Bisogna guadagnare un punto di vista trascendentale. La questione è di diritto, e non di fatto. Se sul piano del fatto accade che l'interprete ricorra a concezioni etico-sociali, sul piano del diritto ciò che vige è l'ideale

[8] I. Kant, *Critica della ragion pura*, vol. I, Laterza, Roma-Bari 1977, p. 58.
[9] L. Mengoni, *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano 1975, p. 316.
[10] J. Esser, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli 1983, p. 57.

di regolazione. Le concezioni etico-sociali vanno giudicate in base alla coerenza al criterio giuridico rappresentato dall'ideale. I criteri meta-giuridici designano l'appartenenza dell'interprete a determinati contesti storico-sociali e condizionano il procedimento interpretativo di identificazione della norma, come ha insegnato l'ermeneutica novecentesca post-heideggeriana. Le «precomprensioni» interpretative attengono però non alla dimensione normativa della valutazione, ma a quella fattuale della condizione esistenziale dell'interprete, e pertanto, quando si accede al piano della valutazione, ricadono nel giudizio critico di un ideale di ragione[11]. Proprio in quanto appartenenti alla dimensione del fatto, e non a quella del valore, le concezioni etico-sociali sono inidonee ad integrare il precetto normativo e restano confinate nel procedimento interpretativo di identificazione della norma individuale. Il completamento delle clausole generali non può essere affidato alle c.d. norme sociali.

Ciò che invero è indeterminato nella norma elastica sono proprio i fatti riconducibili alla previsione normativa[12]. L'integrazione della clausola generale avviene dunque al livello dell'inserimento delle circostanze di fatto. Come è stato tuttavia osservato, questo non vuol dire che l'identificazione dell'estensione dell'obbligo di correttezza, ad esempio, avvenga solo in concreto e che manchi del tutto un profilo *a priori*[13]. Se eliminassimo il lato dell'*a priori*, e riducessimo tutto alle circostanze del caso, perderemmo l'ideale normativo che governa l'identificazione della norma concreta.

Dal punto di vista strutturale fra la norma concreta, identificata mediante la norma ideale, e la norma generale e astratta non vi è differenza. Ogni norma consta di un elemento formale, concretantesi nell'attività di qualificazione, e di un elemento materiale, che è il fatto oggetto di qualificazione. La norma concreta è anch'essa una norma a fattispecie, solo che mentre quella astratta e generale contempla una classe di eventi o azioni, quella concreta contempla un'azione individuale. Per tornare a Kant, ogni formulazione di norma, astratta o concreta, può essere definita «giudizio sintetico *a priori*»[14]. Formulare una norma non può corrispondere

[11] La critica che Habermas svolge nei confronti della dottrina ermeneutica di Gadamer è nel senso che l'appartenenza dell'interprete alla tradizione non può escludere l'esercizio critico della riflessione e dunque «un sistema di riferimento che oltrepassi il nesso della tradizione come tale» (J. Habermas, *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Zanichelli, Bologna 1980, p. 253).

[12] G. Fabbrini, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, p. 742.

[13] U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano 1968, pp. 90 ss.

[14] Kant, *Critica della ragion pura*, cit., pp. 46 ss.

a un giudizio analitico, nel quale il predicato è già tutto nel soggetto (*a priori*), ma non corrisponde neanche al giudizio meramente sintetico, che è interamente dipendente dall'esperienza (*a posteriori*). Nell'un caso avremmo una norma senza fatto, nell'altro circostanze di fatto prive di qualificazione. La formulazione della norma, tanto astratta e generale quanto concreta, corrisponde quindi ad un giudizio sintetico *a priori*, nel quale si ha sia la fornitura di materia dall'esterno che la connessione con l'attività qualificatoria.

La caratteristica della clausola generale, norma ideale cui attingere per la formulazione di giudizi sintetici *a priori* relativi a norme concrete, è che indeterminato è l'elemento materiale della norma. La fattispecie, quale correlazione a determinati presupposti di fatto dell'effetto giuridico, è espressione di un criterio di valutazione. La clausola generale si arresta al criterio di valutazione e resta muta per ciò che concerne i presupposti di fatto. Enuncia il criterio ma non lo applica ad alcun dato di fatto e pertanto non svolge alcuna valutazione. La norma elastica è un ideale di norma proprio perché coincide con il puro criterio di valutazione. Si comprende così perché l'integrazione della clausola generale non è sul piano del criterio di qualificazione che deve avvenire. Dal punto di vista qualificatorio la norma è esaustiva e non richiede di diritto il rinvio a criteri esterni, salvo di fatto il riferimento empirico a tipologie esemplari e concezioni etico-sociali nel corso del procedimento interpretativo. Il difetto di determinazione non riguarda l'elemento formale, ma l'elemento materiale, sicché è al livello del fatto che si impone l'integrazione.

3. Riconduzione, e non sussunzione

Dopo che la norma è stata formulata mediante un giudizio sintetico a priori, la sua applicazione successiva corrisponde però ad un giudizio analitico, perché si tratta di ritrovare nell'esperienza ciò che è già tutto dentro la norma. È questo il meccanismo della sussunzione. Si è soliti attribuire l'operazione della sussunzione alle sole norme a fattispecie. In realtà, dopo che grazie all'ideale normativo contenuto nella clausola generale è stata identificata la norma concreta, anche quest'ultima può costituire la premessa maggiore del sillogismo giudiziale. La norma concreta di diritto costituisce però una fattispecie a determinate condizioni. Rispetto ad essa non può operare il meccanismo della sussunzione. Quest'ultima presuppone una fattispecie generale e astratta, definita da una serie di elementi determinati e tutti necessari, nella quale riportare un caso concreto attraverso la

selezione, nella congerie di elementi che lo connotano, di quelli corrispondenti all'ipotesi astratta. È necessario che tutti gli elementi della fattispecie astratta siano presenti in quella concreta, che è così dedotta dalla prima. Nel caso della norma concreta il procedimento logico non è deduttivo, ma induttivo. In essa la fattispecie ha carattere concreto perché consta di un complesso di elementi non tutti necessari come per la fattispecie astratta. Non è richiesto che tutti gli elementi della fattispecie concreta siano rinvenibili nel nuovo caso. Il rapporto non è fra universale e particolare, ma fra particolare e particolare. Dalla congerie di elementi si estrae il tipo ed è questo che deve essere ricorrente nel nuovo caso, per il resto caratterizzato da diversi elementi fattuali. L'enunciazione giudiziaria del principio di diritto consiste nella induzione dalla fattispecie, all'interno della serie di circostanze che connotano il caso, degli elementi che corrispondono alla norma concreta di diritto. Ai fini dell'ulteriore applicazione della norma risultante dal caso si procede mediante il raffronto fra casi concreti, riconducendo il nuovo caso al primo sulla base degli elementi in comune fra i due casi e che hanno rilevanza ai fini del precetto normativo. Trattandosi non di sussunzione, ma di riconduzione, la corrispondenza fra i casi potrà essere più o meno intensa[15]. Stante le diverse graduazioni di somiglianza che possono ricorrere, il rapporto fra i casi va regolato secondo le raffinate tecniche del *distinguishing* elaborate dal giudice anglosassone.

4. A chi è rivolta la clausola generale?

Che il giudice formuli un giudizio di valore, e non si limiti all'attività meramente ricognitiva, in sede di applicazione della clausola generale, è conclusione basata su un'implicita premessa, e cioè che destinatario della norma elastica sia il giudice. Si può però concepire la normativa codicistica sulla correttezza come indirizzata al giudice? Una norma come l'art. 1337, c.c. prevede un obbligo di comportamento e non attribuisce il potere, pubblico o privato che sia, di creare o modificare un obbligo, e deve perciò intendersi come indirizzata ai consociati. Ma anche laddove si tratti di previsione normativa attributiva di un potere di modificazione del rapporto giuridico, come quella sulla giusta causa di licenziamento, cui si deve la parte più rilevante di elaborazione giurisprudenziale sulle norme elastiche, la norma non è indirizzata al giudice.

[15] La distinzione fra sussunzione e riconduzione è adottata da G. De Nova, *Il tipo contrattuale*, CEDAM, Padova 1974, p. 121, a proposito dell'elaborazione dei tipi contrattuali.

Quando sulla base di una crisi di cooperazione le parti danno luogo ad un processo deducendo una norma elastica non invocano dal giudice il riempimento dei *gaps* lasciati dai comandi del legislatore con un atto di posizione del diritto, ma chiedono al giudice di accordare loro un diritto che esse pretendono già di avere[16]. La domanda di accertamento della responsabilità presuppone che una misura della responsabilità medesima sia preesistente, altrimenti non si potrebbe ripartire fra le parti il torto e la ragione. Se la misura della responsabilità è posta dal giudice, e non meramente dichiarata nel processo, non potrebbe neanche ascriversi a qualcuno il torto. Di cosa sarebbe responsabile la parte se il parametro di responsabilità non preesisteva al processo e sorgesse solo con il *dictum* giudiziale? Se l'integrazione della norma elastica avviene per opera del giudice nessuno è responsabile e può dunque essere citato per i danni, perché al momento del fatto la regola non c'era ancora. Agire per la violazione della normativa di correttezza e domandare il risarcimento del danno non è la stessa cosa che chiedere al giudice di stabilire il termine per l'adempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1183, c.c. Si è responsabili della violazione di una norma che preesiste alla condotta, mentre nel caso del tempo dell'adempimento si sta chiedendo effettivamente al giudice di fissare una regola del rapporto obbligatorio. Il divieto del *non liquet* è l'altra faccia della preesistenza comunque di una norma prima dell'instaurazione di un processo. Sulla base di quella norma i consociati possono regolare, prima ed a prescindere dalla dichiarazione giudiziale, i propri comportamenti.

Il giudice pertanto non formula la norma individuale sulla base di una delegazione normativa ma accerta la norma concreta di diritto. Detto altrimenti, mentre la formulazione del giudizio sintetico *a priori* da parte del legislatore corrisponde ad un atto di posizione della norma (generale e astratto), nel caso del giudice la formulazione del giudizio sintetico *a priori* corrisponde ad un atto dichiarativo della norma (concreta), ovvero di riconoscimento grazie all'interpretazione. L'accertamento della norma concreta di diritto avviene sulla base del criterio di identificazione fornito dall'ideale di norma contemplato dalla clausola generale. Il giudice, proprio come nella gnoseologia di Kant, 'conosce' la norma concreta grazie all'organo trascendentale rappresentato dalla clausola generale. Trattandosi di norma solo riconosciuta in sede interpretativa, e non posta, la norma concreta di diritto è definibile norma senza disposizione.

[16] Ch. Fried, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1982, p. 68, il quale, con riferimento ai cc.dd. *hard cases*, precisa che le parti si appellano ai principi di diritto cui il giudice è vincolato.

5. Giudizio di fatto e giudizio di diritto

Il rapporto fra giudizio di fatto e giudizio di diritto è destinato a mutare, in sede di sindacato di Cassazione, quando si passa dalla norma a fattispecie alla norma elastica. L'affermazione ricorrente, ad esempio a proposito di giusta causa di licenziamento nel rapporto di lavoro subordinato, è quella secondo cui le specificazioni della clausola generale, mediante la valorizzazione sia dei fattori esterni relativi alla coscienza sociale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama, hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge; l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito ed è incensurabile in Cassazione se non per vizio motivazionale[17]. In tal modo la giurisprudenza uniforma il trattamento della norma elastica a quello della norma a fattispecie. I profili di differenza fra le due forme di sindacato da evidenziare sono due.

In primo luogo se il parametro normativo è la stessa norma elastica non vi è un fatto da accertare che integri il parametro normativo per la semplice ragione che la norma elastica è una norma priva di componenti di fatto. Se si parte dalla clausola generale il meccanismo della sussunzione non può operare. Questo non vuol dire che una questione di fatto nel processo non vi sia, ma essa rileva non al fine della sussunzione. L'accertamento del fatto rileva qui per la stessa formulazione/dichiarazione della norma concreta di diritto. Una *quaestio facti* rimane, perché un fatto da accertare non può negarsi che vi sia, ed entro i limiti del mero accertamento del fatto storico il vizio motivazionale di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. mantiene il suo spazio. Il fatto è però subito ricompreso nella *quaestio iuris* perché fa corpo unico con la stessa norma applicabile. È il fatto che dà vita alla norma. Identificare modalità impreviste ed arbitrarie, nel recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato pur in presenza di una giusta causa, significa aver già valutato come contraria a buona fede la condotta. Accediamo così al secondo elemento di analisi.

La concreta attitudine del fatto ad integrare la norma applicabile, per ipotesi la concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul piano del giudizio di diritto, e non del giudizio di fatto. Il fatto

[17] Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, in «Rep. Foro it.», 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1250; 12 agosto 2009, n. 18247, *id.*, 2009, voce cit., n. 1484; 21 novembre 2000, n. 15004, in «Foro it.», 2003, I, col. 1846.

che qui rileva non corrisponde alla questione di fatto del processo, la quale resta riservata all'apprezzamento del giudice di merito (sindacabile ai sensi dell'art. 360, n. 5). Ciò che viene in primo piano è la componente di fatto della norma. È una questione di individuazione e applicazione della norma (concreta) di diritto. La concreta attitudine del fatto ad integrare la norma applicabile corrisponde non all'idoneità del fatto ad essere sussunto nella norma, cui siano imputabili le conseguenze giuridiche, ma all'idoneità del fatto a costituire direttamente l'elemento materiale della norma produttiva degli effetti giuridici. Il fatto non è il caso concreto da sussumere nella norma (astratta), ma la componente di fatto della norma (concreta). Si sta quindi identificando la norma concreta a fattispecie che deve trovare applicazione. Se diritto e fatto sono inestricabilmente fusi non è possibile distinguere, entro i limiti indicati, fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. Si tratta quindi di un giudizio di un terzo tipo. Come è stato scritto, emerge «un giudizio 'complesso', che si compone, al contempo, di un 'momento di fatto' e di un 'momento di diritto', la cui insindacabilità in sede di legittimità, in presenza di motivazione esente da vizi, non può che essere circoscritta esclusivamente al profilo relativo alla mera ricostruzione del fatto storico»[18].

Nella tradizionale norma a fattispecie la componente di fatto corrisponde ad una classe di azioni o eventi, sicché è possibile distinguere fra il fatto astratto relativo alla classe ed il fatto concreto relativo al caso. L'attitudine del fatto a produrre effetti giuridici è stata già valutata sul piano astratto e generale dal legislatore. La questione di diritto resta come errata individuazione della norma regolatrice della questione controversa o come applicazione in difformità dal suo contenuto precettivo. L'erronea identificazione, nella situazione di fatto in concreto accertata, della ricorrenza degli elementi costitutivi d'una determinata fattispecie normativamente regolata, ovvero della classe di fatti contemplata dalla norma, costituisce evidentemente giudizio di fatto. Nella norma concreta di diritto non c'è distinzione fra il fatto astratto (la classe di azioni o eventi) ed il fatto concreto. Ciò che entra nella norma non è la classe di fatti, ma il fatto concreto: accertare il fatto vuol dire, sotto quest'aspetto, accertare la norma. In sede di formulazione/dichiarazione della norma concreta di diritto si accerta l'attitudine del fatto a produrre effetti giuridici. L'identificazione dell'elemento di fatto della fattispecie concreta è parte dell'enunciazione della norma perché corrisponde al riconoscimento della sua effettualità giuridica, così come quando il legislatore, disegnando la norma a fattispecie, valuta l'idoneità in astratto

[18] Fabiani, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, cit., p. 505.

della classe di fatti a produrre effetti giuridici. La valutazione del fatto (se ricorra la giusta causa di licenziamento, se vi sia stata violazione della buona fede) è oggetto del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. Il giudizio di fatto non è quindi dissociabile dal giudizio di diritto se non nei limiti dell'accertamento della verificazione del mero fatto storico. Tutto deriva dalla concretezza, e non astrattezza, del fatto contemplato dalla norma.

Sotto questo aspetto, nel sindacato di legittimità sull'applicazione di norme elastiche non c'è distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*. Il rilievo consente un chiarimento ulteriore. Quando si denuncia la violazione di una norma elastica ciò che si sta in realtà denunciando è la violazione della norma concreta di diritto. Quest'ultima contempla il 'presupposto di legittimità' di cui parla l'art. 30, comma 1°, l. n. 183 del 2010, modificato dall'art. 1, comma 43°, l. n. 92 del 2012. Il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3 va dunque proposto per violazione o falsa applicazione della norma concreta di diritto. Il quesito è se il giudice, nell'ambito del processo interpretativo di uniformazione all'ideale, abbia correttamente identificato la norma concreta di diritto o l'abbia applicata al pertinente caso. Nei limiti del controllo del procedimento di concretizzazione dell'ideale il giudice di legittimità verifica la coerenza all'ideale del parametro etico-sociale di cui il giudice di merito si sia avvalso. La censura della sentenza di merito per violazione della norma elastica in senso stretto ha un altro significato.

Quando la denuncia di violazione di diritto ha ad oggetto non la norma concreta di diritto ma la norma elastica vuol dire che la violazione attiene all'esistenza dei presupposti per l'applicazione di una norma concreta da identificare mediante l'ideale normativo contenuto nella clausola generale. È la stessa possibilità di applicare una norma concreta di diritto che viene in gioco. La *quaestio iuris* qui è se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o la norma concreta identificabile grazie alla clausola generale. Se la nullità di un contratto possa dipendere dalla violazione della regola di comportamento della buona fede o sia riconducibile esclusivamente alle regole di validità è questione che concerne non l'osservanza di una norma concreta di diritto, ma se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o se debba darsi avvio al procedimento di individuazione della norma individuale mediante la clausola generale. Se il fatto risulta già disciplinato da una norma a fattispecie è allora quest'ultima che deve prevalere sulla clausola generale. Naturalmente, una volta che sia la norma elastica l'oggetto diretto del ricorso ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., torna la distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*[19].

[19] Di analogo tenore è l'impugnazione per violazione di legge nel caso di mancata osservanza

C'è però la possibilità che anche con riferimento alla norma concreta di diritto si riapra in termini più netti la forbice fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. È stato già chiarito che, dopo che grazie all'ideale normativo contenuto nella clausola generale è stata identificata la norma concreta, anche quest'ultima diventa una norma a fattispecie, e segnatamente una norma a fattispecie concreta, cui ricondurre un fatto che presenta caratteri comuni. In tale evenienza torna tutta la tradizionale elaborazione in materia di norme a fattispecie, e cioè la contestazione di non corretta individuazione della norma (concreta) regolatrice della questione controversa o della sua applicazione in difformità dal suo contenuto precettivo, quale questione di diritto, e l'identificazione, nella situazione di fatto in concreto accertata, della ricorrenza degli elementi costitutivi della fattispecie normativa (concreta), quale giudizio di fatto. L'enunciazione giudiziaria della fattispecie normativa concreta diventa il parametro di riconduzione alla norma concreta dei successivi casi dotati dei medesimi requisiti fattuali.

Abstract

La clausola generale costituisce un ideale di norma mediante cui identificare la norma concreta di diritto. A quest'ultima vanno ricondotti i casi che presentano comuni elementi di fatto. La norma individuale non è posta, ma è solo accertata dal giudice, perché disciplina la condotta dei consociati prima dell'accertamento giudiziario. In materia di clausole generali viene meno la tradizionale distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto perché il fatto costituisce l'elemento materiale della norma concreta di diritto.

da parte del giudice dei limiti al sindacato di merito sulle valutazioni che competono al datore di lavoro di cui al citato art. 30, comma 1°, l. n. 183 del 2010 (è violazione della norma che vieta l'estensione del sindacato del giudice dall'accertamento del rispetto della norma concreta di diritto alle valutazioni di competenza del datore di lavoro).

Massimiliano Silvetti

Gestione della società per azioni e ruolo dell'organo assembleare

SOMMARIO: 1. L'assemblea e gli 'spazi' di gestione – 2. Potere di gestione e dimensioni della società – 3. Lo spazio 'per' l'assemblea

1. L'assemblea e gli 'spazi' di gestione

Esaminando l'evoluzione storica della ripartizione di compiti tra organi societari relativamente alla gestione della società per azioni, si evince che, nel nostro ordinamento, «il confine tra competenze assembleari e competenze dell'ufficio amministrativo è stato storicamente mobilissimo»[1].

Limitandosi ad analizzare le principali disposizioni legislative che, con l'andare del tempo, hanno caratterizzato tale ripartizione di compiti sembra potersi affermare che la sfera delle competenze dell'assemblea in materia di gestione si sia via via ridimensionata, sino a relegare l'organo formato dai soci in una posizione marginale e secondaria rispetto alla conduzione e all'amministrazione dell'impresa sociale. Stando al dato positivo, cioè, potrebbe sostenersi che la rilevanza del ruolo dell'assemblea si sia assottigliata nel tempo, sino a farla diventare organo sostanzialmente estraneo rispetto alla gestione della società, come suggeriscono gli attuali artt. 2380-*bis* e 2364, 1° comma, n. 5), c.c.

In questo quadro di riferimento, peraltro, la legge continua pur sempre a riservare all'assemblea poteri gestori talvolta significativi, aldilà della dichiarata portata generale delle norme appena menzionate. Vi sono, cioè, specifiche disposizioni che consentono di individuare «ritagli di competenze»[2] a beneficio dell'assemblea rispetto alla gestione della società[3].

[1] M. SCIUTO, P. SPADA, *Il tipo della società per azioni*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, 1, I, UTET, Torino 2004, p. 60.

[2] La teoria dei ritagli di competenza evoca principi propri del diritto costituzionale, in particolare a proposito dei rapporti tra autorità statale e regioni (cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, ECIG, Genova 1993, pp. 114 ss.).

[3] Si pensi, ad esempio, all'art. 2361, 2° comma, c.c., circa l'assunzione di partecipazioni in

D'altra parte, dottrina e giurisprudenza hanno costantemente individuato – e tuttora individuano – ulteriori 'spazi' riservati alla competenza assembleare, il cui terreno d'azione e le cui facoltà rispetto alla gestione della società risultano, pertanto, persino più ampi di quanto il dettato legislativo suggerisca.

La ricerca in ordine alla sussistenza o no di tali 'spazi' è compito affascinante per il giurista. Essa si accompagna solitamente, sebbene il più delle volte in modo implicito, a quella relativa al significato del termine 'gestione'. Secondo la dottrina classica, gli atti di gestione troverebbero nella legge solo nozioni sfuggevoli e generici: «il legislatore quasi non le impone, bensì le presuppone»[4]. La 'gestione' non ha ancora assunto carattere univoco e ben determinato neppure in giurisprudenza, sebbene possa generalmente individuarsi nella attività esecutiva e nel compimento di ogni atto tecnicamente e concretamente necessario per garantire l'operatività dell'organizzazione e dell'impresa.

In passato è stato posto l'accento sulla sequenza procedimentale tipica degli atti di amministrazione, nei quali si risolve, in ultima analisi, la gestione della società: «l'amministrazione è un'attività e l'attività consiste in una serie aperta di atti unitariamente rilevanti per lo scopo che li accomuna, cosicché ognuno di questi è compiuto e, prima ancora, deciso, in funzione degli altri»[5]. Con tale espressione si voleva sottolineare che l'attribuzione anche di un solo atto di amministrazione ad un determinato soggetto condiziona «una porzione più o meno vasta di tutta quella amministrazione». Per non far sì che l'eccezione sovrastasse e ponesse nel nulla la regola secondo cui «l'amministrazione è appannaggio dell'organo amministrativo», si sosteneva,

altre imprese comportante responsabilità illimitata; o ancora agli artt. 2357, 2° comma, c.c. e 2359-*bis*, 2° comma, c.c. relativamente all'acquisto di azioni proprie o della società controllante; all'art. 2343-*bis*, c.c. sugli acquisti cc.dd. 'pericolosi'; all'art. 2446, 1° comma, c.c. circa l'adozione degli 'opportuni provvedimenti' in caso di riduzione del capitale per perdite. O, ancora, all'art. 104 Tuf relativo alla c.d. *passivity rule*; all'art. 121, 2° comma, Tuf, sull'approvazione dell'aumento convenzionale del limite per le partecipazioni reciproche; all'art. 114-*bis*, Tuf, sull'approvazione della attribuzione di strumenti finanziari a esponenti aziendali, dipendenti o collaboratori della società.

[4] E ciò a differenza degli atti inerenti la 'organizzazione' della società, che sarebbe invece tipizzata dal legislatore: l'affermazione appartiene a G. Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano 1956, pp. 215-216. Osserva V. Salafia, *Deliberazioni assembleari sulla gestione sociale: obblighi degli amministratori*, in «Società», 1995, p. 879, che «la legge non fornisce una definizione del concetto di amministrazione di società commerciale, come del resto è giusto che sia, perché la legge deve porre solo comandi e non fornire nozioni, la cui elaborazione è compito specifico della dottrina e della giurisprudenza».

[5] F. Corsi, *Poteri dell'assemblea e poteri del consiglio di amministrazione in rapporto all'art. 2364, n. 4, cod. civile*, in «Foro it.», 1974, I, col. 238.

altresì, che l'assemblea si limitava a «dare una autorizzazione ad atti che sono e rimangono del consiglio d'amministrazione»[6].

Tuttavia un conto è l'esercizio dell'impresa, altro conto è l'amministrazione della società: in entrambi i campi la competenza decisionale appartiene all'organo amministrativo. Mentre, però, in relazione all'amministrazione della società il processo decisionale appartiene esclusivamente agli amministratori, nell'esercizio dell'impresa (definito anche come «gestione in senso stretto») occorre riferirsi sia al diritto dell'impresa che a quello della società per azioni[7].

Quando sia in questione il compimento di un atto che possa avere una rilevanza tale da incidere sulla sostanza della struttura dell'ente, la competenza degli amministratori dovrebbe peraltro lasciare spazio a quella dell'assemblea, con conseguente obbligo per i primi di sottoporre l'argomento alla seconda[8]. L'attribuzione della competenza gestoria esclusivamente in capo agli amministratori, cioè, «non può significare che i soci cessino di avere alcuna voce in capitolo per quanto attiene alla gestione sociale e più in particolare per quanto concerne le decisioni fondamentali di carattere programmatico»[9]. In tale ottica, quindi, la devoluzione all'assemblea della competenza ad autorizzare determinati atti di gestione diverrebbe necessaria.

Questa conclusione appare in linea con la distinzione tra «gestione dell'impresa in senso stretto» intesa quale gestione esecutiva e compimento di ogni atto tecnicamente necessario per garantire l'operatività dell'organizzazione sociale[10] ed 'alta amministrazione', intesa quale definizione delle linee di politica imprenditoriale, nonché come decisione in merito ad atti, attività ed operazioni strategiche[11]. Mentre la prima continuerebbe a spettare agli amministratori, la seconda dovrebbe essere invece attribuita alla competenza dei soci[12].

---

[6] *Ibid.*

[7] Sciuto e Spada, *Il tipo della società per azioni*, cit., p. 63.

[8] V. Calandra Buonaura, *I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario*, in «Giur. comm.», 2003, I, p. 677.

[9] F. Vassalli, *Alcuni aspetti dell'amministrazione delle s.p.a. nella riforma del diritto societario*, in «Dir. fallim.», 2004, I, p. 487.

[10] V. Calandra Buonaura, *Gestione dell'impresa e competenze dell'assemblea nella società per azioni*, Giuffrè, Milano 1985, pp. 315 ss.

[11] U. Tombari, *Sistema dualistico e potere di "alta amministrazione" del consiglio di sorveglianza*, in «Banca borsa tit. credito», 2008, p. 711.

[12] Sembrerebbe di ostacolo al mantenimento in capo ai soci di una tale competenza la possibilità, prevista dalle norme attuali, di spostare l'asse del potere di gestione ancor più lontano dall'organo assembleare. Si pensi, a titolo esemplificativo, all'art. 2381, 3° comma, c.c. a mente del quale può essere attribuito agli amministratori delegati il potere

di elaborare i piani strategici e finanziari della società. O ancora alla struttura di *governance* di quelle società che affidano la gestione a comitati esecutivi o ad organi a ciò deputati. È il caso, ad esempio, di Mediobanca Banca di Credito Finanziario S.p.A., il cui statuto all'art. 14 dispone: «la gestione degli affari sociali spetta al Consiglio di Amministrazione, che la esercita avvalendosi del Comitato Esecutivo, dell'Amministratore Delegato e del Direttore Generale»; l'art. 17 prevede che «il Consiglio […] delega la gestione corrente della Società al Comitato Esecutivo, se nominato, e all'Amministratore Delegato, che la esercitano secondo le linee e gli indirizzi formulati dal Consiglio di Amministrazione» <www.mediobanca.it> (ultimo accesso 02.03.2016). A tale proposito è stato tuttavia rilevato, in base all'analisi interpretativa dell'art. 2364, 1° comma, n. 5, c.c., che «stando al dato letterale, la norma [appare] idonea a consentire la previsione dell'autorizzazione assembleare non solo con riferimento alle competenze gestorie degli amministratori, ma anche a quelle di carattere organizzativo. Se si accolgono tali premesse, la ripartizione rigida di poteri tra assemblea ed amministratori non rappresenta un ostacolo ad ammettere che la scelta dei delegati sia preceduta dall'autorizzazione da parte dell'assemblea […]. D'altra parte, se l'assemblea può autorizzare la delega (e, in mancanza di essa e di previsione in tal senso contenuta nello statuto, il consiglio non può avvalersi di tale facoltà), pare coerente ritenere che possa autorizzare la stessa imponendo condizioni e limiti. In particolare, prevedendo che la delega non possa superare determinati ambiti, oppure la struttura dei delegati o anche, così mi sembra, che il delegato scelto dal consiglio debba conseguire il placet dell'assemblea. In tal modo al consiglio non è sottratto il potere di nomina, ma il suo esercizio risulta condizionato dall'autorizzazione assembleare. Tale "interferenza" dell'assemblea sui compiti del consiglio in effetti sembra ammissibile, si ripete, sia alla luce della disciplina generale che consente la previsione di autorizzazioni per il compimento di atti da parte degli amministratori, sia alla luce della normativa propria della delega, che introduce la necessaria autorizzazione per l'utilizzo da parte del consiglio di tale strumento organizzativo» (così O. Cagnasso, *Nomina dei delegati e "interferenza" di organi o soggetti esterni al consiglio*, in «Riv. società», 2007, p. 1071). In altri termini, l'assemblea, che appare *prima facie* privata del potere nelle strutture di maggiori dimensioni i cui statuti accentrano nelle mani degli organi delegati rilevanti poteri di gestione, recupererebbe la propria indefettibile funzione di sede privilegiata del dibattito – almeno in ordine alle decisioni di maggior importanza per la società – attraverso l'autorizzazione a monte in ordine alla delega. L'organo amministrativo, da tale punto di vista, si renderebbe depositario del potere di stabilire la 'forma di governo' dell'impresa, potendo concentrare in organi all'uopo delegati i maggiori poteri di gestione, ovvero allargandone la base di partecipazione attiva. Per altro verso, la maggior altezza della 'piramide' (con il potere di gestione concentrato in capo ad amministratori delegati o comitati esecutivi sovraordinati, in pratica, al consiglio di amministrazione) comporterebbe, a ben vedere, l'opportunità – se non la necessità – di una 'base' ancora più solida: per soddisfare l'esigenza di riequilibrare in favore dei soci di minoranza quantomeno le regole che presiedono all'organizzazione della funzione amministrativa, gli amministratori potrebbero trasferire all'assemblea la competenza a decidere sulla conformazione e sulla attribuzione delle deleghe e questi ultimi potrebbero riappropriarsi in qualche misura di un certo potere di indirizzo sulla politica gestoria (cfr. P.G. Jaeger, F. Denozza, A. Toffoletto, *Appunti di diritto commerciale. Impresa e società*, Giuffrè, Milano 2006, pp. 308 ss., i quali sottolineano l'importanza del momento della nomina degli amministratori perché

2. Le dimensioni della società

Nell'esaminare la consistenza ed il 'peso' dell'organo assembleare in relazione al potere di gestione vengono altresì in rilievo le dimensioni della società rispetto alla quale il potere viene esercitato.

Le manifestazioni di quel potere sembrano effettivamente suscettibili di diversamente atteggiarsi a seconda che la società per azioni sia 'a base familiare' oppure che si tratti, ad esempio, di società con azioni quotate in borsa.

Dall'osservazione del concreto funzionamento delle società per azioni di minore rilevanza possono agevolmente ricavarsi elementi a sostegno dell'asserito primato degli amministratori. È ben vero che in questo tipo di società l'assemblea è per definizione un organo attivo, quantomeno in termini di partecipazione e presenza. I soci seguono la sorte del proprio pacchetto azionario da vicino e sono solitamente interessati alla conduzione della società[13]; né si registrano frequenti fenomeni di assenteismo in occasione delle riunioni dell'assemblea. Tuttavia, a fronte della costante presenza dei soci alle riunioni dell'organo assembleare, é sempre stato particolarmente avvertito il «rischio di amministratori di fatto: e cioè, di figure anomale che, senza una formale investitura e senza assumere alla luce del sole le responsabilità connesse alla carica, finirebbero […] col dirigere la società dietro l'usbergo di anonime deliberazioni assembleari. Analoghe patologie sarebbero possibili nella ipotesi di soci sovrani, in grado di influire ancor più direttamente sulle scelte imprenditoriali, scavalcando la formale autonomia dell'amministratore; il più delle volte senza nemmeno la remora della presenza sindacale. Con una confusione di ruoli ed un offuscamento della divisione di poteri – tendenzialmente stabile – voluta dal legislatore, che non sembrano meritevoli di consenso»[14].

sia sostanzialmente aggirato il vincolo all'autonomia statutaria in materia di competenze dell'assemblea).

[13] In dottrina si è chiarito che «avendo riguardo alle società lucrative, si può convenire che gli interessi da tener presenti (e quindi i punti di vista da considerare) nell'individuazione del tipo e dell'assetto organizzativo più convenienti, sono riconducibili, in un'ottica semplificativa, ai seguenti: a) l'interesse del socio o dei soci «imprenditori» (spesso identificati come soci «di riferimento») che vogliono «condurre l'affare» e si riservano la partecipazione di controllo, assumendosi la quota maggiore di rischio economico; b) l'interesse dei soci «investitori» o «risparmiatori», che mirano a una buona resa del proprio investimento, non aspirando a poteri di orientamento o direzione dell'affare, ma a poteri di informazione e controllo, assistiti da adeguati presídi» (G.M. Rivolta, *La società per azioni e l'esercizio di piccole e medie imprese*, in «Riv. società», 2009, p. 629).

[14] App. Roma 2 settembre 1999, in «Società», 2000, p. 585. In dottrina, cfr. Calandra

Guardando a questo tipo di società, pertanto, ed alla dialettica propria dei rapporti tra i suoi soci, già nel regime previgente si avvertiva piuttosto nettamente il 'rischio' dello spostamento del potere di gestione nelle mani dell'organo amministrativo; rischio particolarmente evidente nelle ipotesi di società unipersonali, o in quelle nelle quali vi era coincidenza tra persone dei soci e membri del consiglio di amministrazione, oppure nelle quali si registrava la presenza di soci tiranni o, per l'appunto, di amministratori di fatto. Pertanto, l'interprete poteva essere indotto ad invocare l'assegnazione all'assemblea della guarentigia consistente nel mantenimento in capo ad essa di una porzione del potere di gestione. Tale 'ritaglio di competenza', secondo la definizione precedentemente utilizzata, avrebbe potuto concretizzarsi, semplicemente, in un puntuale obbligo di informazione, a carico degli amministratori e a beneficio dell'assemblea, almeno rispetto ad atti gestori che comportassero l'assunzione di impegni rilevanti o consistenti aggravamenti di rischi. In ogni caso, facendo ricorso al fondamentale strumento dell'autonomia privata, i soci sarebbero stati in grado di configurare il funzionamento della società secondo i modi ritenuti più opportuni[15].

Anche nelle società per azioni più grandi, con capitale frazionato, sembra potersi trarre conferma del fenomeno consistente nella primazia degli amministratori nella gestione della società.

L'assemblea, del resto, difficilmente può esser considerata quale sede privilegiata del governo societario, se non nei rari casi in cui vi si verifichino evidenti lotte di potere tra minoranze e maggioranza[16]. Il potere di

Buonaura, *Gestione*, cit., p. 21, secondo cui l'organo amministrativo plenipotenziario è una figura ricorrente nelle società medie e piccole quando difetti «una reale dialettica tra i soci (società sostanzialmente unipersonali o familiari) ovvero questa si esprime solo all'interno del consiglio di amministrazione di cui tutti o quasi tutti i soci fanno parte, rendendo pleonastico il ricorso all'assemblea». Sugli amministratori di fatto, cfr. Cass. 5 dicembre 2008, n. 28819, in «Giur. it.», 2009, p. 871; Cass. 23 maggio 2008, n. 13424, *id.*, 2008, p. 2485; Cass. 12 marzo 2008, n. 6719, in «Società», 2008, p. 1226, con nota di G. Cavallaro, *Responsabilità degli amministratori di fatto.*

[15] Cfr. G. Zanarone, *Autonomia statutaria e società a compagine ristretta*, ne *Il diritto delle società tra controllo giurisdizionale e autonomia privata*, a cura di A. Munari, G.M. Zamperetti, Giuffrè, Milano 1997, pp. 93 ss., che ribadisce la necessaria prevalenza dell'autonomia privata in materia di organizzazione interna delle società chiuse.

[16] Cfr. G.D. Mosco, *Dove si forma la volontà sociale? Il ruolo dell'assemblea nella società per azioni: considerazioni introduttive*, in Associazione Preite, *Verso un nuovo diritto societario*, il Mulino, Bologna 2002, p. 147, il quale, prima del varo della riforma del 2003, aveva suggerito che il ruolo dell'assemblea nella gestione, e in particolare il ricorso alla riserva statutaria di competenze gestionali a suo favore, fosse differenziato a seconda del 'livello' di società, sterilizzando il previgente art. 2364, 1° comma, n. 4, c.c. solo per

gestione – in presenza dei noti fenomeni della dissociazione tra proprietà e controllo e della riduzione del piccolo azionista al ruolo di semplice 'capitalista monetario', disinteressato all'amministrazione della società – è sempre apparso concentrato essenzialmente nelle mani degli amministratori. Addirittura si è storicamente registrato, in questo tipo di società, un sostanziale esautoramento delle competenze dello stesso consiglio di amministrazione, soprattutto attraverso lo strumento della delega. In alcune realtà di questo tipo si assiste a un vero e proprio fenomeno di oligarchia nel governo societario: in nome delle esigenze di snellezza delle decisioni, il potere di gestione viene sostanzialmente accentrato nelle mani di organi unipersonali, quali il presidente del consiglio di amministrazione o l'amministratore delegato[17]. Si comprende dunque perché, già nel regime previgente, veniva sostenuto che, nelle società di grandi dimensioni, si assisteva ad una ulteriore drastica 'compressione' dei poteri dell'assemblea: tra le conseguenze, quella della rarissima frequenza con cui venivano azionate le prerogative concesse all'assemblea in materia di gestione dall'art. 2364, 1° comma, n. 4, c.c. previgente[18]. L'intensità del rapporto tra amministratori e assemblea – rapporto che si è definito di controllo piuttosto che di supremazia gerarchica, svolgendo l'assemblea un ruolo per certi versi analogo a quello del collegio sindacale – tendeva peraltro ad attenuarsi con il crescere delle dimensioni delle società.

le società quotate (3° livello) e, auspicabilmente, per quelle che ricorrono al mercato del capitale di rischio, ivi comprese le società con azioni diffuse (2° livello) e prevedendo allo stesso tempo la competenza assembleare (o, nel modello dualistico, del consiglio di sorveglianza), con facoltà di delega agli amministratori, per le operazioni di carattere eccezionale e di strutturale importanza per la vita della società.

[17] Il fenomeno è più che mai attuale. Si pensi all'odierna struttura di Telecom Italia S.p.A., laddove al Presidente è attribuito un «ruolo d'indirizzo e supervisione rispetto all'elaborazione e all'implementazione dei piani strategici, industriali e finanziari della Società e del Gruppo e delle linee guida dello sviluppo, oltre che la supervisione della definizione degli assetti organizzativi e dell'andamento economico e finanziario» <www.telecomitalia.it> (ultimo accesso 02.03.2016). O ancora a quanto previsto dallo statuto di Mediobanca, Banca di Credito Finanziario S.p.A., che all'art. 13 dispone che «la gestione degli affari sociali spetta al Consiglio di Amministrazione, che la esercita avvalendosi del Comitato Esecutivo, dell'Amministratore Delegato e del Direttore Generale»; l'art. 17 prevede che «il Consiglio […] delega la gestione corrente della Società al Comitato Esecutivo e all'Amministratore Delegato, che la esercitano secondo le linee e gli indirizzi formulati dal Consiglio di Amministrazione» <www.mediobanca.it> (ultimo accesso 02.03.2016).

[18] V. per tutti F. Bonelli, *Le direttive dell'assemblea agli amministratori di società per azioni*, in «Giur. comm.», 1984, I, p. 6 nota 3; per riferimenti sulla gestione della società nel regime ante riforma, sempre nel senso riportato nel testo, cfr. Calandra Buonaura, *Gestione*, cit., pp. 13-19.

Quanto precede trova eco anche nel d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (c.d. Tuf).

Secondo parte della dottrina, nel Tuf si è registrato un progressivo declino delle competenze dell'organo assembleare[19]. Tale declino è avvenuto in concomitanza con la polverizzazione della proprietà azionaria e la ampiezza del fenomeno dell'azionariato diffuso, con il parallelo disinteresse dell'azionista – ormai polarizzato soltanto sulla migliore remunerazione del proprio investimento – rispetto alla gestione della società: la categoria dei soci risparmiatori (e, al suo interno, degli investitori istituzionali) ha assunto dimensioni prevalenti rispetto a quella dei soci imprenditori.

La volontà dell'assemblea, del resto, sembra formarsi, nelle realtà societarie di maggiori dimensioni, in un momento temporalmente 'anteriore' rispetto a quello tipico dell'adunanza dei soci. Fenomeni quali i sindacati di voto, la sollecitazione e la raccolta di deleghe hanno fatto sì che le decisioni adottate dai soci trovassero il proprio naturale contesto in tempi diversi rispetto al momento dell'assemblea. Ciò che ha contribuito a svuotare l'organo formato dalle persone dei soci di quella importanza che tradizionalmente le è stata assegnata. E che ha lasciato affermare che l'assemblea sia «più il momento e il luogo deputato alla verifica della maggioranza che esprime il governo della società», che non il contesto nel quale possano «maturare consapevoli scelte gestionali»[20].

Vi sono state tuttavia autorevoli voci che hanno continuato ad affermare che, anche a seguito dell'entrata in vigore del Tuf, il legislatore abbia considerato «l'assemblea l'organo sociale preminente al cui interno è possibile l'espressione di una volontà idonea a tutelare gli interessi della società e dei soci»[21].

A differenza del sistema americano – nel quale vi è un «potenziale conflitto tra soci e managers: i primi non sono in grado di incidere sulle scelte dei secondi» con la contestuale presenza di un *agency problem*, «che sorge quando ad un soggetto è affidata la cura di altrui interessi ed il loro titolare non è in grado, o lo è solo limitatamente, di influenzarne l'azione»[22]

[19] A. Blandini, *Società quotate e società diffuse*, ESI, Napoli 2005, p. 220.

[20] U. Belviso, *L'informazione dei soci nelle società con azioni quotate (art. 130 d.leg. 24 febbraio 1998 n. 58)*, in «Riv. società», 2000, pp. 856 ss.

[21] V. Salafia, in *Assemblea degli azionisti e nuove regole del governo societario*, CEDAM, Padova 1999, p. 87. Sulla stessa linea sembra porsi P. Abbadessa, *Nuove regole in tema di procedimento assembleare e tutela delle minoranze*, in «Riv. società», 2002, pp. 170 ss., secondo cui il Tuf sarebbe andato nel senso di «rafforzare il ruolo dell'assemblea all'interno della società».

[22] C. Angelici, *La riforma delle società di capitali*, *Lezioni di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2003, pp. 7-8.

– nel nostro ordinamento il «potenziale conflitto» sembra sussistere tra maggioranza e minoranza, ovvero tra coloro che sono in grado di incidere sull'attività della società e coloro che invece rimangono estranei ad essa. Proprio la considerazione di tale «potenziale conflitto» tra maggioranza e minoranza è sembrata poter indurre ad un recupero della funzione dell'assemblea quale ineludibile momento di «confronto democratico»[23]. Quantomeno «sul piano logico»[24], in altri termini, gli stessi argomenti che conducono a giudicare l'assemblea come un organo in via di estinzione inducono a mantenerne la rilevanza all'interno degli equilibri di potere propri delle società aperte.

3. Uno spazio 'per' l'assemblea

Il continuo divenire e la mobilità dei confini della ripartizione di competenze tra assemblea e organo amministrativo nella società per azioni suggerisce di avvicinarsi all'analisi della relativa disciplina con un approccio sufficientemente 'eclettico', sulla scorta degli insegnamenti di Salvatore Satta, secondo cui «se la forza della matematica è quella di non essere un'opinione, la forza del diritto è invece proprio quella di essere un'opinione».

Tale chiave di lettura dovrebbe permettere all'interprete, innanzi tutto, di mantenere fermo il principio di realtà nell'esame del funzionamento concreto del sistema (accompagnando, se possibile, la verifica della disciplina positiva con quella derivante dalla prassi). In secondo luogo, potrebbe rivelarsi decisiva nell'esegesi delle norme di dettaglio – legislative e statutarie – figlie di quelle generali ma, ciò nonostante, talvolta disarmoniche rispetto a queste ultime. Inoltre, dovrebbe consentirgli di affrancarsi da possibili implicazioni ideologiche, particolarmente presenti nell'ambito di simili temi. Infine, dovrebbe essere in grado di guidare il giurista nella formulazione di spunti ricostruttivi che tengano conto degli assetti vigenti e si ripropongano di migliorarne il momento strutturale e quello funzionale.

Per altro verso, l'area dei rapporti tra gli organi sociali appare talmente vasta da non poter essere indagata senza fissare taluni punti di riferimento.

In senso 'orizzontale', quelli che si potrebbero definire quali «ritagli di competenze assembleari» in relazione alla gestione della società sono tuttora numerosi e piuttosto ampi, così come quelle 'zone grigie' insistenti tra il potere, generale, degli amministratori e quello, specifico e limitato,

[23] F. D'Alessandro, *Nuovo ruolo dell'assemblea*, in *Governo dell'impresa e mercato delle regole. Scritti giuridici per Guido Rossi*, Giuffrè, Milano 2002, I, p. 99.
[24] Blandini, *Società quotate*, cit., p. 222.

spettante all'assemblea (lo spazio 'dell''assemblea).

Dall'altro lato, sul piano 'verticale', più alta è la piramide del potere societario – con la concentrazione del potere di gestione in capo ad amministratori delegati o comitati esecutivi sovraordinati – più forte e 'consapevole' dovrebbe essere la base assembleare (lo spazio 'per' l'assemblea).

La disciplina del potere di gestione sul piano 'orizzontale' potrebbe essere efficacemente demandata alle specifiche previsioni statutarie. Seguendo le prime due manifestazioni dell'approccio sopra suggerito, attraverso il ricorso all'autonomia negoziale – già auspicato dal legislatore delegante all'inizio dello scorso decennio – sarebbe persino possibile integrare l'assetto delineato nel codice civile.

Il miglioramento della qualità del sistema sul piano 'verticale' – da condursi secondo le ultime due accezioni della chiave di lettura sopra chiarita – potrebbe invece avvenire *ex ante*, attraverso l'aumento degli obblighi e dei flussi informativi a carico del vertice nei confronti dell'assemblea. Oppure, a posteriori, estendendo le ipotesi di responsabilità, opportunamente puntualizzate, in capo a coloro sulle cui spalle l'intera struttura di governo della società si poggia (i soci di maggioranza, che presidiano lo spazio 'nell''assemblea).

Nella prima direzione il nostro legislatore – sulla scia di quello comunitario – è già fortemente orientato.

Nell'attuale disciplina si rinvengono peraltro anche spunti nel secondo senso: la figura del socio cogestore nella società a responsabilità limitata e la responsabilità dei soci di maggioranza nei gruppi di società rappresentano indizi certamente significativi dell'auspicata tendenza.

Abstract

Nell'ambito del grande tema relativo al potere di gestione della società per azioni, si offrono alcuni spunti utili alla verifica della sussistenza di una parte di quel potere in capo all'organo assembleare. Nonostante le principali previsioni codicistiche (artt. 2380-*bis* e 2364, 1° comma, n. 5, c.c.) sembrino relegare l'assemblea in posizione sostanzialmente aliena rispetto alla gestione della società, vi sono altre norme che continuano pur sempre a riservare all'assemblea poteri gestori talvolta significativi (definibili quali veri e propri 'ritagli di competenze'). D'altra parte, dottrina e giurisprudenza hanno costantemente individuato – e tuttora individuano – ulteriori 'spazi' riservati alla competenza assembleare, il cui terreno d'azione e le cui facoltà rispetto alla gestione della società potrebbero risultare, pertanto – anche a seconda delle dimensioni della società – persino più ampi di quanto il dettato legislativo suggerisca.

Roberto Simone

Il danno tanatologico e la ricerca del vero precedente. A proposito di una risalente pronuncia della Cassazione del Regno

Sommario: 1. Voci da un passato molto lontano – 2. La legittimazione all'azione per danni da morte al patrimonio: *iure proprio o iure hereditatis?* – 3. La tesi dell'irrisarcibilità dei danni morali: le Sezioni unite seguono la tesi di Gabba – 4. Danno non patrimoniale e ritorno al futuro

1. Voci da un passato molto lontano

Dopo il motivato dissenso espresso nel 2014 da una isolata, ma non per questo meno commendevole, pronuncia resa a sezione semplice[1], il tema del danno tanatologico nel corso del 2015[2] ha ritrovato il suo assetto tradizionale la cui cifra, icasticamente, può essere così sintetizzata: «La morte immediata non dà luogo a risarcimento del danno *iure hereditatis*».

Le origini storiche di questo orientamento ormai novantennale, come oggi ci ricordano le Sezioni unite, risale a Cass. S.U. 3475/1925[3], all'epoca presiedute da D'Amelio, ma riportata in auge da Corte costituzionale 372/199[4], Cass. 26973/2008[5] e Cass. 6754/2011[6]. Il dato da cui muove

[1] Cass. 23 gennaio 2014, n. 1361, in «Foro it.», 2014, I, col. 719, annotata da A. Palmieri *et al.*, anche in «Danno e resp.», 2014, p. 363, annotata da G. Ponzanelli e R. Foffa, postilla di R. Pardolesi e R. Simone; anche in «Corriere giur.», 2014, 761, con nota di G. Facci; in «Resp. civ. prev.», 2014, p. 492 (m), annotata da C.M. Bianca.
[2] Cass., sez. un., 22 luglio 2015, n. 15350, in «Foro it.», 2015, I, col. 2682, annotata da A. Palmieri *et al.*; anche in «Danno e resp.», 2015, p. 889, con note di V. Carbone *et al.*; in «Corriere giur.», 2015, p. 1206, con nota di F.D. Busnelli.
[3] Cass., sez. un., 22 dicembre 1925, n. 3475, in «Foro it.», 1926, I, col. 328.
[4] Corte cost. 27 ottobre 1994, n. 372, in «Foro it.», I, 1994, I, col. 3297, annotata da Ponzanelli; anche in «Corriere giur.», 1994, p. 1455, annotata da G. Giannini; in «Giust. civ.», 1994, I, p. 3029, annotata da F.D. Busnelli.
[5] Cass., sez. un., 11 novembre 2008, n. 26973, in «Foro it.», 2009, I, col. 123, annotata da A. Palmieri *et al.*
[6] Cass. 23 marzo 2011, n. 6754, in «Foro it.», 2011, I, col. 1035.

la Corte e che l'ha indotta a non doversi discostare dal mozartiano 'così fan tutte' è il seguente passaggio argomentativo, che si rinviene nella sentenza risalente al finire del primo quarto del XX secolo, «se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fino a quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un subbietto di diritto».

Il ragionamento è ispirato da una ferrea logica di tipo differenziale, la cui presenza innerva ancora oggi le aule di Piazza Cavour, quando con piglio estremamente didascalico si fa osservare che «è principio generale del nostro ordinamento che il risarcimento non deve arricchire, né impoverire il danneggiato. Tale principio è anche detto «principio di indifferenza», perché per la vittima dovrebbe essere pecuniariamente indifferente non patire il danno, ovvero patire il danno ma intascare il risarcimento»[7].

Sennonché, il richiamo a una tradizione pietrificata, che impone di applicare indistintamente la divaricazione tra danno evento e danno conseguenza anche al campo del non patrimoniale, non regge alla prova della ricognizione delle *rationes decidendi* enunciate dalla Corte di Cassazione del Regno.

2. La legittimazione all'azione per danni da morte al patrimonio: iure proprio o iure hereditatis?

Cass. 3475/1925 fu resa nell'ambito una vicenda che vide reiteratamente interessate la Corte di Appello di Palermo[8] e la Corte di Cassazione di Palermo[9]. In estrema sintesi, la Corte di Cassazione del Regno intervenne nel 1925 per annullare la pronuncia d'appello della Corte palermitana, che in sede di rinvio si era discostata dalla Corte di Cassazione di Palermo, e ribadire che in un caso di incidente ferroviario l'azione per il risarcimento del danno dei parenti della vittima è svolta *iure hereditatis* e non *iure proprio*. Diversamente, la Corte d'Appello in sede di rinvio aveva riconosciuto la legittimazione dei parenti anche *iure* proprio, ma a sua volta la Cassazione di Palermo nel dicembre 1918 aveva ritenuto esclusivamente la loro legittimazione *iure proprio*. Di qui la nuova impugnazione davanti alla Corte di Cassazione del Regno, che a Sezioni unite scolpì nel marmo una *ratio decidendi* di indubbio successo a giudicare con il senno di poi quanto è avvenuto sul versante del danno alla persona. Tema, quest'ultimo,

[7] Cass. 13 giugno 2014, n. 13537, in «Foro it.»., 2014, I, col. 2470, annotata da R. Pardolesi.
[8] Corte di Appello di Palermo 31 luglio 1924, in «Foro it.», 1924, I, col. 1046.
[9] Corte di Cassazione di Palermo 31 dicembre 1918, in «Foro it.», 1919, I, col. 171.

declinato all'epoca in termini di danni morali, ma pressoché sconosciuto nelle aule di giustizia come si dirà più avanti.

L'orientamento contrario a quello enunciato dalla Cassazione del Regno risultava all'epoca molto in voga nella giurisprudenza come si ricava dalle note redazionali a Corte di Appello di Palermo e Corte di Cassazione del Regno. Infatti, esso era stato adottato da Trib. Napoli 4 febbraio 1921, App. Roma 23 luglio 1921, Cass. Torino 5 novembre 1920[10], App. Catanzaro 5 maggio 1922[11], Trib. Milano 13 novembre, Cass. 19 febbraio e 18 maggio, App. Palermo 30 luglio 1923[12], nonché anche in epoca successiva al 1925 da App. Milano 18 gennaio 1924 e Trib. Venezia 30 luglio 1923[13].

Sta di fatto che l'argomento tradizionalmente speso ancora oggi per negare la risarcibilità sul piano non patrimoniale del danno da perdita della vita, ossia lo sbarramento all'ingresso di una perdita risarcibile a seguito del venir meno della capacità giuridica del soggetto che muore (in altri termini, il danno per essere risarcibile deve essere vissuto), poco rilevando che il decesso avvenga immediatamente o a breve distanza di tempo, non riguardava affatto la componente non patrimoniale del danno invocato, ma, per converso, le pretese di natura patrimoniale reclamate dai sopravvissuti.

In questa diversa traiettoria, si comprende la secca prosa della Cassazione del Regno: «se le azioni spettanti agli eredi, in tale qualità, non possono logicamente e giuridicamente essere se non quelle che avrebbe potuto esercitare il *de cujus*; ne segue che intanto è possibile l'esperimento *iure hereditatis* di un'azione di danni dipendenti dalla morte di una persona, in quanto il diritto al risarcimento fosse acquisito già a costei, nel momento del decesso. Ma se tali danni, in quanto derivanti dalla morte, non possono logicamente non essere a questa successivi, evidentemente assurda la concezione, rispetto ad essi, di un soggetto di diritto che più non esisteva quando i medesimi si verificarono. Ed allorché incontrario deducesi che l'azione di danni non nasce dalla morte, ma dalla lesione che ha causato la morte, e che fra questa e la lesione istessa deve pur sempre intercedere un intervallo di tempo che, pur quanto minimo fino all'attimo, è sufficiente a che, durante il suo corso, il lesionato acquisti diritto ai danni derivanti dalle lesioni; anziché contraddire i concetti anzidetti, si fornisce ad essi argomento di conferma».

Non è dato sapere, stante la mancata enunciazione del fatto nel corpo di quanto all'epoca oggetto di pubblicazione[14], quale fosse in concreto

[10] In «Rep. Foro it.» 1921, voce *Responsabilità civile*, nn. 88-90.
[11] In «Rep. Foro it.» 1922, voce cit., n. 112.
[12] In «Rep. Foro it.» 1923, voce cit. nn. 180-188, 162.
[13] In «Rep. Foro it.» 1924, voce cit., nn. 249, 283.
[14] Anche in «Giur. it.», 1926, I, 1, col. 328.

la pretesa patrimoniale avanzata anche *iure proprio* dai parenti, ma è ben noto come sotto questo profilo la curva della responsabilità civile si sia evoluta verso la tutela dell'aspettativa al mantenimento, altrimenti definibile in termini di pregiudizio da perdita del capitale umano (la somma dei redditi futuri, al netto delle imposte e della quota da destinare per il consumo personale)[15]. È certo, però, che al tema del danno non patrimoniale, all'epoca declinato come danno morale, fu dedicata ben altra motivazione.

3. La tesi dell'irrisarcibilità dei danni morali: le Sezioni unite seguono la tesi di Gabba

Con il quarto motivo si censurava la sentenza della corte palermitana, per aver ritenuto in sede di rinvio la risarcibilità dei danni morali puri, indipendentemente dalla loro ripercussione sul patrimonio del danneggiato, con evidente violazione del giudicato formatosi a riguardo e dei principi vigenti in materia. Sul punto, la quasi secolare pronuncia delle Sezioni unite così si esprime: «[…] la censura è pienamente fondata, sia perché la sentenza del tribunale, che aveva ritenuto la risarcibilità dei danni morali solo in quanto e per quanto aventi una ripercussione sul patrimonio del danneggiato, fu confermata dalla Corte del merito, con la sua prima sentenza, e questa, non denunciata al riguardo alla Cassazione, acquistò su tale punto autorità di cosa giudicata; sia perché, in ogni caso, precisamente nel senso di una risarcibilità dei danni morali, confinata nei limiti anzidetti, si è costantemente pronunciato questo Supremo Collegio, in base alla considerazione, in specie, che nota caratteristica essenziale di danni morali puri sia l'assenza di ogni diritto suscettibile di reintegrazione sotto forma di equivalente economico».

Dunque, in sede di merito la sentenza di primo grado aveva accolto il risarcimento dei danni morali solo «in quanto e per quanto» aventi ripercussione sul patrimonio del danneggiato e, sotto questo profilo, era stata confermata dalla Corte di Appello. Quanto poi questa affermazione fosse compatibile con l'effetto sbarramento della morte, poco sopra riportata, non è dato sapere a meno di una pretesa fatta valere *iure proprio.*

[15] V. da ultima Cass. 14 ottobre 2015, n. 20615 inedita, secondo cui «Il danno permanente da incapacità di guadagno non può essere liquidato in base ai coefficienti di capitalizzazione approvati con r.d. 9 ottobre 1922, n. 1403, i quali a causa dell'innalzamento della durata media della vita e dell'abbassamento dei saggi di interesse non garantiscono l'integrale ristoro del danno, e non sono perciò consentiti dalla regola di integrale risarcimento di cui all'art. 1223 c.c.».

Sta di fatto che rispetto ai danni morali puri, ossia quelli privi di ripercussione sul patrimonio, l'orientamento all'epoca era pianamente consolidato nel senso indicato della loro irrisarcibiltà per l'assenza di ogni diritto suscettibile di reintegrazione sotto forma di equivalente economico. La Cassazione del Regno aveva ben chiaro come rispetto ai danni morali puri non fosse possibile parlare di reintegrazione in forma di equivalente economico. In altri termini, la funzione compensativa della responsabilità civile non poteva dispiegare le sue virtù, proprio perché il danneggiato, diremmo oggi, non può essere indifferente tra subire la lesione o ricevere il suo supposto equivalente economico.

D'altro canto, in un'epoca di nascente industrializzazione ed in cui il danno alla persona era apprezzato solo in funzione dell'incidenza sulla sua capacità reddituale, era più che comprensibile la chiusura delle Sezioni unite con tanto di sigillo impresso dalla dottrina del Gabba all'epoca imperante, nettamente contraria alla risarcibilità dei pregiudizi morali, poiché «dall'idea di danno non è separabile l'idea di un effetto penoso durevole, cioè di una diminuzione durevole di benessere, sia morale, sia materiale, durevole effetto, durevole diminuzione fintanto che risarcita non sia, se risarcire si può […] le offese al decoro, alla libertà personale, i patemi dell'animo sono fenomeni ed effetti morali passeggeri, mentre sono invece durevoli fenomeni ed effetti morali quegli altri accennati prima»[16]. Tesi fatta propria dalla Cassazione a Sezioni Unite nel 1924[17] proprio facendo leva sulla tesi del carattere transeunte del pregiudizio di natura morale, ribadita da Corte cost. 372/1994 e scardinata da Cass. S.U. 26973/2008.

Si può allora sostenere che l'argomento da cui si sono prese le mosse, ossia che «se è alla lesione che si rapportano i danni, questi entrano e possono logicamente entrare nel patrimonio del lesionato solo in quanto e fino a quando il medesimo sia in vita. Questo spentosi, cessa anche la capacità di acquistare, che presuppone appunto e necessariamente l'esistenza di un subbietto di diritto», abbia ben poco a che vedere con la problematica della risarcibilità del danno non patrimoniale tanatologico reclamato *iure hereditatis* dai sopravvissuti della vittima del sinistro, poiché, si ribadisce, si tratta di affermazione fatta con riferimento a pretese patrimoniali affatto estranee al tema del danno da perdita della vita in quanto tale.

[16] G.F. Gabba, in «Giur. it.», 1896, I, 2, p. 581. Tesi avversata, tuttavia, da A. Minozzi, *Studio sul danno non patrimoniale*, Società editrice libraria, Milano 1901, p. 45 e da G.C. Consolo, *Trattato del risarcimento del danno in materia di delitti e quasi delitti*, UTET, Torino 1908, p. 229.

[17] Cass. 20 ottobre 1924, in «Giur. it.», 1924, I, 1, col. 952.

4. Danno non patrimoniale e ritorno al futuro

Una volta chiarito che il precedente, a cui ha arriso una fortuna davvero straordinaria, non è punto invocabile, forse è venuto il tempo che anche il diritto privato, che è il diritto dell'individuo, possa essere messo in condizione di non essere schiavo delle categorie[18], nella specie quella del danno conseguenza, e poter fornire una diversa risposta ad un problema, la cui attuale soluzione rimorde alla coscienza sociale. Per dirla con le parole di Cass. 1361/2014 «il risultato ermeneutico raggiunto dal prevalente orientamento giurisprudenziale appare non del tutto rispondente all'effettivo sentire sociale nell'attuale momento storico», prendendo atto che «il danno non patrimoniale non si presta ad essere conseguenza del fatto lesivo nello stesso senso in cui lo è il danno patrimoniale»[19]. Il diritto alla vita, al pari di tutti gli altri diritti della personalità, è connotato da una non esteriorità rispetto al suo titolare[20], sì che all'inevitabile rilevanza in sé della lesione dovrà seguire il problema della quantificazione del pregiudizio.

È giunto il momento di riscoprire, in parallelo con la funzione compensativa, ma senza per questo agitare lo spettro dei danni punitivi, i possibili margini operativi per quel tanto di deterrenza/prevenzione generale della responsabilità civile[21], offerti dall'art. 2059, c.c., destinato a far fronte alle lesioni di valori non misurabili in termini economici[22], almeno per come

[18] Si legga il monito di N. Lipari, *Danno tanatologico e categorie giuridiche*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2012, pp. 523 ss. V. anche in *Le Categorie del diritto civile*, Giuffrè, Milano 2013, pp. 212 ss. A proposito dell'eccessivo rilievo dato alle categorie nel desiderio di dar vita «a un mondo troppo ordinato, concepito in maniera troppo sistematica e troppo armoniosa per corrispondere alla realtà» v. J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, The University of Michigan Press, Ann Arbor 1968, trad. it. di R. Giurato, *Gli oracoli del diritto*, Istituto italiano per gli studi filosofici, Napoli 2014.

[19] Cfr. R. Pucella, *Lesione del valore-persona e danno conseguenza: un'architettura da rimodernare*, in «Riv. crit. dir. priv.», 2015, p. 60, il quale a sua volta richiama C. Salvi, *Il risarcimento integrale del danno non patrimoniale, una missione impossibile. Osservazioni sui criteri per la liquidazione del danno non patrimoniale*, in «Europa e dir. priv.», 2014, p. 527.

[20] In questa direzione già si esprimeva A. De Cupis, *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano 1950, pp. 22 ss.

[21] Una prima apertura si rinviene in Cass. 15 aprile 2015, n. 7613, nelle Banche dati del «Foro it.», secondo cui «Le *astreintes* previste in altri ordinamenti (nella specie in quello belga), dirette ad attuare, con il pagamento di una somma crescente con il protrarsi dell'inadempimento, una pressione per propiziare l'adempimento di obblighi non coercibili in forma specifica, sono compatibili con l'ordine pubblico italiano, rinvenendosene nell'ordinamento statale analoghe previsioni, generali e speciali».

[22] V. da ultimo F.D. Busnelli, *Tanto tuonò, che… non piovve. Le Sezioni Unite sigillano il sistema* (nota Cass. Sez. un. 15 luglio 2015, n. 15350), in «Corriere giur.», 2015, p. 1211.

siamo abituati a ritenerli alle nostre latitudini, a meno di non voler accedere ad una prospettiva basata sul principio del rischio equivalente con tanto di approdo alla nozione di valore di una vita statistica[23].

Nondimeno, pur in assenza di un danno conseguenza misurabile in termini di perdita del patrimonio (economico), al cospetto di un pregiudizio alla persona di natura non patrimoniale si può parlare di risarcimento, e non di punizione, perché in questo caso non si dà un prezzo ad un bene, il cui pagamento darebbe l'immagine di un mercato dove si scambia denaro contro la sofferenza, ma si fissa un costo in grado di generare un effetto preventivo sui potenziali danneggianti (sarà un sistema di filtraggio di fumi e polveri, ma anche un incremento del premio assicurativo fino all'espulsione dal mercato assicurativo) con un miglioramento generale del sistema di protezione e forse qualche vittima in meno da seppellire.

Abstract

Il tema del danno tanatologico su cui di recente sono intervenute le Sezioni unite trova la sua radice in una risalente pronuncia del 1925, in base alla quale non è possibile attribuire ai sopravvissuti per titolo ereditario quello che non spettava al *de cuius* prima di morire. Sta di fatto che il principio di diritto all'epoca fu enunciato con riferimento alle pretese di natura patrimoniale azionate dai sopravvissuti e, quindi, non ha alcuna attinenza con l'odierno problema del risarcimento del danno non patrimoniale da perdita della vita, che può trovare una più articolata risposta nell'ambito della riscoperta della duplice funzione compensativa e deterrente della responsabilità civile.

[23] Su cui si rinvia alle stimolanti osservazioni economiche di I. Musu, *Analisi economica della responsabilità civile e valore del danno da morte* (nota a Cass. 22 luglio 2015, n. 15350), in «Foro it.», 2015, I, col. 3513, e a quelle medico-legali di D. Roncali, *Il danno da morte: riflessioni medico-legali* (nota a Cass. 22 luglio 2015, n. 15350), *ibid.*, col. 3518.

Hadrian Simonetti

Esecuzione delle pronunce CEDU e 'riapertura' del procedimento e del processo amministrativo: verso una nuova ipotesi di revocazione?

SOMMARIO: 1. Il sistema di esecuzione delle pronunce CEDU – 2. Il rimedio dell'ottemperanza e la 'riapertura' del procedimento amministrativo come modalità di esecuzione – 3. segue. La revocabilità della sentenza amministrativa, per contrasto con la pronuncia CEDU, al vaglio della Corte costituzionale

1. Il sistema di esecuzione delle pronunce CEDU

Il mio intervento ha ad oggetto il tema dell'esecuzione delle sentenze CEDU e le conseguenze che possono determinarsi nei confronti del giudicato interno, con particolare riferimento al diritto amministrativo.

Il discorso prende le mosse dall'art. 46 della Convenzione e dall'obbligo, ivi affermato, per gli stati contraenti, di conformarsi alle sentenze della Corte pronunciate sulle controversie nelle quali sono parti.

Quanto alle sentenze pronunciate sulle controversie in cui il singolo stato non è parte, per esse non si pone un problema di esecuzione ma di interpretazione della giurisprudenza europea. La distinzione, in teoria netta, tra autorità di cosa giudicata e autorità di 'cosa interpretata', non di rado tende tuttavia a scolorire in quanti riconoscono alla giurisprudenza della Corte un'efficacia *erga omnes,* che andrebbe al di là del caso concreto, quasi a compensare per tale via il divieto di diretta applicazione delle norme convenzionali (e conseguente disapplicazione delle norme interne con esse contrastanti) che, come noto, rappresenta ancora un punto fermo nella giurisprudenza costituzionale, che vale a differenziare la norma CEDU da quella eurounitaria ad effetto diretto.

Per restare al tema dell'esecuzione e dell'art. 46, le sentenze, benché abbiano effetti dichiarativi e non si traducano in un vero e proprio dispositivo di condanna, recano la formula della violazione accertata cui si può accompagnare – in una casistica comprensibilmente molto varia – l'affermazione dell'obbligo di pagare una certa somma o di adottare determinate

misure (sul carattere comunque precettivo delle sentenze della Corte v. Cass. civ. 19985/2011).

È noto ed è ricavabile dall'art. 41 della Convenzione il favore per la *restituito in integrum* e quindi per la tutela reale, in luogo del pagamento dell'equivalente monetario. Anche se la prassi è stata a lungo nel senso di ritenere comunque soddisfacente il solo pagamento dell'equivalente. Sino a quando, al principio del nuovo secolo, si è cominciato a reagire con maggiore energia a tale prassi, recuperando il carattere prioritario della *restitutio in integrum* (si veda per una ricostruzione della vicenda Corte cost., n. 210/2013).

Qualunque riflessione sull'esecuzione delle sentenze CEDU deve fare i conti con l'estrema varietà dei tipi di sentenza: dal semplice accertamento della violazione di un diritto, accertamento che potrebbe essere già da solo satisfattivo, al riconoscimento di un equivalente pecuniario; dalla necessità di adottare una specifica misura individuale alla individuazione di cause strutturali e al suggerimento di misure generali per porvi rimedio, in particolare (ma non esclusivamente) attraverso le cc.dd. sentenze pilota.

A loro volta, la varietà dei tipi di sentenza CEDU sono conseguenza della natura (istantanea o continuata, procedurale o sostanziale) delle violazioni accertate e delle cause di dette violazioni: se episodiche e legate al singolo esercizio del potere amministrativo o di quello giurisdizionale interno oppure strutturali e frutto di prassi giudiziarie o amministrative diffuse e consolidate o, ancora, dipendenti da previsioni o lacune legislative.

A differenza del regime previsto per le sentenze della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, le sentenze CEDU non hanno efficacia esecutiva diretta all'interno degli stati contraenti. Il ricordato obbligo di conformarsi, ai sensi dell'art. 46, fonda piuttosto un sistema di esecuzione indiretto, nel quale gli stati debbono dare esecuzione alle sentenze ma sono liberi di scegliere attraverso quali modalità farlo, sebbene l'adozione e la scelta di tali modalità sia poi soggetta al controllo del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa e in ultima analisi della stessa Corte.

Sul piano interno, il compito di coordinare e promuovere gli adempimenti necessari per dare esecuzione alle pronunce della Corte è stato attribuito, già da alcuni anni, alla Presidenza del Consiglio dei Ministri (v. l. n. 12/2006, che ha modificato la l. 400/1988) ed è prevista un'azione di rivalsa, esercitabile dallo stato nei confronti delle regioni, degli enti locali e degli altri enti pubblici, per le condanne al pagamento di somme pecuniarie determinate da violazioni della CEDU imputabili a tali enti (v. art. 43, u.c., l. 234/2012 e, in precedenza, art. 16-*bis*, co. 5°, l. 11/2005).

La maggiore attenzione per il momento dell'esecuzione delle sentenze

CEDU è testimoniato inoltre dalle modifiche apportate all'art. 46 della Convenzione, per effetto del protocollo n. 14.

Se in origine la fase di esecuzione era lasciata essenzialmente alla sfera politica, oggi quella stessa fase, almeno in una certa misura, risulta 'giurisdizionalizzata' sia con la possibilità, da parte del Comitato dei Ministri, di adire la Corte affinché si pronunci sull'interpretazione della propria sentenza, laddove sia sorta una difficoltà di interpretazione; sia, in caso di rifiuto di conformarsi, attraverso la previsione di una sorta di procedura d'infrazione, attivabile sempre dal Comitato dei Ministri.

Nell'uno come nell'altro caso, peraltro, l'iniziativa del Comitato dei Ministri necessita di una maggioranza qualificata piuttosto elevata. E, soprattutto, siamo al cospetto di rimedi che possono essere azionati solamente su impulso del Comitato e non da parte dei singoli stati e, meno ancora, dei singoli individui.

Ricordavamo come l'obbligo di conformazione ricada sullo Stato nel suo complesso e, al suo interno, sull'organo cui è da imputare la decisione, il provvedimento o il comportamento giudicato lesivo dalla sentenza della Corte.

Potrà essere il legislatore, al cospetto di carenze di sistema suscettibili di generare violazioni seriali e che necessitano di misure altrettanto generali: si pensi alle normative adottate nei vari paesi aderenti e che prevedono, ad esempio, la revisione dei processi penali e, in taluni ordinamenti, anche la riapertura dei processi civili ed amministrativi; per l'Italia si pensi all'introduzione della legge Pinto (la n. 89 del 2001) quale mezzo di riparazione alla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo o alla disciplina sull'acquisizione sanante per chiudere con l'esperienza dell'accessione invertita di origine pretoria (art. 42-*bis* del T.U. espropriazioni).

Potrà essere l'autorità amministrativa, qualora la causa della lesione sia da ricercare sul piano dell'organizzazione o in un atto amministrativo puntuale, anche nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela.

Infine, se la violazione è conseguenza della pronuncia di un organo giurisdizionale, l'obbligo di conformazione deve fare i conti con il giudicato nazionale; anche se non sempre, potendovi essere provvedimenti interni che non raggiungono la definitività tipica del giudicato come, ad esempio, in materia di volontaria giurisdizione.

L'esperienza documenta, molto spesso, l'inerzia o il ritardo del legislatore e un ruolo di supplenza necessariamente svolto dagli organi giurisdizionali, specialmente in ambito penale, dove si sono registrati i casi più delicati di violazione delle norme della convenzione e dove maggiore è stato lo sforzo di trovare soluzioni di diritto processuale interno (dalla rimessione in termini

per impugnare ai sensi dell'art. 175, c.p.p., all'ineseguibilità della condanna a norma dell'art. 670, c.p.p.), sino a prospettare e poi a riconoscere, da parte della Corte costituzionale, la possibilità di rimuovere il giudicato nazionale (v. la n. 113/2011 che ha dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 630, c.p.p. nella parte in cui non prevede la revisione della sentenza penale di condanna al fine di consentire la riapertura del processo ove ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva EDU; v., altresì, oltre alla ricordata n. 210/2013 la n. 49/2015).

2. Il rimedio dell'ottemperanza e la 'riapertura' del procedimento amministrativo come modalità di esecuzione

Fin qui il discorso in generale.

Con specifico riferimento al diritto amministrativo, si sono poste e si vanno ponendo negli ultimi tempi almeno tre questioni di indubbio rilievo.

La prima concerne la possibilità di utilizzare il rimedio interno dell'ottemperanza per dare esecuzione alle sentenze della EDU pronunciate nei confronti del nostro stato.

Una recente pronuncia del Consiglio di Stato (sez. IV, n. 2866/2015), e prima ancora una pronuncia del Tar Sicilia, sez. Catania dello scorso anno (n. 424/2014), hanno escluso tale possibilità per diversi motivi quali: sul piano sovranazionale l'esistenza di un sistema di esecuzione compiuto che sarebbe disciplinato già dall'art. 46 citato; sul piano del diritto interno il dato testuale dell'art. 112, c.p.a., che non menziona le sentenze della EDU; infine il rilievo, più in generale, che l'attuazione delle sentenze tramite lo spontaneo adempimento degli Stati sia il modulo operativo tipico delle giurisdizioni internazionali (nel senso che «gli effetti delle conseguenti decisioni si svolgono e si esauriscono sul piano sopranazionale, pur quando si concretino nell'obbligo dello Stato soccombente ad adottare interventi riparatori in favore del ricorrente» v., già, Cons. St., sez. I, parere n. 9.4.2003, n. 1926/02).

In senso contrario si è peraltro osservato che l'obbligo di conformarsi di cui all'art. 46 è espressione che evoca l'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo e che il sistema di esecuzione delle sentenze EDU, per quanto rafforzato dalle recenti modifiche, non offre al singolo individuo una via di accesso diretta (che non sia un'istanza al Comitato dei ministri o, sul piano interno, la possibile attivazione della procedura del silenzio); che il dato testuale dell'art. 112, c.p.a. non è determinante, se

pensiamo come non sia stato determinante, ad esempio, nel caso dell'esecuzione delle decisioni rese sul ricorso straordinario, di cui è ora ammesso il rimedio dell'ottemperanza; infine che, su un piano più generale, il Sistema CEDU già fuoriesce, per molti aspetti, dalla tradizione del diritto internazionale.

La seconda questione concerne l'esercizio dei poteri di autotutela della p.a. a seguito di una sentenza EDU che abbia accertato l'esistenza di una violazione: ad esempio per rimuovere un precedente atto amministrativo di cui il giudice interno non abbia accolto la domanda di annullamento giurisdizionale o, ma qui il discorso si complica, per dare esecuzione al una decisione EDU che abbia bisogno dell'adozione di una misura organizzativa.

In questo caso c'è da chiedersi se siamo al cospetto di un'ipotesi di autotutela vincolata o discrezionale. Sembrerebbe doversi rispondere che siamo in presenza di un nuovo caso di autotutela vincolata, che si aggiunge a quelli già noti dell'atto anticomunitario; dell'atto disapplicato dal giudice civile; dell'atto oggetto di un controllo successivo negativo da parte del giudice contabile. Con la conseguenza che l'istanza del privato farebbe sorgere un vero e proprio obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, la cui inerzia potrebbe essere impugnata con il rito del silenzio. E, tuttavia, bisogna anche fare i conti con eventuali controinteressati, beneficiari dell'atto iniziale, e con i limiti temporali, divenuti più stringenti con la riforma di cui alla l. 124/2015, posti dall'art. 21-*nonies* della l. 240/1990 per l'annullamento in autotutela di atti loro favorevoli, tanto più se questi controinteressati siano rimasti estranei al giudizio svoltosi dinanzi alla Corte di Strasburgo.

3. La revocabilità della sentenza amministrativa, per contrasto con la pronuncia CEDU, al vaglio della Corte costituzionale

La terza ed ultima questione concerne la possibilità di prevedere un nuovo caso di revocazione per l'impugnazione delle sentenze del giudice amministrativo in contrasto con il giudicato EDU, alla base della questione di legittimità costituzionale dell'art. 106, c.p.c., in combinato disposto con l'art. 395, c.p.c., sollevata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (ordinanza 2/2015).

È il tema più ampio dell'erosione del (mito del) giudicato, che non è di esclusivo appannaggio del diritto CEDU ma che, come noto, è stato discusso attentamente nell'ultimo decennio anche dagli studiosi del diritto dell'Unione Europea all'indomani di alcune sentenze della Corte di Giustizia (la più famosa è probabilmente la sentenza Lucchini del 2007

dove, peraltro, ad essere sanzionato era stato soprattutto l'inadempimento all'obbligo di rinvio pregiudiziale) nelle quali il primato del diritto UE è sembrato minacciare il principio dell'intangibilità del giudicato, giungendo sino alla disapplicazione dell'art. 2909, c.c.; ed è un tema che ha conosciuto anche una rilevanza sul piano del diritto internazionale 'puro', alla luce di una sentenza della Corte internazionale di Giustizia del 2012.

Per quanto possa apparire paradossale, si deve infatti distinguere tra il giudicato che viola i diritti umani, e in qualche modo va rimosso, e il giudicato che ha accertato la responsabilità di uno Stato per violazione grave dei diritti umani e che tuttavia potrebbe essere non di meno rimosso, ove si continuasse a riconoscere in favore degli stati la regola consuetudinaria dell'immunità.

Se la nostra attenzione è qui concentrata sulla prima evenienza, non è forse inutile ricordare l'altra ipotesi, e quindi la nota sentenza della Corte internazione di Giustizia del 3 febbraio 2012 con cui si è dichiarato che lo Stato italiano, negando a quello tedesco, a partire dalla sentenza *Ferrini* della Cassazione a sezioni unite n. 5044/2004, l'immunità nelle cause risarcitorie instaurate in relazione alle violazioni dei diritti fondamentali compiute dalle forze armate sul territorio italiano durante il secondo conflitto mondiale, si era reso inadempiente all'obbligo (in tesi) derivante dal diritto internazione consuetudinario di assicurare l'immunità giurisdizionale degli stati per gli atti costituenti esercizio di un potere di imperio.

Nel dare esecuzione alla decisione della Corte internazionale era stata approvata la l. n. 5/2013 con cui, all'art. 3, si era previsto, (oltre alla rilevabilità d'ufficio del difetto di giurisdizione nelle controversie ancora pendenti davanti ai giudici italiani) per le sentenze di condanna già passate in giudicato, un nuovo motivo di revocazione straordinaria.

Tale articolo è stato però dichiarato illegittimo dalla Corte costituzionale (sent. n. 238/2014), portando alle sue estreme conseguenze la nota teoria dei controlimiti, sicché quell'ipotesi di revocazione straordinaria è stata espunta dal nostro ordinamento.

Anche con riferimento al diritto UE si è proposto di introdurre una nuova ipotesi di revocazione delle sentenze. Ma qui l'effetto diretto delle norme UE, e delle sentenze della Corte di Giustizia che le interpretano, comportando la disapplicazione della norma nazionale in contrasto, compreso l'art. 2909, c.c., potrebbe essere già sufficiente.

Nel caso del diritto CEDU, mancando l'effetto diretto, si deve passare attraverso l'incidente di costituzionalità, assumendo come parametro l'art. 117, co. 1° e le disposizioni CEDU come norme interposte, purché però tali disposizioni siano a loro volta conformi a Costituzione.

In un precedente di non molti anni prima dell'Adunanza plenaria del 2015, il Consiglio di Stato aveva ritenuto che il principio dell'irretrattabilità del giudicato, la cui copertura costituzionale era stata individuata nell'art. 111 della nostra Carta, non potesse ritenersi travolto dalle norme della Convenzione, derivandone altrimenti un inammissibile contrasto con la Costituzione stessa (v. IV, n. 303/2008).

L'ordinanza 2/2015 sembra superare questa posizione, ammettendo la possibilità che, attraverso una nuova ipotesi di revocazione straordinaria, il giudicato sia sacrificato, laddove – vi si legge – «la rimozione del giudicato si appalesi quale unico mezzo utile per rimuovere le perduranti violazioni di diritti fondamentali, analogamente a quanto si è riconosciuto in ambito penale».

Il precedente del giudicato penale contrastante con la CEDU, e della sua cedevolezza attraverso il ricorso per revocazione introdotto dalla sentenza additiva della Corte costituzionale n. 113/2011, non deve peraltro essere assolutizzato e non è forse, quindi, del tutto scontato che l'esito del giudizio di costituzionalità, avente ad oggetto il giudicato amministrativo (ma con effetti anche su quello civile, avendo ad oggetto l'art. 395, c.p.c.), debba essere identico.

Un conto è infatti il giudicato penale di condanna, che tocca direttamente la libertà personale dell'individuo, altro è il giudicato civile e quello amministrativo, dove i beni in gioco sono differenti e tendenzialmente meno inviolabili. E dove – soprattutto nel giudizio civile, ma non di rado anche in quello amministrativo – la lite è tra due o più soggetti (privati) che si contendono il medesimo bene della vita e, nei cui confronti, il giudicato costituisce l'accertamento in ordine alla spettanza del diritto in funzione di certezza. Sicché l'eventuale rimozione del giudicato a beneficio di una parte rappresenta inevitabilmente un pregiudizio per l'altra.

Un altro elemento meritevole di considerazione è dato dal tipo di violazione riscontrata, potendosi graduare gli effetti del giudicato CEDU, sul giudicato nazionale, tanto più se civile o amministrativo, distinguendo, ad esempio, a seconda che la violazione sia tipo procedurale o sostanziale.

Come sembrerebbe doversi distinguere anche a secondo del grado di maturazione dell'indirizzo seguito dalla Corte EDU, valutando se si è in presenza di un orientamento già consolidato oppure se la pronuncia presenta piuttosto caratteri di novità, tali da lasciare all'interprete interno un maggiore margine di apprezzamento (v. già Corte cost., n. 49/2015).

Il discorso si lega anche al nodo da sciogliere circa gli effetti del giudicato EDU, se sia destinato ad operare solo in favore del ricorrente vittorioso oppure si estenda a quanti si trovano nella sua stessa situazione pur non

essendosi rivolti ai giudici di Strasburgo.

Sono questi soltanto alcuni dei molti dubbi che accompagnano l'interprete stretto in quella che è stata definita efficacemente come la «morsa delle fonti», per sciogliersi dalla quale appare inevitabile un dialogo sempre più intenso tra le corti.

In questa prospettiva, la ratifica del 16° protocollo, che disegna per le giurisdizioni superiori nazionali una sorta di pregiudiziale interpretativa CEDU attraverso la richiesta di un parere consultivo (per quanto non vincolante), potrebbe offrire nuove chiavi di lettura e più efficaci strumenti di raccordo, prevenendo tra l'altro proprio il verificarsi di contrasti tra giudicati.

Abstract

Lo scritto, che costituisce una versione riveduta e corretta dell'intervento svolto all'Incontro tra i Consigli di Stato italiano e francese tenutosi a Roma il 9 ottobre 2015, muove dall'inquadramento generale del sistema di esecuzione delle pronunce CEDU e dall'accentuarsi, nel corso del tempo, delle forme direstitutio *in integrum*; per poi esaminare quali conseguenze specifiche questa linea di tendenza generale possa determinare sia sui poteri di autotutela delle pubbliche amministrazioni che all'interno del giudizio amministrativo. In tale secondo ambito è al vaglio della Corte costituzionale la possibilità di introdurre, attraverso una sentenza di tipo additivo sull'esempio della n. 113/2011, una nuova ipotesi di revocazione del giudicato amministrativo, laddove in contrasto con una pronuncia CEDU.

Maria Laura Spada

La vendita forzata immobiliare riformata dal decreto legge n. 83 del 2015 [*]

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Le modifiche alla fase di autorizzazione alla vendita – 3. Segue. La nuova ordinanza di autorizzazione alla vendita – 4. Le nuove forme di pubblicità nell'espropriazione immobiliare – 5. La nuova vendita senza incanto e il rinnovato ruolo dell'assegnazione – 6. I nuovi provvedimenti relativi alla aggiudicazione – 7. Provvedimento di amministrazione giudiziaria o di incanto – 8. La 'nuova' delega delle operazioni di vendita

1. Premessa

Il d.l. n. 83 del 2015, convertito con modificazioni in l. 132/2015 e recante «*Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*», ha introdotto importanti novità nell'ambito del processo esecutivo immobiliare[1].

Le nuove disposizioni perseguono l'obiettivo di migliorare l'efficienza delle procedure di esecuzione forzata di beni immobili e in particolare di predisporre una procedura di vendita più veloce e più accessibile ai potenziali acquirenti «attraverso un ammodernamento delle forme di pubblicità, l'istituzione di un portale delle vendite pubbliche, la modifica dei criteri di aggiudicazione dei beni, una significativa riduzione dei termini stabiliti per il compimento di adempimenti procedurali»[2].

[*] Il presente lavoro è in corso di pubblicazione, quale aggiornamento on line del volume «*Misure urgenti per la funzionalità e l'efficienza della giustizia civile*» (d.l. 12 settembre 2014, n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014, n. 162) a cura di D. Dalfino, Giappichelli, Torino 2015.

[1] Il decreto legge del 27 giugno 2015 n. 83, pubblicato nella G.U. del 27 giugno 2015, n. 147 è stato convertito, con modificazioni, nella legge del 5 agosto 2015, n. 132, pubblicata nella G.U. del 20 agosto 2015 n. 192 – Suppl. Ord. n. 50. In generale, per un confronto tra vecchia e nuova disciplina anche a seguito delle ulteriori modifiche apportate dalla legge di conversione, v., *Tutte le modifiche al codice di rito*, in «Guida al Diritto», 2015, n. 37.

[2] Così, espressamente, nella parte introduttiva del testo del d.l. 83/2015, dove peraltro

In sostanza, si tratta di un nuovo sistema di liquidazione dei beni immobili diretto a soddisfare rapidamente il creditore ma soprattutto a consentirgli di vedere saldato il proprio credito senza subire il rischio di un deperimento o di una eccessiva svalutazione dei beni pignorati.

2. Le modifiche alla fase di autorizzazione alla vendita

Il legislatore, al fine di rendere più celere ed agevole la fase di liquidazione dei beni esecutati, è intervenuto sulla fase autorizzativa della liquidazione stessa sia riducendo alcuni termini processuali, sia innovando i contenuti dell'ordinanza di vendita e della relazione di stima dell'esperto.

Sotto quest'ultimo profilo, appare ragionevole ritenere che lo scopo del legislatore sia quello di rafforzare l'informativa diretta ai potenziali acquirenti che, indubbiamente, rappresentano i soggetti fondamentali della procedura esecutiva, soprattutto in chiave deflativa rispetto alle eventuali azioni esperite dall'aggiudicatario tese a far valere la mancanza di qualità del bene.

Per quanto concerne la fase di autorizzazione alla vendita, l'art. 13, comma 1°, lett. *n*) del d.l. 83/2015 ha, in primo luogo, dimezzato sia il termine per il deposito della documentazione ipocatastale, sia i termini di proroga che eventualmente possono essere concessi su richiesta di parte o d'ufficio dal giudice.

L'art. 567, 2° co., c.p.c., modificato dalla normativa in commento, dispone, infatti, che l'allegazione dei documenti ipocatastali ovverosia il deposito dell'estratto del catasto e dei certificati delle iscrizioni e trascrizioni relative all'immobile pignorato nei venti anni anteriori alla trascrizione del pignoramento (nonché i certificati notarili sostitutivi), dovrà essere effettuata a cura del creditore che richiede la vendita, non più entro centoventi giorni ma «entro sessanta giorni dal deposito del ricorso […]».

La norma novellata, nel comma successivo, stabilisce inoltre che il termine può essere prorogato una sola volta su istanza dei creditori o dell'esecutato, per giusti motivi e per una durata non superiore «ad ulteriori sessanta giorni» e ciò in luogo dei centoventi giorni previsti dalla previgente disciplina. Pure nell'ipotesi di proroga c.d. 'd'ufficio' ovverosia quella assegnata dal giudice al creditore, quando ritiene che la documentazione da questi depositata debba essere completata, potrà essere concessa per un termine non superiore a «sessanta giorni».

si specifica che sussiste una «straordinaria necessità e urgenza di emanare disposizioni per migliorare l'efficienza delle procedura di esecuzione forzata […]».

La nuova soluzione normativa risponde, senza dubbio, all'esigenza di velocizzare il processo di espropriazione immobiliare.

In sostanza, si introduce nel quadro normativo delineato dal codice di rito e dalla legge di riforma del 2005/2006, un termine di allegazione che, pur restando differibile nei casi tassativamente previsti, è certamente, almeno sotto il profilo della durata, molto più rigido di quello già esistente.

Il sistema della 'drastica' riduzione dei termini processuali nell'ambito dell'espropriazione immobiliare è stato adoperato dal legislatore anche per quel che concerne la nomina dell'esperto e la fissazione dell'udienza per l'autorizzazione alla vendita.

Sotto questo profilo, infatti, il novellato primo comma dell'art. 569, c.p.c., dispone che il giudice dell'esecuzione, non già entro trenta giorni come accadeva in passato, ma entro «quindici giorni» dall'avvenuta allegazione dei certificati ipocatastali deve contestualmente nominare l'esperto e fissare l'udienza di comparizione delle parti (e dei creditori iscritti che non siano intervenuti). Muta, conseguentemente, anche il termine tra la data del suddetto provvedimento di nomina e la data fissata per l'udienza stessa non potendo decorrere, tra l'uno e l'altra, più di «novanta giorni» a fronte dei centoventi stabiliti dalla norma previgente.

È noto come la fissazione della data di udienza determina, a ritroso, il termine per il deposito e la comunicazione, da parte dell'esperto, della sua relazione che, ai sensi del nuovo articolo 173-*bis*, disp. att. c.p.c., dovrà avvenire «almeno *trenta giorni prima* dell'udienza fissata ai sensi dell'articolo 569 del codice».

Un importante cambiamento è stato introdotto dal legislatore anche per quel che concerne l'art. 568, c.p.c. ovvero in tema di determinazione del valore dell'immobile pignorato. Quest'ultimo, in particolare, dovrà essere determinato dal giudice non più sulla base di una «stima legale» calcolata secondo criteri presuntivi, ma facendo riferimento all'effettivo valore di mercato del bene e precisamente, ai sensi del primo comma dell'art. 568, c.p.c., «[…] sulla base degli elementi forniti dalle parti e dall'esperto nominato ai sensi dell'articolo 569, primo comma»[3]. Nella determinazione del valore di mercato, l'esperto, ai sensi del secondo comma dell'art. 568, c.p.c., dovrà procedere al calcolo della superficie dell'immobile nonché alla determinazione del suo valore al metro quadro evidenziando «analiticamente», come espressamente disciplinato dalla norma novellata,

[3] Nell'art. 568, c.p.c. scompare, quindi, il richiamo all'art. 15, c.p.c., presente nella previgente versione della norma, con la conseguenza che il calcolo basato su rendita catastale e reddito dominicale è oggi sostituito da una modalità analitica di determinazione del 'reale' valore di mercato del bene.

gli «adeguamenti e le correzioni di stima» derivanti anche dagli eventuali vincoli gravanti sul bene o passività condominiali.

Le modifiche apportate all'art. 568, c.p.c., in tema di determinazione del valore dell'immobile, hanno come obiettivo non solo quello di consentire una stima dei beni che si avvicini il più possibile ai normali valori commerciali, ma anche quello di offrire contestualmente, ai potenziali acquirenti, tutte le possibili informazioni giuridiche concernenti il diritto esecutato ovvero tutti gli elementi utili ai fini di una maggiore redditività della vendita forzata[4]. Sotto questo profilo, infatti, la relazione di stima dell'esperto, anche a causa delle prescrizioni racchiuse nel nuovo art. 568, c.p.c. è notevolmente arricchita nel suo contenuto. Essa, infatti, ai sensi del novellato art. 173-*bis*, disp. att. c.p.c., dovrà includere oltre a quanto già previsto nel 1° comma ai nn. 1-6, anche le ulteriori specificazioni di cui ai nuovi nn. 7-9, ovvero:

a) in caso di opere abusive, dell'eventuale possibilità di sanatoria «ai sensi dell'articolo 36 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 e gli eventuali costi della stessa; altrimenti, la verifica sull'eventuale presentazione di istanze di condono, con l'indicazione del soggetto istante, la normativa in forza della quale l'istanza sia stata presentata, lo stato del procedimento, i costi per il conseguimento del titolo in sanatoria e le eventuali oblazioni già corrisposte o da corrispondere; in ogni altro caso, la verifica, ai fini dell'istanza di condono che l'aggiudicatario possa eventualmente presentare, che gli immobili pignorati si trovino nelle condizioni previste dall'articolo 40, sesto comma, della legge 28 febbraio 1985, n. 47 ovvero dall'articolo 46, comma 5 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, specificando il costo per il conseguimento del titolo in sanatoria»;
b) la verifica che i beni pignorati siano gravati da censo, livello o uso civico, e se vi è stata affrancazione dai detti pesi, «ovvero che il diritto sul bene del debitore pignorato sia di proprietà ovvero derivante da alcuno dei suddetti titoli»;

[4] Va ricordato, infatti, che le informazioni raccolte dall'esperto vengono pubblicate su Internet ai sensi del modificato art. 490, c.p.c. con la conseguenza che la relazione di stima ha anche una rilevanza esterna.
In dottrina, cfr. da ultimo E. Fabiani, *Note per una possibile riforma del processo di espropriazione forzata immobiliare*, in «Foro it», 2014, V, col. 58, che evidenzia la necessità di «abrogare gli ormai anacronistici criteri per la determinazione del valore dell'immobile di cui all'art. 568 c.p.c., che dovrebbe essere determinato dal professionista delegato sulla base degli elementi forniti dalle parti e dall'esperto nominato dal giudice». Va ricordato, infatti, che le informazioni raccolte dall'esperto vengono pubblicate su Internet ai sensi del modificato art. 490, c.p.c. con la conseguenza che la relazione di stima ha anche una rilevanza esterna.

c) l'informazione sull'importo annuo delle spese fisse di gestione o di manutenzione, su eventuali spese straordinarie già deliberate anche se il relativo debito non sia ancora scaduto, nonché delle eventuali spese condominiali non pagate negli ultimi due anni anteriori alla data della perizia;
d) e, infine, l'informazione dello stato di eventuali procedimenti giudiziari relativi al bene pignorato.

3. La nuova ordinanza di autorizzazione alla vendita

Novità significative sono contenute nel terzo comma dell'art. 569, c.p.c. con riferimento al provvedimento per l'autorizzazione alla vendita.

In primo luogo, rispetto al previgente testo, il legislatore ha provveduto ad eliminare l'inciso «se non vi sono opposizioni o se su di esse si raggiunge l'accordo delle parti comparse il giudice dispone con ordinanza la vendita […]». Il nuovo 3° comma dell'art. 569, c.p.c., quindi, si apre recitando semplicemente: «nel caso in cui il giudice disponga con ordinanza la vendita forzata […]». Resta fermo, invece, quanto disposto nel 5° comma della norma che, sempre in tema di opposizioni, continua a recitare che «se vi sono opposizioni il tribunale le decide con sentenza e quindi il giudice dell'esecuzione dispone la vendita con ordinanza».

Il legislatore con il d.l. 83/2015 ha, inoltre, innovato i contenuti dell'ordinanza di vendita che, con maggiore precisione, dovrà regolare la sequenza procedimentale relativa alla liquidazione dei beni.

In particolare, con la medesima ordinanza con cui viene fissato un termine non inferiore a novanta giorni e non superiore a centoventi, entro il quale possono essere proposte offerte di acquisto ai sensi dell'art. 571, c.p.c., il giudice dovrà specificare, non solo le modalità con cui deve essere prestata la cauzione, ma anche «se la vendita è fatta in uno o più lotti, il prezzo base determinato a norma dell'articolo 568, l'offerta minima, il termine, non superiore a centoventi giorni dall'aggiudicazione, entro il quale il prezzo dev'essere depositato, con le modalità del deposito».

La specificazione nell'ordinanza di vendita degli ulteriori elementi quali la divisione in lotti, il termine e le modalità di pagamento delle eventuali somme offerte nella vendita senza incanto, trovano la loro ragion d'essere nel sistema di liquidazione dei beni delineato con il d.l. 132/2014 e confermato dal d.l. 83/2015.

Il nuovo assetto eleva la vendita senza incanto a vero e proprio 'mezzo' di liquidazione dei beni; il giudice, infatti, nella ordinanza di autorizzazione,

diversamente dalla disciplina introdotta con le riforme del 2005/2006, potrà programmare l'incanto «solo quando ritiene probabile che la vendita con tale modalità possa aver luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene, determinato a norma dell'art. 568»[5].

L'avere regolato la vendita senza incanto come vero e proprio sistema di liquidazione dei beni, rende ragionevole l'idea che il legislatore, al fine di rendere particolarmente vantaggiosa questa modalità di liquidazione, abbia voluto limitare le scelte discrezionali dell'offerente in merito al tempo e al modo di presentazione dell'offerta. Sicché, se è vero che nell'ambito della vendita senza incanto l'art. 571, c.p.c. continua a disporre che «l'offerente deve presentare nella cancelleria dichiarazione contenente l'indicazione del prezzo, del tempo e modo del pagamento e ogni altro elemento utile alla valutazione dell'offerta» è altrettanto vero che ai sensi del novellato terzo comma dell'art. 569, c.p.c. l'offerente dovrà, ai fini della validità della sua proposta di acquisto, offrire una somma che non potrà essere inferiore al prezzo minimo indicato nell'avviso di vendita ed indicare un termine di pagamento che non potrà essere superiore a centoventi giorni o a quello in ogni caso fissato dal giudice nella nuova ordinanza di vendita.

Altra importante novità, introdotta dal legislatore nel nuovo terzo comma dell'art. 569, c.p.c., concerne il versamento del prezzo. In particolare, il giudice dell'esecuzione nel programmare la vendita, «quando ricorrono giustificati motivi, può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente ed entro un termine non superiore a dodici mesi».

L'emendamento sembra potenzialmente diretto ad ampliare la platea dei possibili acquirenti, favorendo la partecipazione anche di coloro, che al momento della vendita sono privi della necessaria liquidità.

Non si può ignorare, tuttavia, che le esigenze sottese alla norma appaiono tutelate nella sostanza dall'art. 585, 3° co., c.p.c. (modificato con la riforma del 2005/2006) che attribuisce all'aggiudicatario la possibilità del pagamento del prezzo attraverso la stipula di un contratto di mutuo

[5] In sostanza, il giudice dell'esecuzione non è più obbligato a programmare l'incanto come sistema alternativo da esperire obbligatoriamente nell'ipotesi che la vendita senza incanto si sia conclusa senza aggiudicazione. Il sistema delineato con il d.l. 132/2014 costringe il giudice dell'esecuzione che voglia ordinare l'incanto a stimare 'prontamente', ossia prima dell'inizio della liquidazione e attraverso un giudizio di tipo prognostico, i possibili esiti della vendita senza incanto nonché il 'probabile' miglior esito dell'incanto. Un sistema che, evidentemente, di fatto crea le condizioni per rendere la vendita con incanto se non inapplicabile quanto meno di rara applicazione. In questo senso v. M.L. Spada, *Le modifiche in tema di vendita forzata*, in *Degiurisdizionalizzazione e altri interventi per la definizione dell'arretrato (d.l. 12 settembre 2014 n. 132, convertito, con modificazioni, in l. 10 novembre 2014 n. 162)*, in «Foro it.», 2015, V, col. 95.

che contempli il versamento diretto delle somme erogate in favore della procedura esecutiva con contestuale garanzia ipotecaria di primo grado sul medesimo immobile oggetto di vendita. La nuova disposizione, inoltre, tace sulle modalità applicative e sulla portata precettiva dei «giusti motivi» sui quali si fonda la concessione della misura e sembra attribuire una eccessiva discrezionalità al giudice chiamato a valutare la sussistenza dei presupposti che consentono la rateizzazione *ex ante* ovvero ancora prima di poter misurare le possibili risposte del mercato.

4. Le nuove forme di pubblicità nell'espropriazione immobiliare

Nell'ambito dell'espropriazione immobiliare le forme di pubblicità utilizzabili rappresentano senza dubbio un tassello fondamentale per attuare la realizzazione coattiva del credito e da questo punto di vista, la riforma degli artt. 490, 631-*bis* e 161-*quater* delle disp. att. c.p.c. ha come obiettivo quello potenziare ed ampliare il sistema pubblicitario delle alienazioni coattive.

Il legislatore, all'art. 490, cod. proc. civ., stabilisce, infatti, che gli atti esecutivi di cui deve essere data pubblica notizia siano inseriti «sul portale del Ministero della giustizia in un'area pubblica denominata "portale delle vendite pubbliche"», rendendo conseguentemente la pubblicità sui quotidiani meramente eventuale[6].

L'obiettivo sembra essere quello di voler superare il sistema frammentario della pubblicazione degli avvisi di vendita nell'albo dell'ufficio giudiziario davanti al quale si svolge il processo esecutivo; il portale delle vendite pubbliche, infatti, conterrà gli avvisi di tutte le vendite disposte dai tribunali italiani nell'ambito del portale europeo della giustizia[7].

[6] In sostanza la pubblicità sui quotidiani e, in generale, sulle riviste cartacee, diventa facoltativa.
Dispone il nuovo terzo comma dell'art. 490, c.p.c. che «anche su istanza del creditore procedente o di un creditore munito di titolo esecutivo il giudice può disporre inoltre che l'avviso sia inserito almeno quarantacinque giorni prima del termine per la presentazione delle offerte una o più volte sui quotidiani di informazione locali aventi maggiore diffusione nella zona interessata o, quando opportuno, sui quotidiani di informazione nazionali o che sia divulgato con le forme della pubblicità commerciale. […]». In dottrina, si è peraltro affermato che, oltre al giudice d'ufficio e ai creditori, anche altri soggetti potrebbero richiedere l'attuazione di questa forma di pubblicità, e quindi anche il debitore, certamente interessato a che l'immobile pignorato sia venduto alle migliori condizioni possibili, v. S. Vincre, *Vendite forzate, la pubblicità si farà su un portale «dedicato»,* in «*Guida al diritto*», 2015, n. 30, p. 40.
[7] Sul punto, v., parere del CSM sul d.l. 83/2015, consultabile in <http://www.csm.it/PDFDinamici/SESTA%20COMM%20org%20uff%20giu.pdf> (ultimo accesso

All'uopo, il d.l. 83/2015 ha introdotto, nelle disposizioni di attuazione del codice di rito, l'art. 161-*quater,* che detta le modalità di pubblicazione degli avvisi sul portale.

La pubblicità dovrà essere effettuata a cura del professionista delegato per le operazioni di vendita o, in mancanza, dal creditore procedente o dal creditore intervenuto munito di titolo esecutivo in conformità alle modalità tecniche prescritte dal responsabile per i sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia. Tali modalità saranno rese disponibili mediante pubblicazione sul 'portale delle vendite pubbliche'.

Il legislatore, inoltre, introduce, all'art. 631-*bis*, cod. proc. civ., una nuova ipotesi di estinzione del processo esecutivo qualora la pubblicità sul 'portale delle vendite pubbliche' non venga effettuata nel termine stabilito dal giudice stesso, per cause imputabili al creditore pignorante o all'intervenuto titolato[8]. La norma prosegue stabilendo che «si applicano le disposizioni di cui all'articolo 630, secondo e terzo comma c.p.c.»; pertanto, l'estinzione opererà di diritto e sarà dichiarata, anche d'ufficio, non oltre la prima udienza successiva al verificarsi della stessa, con ordinanza del giudice dell'esecuzione soggetta al rimedio del reclamo[9].

La norma precisa, altresì, che la disposizione non si applica allorché la pubblicità sul portale non sia stata effettuata a causa di inefficienze dei sistemi informatici del dominio giustizia, sempreché tale circostanza sia attestata dal responsabile dei sistemi informativi automatizzati del Ministero della Giustizia, a norma dell'art. 161-*quater*, disp. att. c.p.c.

5. La nuova vendita senza incanto e il rinnovato ruolo dell'assegnazione

Rilevanti modifiche sono state introdotte dal d.l. 83/2015 nell'ambito

03.03.2016); ed anche N. Galipò, *Note sparse sul d.l. n. 83/2015 disciplina transitoria e modifiche introdotte in tema di vendite immobiliari delegate*, in <www.ilcaso.it> , 26 ottobre 2015, nota 3 (ultimo accesso 03.03.2016).

[8] La procedura si estinguerà «solo se il creditore procedente o il titolato intervenuto non provvederanno direttamente agli adempimenti pubblicitari, oppure se, pur essendo l'istanza di pubblicazione di spettanza del delegato, questi non abbiano potuto adempiere, perché il creditore ha omesso di pagare il contributo previsto nell'articolo 18-*bis* del Dpr 115/2002» così, Vincre, *Vendite forzate, la pubblicità si farà su un portale «dedicato»*, cit., p. 40 e nello stesso senso anche Galipò, *Note sparse sul d.l. n.83/2015 disciplina transitoria e modifiche introdotte in tema di vendite immobiliari delegate*, cit., nota 4.

[9] Sul punto v. L. Piccolo, *Le modifiche di più spiccato interesse notarile all'esecuzione forzata di cui al d.l. 27 giugno 2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla legge 6 agosto 2015, n. 132*, 15 settembre 2015, consultabile in <http://associazione302.it/site_files/xmlrpc.php>.

della disciplina della vendita senza incanto.

In una prospettiva di maggiore efficienza del sistema e anche al fine di realizzare il più alto numero possibile di vendite, il legislatore, per la prima volta, introduce la possibilità per l'offerente di proporre un prezzo più basso di quello stabilito dal giudice nell'ordinanza di vendita purché nella misura non superiore ad un quarto.

In particolare, con riferimento alle proposte di acquisto, il nuovo secondo comma dell'art. 571, c.p.c. dispone che l'offerta è inefficace «se è inferiore di oltre un quarto al prezzo stabilito nell'ordinanza». Immutata, invece, è la prestazione della cauzione ed il suo ammontare. Come nella previgente disciplina, ai sensi dell'art. 571, 2° co., c.p.c., essa dovrà essere versata dall'offerente «in misura non inferiore al decimo del prezzo da lui proposto».

La previsione per gli acquirenti di poter presentare, purché nei limiti indicati, offerte al di sotto del prezzo fissato nell'ordinanza di vendita, è strettamente coordinata con le modifiche introdotte dal legislatore agli artt. 572 e 573, c.p.c.

In particolare, per quel che concerne la deliberazione sull'offerta unica, il nuovo secondo comma art. 572, c.p.c. dispone che «se l'offerta è pari o superiore al valore dell'immobile stabilito nell'ordinanza di vendita», quest'ultima deve essere «senz'altro» accolta dal giudice.

Qualora, invece, l'offerta unica sia inferiore al valore di stima ma entro il limite stabilito (diversamente l'offerta sarebbe inefficace) il giudice dell'esecuzione potrà aggiudicare il bene all'unico offerente solo se non ritiene che «vi sia una seria possibilità di conseguire un prezzo superiore con una nuova vendita e non sono state presentate istanze di assegnazione ai sensi dell'art. 588».

In sostanza, con la riforma del 2015, quando l'unica offerta non rientra tra quelle 'automaticamente' accoglibili, il giudice potrà valutare discrezionalmente se procedere all'aggiudicazione o ad una nuova vendita e sempre che non siano state avanzate istanze di assegnazione. Queste ultime, infatti, così come si evince dal tenore della norma, impediscono in ogni caso al giudice di procedere all'aggiudicazione avendo, quest'ultimo, solo la possibilità o di assegnare il bene o di procedere ad una nuova vendita se ritiene che vi sia seria possibilità di poter conseguire un prezzo superiore[10].

Nell'ipotesi in cui, invece, siano state presentate una pluralità di offerte, ai sensi del novellato primo comma dell'art. 573, c.p.c. il giudice deve invitare «in ogni caso gli offerenti a una gara sull'offerta più alta».

[10] In questo senso, v., Galipò, *Note sparse sul d.l. n.83/2015 disciplina transitoria e modifiche introdotte in tema di vendite immobiliari delegate*, cit., nota 8.

Il legislatore, quindi, pur avendo chiarito che nell'ipotesi di pluralità di offerte la gara tra gli acquirenti va sempre e 'in ogni caso' espletata, nulla ha disposto sulle modalità della stessa. Ne consegue che il giudice dovrà fissare le regole della eventuale gara nell'ordinanza di vendita cercando di osservare nel miglior modo possibile il principio di razionalizzazione e accelerazione del processo esecutivo posto a fondamento degli interventi di riforma[11].

I novellati 2° e 4° comma dell'art. 573, c.p.c., dispongono, inoltre, che se all'esito della gara, il miglior prezzo offerto è inferiore al valore dell'immobile stabilito nell'ordinanza di vendita e «sono state presentate istanze di assegnazione a norma dell'articolo 588 il giudice non può far luogo alla vendita e procede all'assegnazione».

Le ragioni di una tale soluzione normativa derivano dalle nuove regole dettate dal d.l. 83/2015 in tema di assegnazione.

Infatti, ai sensi del dell'art. 588, c.p.c., «ogni creditore, nel termine di dieci giorni prima della data dell'udienza fissata per la vendita, può presentare istanza di assegnazione», e ai sensi poi, del novellato art. 589, c.p.c. «l'istanza dovrà quindi contenere l'offerta di pagamento di una somma non inferiore a quella prevista nell'articolo 506 ed al prezzo base stabilito per l'esperimento di vendita per cui è presentata». Rispetto alla previgente disciplina, quindi, la presentazione della domanda di assegnazione non solo è anticipata a dieci giorni prima dell'udienza di vendita ma è effettuata al prezzo determinato non già a norma dell'art. 568 – come in passato – ma a in base a quello stabilito per la vendita per la quale è presentata.

Il principio che si ricava dalla nuove norme è quello per cui ogni qualvolta risultino presentate istanze di assegnazione e il prezzo che può ricavarsi in conseguenza dell'aggiudicazione (anche a seguito delle celebrazione della gara) sia inferiore al valore base dell'esperimento di vendita in corso, il giudice o il professionista delegato non potrà far luogo all'aggiudicazione e dovrà procedere invece all'assegnazione[12].

Il nuovo 3° comma del novellato art. 573, c.p.c. chiarisce, inoltre, che

[11] In sostanza, il giudice dovrà evitare un differimento della gara che accadrebbe, ad esempio, se venisse ordinata la presentazione di nuove offerte scritte in cancelleria.

[12] Galipò, *Note sparse sul d.l. n.83/2015 disciplina transitoria e modifiche introdotte in tema di vendite immobiliari delegate*, cit., nota 8. Anche nella circolare del 15.09.2015, emessa dal Tribunale di Trani e consultabile in <http://www.tribunaletrani.it/allegatinews/A_6553.pdf> (ultimo accesso 03.03.2016), si precisa che «fra una offerta pari al valore base d'asta e una istanza di assegnazione, che a norma del novellato art. 589 c.p.c. deve essere pari al "prezzo base stabilito per l'esperimento di vendita per cui è presentata", dovrà darsi corso alla vendita. L'assegnazione costituisce un istituto di salvaguardia, finalizzato ad esitare il cespite al 100% del valore base d'asta».

ai fini dell'individuazione della migliore offerta all'esito della gara, il giudice tiene conto dell'entità del prezzo, delle cauzioni prestate, delle forme, dei modi e dei tempi del pagamento nonché di ogni altro elemento utile indicato nell'offerta stessa.

6. I nuovi provvedimenti relativi alla aggiudicazione

Successivamente alla deliberazione sull'offerta unica o eventualmente dopo la celebrazione della gara, il giudice, ai sensi dell'art. 574, 1° co., aggiudica definitivamente il bene all'unico offerente o a quello che ha presentato l'offerta migliore, disponendo con decreto i termini e le modalità di versamento del prezzo.

Sennonché, come si è già visto, il nuovo terzo comma dell'art. 569, c.p.c. prescrive che quando ricorrono giusti motivi, il giudice, nell'ordinanza di vendita può disporre che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente ed entro un termine non superiore a dodici mesi.

A questo fine, il novellato secondo comma dell'art. 574, c.p.c., coordinato con l'art. 569, 3° co., preavverte che ove l'ordinanza di vendita prevede che il versamento del prezzo abbia luogo ratealmente, il giudice dell'esecuzione «può autorizzare con decreto l'aggiudicatario, che ne faccia richiesta, ad immettersi nel possesso dell'immobile venduto, a condizione che sia prestata una fideiussione, autonoma, irrevocabile e a prima richiesta per un importo pari ad almeno il trenta per cento del prezzo di vendita».

La fideiussione che, su autorizzazione del giudice, dovrà essere escussa dal custode o dal professionista delegato, è rilasciata a favore della procedura esecutiva a garanzia del tempestivo rilascio in caso di inadempienza dell'aggiudicatario nel versamento del prezzo ovvero ai sensi e per gli effetti dell'art. 587, c.p.c. nonché a garanzia del risarcimento dei danni arrecati all'immobile.

Al fine di assicurare la massima certezza sulla serietà della garanzia la nuova normativa ne precisa espressamente le caratteristiche stabilendo che debba trattarsi di «fideiussione autonoma, irrevocabile e a prima richiesta, rilasciata da banche, società assicuratrici o intermediari finanziari che svolgono in esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie e che sono sottoposti a revisione contabile da parte di una società di revisione».

La previsione del versamento rateale del prezzo, infine, non poteva non essere coordinata con la disciplina dell'ipotesi di inadempienza dell'aggiudicatario, con la conseguenza, che di fatto, il legislatore introduce una nuova ipotesi di decadenza dall'aggiudicazione.

Invero, fermo restando quanto previsto nell'art. 587, 1° co., c.p.c., ossia che «se il prezzo non è versato nel termine stabilito, il giudice con decreto dichiara la decadenza dell'aggiudicatario e pronuncia la perdita della cauzione a titolo di multa […]», nel nuovo secondo comma dell'art. 587, c.p.c., il legislatore chiarisce che tale disposizione «si applica anche nei confronti dell'aggiudicatario che non ha versato anche una sola rata entro dieci giorni dalla scadenza del termine». In questo caso, poi, con il medesimo decreto il giudice dovrà disporre la perdita, a titolo di multa, delle rate già versate e ordinare all'aggiudicatario che si sia immesso nel possesso di rilasciare l'immobile al custode.

7. Provvedimento di amministrazione giudiziaria o di incanto

Ulteriori modifiche sono state introdotte dal legislatore in relazione all'art. 591, c.p.c.

La norma, oggi rubricata «provvedimento di amministrazione giudiziaria o di incanto», individua le alternative processuali possibili per l'ipotesi in cui il primo esperimento di vendita sia andato deserto.

Ai sensi del nuovo primo comma dell'art. 591, c.p.c., in caso di mancata presentazione o mancato accoglimento delle istanze di assegnazione, il giudice dell'esecuzione potrà disporre l'amministrazione giudiziaria dei beni a norma dell'art. 592, c.p.c. oppure pronunciare «una nuova ordinanza di vendita ai sensi dell'art. 576 perché si proceda a incanto, sempre che la vendita con tale modalità possa aver luogo ad un prezzo superiore della metà rispetto al valore del bene, determinato a norma dell'art. 568».

Appare evidente che il nuovo testo normativo scaturisce dall'esigenza di coordinare le regole sull'incanto introdotte dal d.l. 132/2014 con quelle relative alla vendita e all'assegnazione adottate con il d.l. 83/2015.

Da questo punto di vista, infatti, nella rubrica e nel primo comma dell'art. 591, c.p.c., non si discorre, come nella previgente disciplina, di «nuovo incanto» ma semplicemente di «incanto».

La nuova soluzione normativa, sembra chiarire che quando il primo esperimento di vendita sia andato deserto e facciano difetto istanze di assegnazione, il giudice che non abbia optato per l'amministrazione giudiziaria potrà, fermo restando lo stesso prezzo base, procedere all'incanto se ritiene che con tale modalità di vendita possa realizzare un prezzo superiore della metà rispetto al prezzo base.

Qualora, invece, il giudice fissa nuove condizioni di vendita o un nuovo prezzo base che ai sensi del novellato secondo comma dell'art. 591, c.p.c.,

potrà essere «inferiore al precedente nel limite di un quarto», il giudice dovrà assegnare «un nuovo termine non inferiore a sessanta giorni e non superiore a novanta, entro il quale possono essere proposte offerte d'acquisto ai sensi dell'articolo 571». Tuttavia, chiarisce il nuovo terzo comma dell'art. 591, c.p.c., «se al secondo tentativo la vendita non ha luogo per mancanza di offerte e vi sono domande di assegnazione, il giudice assegna il bene al creditore o ai creditori richiedenti, fissando il termine entro il quale l'assegnatario deve versare l'eventuale conguaglio».

8. La 'nuova' delega delle operazioni di vendita

Il d.l. 83/2015 ha anche innovato la disciplina relativa alla delega delle operazioni di vendita introducendo l'obbligatorietà della stessa.

In particolare, il primo comma dell'art. 591-*bis*, c.p.c. prevede che salvo specifiche esigenze di tutela delle parti, il giudice dell'esecuzione con l'ordinanza di autorizzazione alla vendita «delega ad un notaio o a un avvocato ovvero a un commercialista iscritti negli appositi elenchi di cui all'art. 179 ter disp. att. c.p.c. il compimento delle operazioni di vendita […]». Nel nuovo secondo comma dell'art. 591-*bis*, c.p.c., si precisa, poi, che il giudice può non disporre la delega solo nell'ipotesi in cui «sentiti i creditori, ravvisi l'esigenza di procedere direttamente alle operazioni di vendita a tutela degli interessi delle parti».

Dall'interpretazione del nuovo dettato normativo, sembra si possa ricavare che l'obiettivo del legislatore sia quello di conseguire una certa omogeneità, in tutto il territorio nazionale, nello svolgimento delle procedure esecutive mediante la delega delle operazioni di vendita, soprattutto nelle aree in cui ciò, sino ad ora, non è accaduto[13].

Il legislatore ha corredato la scelta normativa dell'obbligatorietà della delega nella liquidazione dei beni immobili da una fondamentale cautela. Invero, il nuovo ultimo comma dell'art. 591-*bis*, c.p.c. prescrive che «il giudice dell'esecuzione, sentito l'interessato dispone la revoca della delega delle operazioni di vendita se non vengono rispettati i termini e le direttive per lo svolgimento delle operazioni, salvo che il professionista delegato dimostri che il mancato rispetto dei termini o delle direttive sia dipeso da

[13] V. E. Fabiani, *Note per una possibile riforma del processo di espropriazione forzata immobiliare*, in «Foro it.», 2014, I, col. 55, secondo cui «lasciare al singolo magistrato la possibilità o meno di fare ricorso alla delega si rivela una scelta insostenibile, a fronte della drammatica crisi in cui versa la giustizia civile, oltre che inopportuna sotto il profilo delle modalità di svolgimento delle procedure esecutive in modo uniforme in tutto il territorio nazionale».

causa a lui non imputabile».

Il nuovo sistema di revoca della delega al professionista che non rispetti i termini assegnatigli per il compimento delle operazioni, rappresenta senza dubbio uno strumento in grado di assicurare un maggior controllo sui tempi della procedura.

Da questo punto di vista, infatti già prima del varo del d.l. 83/2015, nell'ambito di uno studio sui tratti caratterizzanti di una nuova possibile riforma dell'espropriazione immobiliare, era stato evidenziato che attraverso l'istituto della revoca della delega, i termini 'intermedi' e 'finali' assegnati dal giudice al professionista diverrebbero tutti nella sostanza 'perentori' e non meramente 'ordinatori', diversamente da quanto accade nell'ipotesi in cui la procedura sia gestita in prima persona dal giudice[14].

La nuova norma, tuttavia, concede al professionista delegato le garanzie proprie del necessario contraddittorio preventivo all'irrogazione della sanzione[15], nonché, la possibilità di provare che l'inadempienza alle prescrizioni contenute nell'ordinanza di delega derivi da causa ad egli non imputabile.

Il legislatore, in ogni caso, non puntualizza i presupposti della revoca né il rimedio impugnatorio della sanzione, di cui, peraltro, parte della dottrina già da tempo ne evidenziava la necessità[16].

Un'ulteriore innovazione, aggiunta peraltro in sede di conversione del d.l. 83/2015, concerne l'art. 591-*ter*, c.p.c. ovvero il sistema di controllo dell'organo giudiziario sull'attività oggetto di delega. In particolare, se nel corso delle operazioni di vendita insorgono 'difficoltà', il professionista delegato può, ai sensi dell'art. 591-*ter*, c.p.c., «rivolgersi al giudice dell'esecuzione, il quale provvede con decreto». Le parti e gli interessati, a loro volta, possono «proporre reclamo avverso il predetto decreto nonché avverso gli atti del professionista delegato con ricorso allo stesso giudice, il quale provvede con ordinanza […]». Contro il provvedimento del giudice, alla stregua delle innovazioni da ultimo apportate, «è ammesso il reclamo

[14] Così, Fabiani, *Note per una possibile riforma del processo di espropriazione forzata immobiliare*, cit., p. 56.

[15] La norma, infatti, prescrive espressamente che il professionista deve essere «*sentito*».

[16] In particolare, prima del d.l. 83/2015 la possibilità di revocare l'incarico al professionista era prevista indirettamente nell'art. 179-*ter*, disp. att. c.p.c., norma della quale, tuttavia, erano stati evidenziati la laconicità e i problemi relativi all'individuazione dei presupposti della revoca, della preventiva instaurazione del contraddittorio nonché della mancata predisposizione di un rimedio *ad hoc* a tutela del professionista sanzionato, in questo senso v. E. Fabiani, *La delega delle operazioni di vendita in sede di espropriazione forzata immobiliare. Novità introdotte dalla riforma del 2005 e ricostruzione sistematica del nuovo istitut*o, in «Studi e Materiali» (Consiglio Nazionale del Notariato), Milano 2007, fasc. 1, pp. 562 ss.

ai sensi dell'art. 669 *terdecies*» e non più l'opposizione agli atti esecutivi *ex* art. 617, c.p.c. precedentemente richiamato dall'art. 591-*ter*, c.p.c.

Abstract

Il presente contributo analizza le recenti e numerose modifiche apportate nell'ambito della vendita forzata immobiliare dal d.l. 83/2015 convertito con modificazioni dalla legge n. 132/2015.

Aldo Travi

L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale[*]

SOMMARIO: 1. L'eccesso di potere come garanzia dall'esercizio arbitrario del potere e le principali 'sfide' a questa concezione nel processo amministrativo – 2. La convinzione che l'amministrazione sia comunque una parte 'autorevole' nel processo – 3. La rinuncia a una tutela effettiva in alcune disposizioni comunitarie – 4. Le incertezze della Cassazione nella distinzione fra arbitrio e merito amministrativo – 5. Per una nozione 'aperta' di eccesso di potere

1. L'eccesso di potere come garanzia dall'esercizio arbitrario del potere e le principali 'sfide' a questa concezione nel processo amministrativo

La figura dell'eccesso di potere appassiona gli studiosi di diritto amministrativo da lungo tempo, per lo meno da quando si è affermata una concezione che identifica l'eccesso di potere come un vizio di legittimità del provvedimento. Delle origini e delle ragioni di questa lettura è stata dato ampio conto anche in alcuni contributi ben noti[1]; di recente è emersa anche una tendenza che propone più da vicino un confronto con alcune clausole generali rappresentate in altri ambiti del diritto[2]. L'eccesso di potere si conferma comunque una figura dai confini incerti, tutt'altro che definibili in termini rigidi, che sollecita tecniche di sindacato particolari;

[*] Il presente contributo, dedicato a un amico, Maurizio Converso, ripropone, con varie integrazioni, alcune considerazioni presentate dall'autore in una relazione al Convegno tenutosi a Lecce il 16-17 ottobre 2015 sul tema 'L'amministrazione pubblica, i cittadini, la giustizia amministrativa: il percorso delle riforme', i cui atti sono in corso di stampa.

[1] Fra tutti cfr. A. CORPACI, *La giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Le riforme crispine*, vol. II (*Giustizia amministrativa*), Giuffrè, Milano 1990, pp. 77 ss.; E. CARDI, S. COGNETTI, *Eccesso di potere (atto amministrativo)*, in «Digesto pubblico», UTET, Torino 1990, vol. V, pp. 341 ss.; C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Giuffrè, Milano 2008.

[2] Si veda, in particolare, G. SIGISMONDI, *Eccesso di potere e clausole generali, modelli di sindacato sui poteri pubblici e sui poteri privati a confronto*, Jovene, Napoli 2012; G. SALA, *Le clausole generali nell'età della codificazione del diritto amministrativo*, in «Giur. it.», 2012, pp. 1191 ss.

nello stesso tempo risulta sempre un anello fondamentale e irrinunciabile per la garanzia del cittadino nei confronti dell'amministrazione che esercita un potere.

Le riflessioni sull'eccesso di potere sembrano dar conto, in estrema sintesi, di due polarità diverse.

Da un lato emerge la tendenza a ambientare l'eccesso di potere, seppur con alcune inevitabili particolarità, nello schema classico dell'illegalità amministrativa. L'eccesso di potere è considerato anch'esso una forma di violazione della legge, ma si caratterizza per il fatto che il precetto violato non è rappresentato da una disposizione puntuale di diritto positivo e va ricostruito sulla base di un'indagine più sofisticata. A questo proposito assumono rilievo, infatti, vari elementi: le 'finalità' perseguite dal legislatore con l'attribuzione del potere all'amministrazione, le ragioni ricavabili dal sistema positivo nel suo complesso, una serie di 'valori' immanenti nell'ordinamento, ecc. Il modello di fondo, comunque, appare analogo a quello che si riscontra tipicamente quando si confronta un atto con una norma; soltanto, l'operazione di identificazione del precetto è più complessa.

Dall'altro lato emerge invece la tendenza a considerare l'eccesso di potere e la violazione di legge come figure più intensamente distinte, non nel senso che si tratti di fenomeni divergenti, ma nel senso che le ragioni di queste figure sarebbero profondamente diverse. Il riferimento a una norma si perde e può essere recuperato soltanto 'a ritroso', e cioè costruendo una norma sulla base della situazione qualificata come eccesso di potere. D'altra parte, proprio grazie alla diversità delle due figure può esserne predicata la complementarietà e, di conseguenza, anche la loro utilità nella prospettiva di una pienezza di tutela, sul piano del diritto sostanziale prima ancora che su quello processuale.

Con riferimento a questa seconda tendenza, mi sembra utile richiamare anche alcuni motivi espressi con particolare chiarezza nel corso di un dibattito sull'eccesso di potere che raggiunse il suo culmine negli anni '30 del secolo scorso. Per una serie di ragioni contingenti, che forse avevano all'origine la difficoltà di accogliere una nozione univoca di «eccesso di potere» nei diversi contesti normativi (la legge sui conflitti, la legge istitutiva della Quarta sezione, ecc.), la dottrina si confrontò ampiamente sul punto. Il dibattito, a mio parere[3], introdusse spunti interessanti che sarebbero stati valorizzati anche in alcuni contributi successivi giustamente ritenuti tuttora come fondamentali: in particolare, i contributi di Mortati

[3] Sul punto mi permetto di rinviare al mio contributo *Un intervento di Francesco Rovelli sull'eccesso di potere*, in «Dir. pub.» 2000, pp. 455 ss.

e di Giannini sulla discrezionalità amministrativa, e forse anche quelli di Benvenuti sulla nozione di 'funzione' amministrativa.

A conclusione di questo dibattito (ormai alla soglia degli anni '40) un autore, alla luce delle considerazioni emerse fino a quel momento, affermò che in definitiva la nozione di eccesso di potere aveva la sua ragione nella garanzia del cittadino rispetto a una condotta arbitraria dell'amministrazione[4]. La formula dell''arbitrio' dell'amministrazione era stata pensata ragionando soprattutto sullo sviamento di potere, ossia sulla figura di eccesso di potere che tradizionalmente veniva rappresentata in termini più vicini alla violazione di legge; in realtà finiva col riassumere tutte le patologie descritte nella formula dell'eccesso di potere. L'inaccettabilità dell'arbitrio dell'amministrazione determinava la necessità di una sanzione, l'illegittimità dell'atto, esattamente come doveva valere per l'illegalità, cioè come per la violazione di una norma positiva: pertanto esigeva anch'essa l'intervento del giudice amministrativo e l'esercizio del suo potere di annullamento.

A questa stregua è delineato con consapevolezza un modello di legittimità che rifiuta la mera equivalenza della legittimità con l'osservanza della legge scritta e che viene calibrato anche sull'esigenza di reprimere qualsiasi situazione di arbitrio. Risulta perciò decisiva l'esigenza che la giurisdizione sul potere amministrativo ponga rimedio non solo all'illegalità, ma anche all'arbitrio dell'amministrazione.

Se si condivide questa esigenza, oggi, dopo il codice del 2010, mi sembra che si segnalino in particolare tre ordini di sfide.

2. La convinzione che l'amministrazione sia comunque una parte 'autorevole' nel processo

La prima sfida è rappresentata dalla riproposizione con varie formule della concezione secondo cui il giudice amministrativo deve essere deferente nei confronti dell'amministrazione. Le formule che sono state avanzate nel tempo per esprimere questa deferenza sono varie. Quelle di tenore processuale spaziano dal c.d. sindacato debole, di moda soprattutto alcuni anni fa[5], al sindacato c.d. esterno (o 'estrinseco'), che ricorre ancora con

[4] F. Rovelli, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Vita e pensiero, Milano 1938, pp. 447 ss.

[5] Ma riproposto, per esempio, da Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2014, n. 1103, a proposito del sindacato su provvedimenti delle Autorità indipendenti. Per un'applicazione più elastica di questa nozione, nell'ambito delle procedure per concorsi pubblici, cfr. Cass. civ., sez. un., 21 giugno 2010, n. 14893, in «Foro it.» 2011, I, coll. 837 ss.

una certa frequenza nelle pronunce della Corte di Cassazione sull'eccesso di potere giurisdizionale, ma anche nelle pronunce del Consiglio di Stato[6]. Lo stesso risultato è perseguito però anche con formule di tenore sostanziale, che utilizzano talvolta in modo strumentale categorie come quella dell'ampia discrezionalità' dell'amministrazione o enfatizzano quella del merito amministrativo: una discrezionalità che sfugge pertanto anche a molte regole comuni e che in questo modo diventa meno facilmente sindacabile[7]. Tutte queste formule hanno in comune un passaggio: l'assegnazione, nel processo, di un valore preferenziale alla ricostruzione e alla valutazione dei fatti da parte dell'amministrazione.

Il quadro della giurisprudenza risulta molto articolato e anche alcuni schemi elaborati con successo nel passato oggi risultano inadeguati. In uno studio recente[8], per esempio, è stato segnalato che la deferenza del giudice amministrativo è maggiore nei confronti delle amministrazioni più qualificate per il profilo tecnico ed è minore nei confronti delle amministrazioni con competenze generali; è minore quando siano in gioco situazioni soggettive di particolare rilevanza per il cittadino, riconducibili a diritti fondamentali, mentre è maggiore quando queste categorie fondamentali non possono essere identificate. A ben vedere la circostanza che manchi nella giurisprudenza un modello che consenta di ricondurre a sistema tutte queste situazioni sta a significare che probabilmente si avverte, magari senza averne chiara consapevolezza, la mancanza di una ragione appagante per l'atteggiamento di deferenza. A questa stregua il dibattito deve considerarsi a maggior ragione ancora aperto e non deve apparire illusoria la ricerca di soluzioni più appropriate.

A mio parere, il tema va affrontato alla luce dell'art. 24, Cost, che esige una pienezza della tutela, e deve essere risolto alla luce dell'art. 111, comma 1°, Cost., e perciò di quel principio della parità delle parti di

Sul tema, in generale, cfr. I. Raiola, *Discrezionalità tecnica e sindacato «debole» del giudice amministrativo*, in «Corr. merito», 2010, pp. 1004 ss.; per riferimenti critici ai limiti del sindacato così delineato sugli atti delle Autorità indipendenti, mi permetto di rinviare al mio *Sindacato debole e giudice deferente: una giustizia «amministrativa»?*, in «Giornale dir. amm.», 2006, pp. 304 ss.

[6] Cfr., per la giurisprudenza amministrativa più recente, Cons. Stato, ad. plen., 3 febbraio 2014, n. 8, in «Foro it.» 2014, III, col. 481, a proposito del sindacato sulle valutazioni in tema di anomalia delle offerte.

[7] Si vedano, nello stesso senso, anche alcune vicende recenti nell'utilizzo della nozione di 'atto politico': cfr. G. Tropea, *Genealogia, comparazione e decostruzione di un problema ancora aperto: l'atto politico*, in «Dir. amm.» 2012, pp. 329 ss.

[8] G. D'Angelo, *Giudice amministrativo e valutazioni tecniche dopo la l. 21 luglio 2000 n. 205*, in «Dir. amm.» 2005, pp. 659 ss.

fronte al giudice che, rispetto al processo amministrativo, è espressamente ribadito anche dall'art. 2, c.p.a.

Il principio della parità delle parti comporta, infatti, che a nessuna delle affermazioni delle parti può essere riconosciuto un valore privilegiato per ragioni riconducibili alle caratteristiche della parte stessa. Di conseguenza, quando sia contestata la regola tecnica applicata dall'amministrazione, il giudice non può riportarsi alle ragioni dell'amministrazione, ma deve dar corso a un'istruttoria di ordine tecnico. Appare significativa, da questo punto di vista, una recente ordinanza della Sesta sezione del Consiglio di Stato[9], che ha disposto una consulenza tecnica per verificare alcune valutazioni compiute da un'autorità indipendente (l'Autorità per l'energia e le risorse idriche) in materia tariffaria: è auspicabile che questa ordinanza testimoni una nuova consapevolezza da parte del giudice amministrativo della necessità di assicurare in modo pieno la parità delle parti nel processo amministrativo.

3. La rinuncia a una tutela effettiva in alcune disposizioni comunitarie

La seconda sfida è rappresentata dal confronto con gli altri ordinamenti, e in particolare con l'ordinamento dell'Unione europea.

L'importanza delle trasformazioni del giudizio amministrativo indotte dagli ordinamenti europei, in particolare dall'ordinamento comunitario, è ben nota: basti pensare all'assetto della tutela cautelare o al processo sulle procedure contrattuali della pubblica amministrazione. L'attrazione verso gli ordinamenti europei è radicato nel processo amministrativo ed è un elemento strutturale e in definitiva non reversibile. Forse per questa ragione talvolta gli apporti del diritto europeo sono stati assorbiti senza un senso critico sufficiente.

Alcune caratteristiche della funzione giurisdizionale nel nostro ordinamento sono più avanzate rispetto a quelle che emergono negli ordinamenti europei, in particolare nell'ordinamento comunitario. Di conseguenza, in questi casi, l'omologazione della disciplina processuale alle regole europee va valutata negativamente: si tratta di un punto importante che, proprio per i suoi riflessi istituzionali, richiede di essere considerato con attenzione.

Si pensi, per esempio, alla giurisprudenza *Varec*[10], con la quale la Corte di giustizia ha affrontato il conflitto tra il diritto alla tutela giurisdizionale

[9] Cons. Stato, sez. VI, ord. 14 ottobre 2015, n. 4745.

[10] Corte giustizia Comunità europee, 14 febbraio 2008, n. 450/06, in «Foro it.», 2009, IV, col. 262, con nota di M. Mastrandrea.

che postula l'accesso ai documenti amministrativi e l'esigenza di riservatezza delle imprese per ciò che attiene al loro '*know how*' di rilevanza economica. La Corte di giustizia ha sostenuto che questo conflitto va risolto secondo criteri di bilanciamento ed ha ammesso soluzioni bizzarre, come quella secondo la quale certi documenti dovrebbero poter essere comunicati al giudice ma senza che vengano resi noti alle parti. Soluzioni del genere sono incompatibili con la nostra concezione del diritto di azione e della garanzia del contraddittorio. Il diritto di azione, nel quadro della nostra Costituzione, è un diritto fondamentale, significativamente collocato nell'ambito dei diritti civili su cui si regge l'ordinamento repubblicano: in questo quadro il diritto di accesso ai documenti amministrativi, quando sia diretto a garantire l'esercizio del diritto di azione, riceve la stessa protezione costituzionale e non è passibile di bilanciamenti con interessi di ordine economico e industriale. D'altra parte la garanzia del contraddittorio, che è una componente del principio del giusto processo, esige che ciò che sia reso noto al giudice da una parte debba essere conosciuto nel processo anche dall'altra parte.

In questa prospettiva, mi sembra significativa, in termini negativi, anche la recente direttiva europea sulle crisi bancarie[11]. L'art. 85 della direttiva contiene alcune disposizioni di rilievo processuale che, a mio parere, risultano gravi.

Innanzi tutto prevede che le valutazioni delle autorità di risoluzione delle crisi bancarie (in Italia, tale autorità è istituita presso la Banca d'Italia) recepite in atti amministrativi debbano costituire 'la base' per le valutazioni dell'autorità giurisdizionale. Questa previsione assegna pertanto a una valutazione amministrativa un valore preminente, o probabilmente addirittura vincolante, anche rispetto alla decisione dell'autorità giurisdizionale. In secondo luogo, se venga richiesta una misura cautelare nei confronti di un atto amministrativo emanato sulla base della valutazione dell'autorità di risoluzione, «la decisione dell'autorità di risoluzione e quindi dell'autorità amministrativa determina la presunzione relativa che una sospensione della sua esecuzione sarebbe contraria all'interesse pubblico». Pertanto, la tutela cautelare nei confronti di quell'atto viene ridimensionata, perché viene introdotta una presunzione contraria. In terzo luogo, viene sancita la possibilità che il giudice moduli gli effetti della sentenza di accoglimento, evitando di travolgere gli atti adottati sulla base del provvedimento annullato, quando ciò consenta di garantire meglio interessi di terzi in buona fede.

[11] Direttiva 2014/59/UE (*Bank Recovery and Resolution Directive*, BRRD). La direttiva è stata recepita in Italia con il d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

La prima previsione non è stata formalmente riprodotta nel testo dell'articolo dedicato alla tutela giurisdizionale nel decreto legislativo che ha recepito la direttiva europea[12], ma è sostanzialmente espressa nel divieto di ammettere, in questa materia, verificazioni o consulenze tecniche[13]. Si tratta dunque del primo caso in cui viene escluso per il giudice amministrativo il ricorso non soltanto alla consulenza tecnica (introdotta in via generale solo con la legge n. 205/2000), ma anche all'istituto delle verificazioni (che invece era stato contemplato fin dalle origini). Più in generale, risulta grave che l'ordinamento europeo abbia espresso una concezione minimizzante del diritto alla tutela giurisdizionale e che ne abbia imposto la recezione nei Paesi dell'Unione.

La seconda previsione testimonia uno spostamento del rapporto fra amministrazione e giudice, a tutto vantaggio dell'amministrazione: il potere cautelare, che è uno strumento prioritario di riequilibrio processuale a favore dell'individuo, viene depotenziato. Il giudice ben difficilmente potrà giustificare la sospensione di un atto impugnato, dal momento che opera una presunzione contraria, e a maggior ragione in presenza del vincolo già richiamato, ricondotto alle valutazioni dell'autorità di risoluzione.

La terza previsione comporta una 'trasformazione' della tutela, con una limitazione degli effetti caducatori della sentenza, che dovrebbe essere compensata da misure riparatorie. In passato si era considerata come eccezionale la analoga disciplina processuale introdotta rispetto alle procedure negoziali dell'amministrazione, per effetto di direttive comunitarie. Oggi il quadro risulta ulteriormente modificato e compare una tendenza precisa a rivedere la posizione del giudice, assegnandogli certamente poteri più ampi sul piano formale, ma riducendo il suo ruolo sostanziale di organismo a tutela delle libertà. Anzi, a ben vedere, l'ampliamento dei poteri sul piano formale (obiettivo da molti sostenuto in passato nella prospettiva di una giurisdizione 'sul rapporto', ecc.) risulta proprio una conseguenza del ridimensionamento del ruolo del giudice e delle possibilità di tutela offerte.

4. Le incertezze della Cassazione nella distinzione fra arbitrio e merito amministrativo

La terza sfida è rappresentata dalla difficoltà sempre maggiore di

[12] Cfr. art. 95 d.lgs. 16 novembre 2015, n. 180.

[13] Il divieto è stabilito dall'art. 95, comma 2°, d.lgs. 180/2015, che esclude la possibilità di applicare l'art. 19 e l'art. 63, comma 4°, cod. proc. amm. (e perciò anche gli artt. 66 e 67, cod. proc. amm.).

individuare oggi nella giurisprudenza una linea condivisa che distingua l'‘arbitrio', inteso come situazione di illegittimità di una condotta dell'amministrazione, dalle vicende che invece sono estranee ad una sanzione giuridica.

Per definizione le situazioni di ‘arbitrio' sono più difficili da identificare rispetto alle situazioni di illegalità, per le quali, invece, il sindacato si risolve nel confronto con una norma precisa. Nello stesso tempo se il giudizio amministrativo deve garantire il cittadino anche nei confronti dell'arbitrarietà dell'amministrazione, è necessario essere consapevoli del fatto che la nozione di arbitrarietà, ancora più di altre clausole generali, non è una nozione che possa essere tradotta in formule matematiche. Ha invece confini piuttosto fluidi e variabili, perché ha una forte componente di storicità: esprime infatti non un concetto astratto o statico, ma una relazione che rispecchia un certo modo di concepire l'azione amministrativa, e perciò è tipico di una certa epoca. Ciò che è arbitrario oggi non era ritenuto tale necessariamente in passato: per esempio oggi la violazione del principio di proporzionalità viene considerata una espressione di arbitrarietà e quindi una forma di illegittimità, mentre probabilmente trent'anni fa non era così[14].

Negli ultimi anni, come è noto, la Corte di Cassazione ha prospettato una interpretazione nuova del suo ruolo come giudice della giurisdizione, ed ha espresso un sindacato più stretto sulle pronunce del Consiglio di Stato afferenti alla discrezionalità amministrativa e alle valutazioni tecniche dell'amministrazione. La Cassazione ha accolto una lettura più restrittiva della nozione di legittimità, ai fini della distinzione fra legittimità e merito, e ne ha tratto conclusioni molto nette sul piano della tutela delle situazioni soggettive. In questo modo, però, la Cassazione ha espresso una interpretazione riduttiva del sindacato sulla condotta arbitraria dell'amministrazione[15], accogliendo una nozione di arbitrarietà ancorata a parametri

[14] Naturalmente si fa riferimento alle situazioni riconducibili a una violazione del principio di proporzionalità che non erano rappresentate anche nelle figure tradizionali dell'eccesso di potere, come l'irragionevolezza, ecc. Per l'affermazione anche nel nostro ordinamento amministrativo del principio di proporzionalità, cfr. A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, CEDAM, Padova 1998 e D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano 1998; per gli sviluppi recenti rinvio a Id., *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo nazionale*, in «Foro amm. – T.A.R.», 2007, pp. 603 ss.

[15] Questa giurisprudenza risulta avviata da Cass. civ., sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312, in «Foro it.», 2014, I, col. 568; è poi proseguita fino ad oggi (cfr. da ultimo Cass. sez. un. 22 settembre 2015, n. 19787, a proposito di interventi del giudice amministrativo su provvedimenti del C.S.M. di nomina ad uffici direttivi). Per descrivere la situazione proposito

che oggi non sono più attuali e non sembrano più in grado di esprimere un rapporto corretto fra amministrazione e cittadino. Di conseguenza tutta una serie di situazioni di arbitrarietà, alla stregua di quanto sostiene oggi la Corte di Cassazione, non possono essere più sanzionate, perché non confluiscono più in una illegittimità amministrativa.

5. Per una nozione 'aperta' di eccesso di potere

A me pare importante che, al di là di ogni dibattito sul rapporto fra le giurisdizioni e sul significato attuale di una giurisdizione speciale, il confine fra legittimità e merito sia tracciato tendendo sempre presente, con grande attenzione, che la ragione di una tutela giurisdizione nei confronti dell'amministrazione è rappresentata dalla garanzia di una posizione di libertà del cittadino. Nello stesso tempo la figura dell'eccesso di potere, che rappresenta uno strumento irrinunciabile per la garanzia delle libertà, proprio attraverso il riferimento all'ordine dell'arbitrarietà, finisce col rispecchiare l'evoluzione di una società, di un modo di pensare, di una sensibilità nei confronti della pubblica amministrazione e del cittadino che con essa si confronta.

Una giurisdizione episodica sul potere solo difficilmente è in grado di cogliere l'affermazione di nuovi modi di sentire e di elaborare una evoluzione in atto. Se la linea precisa di frontiera fra legittimità e merito è 'mobile' (perché il suo tracciato dipende anche da ragioni storiche), qualsiasi arretramento dovrebbe essere considerato con grande preoccupazione. L'errore di valutazione compiuto dalla Cassazione, nelle pronunce che ho richiamato da ultimo, si rispecchia in modo grave su tutto il sistema di tutela del cittadino[16]. Ingessare la nozione di eccesso di potere a una concezione storicamente datata comporta inevitabilmente anche una contraddizione rispetto alle stesse ragioni di fondo dell'eccesso di potere.

appare emblematica la formula utilizzata da M. Santise, *La morte dell'eccesso di potere e le armi spuntate del giudice amministrativo*, in <http://www.iurisprudentia.it> (ultimo accesso 03.03.2016).
Per riferimenti più ampi, si rinvia a G. Sigismondi, *Giudizio amministrativo e valutazioni riservate: alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in «Foro it.», 2014, III, coll. 177 ss.

[16] È significativo, infatti, che il Consiglio di Stato si sia adeguato all'interpretazione restrittiva della Cassazione: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174, in «Foro it.», 2014, III, col. 173.

Abstract

L'Autore pone in evidenza la stretta relazione fra la nozione di eccesso di potere e la disciplina processuale, e rileva come siano in atto vari tentativi per rendere meno efficace la tutela del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione, proprio riducendo le garanzie nei confronti dell'eccesso di potere.

Giuseppe Trisorio Liuzzi

La Corte di Cassazione e la violazione e falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro

Sommario: 1. Premessa – 2. Il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e l'interpretazione diretta dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro pubblico da parte della Cassazione – 3. Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: la modifica del n. 3 dell'art. 360, 1° comma, e l'introduzione degli artt. 420-*bis* e 146-*bis*, disp. att. c.p.c. Il contrasto all'interno della sezione lavoro della Cassazione sulla portata delle nuove norme – 4. La Cassazione procede alla diretta interpretazione del contratto o dell'accordo collettivo nazionale di lavoro

1. Premessa

All'interno della Sezione lavoro della Corte di Cassazione si assiste ad un contrasto in ordine all'interpretazione della previsione per la quale è possibile proporre ricorso per cassazione per la violazione o la falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro. Una previsione contenuta sia nell'art. 63, 5° comma, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (già art. 68, 5° comma, d.lgs. n. 29 del 1993 così come modificato con il d.lgs. 80 del 1998), sia nell'art. 360, n. 3, c.p.c. (così come novellato dal d.lgs. n. 40 del 2006).

In particolare, la Sezione lavoro mentre in alcune decisioni ha affermato che quando viene «denunciata la violazione della norma di un contratto collettivo, il giudice di legittimità procede autonomamente alla diretta interpretazione del contenuto del contratto collettivo senza essere vincolato ad una specifica opzione interpretativa prospettata nella formulazione del motivo»[1], nella sentenza n. 23174/2013 ha stabilito che «in tema di interpretazione dei contratti collettivi di lavoro, l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine

[1] Così Cass. 7 maggio 2013, n. 19559, in «Riv. giur. lav.», 2014, II, p. 493. V. altresì Cass. 19 marzo 2014, n. 6335; Cass. 16 settembre 2014, n. 19507, n. in Not. giurisp. lav., 2015, p. 106; Cass. 18 febbraio 2008, n. 4008, in «Not. giurisp. lav.», 2008, p. 539; Cass. 24 gennaio 2008, n. 1582, in «Riv. giur. lav.», 2009, II, p. 185.

di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 e segg. c.c.»[2].

Il contrasto tra le due interpretazioni innanzi indicate è evidente, anche se i collegi da ultimi aditi non hanno ritenuto di rimettere gli atti al Primo Presidente perché valutasse l'opportunità della rimessione alle Sezioni unite, ai sensi dell'art. 374, 2° comma, c.p.c. al fine di dirimere il predetto contrasto.

2. Il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 e l'interpretazione diretta dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro pubblico da parte della Cassazione

Ciò posto va evidenziato che almeno fino al 1998 la violazione o la falsa applicazione delle clausole dei contratti collettivi di lavoro, secondo la giurisprudenza e la dottrina[3], non costituiva motivo di ricorso per Cassazione e non dava vita ad un sindacato diretto della Suprema Corte, dal momento che, trattandosi di ricercare la volontà delle parti contraenti, si era in presenza di una indagine su una questione di fatto, riservata al giudice di merito. «I contratti collettivi postcorporativi (di diritto comune) non rientrano fra le fonti di diritto oggettivo, suscettibili di diretto esame interpretativo da parte dalla corte di cassazione, ma sono atti di diritto privato di natura negoziale, la cui interpretazione concreta un'indagine di fatto riservata al giudice del merito e censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione o per violazione delle regole legali di ermeneutica contrattuale, restando escluso che, sotto tale profilo, sia sufficiente la mera contrapposizione di un'interpretazione diversa da quella operata dal giudice del merito o la denuncia di generica violazione di regole di ermeneutica senza indicare in qual modo il giudice del merito abbia deviato da esse»[4].

[2] Così Cass. 11 ottobre 2013, n. 32174, in «Riv. giur. lav.», 2014, II, p. 493. V. altresì Cass. 15 aprile 2013, n. 9070; Cass. 6 giugno 2013, n. 14318; Cass. 25 marzo 2013, n. 7390; Cass. 15 aprile 2013, n. 9054; Cass. 2 maggio 2012, n. 6641, in «Riv. it. dir. lav.», 2012, II, p. 896, con nota di G. Ianniruberto, *Il ricorso in cassazione per violazione o falsa applicazione del contratto collettivo*; Cass. 27 febbraio 2009, n. 4851.

[3] In dottrina v. a tale riguardo, e per tutti, V. Andrioli *et al.*, *Le controversie in materia di lavoro*, Zanichelli-/Il Foro Italiano, Bologna-Roma 1987, p. 901; A. Vallebona, *Autonomia collettiva e occupazione: l'efficacia soggettiva del contratto collettivo. Per una differente ricostruzione*, in «Dir. lav. rel. ind.», 1997, p. 381. Per una differente ricostruzione v. M. Bove, *Il sindacato della Corte di cassazione. Contenuto e limiti*, Giuffrè, Milano 1993, p. 178.

[4] Così espressamente Cass. 15 gennaio 1990, n. 117. V. nello stesso senso, fra le altre, Cass. 4 luglio 1997, n. 6007; 21 maggio 1998, n. 5091.

Sicché poteva accadere che i giudici di merito pervenissero ad opposte interpretazioni di una stessa clausola del contratto o dell'accordo collettivo nazionale e che la Corte di Cassazione le ritenesse entrambe valide, perché immuni da vizi: «in ragione del limite del sindacato della corte di cassazione – cui non è consentita l'interpretazione diretta di disposizioni di natura contrattuale, ancorché interessanti, come quelle collettive, un notevole numero di destinatari, – è "fisiologico" che due opposte interpretazioni di giudici di merito di una medesima disposizione collettiva siano entrambe convalidate o censurate dalla suprema corte, a seconda del superamento o no del controllo (a questa attribuito) limitato alla verifica della correttezza della motivazione e del rispetto dei canoni ermeneutici di cui agli art. 1362 seg. c.c.»[5].

I contratti collettivi nazionali di lavoro, quindi, venivano trattati come un qualsiasi contratto di diritto privato, relativamente al quale si affermava e si afferma che «l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli art. 1362 e seguenti c.c.; pertanto, al fine di far valere una violazione sotto i due richiamati profili, il ricorrente per cassazione deve non solo fare esplicito riferimento alle regole legali di interpretazione mediante specifica indicazione delle norme asseritamene violate ed ai principi in esse contenuti, ma è tenuto, altresì, a precisare in quale modo e con quali considerazioni il giudice del merito si sia discostato dai canoni legali assunti come violati o se lo stesso li abbia applicati sulla base di argomentazioni illogiche od insufficienti, non essendo consentito il riesame del merito in sede di legittimità»[6].

Il quadro normativo muta significativamente nel 1998, con il d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, allorquando viene modificato l'art. 68 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, tra l'altro con l'introduzione del 5° comma che così dispone: «nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui al comma 3 dell'articolo 68-*bis*, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'articolo 45».

In altri termini il d.lgs. 80/1998 introduce la significativa novità del ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro (a) nelle controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (rientranti

[5] Cass. 11 luglio 1996, n. 6327.
[6] Così Cass. 31 maggio 2010, n. 13242.

nella giurisdizione ordinaria), (b) nelle controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 28, l. 20 maggio 1970, n. 300, (c) nelle controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva e (d) nelle controversie individuali di lavoro nelle quali risulta emessa sentenza che ha risolto la questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale (v. art. 68-*bis*, 3° comma).

Premesso che tale previsione trova applicazione soltanto relativamente ai contratti collettivi nazionali di lavoro e non anche agli altri contratti collettivi o individuali di lavoro, come ad esempio i contratti integrativi di cui all'art. 45[7], la ragione della previsione in esame è stata individuata nelle peculiarità che appunto contrassegnano il contratto collettivo nazionale di lavoro dei pubblici dipendenti e nell'obbligo che incombe sulla pubblica amministrazione di osservare il contratto collettivo (art. 45, 5° comma), obbligo che viene a realizzare sia pure indirettamente una specie di estensione *erga omnes* della disciplina pattuita. In diverse parole, proprio in considerazione della circostanza che le clausole dei contratti e degli accordi nazionali collettivi di lavoro hanno una portata generale e quindi si applicano ad una moltitudine di soggetti, da un lato, e che la poca chiarezza delle clausole contenute nei contratti collettivi può dare vita a controversie seriali e quindi ad un altro numero di controversie giudiziali, dall'altro, hanno sollecitato il legislatore nel 1998 a introdurre la previsione suindicata, affinché la funzione nomofilattica propria della Cassazione potesse esplicarsi in quei casi nei quali vengono in discussione clausole aventi portata generale e riguardanti un alto numero di soggetti, finendo così per garantire la certezza dell'interpretazione di tali clausole e per limitare il contenzioso di serie[8].

[7] Cass. 3 dicembre 2013, n. 27062; Cass. 5 dicembre 2008, n. 28859.

[8] V., fra gli altri, R. Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in «Arg. dir. lav.», 1998, p. 722; B.N. Sassani, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in cassazione*, in *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, a cura di G.C. Perrone e B. Sassani, CEDAM, Padova 1999, p. 19; G. Trisorio Liuzzi, *Controversie relative ai rapporti di lavoro*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Commentario*, vol. III, Giuffrè, Milano 2000², p. 1862; A. Briguglio, *Le funzioni della Corte di cassazione e l'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in *Processo del lavoro*, cit., p. 79; A. Panzarola, *La Cassazione civile giudice del merito*, Giappichelli, Torino 2005, t. II, p. 437; A. Pileggi, *Riflessi sostanziali del ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione dei contratti collettivi*, in *Processo del lavoro*, cit., p. 107. In giurisprudenza, per una ipotesi di interpretazione diretta di una clausola di un contratto collettivo *ex* art. 63, comma 5°, d.lgs.

Ciò che va evidenziato è che la Cassazione ha recepito immediatamente tale novità e significativamente nel tempo ha affermato

- che «in tema di ricorso per cassazione per violazione dei contratti e accordi collettivi nazionali del pubblico impiego contrattualizzato (ai sensi dell'art. 63, 5° comma, d.lgs. 165 del 2001), sono inammissibili le censure relative al vizio di motivazione nell'interpretazione della clausola controversa, stante l'irrilevanza della motivazione della sentenza impugnata a fronte del potere del giudice di legittimità di leggere direttamente il testo contrattuale e di enunciarne il significato»[9];
- che «atteso che, con riguardo ai contratti collettivi di lavoro del pubblico impiego privatizzato, l'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001 stabilisce che nelle controversie di lavoro concernenti i dipendenti delle p.a. il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione e falsa applicazione dei contratti e degli accordi collettivi nazionali di cui all'art. 40 medesimo decreto, la corte di cassazione può procedere alla diretta interpretazione di tali contratti, e, dalla natura negoziale degli stessi, discende che l'interpretazione debba essere compiuta secondo i criteri di cui agli art. 1362 seg. c.c., e non sulla base degli art. 12 e 14 delle disposizioni della legge in generale»[10];
- che «quando la corte di cassazione accoglie il ricorso per violazione o falsa applicazione di disposizioni dei contratti collettivi del pubblico impiego privatizzato, se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto, decide la causa nel merito applicando in via analogica l'art. 384, 1° comma, c.p.c., atteso che sarebbero contraddetti i principi di ragionevolezza ed economicità se la corte cassasse con rinvio nei casi in cui la decisione del merito della causa dipende interamente dall'interpretazione di una clausola contrattuale»[11];
- che «con riguardo ai contratti collettivi di lavoro relativi al pubblico impiego privatizzato, la regola posta dall'art. 63 d.lgs. n. 165 del

n. 165/2001, v. Cass. 16 febbraio 2005, n. 3072, la quale, «con l'enunciazione della regola di giudizio applicabile alla controversia all'esito dell'interpretazione delle clausole», ha poi deciso nel merito la causa, «non essendo necessari altri accertamenti di fatto».

[9] Cass. 7 aprile 2010, n. 8254, in «Giust. civ.», 2011, I, p. 238.

[10] Così Cass. 17 marzo 2005, n. 5892, in «Giust. civ.», 2006, I, p. 1015. Negli stessi termini v. fra le altre Cass. 8 aprile 2011, n. 8085, in «Lav. pubbl. amm.», 2011, p. 307; Cass. 29 luglio 2008, n. 20581, in «Giust. civ.», 2009, I, p. 1756; Cass. 6 febbraio 2008, n. 2772, in «Giust. civ.», 2010, I, p. 697; Cass., sez. un, 8 maggio 2007, n. 10374, in «Nuova giur. civ. comm.», 2007, I, p. 1369; Cass. 4 marzo 2005, n. 4714; Cass. 23 maggio 2003, n. 8210, nella motivazione, in «Foro it.», 2003, I, col. 1671.

[11] Cass. 4 marzo 2005, n. 4714. V. altresì Cass. 8 settembre 2008, n. 22586.

2001, che consente di denunciare direttamente in sede di legittimità la violazione o falsa applicazione dei contratti ed accordi collettivi, deve intendersi limitata ai contratti ed accordi nazionali di cui all'art. 40 predetto d.lgs., con esclusione dei contratti integrativi contemplati nello stesso articolo, in relazione ai quali il controllo di legittimità è finalizzato esclusivamente alla verifica del rispetto dei canoni legali di interpretazione e dell'assolvimento dell'obbligo di motivazione sufficiente e non contraddittoria; ne consegue che, in riferimento ai contratti integrativi, il ricorrente ha l'onere di riportare il testo della clausola contrattuale controversa, al fine di consentire il controllo nei limiti individuati, risultando altrimenti violata la regola dell'autosufficienza del ricorso»[12].

Quindi, il Supremo Collegio ha preso atto della novità legislativa ed ha riconosciuto che, allorché viene proposto un ricorso per violazione e falsa applicazione di una clausola di un contratto o di un accordo collettivo nazionale del lavoro pubblico contrattualizzato, la Corte di Cassazione procede alla diretta interpretazione di tali contratti, e, stante la natura negoziale degli stessi, l'interpretazione deve essere compiuta secondo i criteri di cui agli artt. 1362 ss. c.c., e non sulla base degli artt. 12 e 14 delle disposizioni della legge in generale. Potendo, peraltro, decidere la causa nel merito applicando in via analogica l'art. 384, 1° comma, c.p.c., nel momento in cui non dovessero essere necessari ulteriori accertamenti di fatto.

Peraltro sia la dottrina sia la giurisprudenza in quel momento hanno precisato che la previsione del ricorso per cassazione non comportava un differente inquadramento dei contratti e degli accordi collettivi nazionali dei dipendenti pubblici nel sistema delle fonti. Infatti, se si fa eccezione per una posizione che possiamo ritenere minoritaria, per la quale le clausole dei contratti ed accordi collettivi nazionali avrebbero dovuto essere equiparate alle norme di legge[13], l'opinione maggioritaria ha escluso, del tutto correttamente, tale equiparazione[14], dal momento che, come peraltro già affermato dalle Sezioni unite, «i contratti collettivi del settore pubblico (come pure, successivamente, quelli del settore privato) sono stati equiparati agli atti normativi ai soli fini processuali dell'ammissibilità della denuncia di violazione

[12] Cass. 5 dicembre 2008, n. 28859. V. altresì Cass. 19 luglio 2006, n. 16522; 22 settembre 2006, n. 20599.

[13] Pileggi, *Riflessi sostanziali*, cit., p. 108.

[14] V., fra gli altri, Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro*, cit., p. 722; Sassani, *Il passaggio alla giurisdizione ordinaria*, cit., p. 19; Trisorio Liuzzi, *Controversie*, cit., p. 1862; A. Briguglio, *La cassazione e le controversie in materia di pubblico impiego trasferite alla giurisdizione ordinaria*, in «Riv. dir. proc.», 1998, p. 1027.

e falsa applicazione di clausole nel ricorso per cassazione […], senza che, ne sia stata alterata, sul piano sostanziale, la natura di atti negoziali»[15].

Quel che va, a questo punto, ricordato è che un autorevole studioso non mancò di mettere in evidenza che con l'intervento del 1998 si era venuta a creare una palese disparità di trattamento rispetto ai contratti collettivi nazionali di lavoro privato, tanto da prevedere, come inevitabile, un intervento della Corte costituzionale, per estendere la portata della norma anche al lavoro privato[16].

*3. Il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40: la modifica del n. 3 dell'art. 360, 1° comma, e l'introduzione degli artt. 420-*bis *e 146-*bis*, disp. att. c.p.c. Il contrasto all'interno della sezione lavoro della Cassazione sulla portata delle nuove norme*

Ebbene, qualche anno dopo il legislatore è intervenuto per eliminare questa disparità di trattamento. Con la legge delega 14 maggio 2005, n. 80, all'art. 1, 1° comma, lett. *a*), ha statuito che il governo deve «disciplinare il processo di cassazione in funzione nomofilattica, stabilendo […] l'estensione del sindacato diretto della Corte sull'interpretazione e sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali di diritto comune, ampliando la previsione del numero 3) dell'articolo 360 del codice di procedura civile […]»[17]. Un'estensione del sindacato diretto della Cassazione ai contratti collettivi nazionali di lavoro di diritto comune che trova il suo precedente

[15] Cass., sez. un., 8 luglio 2008, n. 18621, la quale ha di conseguenza ritenuto manifestamente infondata l'eccezione d'illegittimità costituzionale avverso una clausola di contratto collettivo, potendo l'incidente di costituzionalità essere proposto soltanto nei confronti di atti aventi forza di legge.

[16] Così G. Tarzia, *Manuale del processo del lavoro*, Giuffrè, Milano 1999, p. 320. Da ricordare tuttavia che Corte cost. 5 giugno 2003, n. 199, in «Foro it.», 2003, I, col. 2232, ha ritenuto «infondata, stanti le peculiarità del contratto collettivo nel pubblico impiego e stante il difetto di censura in ordine alla irragionevolezza delle differenziazioni della disciplina, la questione di legittimità costituzionale dell'art. 64, comma 2, d.lgs. n. 165/2001, per l'ingiustificata disparità della disciplina processuale applicabile ai dipendenti delle p.a. rispetto a quella applicabile ai lavoratori privati, in riferimento all'art. 3 cost.». Ad avviso, invece, di S. Chiarloni, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in «Corriere giur.», 1998, p. 626, proprio alla luce del nuovo art. 68, 5° comma, «ci si può ora ragionevolmente attendere un *revirement* da parte della giurisprudenza» relativamente all'interpretazione che esclude il ricorso per cassazione per violazione o falsa applicazione di una clausola di un contratto collettivo di diritto comune.

[17] Sulla legge delega v. fra gli altri S. Chiarloni, *Prime riflessioni su recenti proposte di riforma del giudizio di cassazione*, in «Giur. it.», 2003, p. 817; A. Tedoldi, *La delega sul procedimento di cassazione*, in «Riv. dir. proc.», 2005, p. 935.

nel Progetto presentato dalla Commissione ministeriale presieduta da Romano Vaccarella nel 2002 (punto 33, lett. *a*)[18].

In attuazione della delega con il d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, il legislatore

(a) ha introdotto nel n. 3 dell'art. 360, 1° comma, la previsione che il ricorso diretto in cassazione può essere proposto anche «per violazione o falsa applicazione […] dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro»;

(b) ha inserito *ex novo* gli artt. 420-*bis* e 146-*bis*, disp. att. c.p.c. che disciplinano il ricorso immediato per cassazione avverso la sentenza resa dal giudice di primo grado avente ad oggetto la decisione della questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale»[19].

Dunque, al pari di quanto disposto nel 1998, il legislatore ha inteso riferire la novità del controllo diretto della Cassazione solo ai contratti collettivi nazionali di lavoro.

Di fronte a questa indubbia novità gli interpreti si sono divisi, tra chi, in maggioranza, ha accolto favorevolmente siffatta innovazione e chi la ha invece criticata.

I primi hanno soprattutto rilevato che il controllo diretto della Cassazione, valorizzandone la funzione nomofilattica, consente di porre un freno al fenomeno delle differenti interpretazioni da parte dei giudici di merito su una stessa clausola contrattuale di un contratto collettivo nazionale di lavoro, interpretazioni comunque incensurabili in Cassazione *ex* art. 360, n. 5 o n. 3 in relazione agli artt. 1362, c.c., con l'effetto di limitare il contenzioso seriale[20]. Ciò perché «il legislatore ben può prevedere che il sindacato della

[18] Si legge nella Relazione al Progetto che «l'estensione del sindacato della Corte ai contratti collettivi di diritto comune porta a compimento l'opera iniziata dal legislatore con la riforma del pubblico impiego, e si raccorda anche alla più recente dottrina, la quale ha posto in rilievo come la nozione di "norma di diritto", rilevante ai sensi del ricorso in Cassazione, non coincida totalmente con quella di "regola posta da una fonte del diritto"».

[19] Ricordiamo che Corte cost. 17 luglio 2007, n. 298, in «Mass. giur. lav.», 2007, p. 936, con nota di A. Vallebona, *Legittimità costituzionale della nomofilachia accelerata della cassazione sui contratti collettivi nazionali*, ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 420-*bis*, c.p.c., in riferimento agli artt. 3, 76 e 111, Cost.

[20] V., fra gli altri, C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche*, Giappichelli, Torino 2010², t. II, p. 480; N. Picardi, *Manuale del processo civile*, Giuffrè, Milano 2010², p. 442; G. Monteleone, *Il nuovo volto della Cassazione civile*, in «Riv. dir. proc.», 2006, p. 946; Id., *Manuale di diritto processuale civile*, CEDAM, Padova 2015⁷, p. 682; R. Vaccarella, *Lezioni sul processo civile di cognizione. Il giudizio di primo grado e le impugnazioni*, Zanichelli, Bologna 2006, p. 319; F.P. Luiso, *Diritto processuale civile*, Giuffrè, Milano 2015⁸, vol. II, p. 432; C. Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, CEDAM, Padova 2008², p. 230; G. Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Cacucci, Bari 2015⁴, t. II, p. 431; B.N.

Corte si esplichi anche in relazione a regole che non sono norme giuridiche, come quelle contenute nei contratti collettivi, di modo che la pronuncia della Corte sia idonea a costituire un precedente per tutte le altre controversie, nelle quali diverrà rilevante l'interpretazione ed applicazione delle regole contenute nel contratto collettivo»[21]. A tale proposito è significativo quanto la Sezione lavoro (rel. Evangelista) rilevava nel 2005 all'indomani della legge delega n. 80 del 2005: proprio l'«ineludibile esigenza sociale che casi eguali non vengano decisi in modo diseguale e che risulti garantita l'effettività del principio costituzionale di eguaglianza, ha ispirato la decisa svolta riformatrice di cui alla legge 14 maggio 2005 n. 80 di conversione del d.l. 14 marzo 2005, n. 5, la quale nel delegare all'esecutivo la formulazione della nuova disciplina del procedimento civile di cassazione, dopo avere fissato come fondamentale direttiva quella di una funzionalità di essa allo scopo della nomofilachia, ha espressamente imposto al legislatore delegato di prevedere l'estensione del sindacato diretto della Corte di cassazione sull'interpretazione sull'applicazione dei contratti collettivi di lavoro di diritto comune, in tale senso ampliando la previsione dell'art. 3609, n. 3 c.p.c.»[22].

Gli studiosi che hanno criticato la riforma del 2006 hanno invece evidenziato che in questo modo non solo il carico dei ricorsi in Cassazione sarebbe stato aggravato, con danno per la funzione nomofilattica della Cassazione, ma soprattutto si veniva a dare vita ad una alterazione del giudizio di legittimità, dal momento che l'interpretazione delle clausole dei

Sassani, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in «Riv. dir. proc.», 2006, p. 220; G. Trisorio Liuzzi, *Le azioni seriali nel contenzioso del lavoro*, in *Le azioni seriali*, ESI, Napoli 2008, p. 230; R. Tiscini, *Commento all'art. 360 c.p.c.*, in *Commentario del codice di procedura civile*, a cura di L.P. Comoglio *et al.*, vol. IV, UTET, Torino 2013, p. 581; Id., *Il giudizio di Cassazione*, in *Le impugnazioni civili*, a cura di F.P. Luiso e R. Vaccarella, Giappichelli, Torino 2013, p. 344; D. Dalfino, *Contratto collettivo e ricorso per cassazione*, in *La nuova giustizia del lavoro*, a cura di Id., Cacucci, Bari 2011, p. 319; M. Fornaciari, *Il sindacato della Cassazione sui contratti e sugli accordi collettivi di lavoro*, in «Riv. dir. proc.», 2014, p. 625; F. Rota, *Contratti collettivi in Cassazione tra nomofilachia e "autosufficienza del ricorso"*, in «Nuova giur. civ. comm.», 2007, p. 1373; F. Roselli, *La violazione e falsa applicazione dei contratti collettivi di lavoro*, in *Il nuovo giudizio di Cassazione*, a cura di G. Ianniruberto e U. Morcavallo, Giuffrè, Milano 2010[2], p. 243; G. Amoroso, *Il giudizio civile di cassazione*, Giuffrè, Milano 2012, p. 262; Id., *Commento all'art. 360 c.p.c.*, in *La riforma del giudizio di cassazione*, a cura di F. Cipriani, CEDAM, Padova 2009, p. 111; U. Morcavallo, *L'interpretazione del contratto collettivo di diritto comune nella giurisprudenza di legittimità*, in «Corriere giur.», 2009, p. 327; v., da ultimo, P. Curzio, *Nomofilachia e autonomia collettiva*, in *La Cassazione civile. Lezioni dei magistrati della Corte suprema italiana*, a cura di M. Acierno, P. Curzio e A. Giusti, Cacucci, Bari 2015, pp. 285 ss.

[21] Così Luiso, *Diritto processuale civile*, cit., II, p. 432.

[22] Cass. 9 agosto 2005, n. 16771.

contratti collettivi nazionali di lavoro avrebbe comportato un accertamento di fatto che non rientra tra i compiti della Cassazione[23].

Comunque, anche questi studiosi che hanno preso le distanze dalla riforma hanno riconosciuto che il legislatore nel 2006 aveva generalizzato il controllo diretto della Cassazione sulla violazione delle clausole di contratti ed accordi collettivi nazionali di lavoro.

Da parte sua la Suprema Corte, mentre ha riconosciuto che, allorché viene proposto un ricorso per violazione e falsa applicazione di una clausola di un contratto o di un accordo collettivo nazionale del lavoro pubblico contrattualizzato, la Corte di Cassazione procede alla diretta interpretazione di tali contratti, non ha offerto, come abbiamo visto, un'interpretazione univoca della previsione introdotta nell'art. 360, n. 3, c.p.c. dalla riforma del 2006[24].

4. La Cassazione procede alla diretta interpretazione del contratto o dell'accordo collettivo nazionale di lavoro

Orbene, l'interpretazione per la quale «l'accertamento della volontà delle parti in relazione al contenuto del negozio si traduce in una indagine di fatto, affidata al giudice di merito e censurabile in sede di legittimità nella sola ipotesi di motivazione inadeguata ovvero di violazione di canoni legali di interpretazione contrattuale di cui agli artt. 1362 e segg. c.c.» non convince e non può essere condivisa stante la univoca lettera dell'art. 360, n. 3, c.p.c.: «le sentenze pronunciate in grado di appello o in unico grado possono essere impugnate con ricorso per cassazione […] 3) per violazione o falsa applicazione […] dei contratti e accordi collettivi nazionali i lavoro». Di fronte alla lettura qui non condivisa sorge spontanea una domanda: ma se il controllo della Cassazione continua ad essere quello indiretto,

[23] V.A. Carratta, *La riforma del giudizio in cassazione*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 2006, p. 1124; Id., *Commento all'art. 360 c.p.c.*, in *Le recenti riforme del processo civile*, a cura di S. Chiarloni, Zanichelli, Bologna 2007, p. 318; G. Gilardi, *Quale futuro per la cassazione civile?*, in «Questione giustizia», 2005, p. 958. V. altresì il comunicato della A.N.M. sullo schema di d.lgs., in «Questione giustizia», 2005, p. 977.

[24] Ovviamente le pronunce considerate sono solo quelle nelle quali ha trovato applicazione il nuovo art. 360, n. 3, c.p.c., dopo la riforma del 2006. Infatti, nelle fattispecie nelle quali era applicabile *ratione temporis* l'art. 360, n. 3, c.p.c. anteriormente alla novella di cui al d.lgs. n. 40/2006, la suprema corte ha sempre sostenuto che «l'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune è riservata al giudice di merito ed è censurabile in sede di legittimità solo per vizi di motivazione e violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale» (v. per tutte Cass. 19 ottobre 2009, n. 22102).

ossia mirato a verificare soltanto se il giudice di merito ha correttamente interpretato ed applicato le norme in tema di ermeneutica contrattuale (artt. 1362 ss., c.c.) o se ha motivato al riguardo, per quale ragione il legislatore avrebbe inserito nell'art. 360 n. 3 i contratti e gli accordi collettivi nazionali di lavoro ed avrebbe dettato due nuove norme come gli artt. 420-*bis* e 146-*bis*, disp. att.?

Ma procediamo per gradi.

In primo luogo, la chiara lettera della norma richiamata porta a condividere le decisioni nelle quali la Cassazione afferma che quando non si versa in ipotesi di violazione di contratti e accordi collettivi 'nazionali' di lavoro non trova applicazione il controllo diretto del giudice di legittimità. In queste fattispecie (ad esempio contratti integrativi, lodi ministeriali) l'interpretazione dei contratti e degli accordi collettivi di lavoro è censurabile in cassazione soltanto per violazione dei canoni di ermeneutica di cui agli art. 1362 e ss., c.c. e per vizi di motivazione[25].

Ma se oggetto della censura è una clausola di un contratto o di un accordo collettivo nazionale di lavoro non può affermarsi che il controllo della Cassazione continua ad essere indiretto, nel senso che è limitato alla violazione dei canoni di ermeneutica di cui agli artt. 1362 ss., c.c. e ai vizi di motivazione.

Il n. 3 dell'art. 360 è fin troppo chiaro nel disporre che è possibile proporre ricorso per cassazione per «violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi nazionali di lavoro». Si può essere d'accordo oppure no con tale novità. Sta di fatto però che una volta che il legislatore ha ritenuto, in base ad una scelta insindacabile da parte dell'interprete, di equiparare le clausole dei contratti e degli accordi nazionali di lavoro alle norme di legge, sia pure solo ai fini processuali dell'ammissibilità della denuncia di violazione e falsa applicazione di clausole nel ricorso per cassazione, l'interprete non può che applicare quella previsione.

In secondo luogo, i contratti e gli accordi nazionali di lavoro, sia del lavoro pubblico contrattualizzato, sia del lavoro privato, devono ritenersi estranei al sistema delle fonti di diritto, con la conseguenza che l'interpretazione di una clausola del contratto costituisce una *quaestio facti*, dovendosi

[25] V., fra le altre, Cass. 3 dicembre 2013, n. 27062 (si era in presenza di un contratto integrativo); 9 ottobre 2012, n. 17168 (si trattava di un lodo ministeriale); 21 febbraio 2011, n. 4170 (si discuteva del regolamento per il personale del Banco di Sicilia); 13 dicembre 2010, n. 25139, in «Orient. giur. lav.», 2010, I, p. 832; 22 novembre 2010, n. 23635 (si trattava dell'accordo integrativo per i giornalisti Rai); 19 marzo 2010, n. 6748 (il contratto era quello collettivo integrativo di amministrazione); 4 febbraio 2010, n. 2625, in «Orient. giur. lav.», 2010, I, p. 33 (si trattava di un accordo aziendale); 2 marzo 2009, n. 5025 (si discuteva del contratto collettivo provinciale del lavoro della dirigenza medica e veterinaria).

ricostruire la volontà dei contraenti[26]. Sicché la Cassazione nell'interpretazione del contratto e nella ricerca della volontà delle parti deve applicare le regole di ermeneutica contrattuale dettate negli artt. 1362 ss., c.c. Il nostro legislatore, dapprima nel 1998 limitatamente ai contratti e agli accordi nazionali di lavoro del lavoro pubblico contrattualizzato, e successivamente nel 2006 a tutti i contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro, senza distinguere tra lavoro pubblico e lavoro privato (v. art. 360, n. 3), ha ritenuto di prevedere, in linea con il potenziamento della funzione nomofilattica della cassazione, che il sindacato della Suprema Corte si esplichi direttamente anche su questi contratti, affinché l'interpretazione prospettata costituisca un precedente per tutte le altre controversie, nelle quali quella clausola contrattuale verrà in discussione, così da garantire la uniformità e la certezza in ordine alla interpretazione di clausole che coinvolgono una pluralità di soggetti.

In terzo luogo, con la riforma del 2006 il legislatore ha completato il disegno iniziato nel 1998: poiché i contratti e gli accordi collettivi nazionali di lavoro riguardano una moltitudine di soggetti, allorché sorge controversia giudiziaria in ordine alla interpretazione e all'applicazione di una clausola del contratto o dell'accordo e viene adita la Corte di Cassazione, è necessario che il controllo della Cassazione, la cui funzione nomofilattica viene rafforzata, sia diretto, con la conseguenza che lo stesso giudice di legittimità possa fornire l'interpretazione che funga da precedente per tutti gli altri casi identici.

Ed in questo quadro va collocato il meccanismo dell'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti e accordi collettivi, che il d.lgs. n. 40 del 2006 ha esteso anche alle controversie di lavoro privato (v. l'art. 420-*bis*, c.p.c.)[27]. Un meccanismo che prevede

[26] V.G. Verde, *Diritto processuale civile*, vol. 2 (*Processo di cognizione*), Zanichelli, Bologna 2012, p. 246, per il quale il controllo sui contratti comporta «una valutazione prevalentemente di tipo soggettivo (fondata sulla ricerca della comune intenzione delle parti) e quello sulla legge una valutazione prevalentemente di tipo oggettivo (rispetto alla quale l'intenzione del legislatore è elemento utile, ma non decisivo e sempre meno decisivo quanto più ci si allontana nel tempo dal momento in cui le legge è stata emanata». Sulla questione se i contratti collettivi nazionali di lavoro siano da includere tra le fonti di diritto v., fra gli altri, Roselli, *La violazione e falsa applicazione*, cit., pp. 244 ss.; Amoroso, *Commento all'art. 360 c.p.c.*, cit., p. 100.

[27] Senza pretese di completezza v., fra i tanti, G. Trisorio Liuzzi, *Commento agli art. 420-*bis *e 146*-bis *disp. att. c.p.c.*, in *La riforma del giudizio di cassazione*, cit., p. 462; S. Liebman, *Brevi note in tema di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, in «Arg. dir. lav.», 2008, p. 1027; R. Foglia, *Impugnabilità delle sentenze per violazione dei contratti collettivi e accertamento pregiudiziale ai sensi dell'art. 420*-bis, in «Dir. lav. rel. ind.», 2006, p. 543; M. Fezzi, *Il nuovo art. 420*-bis *c.p.c.*, in «Riv. critica dir. lav.», 2006, p. 31; P. Tiberi, *L'accertamento pregiudiziale per l'interpretazione delle*

- che il giudice di merito emani una sentenza non definitiva su una questione che non può mai essere idonea di per sé a definire il giudizio,
- che la sentenza non definitiva sia solo ricorribile per cassazione, con l'effetto di sospendere il processo in corso;
- che in pendenza del giudizio davanti alla Cassazione possono essere sospesi i processi la cui definizione dipende dalla risoluzione della medesima questione sulla quale la Corte è chiamata a pronunciarsi;
- che se la questione pregiudiziale è stata già decisa dalla Corte di Cassazione, il giudice adito per una diversa controversia se non ritiene di uniformarsi deve pronunciare sentenza non definitiva.

Ebbene, tali disposizioni mostrano con tutta evidenza l'intenzione del legislatore di favorire un'efficacia della sentenza della Cassazione sulla questione pregiudiziale anche in altri processi, nei quali è in discussione la stessa questione, senza però arrivare a prevedere una efficacia *erga omnes* della sentenza. E ciò al fine di evitare controversie di serie attinenti all'interpretazione ed applicazione delle norme collettive, oltre che al fine di potere pervenire ad una uniformità di soluzioni in tema di contrattazione collettiva.

A volere tirare le fila di quanto fino ad ora detto possiamo concludere nel senso che

i) a seguito della riforma del 2006, la Corte di Cassazione, nell'esame

clausole controverse nel settore privato. Analogie con l'art. 64 d.leg. 165/01?, in «Lav. pubbl. amm.», 2006, p. 955; G. Ianniruberto, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi dopo il d.leg. n. 40 del 2006*, in *Il nuovo giudizio di cassazione*, cit., p. 463; A.D. De Santis, *Sull'inapplicabilità dell'art. 420*-bis *c.p.c. al giudizio di appello*, in «Foro it.», 2007, I, col. 2082.

Sull'accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi di lavoro pubblico contrattualizzato, v., fra i tanti, R. Vaccarella, *Appunti sul contenzioso del lavoro dopo la privatizzazione del pubblico impiego e sull'arbitrato in materia di lavoro*, in «Arg. dir. lav.», 1998, p. 715; S. Chiarloni, *Prime riflessioni su riforma del pubblico impiego e processo*, in «Corriere giur.», 1998, p. 625; G. Costantino, *Sull'accertamento pregiudiziale della efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi*, in «Corriere giur.», 1998, p. 966; D. Borghesi, *La giurisdizione del pubblico impiego privatizzato*, CEDAM, Padova 2002, p. 59; G. Trisorio Liuzzi, *L'accertamento pregiudiziale dei contratti collettivi dal d.leg. n. 80 del 1998 al d.leg. n. 40 del 2006*, in *La deflazione del contenzioso del lavoro*, a cura di M.G. Garofalo e R. Voza, Cacucci, Bari 2007, p. 287; A. Briguglio, *Le funzioni della Corte di cassazione e l'accertamento pregiudiziale sui contratti collettivi*, in *Processo del lavoro*, cit., p. 79; G. Guarnieri, *Sentenza «non definitiva» ex art. 64 t.u. 30 marzo 2001 n. 165 e giudicato implicito sulla giurisdizione*, in «Riv. dir. proc.», 2007, p. 1334; L. De Angelis, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni (art. 68*-bis *d.leg. 29/93)*, in «Lav. pubb. amm.», 1998, p. 825; P. Curzio, *Accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità e interpretazione dei contratti collettivi*, in «Riv. critica dir. lav.», 2003, p. 7.

del ricorso con cui si denuncia la violazione o la falsa applicazione di contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro pubblico o privato, non deve più circoscrivere la propria indagine all'interpretazione data dal giudice di merito e verificare se vi sia stata una corretta applicazione dei canoni ermeneutici di cui agli artt. 1362 e ss., c.c. o se la motivazione sia presente, ma deve scendere nell'esame diretto della clausola del contratto o dell'accordo ed enunciare la corretta interpretazione, con la necessaria precisazione che i contratti collettivi rimangono contratti e non rientrano tra le fonti di diritto.

ii) L'esame della Corte si svolge sui contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro sui quali si fonda il ricorso, contratti o accordi che devono essere specificamente indicati nel ricorso a pena di inammissibilità *ex* art. 366, 1° comma, n. 6, e depositati a pena di improcedibilità ai sensi dell'art. 369, 2° comma, n. 4, c.p.c. (unitamente agli altri documenti indicati in tale norma)[28]. Poiché l'indagine istruttoria necessaria per la pronuncia della questione pregiudiziale è svolta dal giudice di merito[29] e stante la natura e la struttura del giudizio di cassazione, la Corte non può assumere iniziative istruttorie ed acquisire di ufficio nuovi documenti altri contratti o accordi collettivi nazionali di lavoro[30], ma deve decidere unicamente sul materiale probatorio prodotto[31].

iii) Il giudice di legittimità, allorché viene denunciata la violazione della norma di un contratto o di un accordo collettivo nazionale, deve procedere autonomamente alla diretta interpretazione del contenuto del contratto o dell'accordo collettivo senza essere vincolato ad una lettura interpretativa prospettata nella formulazione del motivo. Ciò significa che la Cassazione ben può ricercare all'interno del contratto o dell'accordo collettivo ciascuna clausola, anche non oggetto dell'esame delle parti e del primo giudice, ma che comunque venga ritenuta utile all'interpretazione e alla soluzione del caso concreto. Ne deriva che, affinché la Cassazione esamini il motivo concernente la violazione di norme di contratti o accordi nazionali di lavoro, non

[28] V. su tale aspetto Roselli, *La violazione e falsa applicazione*, cit., p. 255; Amoroso, *Commento all'art. 360 c.p.c.*, cit., p. 112.

[29] V. Cass. 24 gennaio 2008, n. 1578, in «Corriere giur.», 2008, p. 1253.

[30] Ad avviso di Cass., sez. un., 12 ottobre 2009, n. 21558, in «Giust. civ.», 2010, I, p. 301, l'art. 369, 2° comma, n. 4 non si applica ai contratti collettivi del lavoro pubblico. Si tratta di una lettura che, a ragione, è stata criticata, dal momento che la norma predetta non distingue a seconda del tipo di contratto. V. in tal senso Roselli, *La violazione e falsa applicazione*, cit., p. 257 nota 40.

[31] Cass. 6 febbraio 2008, n. 2796, cit., nota 29; Cass. 24 gennaio 2008, n. 1578, in «Foro it.», 2009, I, col. 1577; Cass. 21 settembre 2007, n. 19560, in «Arg. dir. lav.», 2008, p. 113.

è necessario che il ricorrente alleghi la specifica violazione dei canoni di ermeneutica contrattuale e le modalità con le quali il giudice di merito se ne è discostato. La Corte di Cassazione, «pur adottando i canoni di ermeneutica negoziale indicati dal codice civile, […] si muove secondo una metodica diversa da quelle adottate dal giudice di merito, non essendo vincolata dall'opzione ermeneutica adottata da quest'ultimo, pur fondata su motivazione congrua e corretta sul piano logico, potendo la stessa corte, a seguito di propria ed autonoma scelta, pervenire ad una diversa decisione da quella del primo giudice non solo per quanto attiene alla validità ed efficacia del contratto collettivo, ma anche in relazione alla sua interpretazione, attraverso diversa valutazione degli elementi di fatto già vagliati nel diverso grado di giudizio; il rafforzamento della funzione nomofilattica, cui è volta la modifica normativa del d.leg. n. 40 del 2006, si fonda, infatti, sulla certezza e stabilità delle statuizioni giurisprudenziali, regime questo incompatibile con la possibilità che possano darsi, di un'identica disposizione contrattuale, interpretazioni corrette ed al tempo stesso tra loro contrastanti»[32].

iv) La Corte nel decidere la controversia deve enunciare il principio di diritto *ex* art. 384, 1° comma, c.p.c. In quei casi in cui la controversia si esaurisca nell'interpretazione resa dal giudice di legittimità e non sussista un residuo ambito di intervento da affidare al giudice del rinvio, la stessa Cassazione, in base all'art. 384, 2° comma, c.p.c., può decidere la causa nel merito allorquando non siano necessari ulteriori accertamenti in fatto[33].

Abstract

L'Autore analizza il contrasto che si è formato all'interno della Sezione lavoro della Corte di Cassazione in ordine all'interpretazione della previsione per la quale è possibile proporre ricorso per cassazione per la violazione o la falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di lavoro (previsione contenuta sia nell'art. 63, 5° comma, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, sia nell'art. 360, n. 3, c.p.c.) e conclude nel senso di ritenere più rispondente al dettato legislativo la lettura per la quale il giudice di legittimità procede autonomamente alla diretta interpretazione del contenuto del contratto collettivo senza essere vincolato ad una specifica opzione interpretativa prospettata nella formulazione del motivo.

[32] Cass. 6 febbraio 2008, n. 2796, in «Foro it.», 2009, I, col. 1576, con osservazioni di D. Dalfino.
[33] Roselli, *La violazione e falsa applicazione*, cit., p. 282.

Emilio Tucci

La PEC nelle procedure concorsuali indette dalla p.a.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. La digitalizzazione delle procedure di reclutamento – 3. Dalla raccomandata con avviso di ricevimento alla PEC – 4. La trasmissione a mezzo PEC della domanda di concorso – 5. Istanza di partecipazione con firma autografa trasmessa a mezzo PEC unitamente alla fotocopia del documento di identità – 6. Istanza di partecipazione con firma digitale trasmessa a mezzo PEC senza fotocopia del documento di identità – 7. La c.d. PEC-ID – 8. Conclusioni

1. Premessa

I cittadini e le imprese hanno diritto a chiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con le pubbliche amministrazioni, con i soggetti di cui all'articolo 2, comma 2° e con i gestori di pubblici servizi ai sensi di quanto previsto dal d.lgs. 82/05[1] recante disposizioni applicabili «[…] alle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nel rispetto del riparto di competenza di cui all'articolo 117 della Costituzione, nonché alle società, interamente partecipate da enti pubblici o con prevalente capitale pubblico inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1, comma 5, della legge 30 dicembre 2004, n. 311»[2].

Lo stesso art. 2 precisa, inoltre, al comma 3°, che le «le disposizioni di cui al capo II, agli articoli 40, 43 e 44 del capo III, nonché al capo IV, si applicano ai privati ai sensi dell'articolo 3 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, e successive modificazioni» e, al comma 4°, che «le disposizioni di cui al capo V, concernenti l'accesso ai documenti informatici, e la fruibilità delle informazioni digitali si applicano anche ai gestori di servizi pubblici ed agli organismi di diritto pubblico».

[1] V. d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, *Codice dell'Amministrazione digitale* (CAD), art. 3, co. 1°.
[2] Cfr. art. 2, co. 2°, d.lgs. 82/05.

Le previsioni del d.p.r. 445/00[3] si applicano, a loro volta, «[…] ai cittadini italiani e dell'Unione europea, alle persone giuridiche, alle società di persone, alle pubbliche amministrazioni e agli enti, alle associazioni e ai comitati aventi sede legale in Italia o in uno dei Paesi dell'Unione europea»[4].

Le predette disposizioni costituiscono il punto di partenza per provare a chiarire i dubbi scaturenti dall'utilizzo delle tecnologie dell'informazione e delle comunicazioni nell'azione amministrativa, con specifico riferimento alle procedure concorsuali, con l'obiettivo di incrementare, nell'ottica dei principi espressi dal CAD[5], la digitalizzazione a norma delle stesse procedure.

2. La digitalizzazione delle procedure di reclutamento

L'indagine sulla digitalizzazione delle procedure pubbliche di reclutamento rende necessaria una breve rassegna delle disposizioni generali in materia concorsuale applicabili a tutte le amministrazioni di cui all'art. 1, co. 1°, d.lgs. 165/01[6].

La Costituzione detta i principi fondamentali in materia sancendo, all'art. 51, il diritto di accesso ai pubblici uffici in condizione di eguaglianza secondo requisiti stabiliti dalla legge riservando, altresì, alla stessa legge, con l'art. 97, l'organizzazione dei pubblici uffici, in modo da assicurare il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione, nonché le eventuali deroghe al concorso pubblico quale modalità di reclutamento.

Il d.lgs. 165/01 individua, all'art. 35, co. 3°, in linea con le disposizioni costituzionali, i principi a cui devono conformarsi le procedure concorsuali. In materia di reclutamento, inoltre, le pubbliche amministrazioni devono applicare, ai sensi dell'art. 70, co. 13°, d.lgs. 165/01, la disciplina prevista dal d.p.r. 487/94[7], «per le parti non incompatibili con quanto

[3] D.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, *Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa*.

[4] V. d.p.r. 445/00, art. 3, co. 1°.

[5] L'art. 12, co. 1°, d.lgs. 82/05 – evocando l'art. 97, Cost. nonché i principi generali dell'azione amministrativa (cfr. art. 1, l. 241/90) – prevede che «le pubbliche amministrazioni nell'organizzare autonomamente la propria attività utilizzano le tecnologie dell'informazione e della comunicazione per la realizzazione degli obiettivi di efficienza, efficacia, economicità, imparzialità, trasparenza, semplificazione e partecipazione nel rispetto dei principi di uguaglianza e di non discriminazione, nonché per la garanzia dei diritti dei cittadini e delle imprese di cui al capo I, sezione II, del presente decreto».

[6] V. d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, *Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*.

[7] Il d.p.r. 9 maggio 1994, n. 487, *Regolamento recante norme sull'accesso agli impieghi nelle*

previsto dagli art. 35 e 36, salvo che la materia venga regolata, in coerenza con i principi ivi previsti, nell'ambito dei rispettivi ordinamenti».

L'art. 35, d.lgs. 165/01 nel fissare, come anticipato, i principi fondamentali in materia di accesso ai pubblici uffici, riconosce al co. 3°, lett. *a*), la possibilità di avvalersi di strumenti automatizzati, anche per eventuali attività preselettive, nell'ambito di procedure di reclutamento che devono essere in grado di garantire l'imparzialità, l'economicità e la celerità dell'espletamento. Tali principi, espressi anche dall'art. 1, co. 2°, d.p.r. 487/94, si uniformano agli obiettivi generali dell'attività amministrativa che, ai sensi dell'art. 1, l. 241/90, «[…] persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza»[8].

Le attività selettive, quindi, dovranno caratterizzarsi per celerità ed economicità da raggiungere con la necessaria semplificazione delle procedure anche grazie all'ausilio di sistemi automatizzati ed alla progressiva digitalizzazione dei procedimenti.

La scelta di utilizzare sistemi automatizzati per la gestione delle procedure di reclutamento, con l'eventuale acquisizione online delle domande di partecipazione al concorso, è rimessa, anche in considerazione dei costi necessari per sostenere l'innovazione, alla discrezionalità delle amministrazioni che, di contro, in virtù del diritto dei cittadini di richiedere ed ottenere l'uso delle tecnologie telematiche nelle comunicazioni con la pubblica amministrazione, dovranno necessariamente adottare procedure idonee a garantire l'attuazione del predetto diritto prevedendo, tra l'altro, la possibilità per i candidati di trasmettere telematicamente, a mezzo PEC, la domanda di partecipazione al concorso nel rispetto della disciplina vigente che consente di equiparare la trasmissione telematica al tradizionale invio a mezzo di raccomandata con

pubbliche amministrazioni e le modalità di svolgimento dei concorsi, dei concorsi unici e delle altre forme di assunzione nei pubblici impieghi, pur essendo fonte regolamentare, ha assunto rilievo primario in materia di accesso ai pubblici uffici in considerazione del suo espresso richiamo da parte dell'art. 70, co. 13°, d.lgs. 165/01. Un ulteriore rinvio al d.p.r. 487/94 è presente nel d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267, *Testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali,* che all'art. 89 – richiamati i principi fissati dall'art. 35, d.lgs. 165/01 (in sostituzione dell'abrogato art. 36, d.lgs. 29/93) a cui devono fare riferimento i regolamenti in materia di procedure di assunzione – prevede l'applicabilità della procedura di reclutamento prevista dal d.p.r. 487/94 laddove sia assente la disciplina regolamentare sull'ordinamento degli uffici e dei servizi o la stessa sia incompleta. La necessità che il regolamento sull'ordinamento degli uffici e dei servizi degli enti locali, nel disciplinare le modalità di assunzione agli impieghi, i requisiti di accesso e le procedure concorsuali, sia rispettoso dei principi fissati dall'art. 35, d.lgs. 165/01 è prevista anche dal comma 7° dello stesso articolo.

[8] Sul punto v. anche la precedente nota 5.

avviso di ricevimento previsto dall'art. 4, d.p.r. 487/94 come unica modalità alternativa alla presentazione diretta della stessa domanda.

3. Dalla raccomandata con avviso di ricevimento alla PEC

Il d.p.r. 487/94 è un riferimento fondamentale tanto per le pubbliche amministrazioni che non si sono dotate di un proprio regolamento concorsuale quanto per quelle che, nell'adottare un proprio regolamento, hanno dovuto trarre dalla citata disposizione normativa i principi fondamentali a cui uniformarsi a garanzia dell'imparzialità, dell'economicità e della celerità della procedura concorsuale[9]. Ai sensi dell'art. 4, co. 1°, d.p.r. 487/94 «le domande di ammissione al concorso, redatte in carta semplice, devono essere indirizzate e presentate direttamente o a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento […] con esclusione di qualsiasi altro mezzo, entro il termine perentorio di giorni trenta dalla data di pubblicazione del bando […]». I successivi commi 2° e 3°, precisano, altresì, che la data di spedizione della domanda, redatta secondo lo schema allegato al bando di concorso, «è stabilita e comprovata dal timbro a data dell'ufficio postale accettante».

Nonostante il tenore letterale dell'art. 4, d.p.r. 487/94 escluda, per l'invio delle domande, mezzi diversi dalla consegna diretta e dalla raccomandata con avviso di ricevimento è da ritenersi ammissibile, alla luce delle innovazioni tecnologiche e delle norme in materia di p.a. digitale, la trasmissione telematica delle istanze di partecipazione ai concorsi pubblici attraverso l'utilizzo della PEC attesa l'equivalenza tra la presentazione con posta elettronica certificata e quella con raccomandata con avviso di ricevimento.

L'art. 38, co. 1°, del d.p.r. 445/00 statuisce che «tutte le istanze e le dichiarazioni da presentare alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi possono essere inviate anche per *fax* e via telematica». Il CAD, a sua volta, all'art. 48, prevede che la trasmissione telematica di comunicazioni che necessitano di una ricevuta di invio e di una ricevuta di consegna può avvenire mediante la posta elettronica certificata, ai sensi del d.p.r. 68/05, riconoscendo alla stessa trasmissione valore equivalente alla notificazione a mezzo posta.

È opportuno sottolineare, inoltre, che lo stesso principio è espresso anche dall'art. 16-*bis*, co. 5°, d.l. 185/08[10], in virtù del quale «l'utilizzo della posta elettronica certificata avviene ai sensi degli articoli 6 e 48 del citato

[9] Sul punto cfr. il precedente § 2.

[10] Il d.l. 185/08 è stato convertito in legge con la l. 2/09. Il co. 5, art. 16 bis, d.l. 185/08 è stato abrogato, a decorrere dal 01.01.15, dall'art. 1, co. 617, l. 190/14.

codice di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005, con effetto equivalente, ove necessario, alla notificazione per mezzo della posta».

Il d.p.r. 68/05, recante disposizioni per l'utilizzo della posta elettronica certificata ed espressamente richiamato dal d.lgs. 82/05, attribuisce validità, agli effetti di legge, all'invio di messaggi con detto strumento[11], riconducendo la validità della trasmissione e ricezione del messaggio di posta elettronica certificata alla ricevuta di accettazione ed alla ricevuta di avvenuta consegna[12].

Le predette valutazioni consentono di ribadire che la previsione regolamentare secondo cui «le domande di ammissione al concorso, redatte in carta semplice, devono essere indirizzate e presentate direttamente o a mezzo di raccomandata con avviso di ricevimento […] con esclusione di qualsiasi altro mezzo […]» non può costituire un ostacolo alla trasmissione telematica della domanda a mezzo PEC.

4. La trasmissione a mezzo PEC della domanda di concorso

Le istanze di partecipazione ad un concorso, al pari di quanto accade per ogni manifestazione di volontà espressa con atto scritto, devono essere sottoscritte anche se non è necessaria l'autenticazione della sottoscrizione[13].

La posta elettronica certificata costituisce, come già precisato, uno strumento di trasmissione di istanze e documenti con funzione analoga a quella tradizionalmente svolta dalla raccomandata con avviso di ricevimento. Il suo impiego, quindi, salvo casi particolari espressamente previsti dalla legge, non determina gli effetti della sottoscrizione che consente l'assunzione della paternità del documento (funzione dichiarativa)[14], l'individuazione e l'identificazione dell'autore (funzione indicativa)[15] nonché

[11] V. d.p.r. 68/05, art. 4, co. 1°.

[12] Sul punto v. d.p.r. 68/05, art. 4, co. 6° e art. 6.

[13] L'art. 39, d.p.r. 445/00 secondo cui «la sottoscrizione delle domande per la partecipazione a selezioni per l'assunzione, a qualsiasi titolo, in tutte le pubbliche amministrazioni, nonché ad esami per il conseguimento di abilitazioni, diplomi o titoli culturali non è soggetta ad autenticazione» è in linea con l'abrogazione – ad opera dell'art. 3 l. 127/97 –, dell'art. 4, co. 5°, d.p.r. 487/94 ai sensi del quale la firma da apporre in calce alla domanda doveva essere autenticata, a pena di esclusione, da uno dei pubblici ufficiali di cui all'art. 20, l. 15/68.

[14] La sottoscrizione ha «[…] una funzione dichiarativa: l'atto dello scrivere il proprio nome a piedi del documento significa, secondo la esperienza, assunzione della paternità del documento; in termini più precisi, dichiarazione che il documento è fatto (da lui o da altri) per conto di chi sottoscrive», così F. Carnelutti, *Studi sulla sottoscrizione*, in «Riv. dir. comm.», 1929, I, p. 514.

[15] La sottoscrizione ha «[…] una funzione indicativa: serve a discernere dagli altri l'autore del

la prova della paternità e dell'identità del suo autore (funzione probatoria).

La funzione tipica della sottoscrizione autografa è garantita, con riferimento ad un documento informatico[16], dalla firma digitale che, però, non è sempre necessaria al fine della validità delle istanze e delle dichiarazioni inviate telematicamente alla pubblica amministrazione o ai gestori o esercenti di pubblici servizi[17].

Il co. 2° del richiamato art. 38, d.p.r. 445/00 statuisce che «le istanze e le dichiarazioni inviate per via telematica, ivi comprese le domande per la partecipazione a selezioni e concorsi per l'assunzione, a qualsiasi titolo, in tutte le pubbliche amministrazioni, o per l'iscrizione in albi, registri o elenchi tenuti presso le pubbliche amministrazioni, sono valide se effettuate secondo quanto previsto dall'articolo 65 del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82».

L'art. 65, d.lgs. 82/05, quindi, disciplina la validità delle istanze e delle dichiarazioni presentate per via telematica stabilendo[18] che esse sono valide: «a) se sottoscritte mediante la firma digitale o la firma elettronica qualificata, il cui certificato è rilasciato da un certificatore accreditato; b) ovvero, quando l'autore è identificato dal sistema informatico con l'uso della carta d'identità elettronica o della carta nazionale dei servizi, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente; c) ovvero quando l'autore è identificato dal sistema informatico con i diversi strumenti di cui all'articolo 64, comma 2, nei limiti di quanto stabilito da ciascuna amministrazione ai sensi della normativa vigente nonché quando le istanze e le dichiarazioni sono inviate con le modalità di cui all'articolo 38, comma 3, del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; c-*bis*) ovvero se trasmesse dall'autore mediante la propria casella di posta elettronica certificata purché le relative credenziali di accesso siano state rilasciate previa identificazione del titolare, anche per via telematica secondo modalità definite con regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 71, e ciò sia attestato dal gestore del sistema nel messaggio o in un suo allegato. In tal caso, la trasmissione costituisce dichiarazione vincolante ai sensi dell'articolo 6, comma 1, secondo periodo. Sono fatte

documento», così *ibid.*, p. 513.

[16] Il documento informatico è definito dall'art. 1, co. 1°, lett. *p*, d.lgs. 82/05 come «la rappresentazione informatica di atti, fatti o dati giuridicamente rilevanti». Per un approfondimento sul tema del documento informatico anche con riferimento al suo valore giuridico sia consentito il rinvio a E. Tucci, *Vendita immobiliare e nuove tecnologie*, in *Le vendite immobiliari*, a cura di F. Bocchini, Giuffrè, Milano 2016, in corso di pubblicazione, §§ 3, 4, 9, 10 e 11.

[17] Cfr. successivo § 7.

[18] Sul punto v. d.lgs. 82/05, art. 65, co. 1°.

salve le disposizioni normative che prevedono l'uso di specifici sistemi di trasmissione telematica nel settore tributario».

In considerazione del delineato quadro normativo le amministrazioni dovranno essere pronte a gestire diverse tipologie di istanze di partecipazione ai concorsi trasmesse a mezzo PEC. È opportuno, pertanto, ricondurre le singole tipologie alle relative norme di riferimento evidenziando gli elementi necessari alla loro validità.

5. Istanza di partecipazione con firma autografa trasmessa a mezzo PEC unitamente alla fotocopia del documento di identità

È possibile presentare la domanda di partecipazione ad un concorso allegando ad un messaggio di posta elettronica certificata, diretto all'amministrazione competente, la copia per immagine[19] del documento di identità del candidato unitamente a quella della domanda analogica di partecipazione al concorso sottoscritta dallo stesso candidato con firma autografa. In tal caso la copertura normativa è garantita dall'art. 65, co. 1°, lett. *c*, d.lgs. 82/05 secondo cui sono valide le istanze e le dichiarazioni inviate con le modalità previste dall'art. 38, co. 3°, d.p.r. 445/00[20].

In virtù del riferito rinvio sono valide tutte le istanze e le dichiarazioni sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. La copia dell'istanza sottoscritta dall'interessato e la copia del documento di identità possono essere inviate per via telematica ai sensi dello stesso art. 38, co. 3°, d.p.r. 445/00.

In definitiva, quindi, è da ritenere valida la compilazione e la sottoscrizione autografa dell'istanza da parte del candidato e la successiva trasmissione, con posta elettronica certificata, della copia informatica per

[19] L'art. 1, co. 1°, lett. *i-ter*), d.lgs. 82/05 definisce la copia per immagine su supporto informatico di documento analogico come «il documento informatico avente contenuto e forma identici a quelli del documento analogico da cui è tratto».

[20] L'art. 38, co. 3°, d.p.r. 445/00 prevede che «le istanze e le dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà da produrre agli organi della amministrazione pubblica o ai gestori o esercenti di pubblici servizi sono sottoscritte dall'interessato in presenza del dipendente addetto ovvero sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore. La copia fotostatica del documento è inserita nel fascicolo. La copia dell'istanza sottoscritta dall'interessato e la copia del documento di identità possono essere inviate per via telematica; nei procedimenti di aggiudicazione di contratti pubblici, detta facoltà è consentita nei limiti stabiliti dal regolamento di cui all'articolo 15, comma 2 della legge 15 marzo 1997, n. 59».

immagine della stessa istanza unitamente alla copia del documento di identità del candidato.

Il combinato disposto dell'art. 65, co. 1°, lett. *c*, d.lgs. 82/05 con l'art. 38, co. 3°, d.p.r. 445/00 consente all'amministrazione competente che si è dotata di sistemi automatizzati per la gestione delle procedure concorsuali di acquisire validamente, facendo a meno della PEC, la copia per immagine delle istanze di partecipazione al concorso e del documento di identità dei candidati tramite il loro *upload*, da parte degli stessi candidati, sul sito web dedicato[21].

6. Istanza di partecipazione con firma digitale trasmessa a mezzo PEC senza fotocopia del documento di identità

L'art. 65, co. 1°, lett. *a*, d.lgs. 82/05 riconosce la validità delle istanze e le dichiarazioni sottoscritte mediante firma digitale[22] o firma elettronica qualificata[23] il cui certificato è rilasciato da un certificatore accreditato[24].

[21] Cfr. in tal senso il d.m. 22 ottobre 2015 <http://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_8_1.wp?pre-visiousPage=mg_1_6_1&contentId=SDC1192320> (ultimo accesso 07.03.2016) recante il bando di Concorso, per esami, a 350 posti di magistrato ordinario, che all'art. 3 prevede l'invio esclusivamente telematico della domanda di partecipazione. In particolare, il candidato, dopo essersi registrato sul sito del Ministero della Giustizia inserendo le credenziali di autenticazione richieste dallo stesso bando (codice fiscale, posta elettronica nominativa, password) deve compilare ed inviare il *form* di domanda. All'esito di tale operazione il sistema notifica al candidato l'avvenuta ricezione fornendo un file contenente la domanda di partecipazione che dovrà essere salvata, stampata, firmata, scansionata in pdf unitamente a copia del documento di riconoscimento ed inviata attraverso l'*upload* sul sito, pena l'irricevibilità della stessa domanda. A conclusione dell'operazione di *upload* il sistema automatizzato notifica, all'indirizzo e-mail indicato dal candidato in fase di registrazione, la ricevuta di presa in carico della domanda comprensiva di un file pdf con il codice identificativo ed il codice a barre da stampare ed esibire per la partecipazione alle prove scritte.

[22] La firma digitale è, ai sensi dall'art. 1, lett. *s*, d.lgs. 82/05 «un particolare tipo di firma elettronica avanzata basata su un certificato qualificato e su un sistema di chiavi crittografiche, una pubblica e una privata, correlate tra loro, che consente al titolare tramite la chiave privata e al destinatario tramite la chiave pubblica, rispettivamente, di rendere manifesta e di verificare la provenienza e l'integrità di un documento informatico o di un insieme di documenti informatici». L'art. 24, d.lgs. 82/05, precisa poi, al co. 3°, che «per la generazione della firma digitale deve adoperarsi un certificato qualificato che, al momento della sottoscrizione, non risulti scaduto di validità ovvero non risulti revocato o sospeso» e, al co. 4, che attraverso il certificato qualificato si devono rilevare la validità dello stesso certificato nonché gli elementi identificativi del titolare, del certificatore e gli eventuali limiti d'uso.

[23] La firma elettronica qualificata è, ai sensi dell'art. 1, lett. *r*, d.lgs. 82/05 «un particolare tipo di firma elettronica avanzata che sia basata su un certificato qualificato e realizzata mediante un dispositivo sicuro per la creazione della firma».

[24] Il certificatore è, ai sensi dell'art. 1, lett. *g*, d.lgs. 82/05 «il soggetto che presta servizi di

La domanda di partecipazione al concorso sottoscritta con firma digitale e trasmessa con posta elettronica certificata anche senza la copia del documento di identità è valida, quindi, purché il certificato di firma sia rilasciato da un certificatore accreditato.

Considerando che i maggiori fornitori della firma digitale presenti sul mercato sono certificatori accreditati, è difficile immaginare che si verifichi l'ipotesi di una sottoscrizione della candidatura con firma digitale il cui certificato non è rilasciato da un certificatore accreditato. Ove ciò dovesse accadere, però, è evidente che la candidatura, pur se trasmessa a mezzo PEC, sarebbe da considerare invalida per carenza dei requisiti previsti dal combinato disposto degli artt. 38, d.p.r. 445/00 e 65, d.lgs. 82/05, fatta salva l'ipotesi in cui l'istanza di partecipazione, pur sottoscritta con firma digitale non basata su un certificato rilasciato da un certificatore accreditato, è trasmessa a mezzo PEC unitamente alla copia del documento di identità del candidato.

In tal caso la domanda trasmessa con PEC è da ritenere valida in applicazione delle previsioni di cui agli artt. 65, co. 1°, lett. *c*, d.lgs. 82/05 e 38, co. 3°, d.p.r. 445/00[25].

La candidatura, infatti, pur in assenza di un certificatore accreditato, sarà sottoscritta con firma digitale – con l'efficacia, *ex* art. 21, co. 2°, d.lgs. 82/05, di cui all'art. 2702, c.c. – e trasmessa a mezzo posta elettronica certificata unitamente alla copia del documento di identità dell'istante.

7. La c.d. PEC-ID

A completamento dell'analisi svolta e ad evitare che la previsione di cui all'art. 65, co. 1°, lett. c-*bis*)[26] possa ingenerare confusione nella gestione

certificazione delle firme elettroniche o che fornisce altri servizi connessi con queste». Qualora emetta certificati qualificati, deve possedere, *ex* art. 26 d.lgs. 82/05, i requisiti di onorabilità richiesti ai soggetti che svolgono funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso le banche previsti dall'art. 26 del d.lgs. 385/93 e successive modificazioni nonché i requisiti previsti dall'art. 27, d.lgs. 82/05. Il certificatore accreditato dall'AgID è, ai sensi dell'art. 29, d.lgs. 82/05, colui che intende conseguire il riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato, in termini di qualità e di sicurezza. Affinché possa esserci l'accreditamento è necessario soddisfare i requisiti previsti dagli artt. 26, 27 e 29 del d.lgs. 82/05. L'elenco dei certificatori accreditati è consultabile all'indirizzo <http://archivio.digitpa.gov.it/firma-digitale/certificatori-accreditati/certificatori-attivi> (ultimo accesso 07.03.2016).

[25] Cfr. sul punto il precedente § 4.

[26] Le istanze e le dichiarazioni presentate per via telematica alle pubbliche amministrazioni e ai gestori dei servizi pubblici sono valide, ai sensi dell'art. 65, co. 1, lett. *c-bis)*, d.lgs. 82/05

delle procedure concorsuali, si ritiene opportuno precisare che la disposizione in parola riconosce la validità delle istanze e delle dichiarazioni inviate a mezzo PEC, facendo a meno delle modalità di cui all'art. 38, co. 3°, d.p.r. 445/00[27] nonché della firma digitale o della firma elettronica qualificata con certificato rilasciato da un certificatore accreditato[28], quando le stesse sono trasmesse dall'autore mediante la propria casella di posta elettronica certificata, purché le relative credenziali di accesso siano state rilasciate previa identificazione del titolare e ciò sia attestato dal gestore del sistema nel messaggio o in un suo allegato.

La casella di posta elettronica certificata a cui si riferisce la lettera c-*bis*) è differente dalla casella di posta elettronica certificata tradizionale: si tratta, infatti, della c.d. PEC-ID rilasciata dal Gestore del sistema al Titolare identificato preventivamente con le modalità previste dal d.P.C.M. 27 settembre 2012[29]. L'utilizzo della posta elettronica certificata di cui all'art. 65, co. 1°, lett. *c-bis*), d.lgs. 82/05 sostituisce, nei confronti della pubblica amministrazione, come previsto dall'art. 61 del d.P.C.M. 22 febbraio 2013[30], la firma

«[…] se trasmesse dall'autore mediante la propria casella di posta elettronica certificata purché le relative credenziali di accesso siano state rilasciate previa identificazione del titolare, anche per via telematica secondo modalità definite con regole tecniche adottate ai sensi dell'articolo 71, e ciò sia attestato dal gestore del sistema nel messaggio o in un suo allegato. In tal caso, la trasmissione costituisce dichiarazione vincolante ai sensi dell'articolo 6, comma 1, secondo periodo. Sono fatte salve le disposizioni normative che prevedono l'uso di specifici sistemi di trasmissione telematica nel settore tributario».

[27] Sul punto cfr. quanto illustrato al § 5.

[28] Sul punto cfr. i §§ 5 e 6.

[29] Il d.P.C.M. 27 settembre 2012 ha introdotto le *Regole tecniche per l'identificazione, anche in via telematica, del titolare della casella di posta elettronica certificata, ai sensi dell'art. 65, comma 1, lettera c-*bis*), del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82 e successive modificazioni*. Tra le caselle di posta elettronica certificata di cui all'art. 65, co. 1°, lett. *c-bis*), d.lgs. 82/05 dovevano essere sicuramente ricomprese quelle previste dall'art. 16-*bis*, co. 5°, d.l. 185/08, rilasciate ed attivate ai sensi del d.P.C.M. 6 maggio 2009 e facenti parte del servizio Postacertificat@ (Comunicazione Elettronica Certificata Pubblica Amministrazione Cittadino, CEC-PAC) gradualmente sospeso per far convergere tutta la Postacertificat@ sul normale sistema PEC. Il rilascio di nuove caselle CEC-PAC è stato interrotto a far data dal 18.12.14 e dal 18.03.15 al 17.07.15 le utenze CEC-PAC sono state mantenute attive solo in modalità di 'ricezione' con la possibilità per gli utenti di accedere per compiere esclusivamente attività di consultazione e di salvataggio dei messaggi ricevuti. L'accesso alla CEC-PAC è stato definitivamente inibito dal 18.09.15 salva la possibilità per i titolari di chiedere, sino al 17.03.18, l'accesso ai *log* dei propri messaggi di posta certificata.

[30] Il d.P.C.M. 22 febbraio 2013 recante *Regole tecniche in materia di generazione, apposizione e verifica delle firme elettroniche avanzate, qualificate e digitali, ai sensi degli articoli 20, comma 3, 24, comma 4, 28, comma 3, 32, comma 3, lettera b), 35, comma 2, 36, comma 2, e 71* rientra nel novero delle regole tecniche integrative del CAD.

elettronica avanzata[31]. In definitiva, quindi, qualora il candidato fosse in grado di avvalersi della PEC-ID, l'inoltro della domanda di partecipazione al concorso potrebbe avvenire senza la necessità di ulteriori adempimenti.

8. Conclusioni

Dalla ricostruzione effettuata discende l'immediata utilizzabilità della PEC, nell'ambito delle procedure concorsuali, per veicolare la domanda di partecipazione senza che siano necessari ulteriori specifici interventi normativi.

Le descritte modalità di trasmissione potranno essere utilizzate anche nelle procedure comparative per il conferimento di incarichi individuali[32].

Le amministrazioni competenti dovranno reingegnerizzare le procedure con l'obiettivo di un *work flow* documentale in grado di garantire l'integrità e l'autenticità dei messaggi di posta elettronica certificata e dei relativi allegati.

Le istanze e le dichiarazioni di cui all'art. 65, d.lgs. 82/05 dovranno essere protocollate[33] e successivamente conservate, in modo permanente con modalità digitali nel rispetto delle regole tecniche in materia, nel sistema di conservazione[34]. Quest'ultimo, per l'appunto, assicurerà la conservazione garantendo le caratteristiche di autenticità, integrità, affidabilità, leggibilità e reperibilità ai documenti e fascicoli informatici in esso custoditi, nel rispetto delle misure di sicurezza previste dal d.lgs. 196/03[35]

[31] La firma elettronica avanzata è definita dall'art. 1, co. 1, lett. q-*bis*), come l'«insieme di dati in forma elettronica allegati oppure connessi a un documento informatico che consentono l'identificazione del firmatario del documento e garantiscono la connessione univoca al firmatario, creati con mezzi sui quali il firmatario può conservare un controllo esclusivo, collegati ai dati ai quali detta firma si riferisce in modo da consentire di rilevare se i dati stessi siano stati successivamente modificati». Il d.P.C.M. 22 febbraio 2013 limita l'operatività della firma elettronica avanzata ai rapporti giuridici intercorrenti tra il sottoscrittore e quei soggetti che erogano la firma – in proprio o avvalendosi di soluzioni appositamente sviluppate da terzi – per il suo utilizzo in ambito istituzionale, societario o commerciale. In altre parole, la firma elettronica avanzata ha rilevanza interna nell'ambito di specifici rapporti giuridici.

[32] Sul punto v. ai sensi dell'art. 7, co. 6° ss., d.lgs. 165/01.

[33] Cfr. art. 40-*bis*, d.lgs. 82/05. In tema di protocollo informatico v. d.P.C.M. 03 dicembre 2013 *Regole tecniche per il protocollo informatico ai sensi degli articoli 40*-bis*, 41, 47, 57*-bis *e 71, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005*.

[34] V. d.P.C.M. 03 dicembre 2013 recante *Regole tecniche in materia di sistema di conservazione ai sensi degli articoli 20, commi 3 e 5*-bis*, 23*-ter*, comma 4, 43, commi 1 e 3, 44, 44*-bis *e 71, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo n. 82 del 2005*.

[35] Sul punto v. gli artt. da 31 a 36, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, *Codice in materia di dati personali*.

e dal disciplinare tecnico ad esso allegato[36] nonchè di quanto previsto dagli artt. 50-*bis* e 51, d.lgs. 82/05 in materia di continuità operativa e di sicurezza dei dati, dei sistemi e delle infrastrutture delle pubbliche amministrazioni in coordinamento con le linee guida emanate dall'Agenzia per l'Italia digitale[37].

Abstract

Le pubbliche amministrazioni hanno spesso manifestato perplessità in merito alla possibilità di prevedere l'utilizzo della posta elettronica certificata per l'invio delle istanze di partecipazione ai concorsi. La riconosciuta equivalenza tra la PEC e la raccomandata con avviso di ricevimento consente, invero, un suo proficuo impiego nelle procedure concorsuali. Le amministrazioni competenti, fatta salva la possibilità di utilizzare diverse procedure automatizzate per semplificare ulteriormente il procedimento nel rispetto dell'imparzialità, economicità e celerità dell'espletamento, dovranno essere in grado di gestire diverse istanze di partecipazione trasmesse a mezzo PEC riconoscendone i presupposti di validità.

[36] Si tratta dell'allegato B al d.lgs. 196/03.
[37] V. Le *Linee guida per il disaster recovery delle pubbliche amministrazioni* adottate, ai sensi dell'art. 50-*bis*, co. 3°, lett. *b*, d.lgs. 82/05, dall'Agenzia per l'Italia digitale <http://www.agid.gov.it/sites/default/files/linee_guida/linee-guida-dr.pdf> (ultimo accesso 07.03.2016).

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI