

IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. OROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE



Questa Rivista è pubblicata grazie al contributo dell'Università LUM Giuseppe Degennaro

Direttore Responsabile

Roberto MARTINO

Direttori

Antonio BARONE, Remo CAPONI, Marta CARTABIA, Roberto MARTINO, Angelo Giuseppe OROFINO, Andrea PANZAROLA, Andreas PIEKENBROCK, Aristide POLICE, Maria Alessandra SANDULLI, Giorgio SPANGHER, Francesco VERGINE

Comitato dei Garanti

Ennio AMODIO, Guido CORSO, Franco Gaetano SCOCA, Romano VACCARELLA

Comitato Scientifico

Jean-Bernard AUBY, Teresa ARMENTA DEU, Giampiero BALENA, Paolo BIAVATI, Antonio BRIGUGLIO, Chiara CACCIAVILLANI, Bruno CAPPONI, Cécile CHAINAIS, Jacques CHEVALLIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCIARIO, Carlo Emanuele GALLO, Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Loredana GIANI, Maria Francesca GHIRGA, Guido GRECO, Luigi KALB, Elisabetta LAMARQUE, Antonia Antonella MARANDOLA, Julien MARTIN, Francesco MANGANARO, Giuseppe MELIS, Sergio MENCHINI, Eva Maria MENÉNDEZ SEBASTIÁN, Ilaria PAGNI, Giuseppe MORBIDELLI, Luca Raffaello PERFETTI, Eugenio PICOZZA, Olivier RENAUDIE, Marco RUOTOLO, Fabio SAITTA, Fabio SANTANGELI, Bruno SASSANI, Andrea SCELLA, Karl Peter SOMMERMANN, John SOBABJI, Giovanni SERGES, Mario SPASIANO, Fabrizio TIGANO, Roberta TISCINI, Giuseppe TRISORIO LIUZZI, Antonio URICCHIO, Francesco VOLPE

Comitato di Valutazione

Ferruccio AULETTA, Giorgetta BASILICO, Salvatore BOCCAGNA, Manfredi BONTEMPELLI, Carlo BONZANO, Marco CABLABRÒ, Antonio CASSATELLA, Maria Cristina CAVALLARO, Angelo CONTRINO, Antonio COLAVECCHIO, Carlotta CONTI, Ulisse COREA, Elena D'ALESSANDRO, Francesco DE LEONARDIS, Clarice DELLE DONNE, Olga DESIATO, Lorenzo DEL FEDERICO, Francesco FOLLIERI, Mario Pio FULANO, Walter GIULIETTI, Andrea GIUSSANI, Marco GRADI, Antonio GUIDARA, Margherita INTERLANDI, Giampaolo IMPAGNATIELLO, Beatrice GAMBINERI, Mariacarla GIORGETTI, Michele Angelo LUPOI, Raffaele MANFRELLOTTI, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANTRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCRE, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

Mirko ABBAMONTE, Flaminia APERIO BELLA, Cristina ASPRELLA, Gian Marco BACCARI, Alessio BONAFINE, Andrea CARBONE, Fabiola CIMBALI, Maria Francesca CORTESI, Raffaella DAGOSTINO, Alessandro FABBI, Giuseppina FANELLI, Maria Vittoria FERRONI, Rossella FONTI, Katia LA REGINA, Giuseppe LA ROSA, Paola LICCI, Enrico Maria MANGUSO, Annalisa MANGIARACINA, Aniello MERONE, Costanza NICOLOSI, Angela PROCACCINO, Federico RASI, Concetta RICCI, Natalia ROMBI, Filomena SANTAGADA, Martina SINISI, Giordana STRAZZA, Enrico ZAMPETTI

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAL, Vincenzo DE CAROLIS, Marco FARINA, Manfredi LATINI VACCARELLA, Biagio LIMONGI, Elisabetta MARINO, Valentina MAZZOTTA, Michela MORGESE, Antonio ROMANO, Natalia ROMBI

Segreteria di Redazione

Mirko ABBAMONTE, Raffaella DAGOSTINO, Costanza NICOLOSI

I contributi pubblicati in questa Rivista sono stati sottoposti, con esito positivo, alla procedura di referaggio in doppio cieco (*double blind peer review*) condotta in conformità al Regolamento depositato presso l'Editore.

Stampa



Via A. Gherardesca - 56121 Pisa

In copertina: Giuseppe COLOMBO, *Lo specchio falso di Magritte*,
pastello su carta, cm 32x44, 2018

Numero 2/2024

IL PROCESSO

RIVISTA GIURIDICA QUADRIMESTRALE

ISSN 2611-5131

DIREZIONE SCIENTIFICA

A. BARONE, R. CAPONI, M. CARTABIA, R. MARTINO, A.G. DROFINO, A. PANZAROLA, A. PIEKENBROCK,
A. POLICE, M.A. SANDULLI, G. SPANGHER, F. VERGINE


**Pacini
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

ALESSIO CAROSI

Avvocato

VIVIANA DI CAPUA

Ricercatrice nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

MARIA CRISTINA DINACCI

Dottoranda nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

ANGELA MARIA FELICETTI

Assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Bologna

GIOVANNI GALLONE

Consigliere di Stato

ANGELO GIUSEPPE OROFINO

Ordinario nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima - Bari

JULIEN MARTIN

Professeur agrégé nell'Università di Bordeaux

ANIELLO MERONE

Associato nell'Università Europea di Roma

SERGIO PUGLIESE

Dottorando nell'Università LUM Giuseppe Degennaro di Casamassima - Bari

FILOMENA SANTAGADA

Associato nell'Università Europea di Roma

LINKA ZANGARA

Avvocato cassazionista

sommario

Saggi

<i>La comunicazione telematica degli atti amministrativi</i> di ANGELO GIUSEPPE OROFINO - GIOVANNI GALLONE	293
<i>Il giudice amministrativo al cospetto dei poteri discrezionali dell'amministrazione</i> di JULIEN MARTIN	313
<i>L'ordine di esibizione nel prisma dell'armonizzazione europea: riflessioni a margine della modifica all'art. 210 c.p.c.</i> di ANGELA MARIA FELICETTI	327
<i>La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della res iudicata nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività</i> di SERGIO PUGLIESE	363

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>In tema di notifica inesistente di pignoramento di quote di una s.r.l. a cittadino americano</i> Tribunale di Catania, Sez. VI, sentenza 4 marzo 2024 Commento di LINKA ZANGARA	423
<i>Osservazioni sui primi (e significativi) irrigidimenti del «filtro» presidenziale di ammissibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione</i> Corte di Cassazione, decreto pres. 14 febbraio 2024, n. 4121 Commento di ALESSIO CAROSI	431
<i>Diritto al silenzio e procedure di liquidazione giudiziale, tra riconoscimenti europei e resistenze operative</i> Corte di Cassazione, Sez. V pen., sentenza 17 marzo 2023, n. 11459 Commento di MARIA CRISTINA DINACCI	453
<i>L'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato per sconfinamento</i>	

nell'attività del legislatore e l'idealtipo del "giudice Ercole"

Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanza 12 ottobre 2022, n. 8153 Commento di VIVIANA DI CAPUA.....	489
--	-----

Attualità

<i>Dimensione individuale, collettiva e politica del processo civile per i danni ambientali e climatici</i> di FILOMENA SANTAGADA	531
<i>Lo Stato quale legittimato passivo della climate change litigation: tra diritti fondamentali e giudizi universali</i> di ANIELLO MERONE	579

La comunicazione telematica degli atti amministrativi

di ANGELO GIUSEPPE OROFINO - GIOVANNI GALLONE (*)

SOMMARIO: 1. La trasformazione telematica delle funzioni di comunicazione. — 2. La pubblicazione online. — 3. Le comunicazioni individuali. — 4. Riflessioni conclusive.

1. La trasformazione telematica delle funzioni di comunicazione.

Nella introduzione al suo libro su *La comunicazione degli atti amministrativi* (1) Vittorio Ottaviano afferma che lo studio delle questioni giuridiche inerenti ai mezzi comunicativi può apparire arido. Ciò nonostante, lo scienziato ragusano si affretta a sottolinearne l'importanza giacché «è dato riscontrare ad ogni piè sospinto le questioni a cui questa materia dà luogo» (2).

Le parole innanzi riportate, scritte nella metà del secolo scorso, appaiono acquisire oggi una attualità persino maggiore di quella che esse avevano al momento in cui sono state vergate. La trasformazione digitale delle amministrazioni (3) ha, infatti, enormemente enfatizzato l'importanza dell'attività comunicativa a vario modo svolta dagli enti pubblici. Attività che si attua me-

(*) Benché lo scritto sia il frutto della riflessione congiunta dei due autori, i primi due paragrafi sono scritti da A.G. Orofino e gli ultimi due da G. Gallone.

(1) V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi* (1953), ora in Id., *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1992, 143.

(2) V. OTTAVIANO, *La comunicazione*, cit., 144.

(3) Riflesso di quella che è stata definita la «quarta rivoluzione industriale» (su quest'ultima e sulle sue peculiarità K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, New York, 2017).

dianze strumenti e canali un tempo indisponibili e rende possibile tanto una più ampia diffusione delle notizie, quanto una agevolazione delle modalità comunicative. Il che influisce evidentemente sulla trasformazione degli istituti partecipativi.

Non è, del resto, un caso se, già da tempo, i giudici amministrativi sono stati chiamati a occuparsi di comunicazione telematica (4) degli atti amministrativi ed a chiarire quale potesse essere il valore attribuito alle forme conoscitive attuate attraverso i canali informatici.

La questione ha suscitato interesse anche nella dottrina che, superando una prima diffidenza per l'argomento (5), ha iniziato ad occuparsi sempre più assiduamente di comunicazione pubblica

(4) Si intende recepire in questa sede la nozione ampia di comunicazione, riferita sia a misure comunicative rivolte ad una generalità indistinta di destinatari (pubblicazioni), che a comunicazioni individuali (notificazioni): in tal senso v. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, S. CASSESE (a cura di), 2ª ed., vol. I, Milano, 2003, 880. Nello stesso senso anche V. OTTAVIANO, che nel suo volume dedica ampio spazio alle misure conoscitive collettive, oltre che a quelle individuali. Il Maestro ragusano individua, nel solco della tradizione, il criterio distintivo tra le due categorie nella «indeterminatezza dei destinatari» nonché nella finalità stessa che ispira l'attività partecipativa. Ed infatti la pubblicazione «non intende far apprendere ad altri una notizia» ma esaurisce il proprio scopo «nel rendere possibile a chi vi ha interesse di apprendere quanto viene pubblicato» (V. OTTAVIANO, *La comunicazione*, cit., 347). Ne discende anche una profonda diversità sul piano della natura giuridica: se, infatti, nelle misure conoscitive individuali (la comunicazione *stricto sensu* intesa) «la conoscenza è l'evento a cui mette capo l'attività del soggetto che le opera, nelle pubblicazioni la conoscenza si produce attraverso un'attività di chi ha interesse a conoscere, occorre cioè un atto di ispezione del terzo che vuole conoscere», con la conseguenza che essa si avvicina per fattezze alla nozione di «operazione amministrativa» più che di atto amministrativo (V. OTTAVIANO, *La comunicazione*, cit., 347-348). In argomento v. D. D'ORSOGNA, *Contributo allo studio dell'operazione amministrativa*, Napoli, 2005.

(5) Affermava B. Cavallo che il tema della comunicazione degli atti amministrativi fosse caratterizzato da una «intrinseca "povertà" concettuale», dalla quale deriverebbe che «una convincente costruzione sistematica della comunicazione degli atti amministrativi non è stata ancora proposta» (entrambe le frasi riportate tra virgolette sono tratte da B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, in *Trattato Santaniello*, Padova, 1993, 83). In verità, una sistemazione della materia era stata già operata quanto meno nel volume di V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, cit., testo definito come un classico del diritto amministrativo italiano «per la chiarezza e la forza persuasiva delle sistemazioni e soprattutto per lo stile» da F. MERUSI, *Ricordo di Vittorio Ottaviano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, 248.

e di informazione amministrativa ⁽⁶⁾. Si sono, così, analizzate le implicazioni giuridiche correlate all'impiego di strumenti telematici, mettendone in evidenza i risvolti positivi in termini di partecipazione e di sviluppo democratico. Del pari, un sempre maggior numero di autori si è soffermato ad analizzare il valore giuridico delle varie forme di pubblicità informatica di atti e provvedimenti amministrativi ⁽⁷⁾.

Il rilievo delle misure partecipativo-comunicative che possono aversi attraverso l'ausilio del web si è, poi, notevolmente accresciuto con la implementazione delle riforme del 2013 in tema di trasparenza amministrativa. Queste ultime, introdotte come forme di reazione rispetto al clamore mediatico creato dalla diffusione di notizie aventi riguardo alla malversazione di denaro pubblico attuata da taluni esponenti politici ⁽⁸⁾, si sono potute realizzare grazie alle possibilità conoscitive offerte dalla rete Internet.

E, infatti, i mezzi informatici posseggono una particolare capacità diffusiva, che permette di far circolare le notizie ben oltre un determinato ambito territoriale e di rapportarsi alle autorità da qualunque luogo fisico. Ciò consente una capillarità delle comunicazioni, che giova allo svolgimento di molte funzioni: sia funzioni propriamente autoritative, sia funzioni riferite allo svol-

⁽⁶⁾ A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, Rimini, 1983; A. VIGNUSDELLI (a cura di), *La comunicazione pubblica*, Rimini, 1992; G. ARENA (a cura di), *La comunicazione d'interesse generale*, Bologna, 1995; G. GARDINI, *La comunicazione degli atti amministrativi*, Milano, 1996; F. FACCIOLI, *Comunicazione pubblica e cultura del servizio*, Roma, 2000; F. MERLONI (a cura di), *L'informazione delle pubbliche amministrazioni*, Rimini, 2002; P. MARSOCCI, *Poteri e pubblicità. Per una teoria giuridica della comunicazione istituzionale*, Padova, 2002; P. MANCINI, *Manuale di comunicazione pubblica*, Roma-Bari, 2003; T. KRASNA (a cura di), *Informazione e comunicazione della p.a. dopo la legge n. 150/2000*, Roma, 2003; G. ARENA (a cura di), *La funzione di comunicazione nelle pubbliche amministrazioni*, 2^a ed., Rimini, 2004; G. IUDICA, *Comunicazione del provvedimento amministrativo e funzione procedimentale*, Milano, 2012.

⁽⁷⁾ Cfr. A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008, 157, anche per riferimenti bibliografici.

⁽⁸⁾ A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi. Accesso, informatizzazione e controllo civico*, Bari, 2020, 134. In argomento, sulla situazione francese, v. J. CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, 2023, 6^a ed., 87.

gimento di servizi pubblici (9).

Sul piano della disciplina generale del procedimento, l'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990 (10) ha, poi, definitivamente aperto l'attività amministrativa all'uso della telematica, non solo rispetto alla sua «fase costitutiva» (11), ma anche rispetto alla eventuale fase «integrativa dell'efficacia» (12), in particolare nei rapporti tra amministrazione e privati. Ciò ha conferito una più chiara dimensione precettiva a quel pregnante profilo di «cittadinanza digitale» già espresso dall'art. 1 del Cad e rappresentato dal «diritto all'uso delle tecnologie».

Tutte le caratteristiche innanzi accennate rendono, del resto, fondamentale l'uso delle moderne tecniche ai fini della diffusione e dell'accesso alle informazioni di fonte pubblica (nonché l'adeguamento delle strutture organizzative, in maniera da agevolare tale uso), purché ciò avvenga nel rispetto di regole ben precise, volte a garantire l'effettività e l'efficacia della comunicazione.

La telematica, infatti, non è solo uno strumento virtuoso, che consente di abbattere barriere e di garantire un facile accesso virtuale alle informazioni amministrative. Esso, come tutti i mezzi tecnici, pone anche degli ostacoli e può divenire, se adoperato senza le dovute cautele, strumento di discriminazione, piuttosto che di partecipazione (13).

(9) P. COSTANZO, *La comunicazione giuridica alla prova della Rete*, in *Federalismi*, n. 10, 2004.

(10) L'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990, come noto, stabilisce che «per conseguire maggiore efficienza nella loro attività, le amministrazioni pubbliche agiscono mediante strumenti informatici e telematici, nei rapporti interni, tra le diverse amministrazioni e tra queste e i privati». Per un'analisi della previsione normativa F. CARDARELLI, *Usa della telematica, commento art. 3-bis della L. n. 241/1990*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, 2ª ed., Milano, 2017.

(11) L'art. 3-*bis* della l. n. 241/1990 offre, infatti, una prima e generalissima base legale per l'uso degli strumenti informatici in chiave di automazione decisionale amministrativa. Sul punto v. G. GALLONE, *Riserva di umanità e funzioni amministrative. Indagine sui limiti dell'automazione decisionale amministrativa tra procedimento e processo*, Padova, 2023, 107 e *passim*.

(12) A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1964, 260 e ss.

(13) E.M. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, J. BALLINA DÍAZ, *Digital Citizenship: Fighting the Digital Divide*, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 2, Issue 1,

E questo anche perché non tutti i cittadini dispongono di abilità informatiche sufficienti a consentirne un'agile interlocuzione con le amministrazioni. Ad ogni modo, pure coloro che dimostrano adeguata padronanza del mezzo devono avere riferimenti sicuri in ordine ai luoghi virtuali in cui cercare gli atti divulgati ed alle modalità per rintracciare le informazioni diffuse.

Il che rende necessaria una adeguata chiarezza in ordine alle modalità di espletamento delle forme comunicative informatiche, al valore giuridico da attribuire alle stesse ed alle conseguenze da riconnettere alla eventuale violazione delle norme in materia.

2. La pubblicazione online.

Le possibilità comunicative offerte dalla Rete hanno spinto il legislatore — superando un primo disinteresse — a occuparsi di pubblicità telematica.

Tra le disposizioni che trattano l'argomento, le più importanti appaiono quelle contenute nel Codice dell'amministrazione digitale, quelle recate dall'art. 32 della l. n. 69/2009 e quelle incluse nel c.d. «Decreto trasparenza» (d.lgs. n. 33/2013).

In realtà è proprio quest'ultima norma ad offrire una disciplina che appare di maggiore interesse.

Nel Codice dell'amministrazione digitale le disposizioni dedicate al tema sono gli artt. 53 («Siti Internet delle pubbliche amministrazioni») e 54 («Contenuto dei siti delle pubbliche amministrazioni»). Gli articoli poc'anzi citati, nel testo attualmente vigente, oltre a prevedere l'obbligo per gli enti pubblici di dotarsi di siti istituzionali, si limitano sostanzialmente a rinviare a quanto disposto dalle norme del d.lgs. n. 33/2013. Aggiunge l'art. 53 che

2021, 149. Il concetto di *digital divide* nasce negli Stati Uniti sotto l'amministrazione di Bill Clinton per esprimere il divario esistente tra chi ha accesso effettivo alle tecnologie dell'informazione e chi vi è escluso in modo totale o parziale (per i riflessi sociali ed economici del fenomeno si rinvia agli studi di M. WARSCHAUER, *Technology and Social Inclusion: Rethinking the Digital Divide*, Cambridge, Massachusetts, 2003 e K. MOSSBERGER, C.J. TOLBERT, M. STANSBURY, *Virtual Inequality: Beyond the Digital Divide*, Washington D.C., 2003).

i siti internet delle p.a. devono essere accessibili, usabili, reperibili da qualsiasi genere di utente, inclusi coloro che siano affetti da disabilità. Devono, poi, recare una informazione completa, affidabile, espressa con un linguaggio chiaro. Devono, infine, essere di semplice consultazione e interoperabili. Le disposizioni del Codice dell'amministrazione digitale, dunque, si limitano ad offrire solamente alcune indicazioni di principio con riguardo al *quomodo* della pubblicazione.

Mancano di dettaglio anche le norme recate dall'art. 32 della l. n. 69/2009. Queste ultime dispongono che, a partire dal 1° gennaio 2010, tutti gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione sui siti informatici istituzionali da parte delle varie amministrazioni, laddove le pubblicazioni effettuate in forma cartacea non hanno effetto di pubblicità legale⁽¹⁴⁾. La diffusione *online* è ormai, in questo senso, la ordinaria misura conoscitiva collettiva dell'attività amministrativa e forma oggetto di un vero e proprio obbligo giuridico (di *facere*) in capo all'amministrazione, la cui violazione è sanzionata dall'ordinamento⁽¹⁵⁾.

A dispetto dell'importanza assunta dalla forma partecipativa indicata dall'art. 32 della l. n. 69/2009, la norma appare poco perspicua e non scevra da difficoltà esegetiche⁽¹⁶⁾. A ciò si aggiunga

⁽¹⁴⁾ Cons. St., sez. IV, 29 agosto 2017, n. 4093 ha chiarito, sulla scorta di tale previsione, che la pubblicazione sul sito istituzionale «assolve pienamente gli obblighi legali e pone a carico dei diretti interessati destinatari un *onere* di conoscenza secondo il canone dell'ordinaria diligenza e della cura dei propri interessi» e che essa assume rilievo anche ai fini del decorso dei termini per impugnare.

⁽¹⁵⁾ Una fitta trama di obblighi di pubblicazione preventiva di atti amministrativi è disegnata dal d.lgs. n. 33/2013 e risulta accompagnata, per l'ipotesi di inadempimento agli stessi, dalla espressa comminatoria di sanzioni amministrative a carico dei soggetti che vi sono tenuti (artt. 13 e ss.). Con riguardo specifico alle pubblicazioni online sui siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni, il già richiamato art. 32, comma 1, della l. n. 69/2009, al suo terzo periodo espressamente prevede, peraltro, che «La mancata pubblicazione nei termini di cui al periodo precedente è altresì rilevante ai fini della misurazione e della valutazione della performance individuale dei dirigenti responsabili».

⁽¹⁶⁾ A.G. OROFINO, *La trasparenza oltre la crisi*, cit., 115.

che essa offre prescrizioni davvero scarse in merito alla tipologia dei siti deputati alla pubblicazione ed alla collocazione che, all'interno di essi, devono avere gli atti. Al contrario, affinché la pubblicità telematica possa dirsi efficacemente realizzata, è necessario che siano date indicazioni chiare quanto meno in merito: *a)* alla tipologia dei siti deputati alla pubblicazione; *b)* agli indirizzi telematici dei siti; *c)* all'efficacia giuridica della pubblicazione; *d)* ai termini di affissione dei provvedimenti comunicati in Rete; *e)* alle modalità di compimento della pubblicazione telematica. Si deve, cioè, specificare se gli atti debbano essere pubblicati per intero o in estratto, quale debba essere la loro collocazione e la visibilità data all'interno del sito, se gli estratti debbano contenere dei link al testo dell'atto, magari pubblicato per esteso in altro sito ⁽¹⁷⁾.

Alcune delle indicazioni di cui si è detto innanzi vengono fornite dagli artt. 8 e 9 del d.lgs. n. 33/2013. L'art. 8 stabilisce che i documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi della normativa vigente sono affissi tempestivamente sul sito istituzionale dell'amministrazione e vengono mantenuti fino a che tali atti producono i loro effetti e, comunque, per un periodo non inferiore a 5 anni decorrenti dal 1° gennaio dell'anno successivo a quello da cui decorre l'obbligo di pubblicazione. Specifica, poi, l'art. 9 che, per garantire una piena accessibilità alle informazioni divulgate, sulla home page dei siti istituzionali deve essere collocata una sezione denominata «amministrazione trasparente», al cui interno dovranno essere indicati i dati, le informazioni e i documenti pubblicati ai sensi della normativa vigente. Si dice anche nello stesso articolo che, al fine di evitare eventuali duplicazioni, la pubblicazione nella sezione innanzi indicata può essere sostituita da un collegamento ipertestuale alla pagina del sito in cui sono presenti i relativi dati. Infine, si specifica nell'art. 23 che la sezio-

⁽¹⁷⁾ Cfr. Cons. St., sez. III, 7 gennaio 2020, n. 124, dove si sottolinea la «esigenza di garantire, con regole chiare e uniformi, standard tecnici di adeguata e omogenea visibilità dei dati pubblicizzati sui siti telematici, nei diversi settori e ambiti operativi dell'azione pubblica». In termini Cons. St., sez. III, 28 settembre 2018, n. 5570.

ne «amministrazione trasparente» può essere suddivisa in distinte articolazioni, all'interno delle quali vanno pubblicati gli elenchi dei provvedimenti adottati dagli organi di indirizzo politico e dai dirigenti.

Non deve, in ultimo, trascurarsi che il legislatore ha cercato di donare maggiore concretezza ai principi già sanciti dall'art. 54 Codice dell'amministrazione digitale circa le modalità tecniche di pubblicazione sui siti istituzionali stabilendo, attraverso la novella del già citato art. 32, comma 1, della l. n. 69/2009 ⁽¹⁸⁾, che tale pubblicità va effettuata «applicando i requisiti tecnici di accessibilità di cui all'articolo 11 della legge 9 gennaio 2004, n. 4», fissati con apposite linee guida adottate da Agid ⁽¹⁹⁾.

Ciò conferisce rinnovato rilievo al tema, invero poco indagato, delle conseguenze che la violazione delle regole poste con riguardo a contenuto e modalità di pubblicazione è destinata a sortire sul piano giuridico. Pare, invero, nel solco del sempre attuale insegnamento del Maestro ⁽²⁰⁾, che l'inosservanza di esse non valga, in ragione della ontologica diversità che corre tra pubblicazione in sé ed atto oggetto di pubblicazione, ad inficiare la validità del secondo ma che possa, al più, impedire il sorgere della presunzione di conoscibilità che la legge ricollega a tale misura conoscitiva collettiva ⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ Novella apportata dall'art. 9, comma 6-*bis*, del d.l. n. 179/2012 (convertito con modificazioni con l. n. 221/2012).

⁽¹⁹⁾ In attuazione dell'art. 11 della l. 9 gennaio 2004, n. 4, recante «Disposizioni per favorire e semplificare l'accesso degli utenti e, in particolare, delle persone con disabilità agli strumenti informatici», Agid ha licenziato le «Linee Guida accessibilità – PA», reperibili, nell'ultima versione del 21 dicembre 2022, su www.agid.gov.it.

⁽²⁰⁾ V. OTTAVIANO, *La comunicazione*, cit., 369, il quale mette in evidenza che, di regola, la pubblicazione consiste «in un accadimento estraneo all'atto [...] da un punto di vista naturale» e che solo eccezionalmente, in presenza di una «apposita norma», può essere considerato come «il grado di esternazione richiesto dall'ordinamento per una dichiarazione».

⁽²¹⁾ L'irregolarità ovvero incompletezza della pubblicazione avrebbe, quindi, come unica conseguenza quella di impedire il prodursi di tutti quegli effetti giuridici che si legano alla conoscibilità dell'atto (tra tutti, il decorso del termine per impugnare *ex art.* 41 c.p.a.). Sul punto v. Cons. St., sez. IV, 22 novembre 2024, n. 9404, dove si afferma che l'avvenuta pubblicazione degli esiti di una gara nell'albo pretorio virtuale, piuttosto che

3. Le comunicazioni individuali.

Passando, invece, ad analizzare la disciplina delle misure di conoscenza individuali, essa è contenuta in gran parte nel Codice dell'amministrazione digitale, oltre che nel d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68 (sulla posta elettronica certificata), e in alcune norme regolamentari o linee guida, alle quali il Codice dell'amministrazione digitale rinvia. Prescrizioni specifiche sono, poi, recate per quanto riguarda le notifiche di atti processuali ⁽²²⁾.

Sono molte le disposizioni del d.lgs. n. 82/2005 che si occupano di disciplinare le comunicazioni telematiche. Lo fanno istituendo il *domicilio digitale* ⁽²³⁾, strumento attraverso il quale veicolare tutti i messaggi che transitino tra amministrazioni e privati. Tale domicilio — obbligatorio per amministrazioni, imprese e talune categorie di professionisti, ma non ancora per privati cittadini ⁽²⁴⁾ — diviene strumento essenziale per semplificare il dialogo con i soggetti pubblici. Per questo, lo stesso Codice si preoccupa di indicare appositi elenchi, liberamente consultabili ⁽²⁵⁾, dai quali possano essere tratti gli indirizzi telematici sia di

nella sezione «amministrazione trasparente» del sito della stazione appaltante, viola la regola posta dall'art. 29 del d.lgs. n. 50/2016 (*ratione temporis* applicabile alla procedura), da leggere in combinato disposto con il d.lgs. n. 33/2013.

⁽²²⁾ B. BRUNELLI, *Gli indirizzi virtuali qualificati per le notificazioni telematiche secondo la Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1039.

⁽²³⁾ Definito dall'art. 1., comma 1, lett. n-ter), del Cad come «un indirizzo elettronico eletto presso un servizio di posta elettronica certificata o un servizio elettronico di recapito certificato qualificato, come definito dal regolamento (UE) 23 luglio 2014 n. 910 del Parlamento europeo e del Consiglio in materia di identificazione elettronica e servizi fiduciari per le transazioni elettroniche nel mercato interno e che abroga la direttiva 1999/93/CE, di seguito "Regolamento eIDAS", valido ai fini delle comunicazioni elettroniche aventi valore legale». Cfr. F. CARDARELLI, *Amministrazione digitale, trasparenza e principio di legalità*, in *Dir. inf. inf.*, 2015, 256; P. PROVENZANO, *Decreti Madia e nuova disciplina del c.d. «domicilio digitale»: quali prospettive?*, in www.federalismi.it, 11/2016; G. CARULLO, *Elezione del domicilio digitale per la ricezione di notifiche di atti giudiziari: dubbi in relazione alla diversa disciplina dettata per i privati e per le pubbliche amministrazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 228; F. DE VITA, *Domicilio digitale della P.A. e processo*, in *Il problema amministrativo. Aspetti di una trasformazione tentata*, F. LIGUORI (a cura di), Napoli, 2021, 27.

⁽²⁴⁾ Cfr. l'art. 3-bis, comma 1, del Cad.

⁽²⁵⁾ Cfr. l'art. 6-quinquies, comma 1, del Cad.

coloro che sono tenuti a dotarsi di un domicilio digitale ⁽²⁶⁾, sia di coloro che ne abbiano volontariamente attivato uno, pur non essendovi obbligati ⁽²⁷⁾.

La posta elettronica certificata ⁽²⁸⁾, con i suoi precipui effetti giuridici ⁽²⁹⁾, rappresenta, pertanto, lo strumento legale ordinario per la comunicazione individuale degli atti amministrativi verso tutti coloro che siano dotati di domicilio digitale ⁽³⁰⁾ o che, eventualmente, lo abbiano eletto per un determinato procedimento ⁽³¹⁾.

La previsione normativa — con la netta preferenza verso la Pec come mezzo partecipativo — porta a superare molte delle

⁽²⁶⁾ Cfr. art. 6-*bis* e 6-*ter* del Cad.

⁽²⁷⁾ Cfr. art. 6-*quater* del Cad.

⁽²⁸⁾ D. MARONGIU, *La trasmissione del documento informatico: il ruolo della posta elettronica certificata*, in *Inf. dir.*, 2005, 135; A. BARLETTA, *Posta elettronica certificata (Pec)*, in *Dig. disc. pubbl. agg.*, 2012, Torino, 572; A. CONTALDO, F. PELUSO, *La posta elettronica certificata nella pratica amministrativa*, in *Rass. avv. Stato*, 2016, 4, 147.

⁽²⁹⁾ Equiparati *expressis verbis* — e salvo che la legge disponga diversamente — dal comma 1 dell'art. 6 del Cad a quelli «delle comunicazioni a mezzo raccomandata con ricevuta di ritorno» e a quelli della «notificazione per mezzo della posta».

⁽³⁰⁾ Cfr. in proposito l'art. 5-*bis*, comma 1, del Cad, il quale prevede che «La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese». In argomento v. anche il d.P.C. del 22 luglio 2011, adottato in attuazione proprio del art. 5-*bis*, comma 2, del Cad, il quale dispone che «a decorrere dal 1° luglio 2013, la presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avvengono esclusivamente in via telematica» (art. 1, comma 1), sicché, a decorrere da tale data, «le pubbliche amministrazioni non possono accettare o effettuare in forma cartacea le comunicazioni di cui all'articolo 5-*bis*, comma 1, del Codice dell'amministrazione digitale» (art. 3, comma 1). Anche l'art. 6-*bis*, comma 2, del Cad afferma che i domicili digitali inseriti nell'indice Ini-Pec costituiscono mezzo esclusivo per le notifiche e le comunicazioni che intervengano tra i loro titolari e le pubbliche amministrazioni. Con riferimento alle interlocuzioni con i soggetti che abbiano volontariamente eletto un domicilio digitale v. quanto previsto dall'art. 3-*bis*, commi 3-*bis* e 4, del Cad. Infine, va ricordato che, secondo quanto previsto dall'art. 6, comma 1-*quater*, del Cad, le amministrazioni notificano direttamente presso i domicili digitali di cui all'articolo 3-*bis* i propri atti, compresi i verbali relativi alle sanzioni amministrative, gli atti impositivi di accertamento e di riscossione e le ingiunzioni di cui all'articolo 2 del regio decreto 14 aprile 1910, n. 639, fatte salve le specifiche disposizioni in ambito tributario.

⁽³¹⁾ V. *infra*.

questioni che erano sorte con riferimento al valore da conferire alle comunicazioni telematiche veicolate attraverso canali ordinari e non certificati ⁽³²⁾.

Ciononostante, in ragione della larga diffusione e del facile utilizzo dello strumento, vi è una persistente tendenza delle amministrazioni nel continuare ad usare anche mail non certificate. Tale utilizzo sembra legittimato da quanto indicato dall'art. 45 del Codice dell'amministrazione digitale, il quale riconosce valore giuridico alle trasmissioni effettuate «da chiunque ad una pubblica amministrazione con qualsiasi mezzo telematico o informatico idoneo ad accertarne la provenienza». Di sicuro interesse è anche l'art. 65 del Codice dell'amministrazione digitale, il quale consente la presentazione online di istanze e dichiarazioni rivolte alle pubbliche amministrazioni quando sia identificabile il mittente per via dell'uso di alcune tecniche indicate dalla stessa norma: tra queste vi è anche l'invio in allegato al messaggio email di un documento di identità dell'autore. La disposizione non sembra fare distinzione tra mail certificate e mail ordinarie, sicché pare permettere anche l'invio di mail tradizionali, purché provviste dell'allegato richiesto dalla norma. Non va, poi, trascurato che l'art. 47 dispone che le comunicazioni interne alle amministrazioni debbono avvenire mediante posta elettronica, pure quando esse intervengano tra l'ente pubblico ed i propri dipendenti.

L'uso della posta elettronica non certificata, però, offre meno garanzie sulla effettività del processo partecipativo. Il che può far sorgere dubbi e contrasti in merito al perfezionamento delle comunicazioni.

La giurisprudenza, investita della questione, in passato ha avuto modo di sostenere che l'invio da parte di un'amministrazione di un atto per mezzo della mail non certificata non può normalmente essere considerato idoneo a garantire la regolarità del procedimento conoscitivo. Questo tranne che lo stesso destinata-

⁽³²⁾ A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa nella giurisprudenza e nella prassi*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 1376.

rio abbia concordato con l'amministrazione che gli atti procedurali gli vengano partecipati telematicamente. In simili ipotesi, si è detto che il semplice inoltramento di una e-mail di comunicazione del provvedimento gravato può essere già sufficiente a provarne la conoscenza da parte del destinatario ⁽³³⁾.

Tanto lo si è sostenuto probabilmente facendo leva sul testo dell'art. 14, comma 1, del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 il quale, prima della sua riforma e successiva abrogazione ⁽³⁴⁾, prevedeva che «il documento informatico trasmesso per via telematica si intende inviato e pervenuto al destinatario, se trasmesso all'indirizzo elettronico da questi dichiarato». Tale norma appariva pensata per la conclusione di contratti via Internet e modellata sulla falsariga dell'art. 1335 c.c. ⁽³⁵⁾ che, secondo alcuni autori, concretava una presunzione legale di ricezione delle e-mail di cui si fosse riusciti a dimostrare l'invio ⁽³⁶⁾. Simile presunzione non può, però, applicarsi alle comunicazioni e notificazioni di atti amministrativi ⁽³⁷⁾, in relazione ai quali è sempre necessario usare strumenti idonei a garantire, con assoluta certezza, la conoscenza o conoscibilità dell'atto da parte di colui al quale è destinato ⁽³⁸⁾. Sicché, la prova della ricezione deve essere fornita in modo rigoroso e non mediante meri elementi indiziari. Difatti, se la comunicazione assolve sempre ad un ruolo di garanzia per il destinatario e, ad un tempo, alla funzione di produrre certezza

⁽³³⁾ Cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 5 ottobre 2002, n. 1586.

⁽³⁴⁾ Cfr. l'art. 75 del d.lgs. n. 82/2005.

⁽³⁵⁾ Cfr. G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, Bologna-Roma, 2000, 164; A.M. GAMBINO, *Commento all'art. 12*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Formazione, archiviazione e trasmissione di documenti con strumenti informatici e telematici* (commentario al d.P.R. n. 513/1997), in *Nuove leggi civ.*, 2000, 781.

⁽³⁶⁾ In tal senso cfr. G. FINOCCHIARO, *La firma digitale*, cit., 164; A.M. GAMBINO, *Commento all'art. 12*, cit., 779; A. MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, in G. ARENA - M. BOMBARDELLI - M.P. GUERRA - A. MASUCCI, *La documentazione amministrativa* (art. 6-37), Rimini, 2001, 210. *Contra* I. VOLPE, *Documentazione amministrativa* (art. 6-37), in G. PANASSIDI - M. FERRARA - T. MIELE - I. VOLPE, *La documentazione amministrativa*, Milano, 2001, 106.

⁽³⁷⁾ Di diverso avviso A. MASUCCI, *Il documento amministrativo informatico*, cit., 209.

⁽³⁸⁾ G. GARDINI, *La comunicazione*, cit., 25.

giuridica, della quale beneficiano parimenti l'amministrazione ed i destinatari dell'atto⁽³⁹⁾, è sicuramente indispensabile che, ai fini del perfezionamento del procedimento conoscitivo, si sia in grado di provare non solo l'invio dell'atto partecipato, ma anche il suo ingresso nella sfera di conoscibilità del ricevente⁽⁴⁰⁾.

Ed il semplice invio di una e-mail, non essendo sufficiente a garantirne la ricezione⁽⁴¹⁾, non può essere idoneo a concretare il decorso di termini perentori o decadenziali⁽⁴²⁾.

L'opzione ermeneutica cui si è aderito, peraltro, trova conforto in quanto già sostenuto in sede consultiva dal Consiglio di Stato, quando il consesso si è trovato a redigere un parere in merito allo schema di regolamento sull'utilizzo della posta elettronica certificata, poi adottato con d.P.R. n. 68/2005. In tale occasione, analizzando le modifiche dell'art. 14 del Tuda che sarebbero state apportate dagli artt. 3 e 6 dell'articolato normativo sottoposto al suo vaglio, il collegio consultivo ha condiviso la disposizione dello schema volta a distinguere il momento dell'invio del messaggio da quello della sua ricezione, di modo che la prova della spedizione dell'atto non fosse idonea a provare anche il suo recapito. Tale modifica è stata considerata dal Consiglio di Stato alla stregua di uno «svolgimento delle norme di rango primario, per le quali la conoscenza del destinatario si presume se ed in quanto

⁽³⁹⁾ Così, testualmente, I.M. MARINO, *Giudice amministrativo, motivazione degli atti e «potere» dell'amministrazione*, in *Foro amm. TAR*, 2003, 353.

⁽⁴⁰⁾ V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, cit., 304.

⁽⁴¹⁾ In argomento cfr. R. ZAGAMI, *Firma digitale e sicurezza giuridica*, Padova, 2000, 221; A.M. GAMBINO, *Commento all'art. 12*, cit., 778. In giurisprudenza v. T.A.R. Abruzzo, Pescara, 27 giugno 2023, n. 255: «La posta elettronica ordinaria può formare piena prova dei fatti nella stessa rappresentati a mente dell'art. 2712 c.c. se non riconosciuti da colui nei confronti del quale viene prodotta. La mail, non sostenuta da altri riscontri e nella contestazione della controparte, non è invece idonea a provare la effettiva ricezione della diffida. La e-mail infatti non è strumento che conferisce certezza alla comunicazione, a differenza della Pec». V. altresì Cons. St., sez. III, 28 marzo 2023, n. 3178: «La comunicazione ad un indirizzo di mail ordinaria, sia pure corrispondente a quello indicato in sede di domanda, non ha un valore probatorio specifico circa l'intervenuta conoscenza della stessa e del suo contenuto».

⁽⁴²⁾ T.A.R. Lazio, Roma, Sez. IV, 17 luglio 2023, n. 12060.

il messaggio sia entrato nell'ambito della sua disponibilità» (43).

Ad ogni modo, che l'email possa produrre i suoi effetti solo quando abbia avuto ingresso nella sfera di conoscibilità del destinatario è oggi chiaramente affermato — con regola generale, valedole per tutte le comunicazioni telematiche — dall'art. 6, comma 1, e dall'art. 43, comma 2, del Codice dell'amministrazione digitale. Viene, così, definitivamente ed opportunamente superato ogni equivoco in ordine alla necessità di dimostrare non solo la spedizione del documento, ma anche il suo recapito sul server di colui al quale è indirizzato.

Ai fini del perfezionamento del procedimento comunicativo, quindi, è sufficiente che si provi che l'atto partecipato è stato portato nella disponibilità del ricevente, essendo ininfluyente che questi *scarichi* il messaggio e-mail sul proprio computer. E però, quando si usi una mail ordinaria, fornire tale prova non sarà certamente semplice (44), a meno che lo stesso destinatario riconosca di aver ricevuto la comunicazione (45).

Onde ovviare al problema innanzi enunciato, talune amministrazioni hanno ritenuto di ricorrere a sistemi di messaggistica interni a piattaforme telematiche, adoperate per lo svolgimento di determinate procedure. In tal senso si è, ad esempio, ritenuto di poter fare affidamento sul sistema di messaggistica predisposto dallo «Sportello unico per l'immigrazione» (46), giacché l'uso dell'account attivato presso tale piattaforma costituisce un domicilio digitale del privato, che egli ha l'onere di consultare al fine di verificare lo stato di avanzamento delle pratiche che lo riguardano (47). Secondo quanto previsto da una parte della giurisprudenza, siffatto onere può derivare anche dalla necessaria osservanza di

(43) Cons. St., sez. cons. atti norm., 14 giugno 2004, n. 7903/04.

(44) A.G. OROFINO, *L'informatizzazione dell'attività amministrativa*, cit., 1376; A. BONAFINE, *L'atto processuale telematico. Forma, patologie, sanatorie*, Napoli, 2017, 111.

(45) Cfr. T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 25 agosto 2023, n. 679, che pone alla base della decisione uno scambio di mail che le parti non hanno contestato di aver ricevuto.

(46) <https://portaleservizi.dlci.interno.it>.

(47) Così T.A.R. Lazio, Roma, sez. V bis, 11 settembre 2023, n. 13698.

una norma recata da un bando di una procedura concorsuale ⁽⁴⁸⁾.

Ulteriore questione da chiarire è quella relativa al recapito telematico presso cui inviare le comunicazioni.

Già l'art. 14 del d.P.R. n. 445/2000 parlava di indirizzo *dichiarato* dal destinatario, chiarendo che non è sufficiente inviare i messaggi ad un recapito e-mail conosciuto dal mittente, ma non indicato dal ricevente.

Dopo l'abrogazione dell'art. 14, norme di assoluto interesse sono recate dagli artt. 3-*bis*, 5-*bis*, 6, 6-*bis*, 6-*ter*, 6-*quater* e 45 del Codice dell'amministrazione digitale. Tali disposizioni stabiliscono l'obbligo per determinati soggetti (indicati dagli artt. 6-*bis* e 6-*ter* del Codice dell'amministrazione digitale) di dotarsi di un domicilio digitale iscritto in pubblici registri ⁽⁴⁹⁾.

Per coloro che siano tenuti alla elezione del domicilio digitale, le comunicazioni telematiche possono essere indirizzate presso il recapito dove si è effettuata l'elezione. La regola enunciata ha valore generale ⁽⁵⁰⁾, essendo applicabile per tutti i recapiti ed a prescindere dal registro dal quale essi sono stati reperiti ⁽⁵¹⁾.

Con riferimento a tutte le altre categorie di destinatari, invece, appare necessaria una preventiva elezione, con dichiarazione dell'indirizzo elettronico cui ricevere le comunicazioni ⁽⁵²⁾. Tale dichiarazione può essere fatta *esplicitamente* ai sensi dell'art. 3-*bis*, comma 4-*quater*, del Codice dell'amministrazione digita-

⁽⁴⁸⁾ T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, ord. 23 giugno 2023, n. 243.

⁽⁴⁹⁾ Sui vari registri dai quali è possibile trarre indicazioni in merito agli indirizzi Pec validi per le comunicazioni v. B. BRUNELLI, *Gli indirizzi virtuali qualificati per le notificazioni telematiche secondo la Cassazione*, cit., 1039.

⁽⁵⁰⁾ V. *supra*, nota 31. In aggiunta a quanto detto in nota 31, appare utile evidenziare che ai sensi dell'art. 3, comma 4, del d.P.C. 6 maggio 2009, la richiesta di attivazione di un indirizzo Pec da parte di un cittadino, costituisce esplicita accettazione dell'invio di Pec da parte delle amministrazioni di tutti i provvedimenti e atti che lo riguardano.

⁽⁵¹⁾ Sul punto v. quanto enunciato con riguardo alle notifiche di atti processuali da Cass., sez. I, 3 febbraio 2021, n. 2460. La sentenza appare interessante anche se specificamente riferita al tema delle comunicazioni processuali, solo parzialmente coincidente con quello indagato nel presente contributo. In argomento v. anche Cass., sez. lav., 22 maggio 2024, n. 14251.

⁽⁵²⁾ A.G. OROFINO, *Forme elettroniche*, cit., 178.

le. La elezione di domicilio può essere anche *implicita* attraverso l'invio di un messaggio di un privato che dia avvio ad un procedimento amministrativo, secondo la regola tracciata dall'art. 65, comma 1, lett. *c-bis*), del d.lgs. n. 82/2005. In particolare, la norma da ultimo citata pare stabilire espressamente che la trasmissione telematica effettuata ad una amministrazione da un indirizzo privato abilita l'ente pubblico ad utilizzare l'indirizzo dal quale proviene la comunicazione come recapito unicamente «per gli atti e le comunicazioni a cui è riferita l'istanza o la dichiarazione»⁽⁵³⁾.

In questo modo, il legislatore sembra usare una certa cautela, stabilendo che vi è un onere di consultazione dei recapiti rinvenibili da pubblici registri, ma non anche per quelli che — pur non essendo pubblici — sono comunque conosciuti dalla amministrazione per via della loro acquisizione in occasione di precedenti scambi con i privati⁽⁵⁴⁾.

Così disponendo, si è fatto evidente riferimento alla norma contenuta nell'art. 1335 c.c.⁽⁵⁵⁾ — che pone un principio di carattere generale in tema di atti recettizi⁽⁵⁶⁾ — a mente della quale non si richiede una preventiva dichiarazione del recapito cui ricevere le comunicazioni, giacché le stesse possono essere spedite presso l'indirizzo del destinatario da questi fornito o comunque

⁽⁵³⁾ Art. 65, comma 1, lett. *c-bis*), del Cad.

⁽⁵⁴⁾ Sul punto può apparire utile richiamare T.A.R. Molise, 30 maggio 2023, n. 176, dove si afferma che l'art. 3-*bis*, comma 4-*quinquies*, del d.lgs. n. 82/2005 attribuisce anche al servizio di posta elettronica ordinaria una funzione giuridicamente rilevante per la formale trasmissione verso l'esterno, ovvero per quella di ricezione dall'esterno, di atti o documenti giuridicamente rilevanti nell'ambito dell'attività procedimentale, purché però la parte abbia in tal senso eletto un domicilio digitale speciale per determinati atti, procedimenti o affari, purché tale elezione venga effettuata in maniera chiara e inequivoca.

⁽⁵⁵⁾ Può essere utile riportare il testo dell'art. 1335 c.c.: «La proposta, l'accettazione, la loro revoca e ogni altra dichiarazione diretta a una determinata persona si reputano conosciute nel momento in cui giungono all'indirizzo del destinatario, se questi non prova di essere stato, senza sua colpa, nell'impossibilità di averne notizia».

⁽⁵⁶⁾ Che l'art. 1335 c.c. contenga un principio generale in tema di atti recettizi è sostenuto da Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2002, n. 998; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 27 novembre 2002, n. 10750; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 luglio 2003, n. 7988; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 15 settembre 2004, n. 9253, cit.

conosciuto dal mittente. Peraltro, secondo quanto sostenuto dalla giurisprudenza, per *indirizzo del destinatario*, ai sensi dell'art. 1335 c.c., deve intendersi qualsiasi luogo che, per collegamento ordinario o normale frequenza o preventiva indicazione, appartenga alla sfera di dominio o controllo di colui a cui è indirizzata la comunicazione ⁽⁵⁷⁾.

La regola comune in materia di atti recettizi, dunque, è quella secondo cui la dichiarazione del recapito del ricevente non è ritenuta indispensabile: una volta effettuata l'elezione, il titolare della casella di posta elettronica sarà chiamato a farne un uso diligente ⁽⁵⁸⁾, sapendo che quel recapito potrà essere liberamente adoperato per l'invio di atti, documenti ed informazioni ⁽⁵⁹⁾. Tale regola viene a subire una deroga con riferimento alle comunicazioni telematiche effettuate nei confronti di coloro che non sono *professionalmente* tenuti all'utilizzo di un domicilio digitale ⁽⁶⁰⁾, nei confronti dei quali la trasmissione elettronica può essere effettuata solo quando costoro abbiano accettato (esplicitamente, o con comportamento concludente) di usare determinati indirizzi per lo scambio con le amministrazioni.

Fugati questi dubbi, dunque, nulla vieta che gli enti pubblici si avvalgano degli strumenti informatici quali mezzi di partecipazione dell'agire amministrativo. L'uso di simili strumenti comunicativi non richiede il ricorso a particolari forme. Le misure di

⁽⁵⁷⁾ Cons. St., sez. VI, 19 febbraio 2002, n. 998, cit.; Cass., sez. lav., 23 dicembre 2002, n. 18272. Sul tema cfr. V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, cit., 303.

⁽⁵⁸⁾ V. l'art. 3-bis, comma 1 *quater*, del Cad.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. Cons. St., sez. VI, 6 giugno 2023, n. 5534, dove, con riguardo ad un caso di mancato rinnovo dell'indirizzo Pec per negligente gestione da parte dell'assegnatario, si afferma che la norma recata dell'art. 16 del già citato d.l. n. 179/2012 costituisce «espressione del principio generale di cui all'art. 1335 c.c., applicabile anche alle comunicazioni tra P.A. e imprese», sicché opera «una presunzione legale *iuris tantum* di ricezione del messaggio di posta elettronica vincibile solo a mezzo della dimostrazione, a cura del destinatario medesimo, di una 'causa non imputabile' allo stesso». In argomento v. M. MANCARELLA, *Pec satura della P.A.: quali effetti sulla notifica?*, in *Dir. Internet*, 2022, 623.

⁽⁶⁰⁾ A.G. OROFINO, *Commento all'art. 149 bis*, in *Codice di procedura civile*, N. PICARDI (a cura di), 5ª ed., 2010, 995 e spec. 1002.

conoscenza, del resto, possono assumere una veste documentale differente da quella rivestita dagli atti comunicati ⁽⁶¹⁾; in difetto di una disposizione che imponga determinate formalità, infatti, vige il principio secondo cui le comunicazioni devono essere trasmesse in forme idonee al raggiungimento dello scopo ⁽⁶²⁾.

Il principio del raggiungimento dello scopo può assumere, peraltro, rilievo anche rispetto ai casi in cui sia stata impiegata per la comunicazione individuale dell'atto amministrativo la posta elettronica certificata, ma sia riscontrabile la violazione delle regole che presidono il suo utilizzo, come può accadere nel caso di invio ad un indirizzo diverso da quello inserito negli elenchi che si riveli comunque idoneo a garantire la conoscenza da parte del destinatario ⁽⁶³⁾.

4. Riflessioni conclusive.

È bene giungere ad alcune riflessioni di sintesi. Già in apertura del presente scritto si è fatto riferimento al ruolo chiave che riveste, nella prospettiva dell'ammodernamento dei processi amministrativi, l'uso di tecniche elettroniche nello svolgimento del-

⁽⁶¹⁾ In argomento v. quanto già detto in nota 20.

⁽⁶²⁾ A. MELONCELLI, *L'informazione amministrativa*, cit., 176; G. GARDINI, *La comunicazione degli atti amministrativi*, cit., 43 (spec. nota 77). In giurisprudenza v. Cons. St., sez. V, 16 aprile 1998, n. 444; Cons. St., sez. IV, 22 maggio 2000, n. 2940; Cons. St., sez. VI, 27 dicembre 2000, n. 6887; Cons. St., sez. VI, 26 aprile 2002, n. 2253. In argomento, poi, si rinvia a quanto sostenuto da B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., 83, il quale osserva: «La forma scritta dell'atto amministrativo non deve essere confusa con la comunicazione del medesimo, che avviene pur essa generalmente per iscritto. Come per la comunicazione del provvedimento, si tratta di operazioni che l'amministrazione pone in essere per portare a conoscenza di terzi l'esistenza dell'atto: questa finalità recettizia (diretta a creare una conoscenza legale dell'atto) si realizza nei modi più svariati, ai quali la moderna tecnologia ha dato un ulteriore contributo».

⁽⁶³⁾ Ciò in applicazione del principio generale *ex art. 156 c.p.c.* estensibile alle comunicazioni amministrative individuali, in ragione del carattere strumentale delle stesse (così V. OTTAVIANO, *La comunicazione degli atti amministrativi*, cit., 337). Per l'applicazione del principio di raggiungimento dello scopo nel settore delle comunicazioni telematiche v. T.A.R. Liguria, sez. I, 30 maggio 2023, n. 547. In argomento v. A. BONAFINE, *Annotazioni sullo scopo dell'atto processuale e la sua essenza: tra insegnamenti tramandati e nuove pressanti esigenze*, in *Judicium*, aprile 2018.

le varie funzioni amministrative. Il ricorso a strumenti informatici può consentire un miglioramento dell'efficienza delle p.a. e garantire un più proficuo dialogo con i cittadini.

Tra i vari ambiti sui quali occorre particolarmente focalizzare l'attenzione vi è proprio quello relativo alle misure comunicative latamente intese. Come è noto, si tratta di misure volte ad incrementare i momenti conoscitivi e, dunque, gli spazi partecipativi. Il che contribuisce ad accrescere gli ambiti di democrazia amministrativa. L'uso di canali comunicativi telematici permette, poi, un più agevole dialogo anche con riferimento ai servizi pubblici resi dai vari enti. E questo non può che giovare alla fruibilità dei servizi offerti.

Occorre, dunque, proseguire nel cammino già intrapreso, cercando di dipanare ogni incertezza che si frapponga al pieno e fruttuoso utilizzo della telematica nelle relazioni con i privati, scongiurando che il ricorso alla digitalizzazione dei processi comunicativi possa essere reso irto o problematico per via di difficoltà nella esegesi della normativa applicabile in materia, o di complicazioni collegate all'uso degli strumenti attraverso i quali il dialogo è condotto.

ABSTRACT: Lo scritto, nel ripercorrere il pensiero di Vittorio Ottaviano nel suo libro su *La comunicazione degli atti amministrativi*, intende porre in evidenza l'importanza dell'attività comunicativa, a vario modo svolta dagli enti pubblici, nell'era digitale.

ABSTRACT: *The essay, in retracing Vittorio Ottaviano's thoughts in his book "La comunicazione degli atti amministrativi", aims to highlight the importance of communicative activity, carried out in various ways by public entities, in the digital age.*

Il giudice amministrativo al cospetto dei poteri discrezionali dell'amministrazione (*)

di JULIEN MARTIN

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. L'esistenza di poteri discrezionali. — 3. La limitazione dei poteri discrezionali. — 4. Il controllo del potere discrezionale.

1. Introduzione.

Nella sua prefazione alla tesi di Jean-Claude Vénézia, pubblicata nel 1959, Jean Rivero sottolineava che: «*La question du pouvoir discrétionnaire est une de ces routes à grande circulation doctrinale*» (1). In effetti, benché nella prima metà del XX secolo lo studio afferente alla discrezionalità amministrativa abbia riscontrato grande interesse in dottrina (2), oggi sembra che le

(*) Il presente contributo è stato tradotto in italiano dalla dott.ssa Carla Cozzi.

(1) La frase virgolettata può essere liberamente tradotta con: «Le questioni legate all'uso della discrezionalità amministrativa costituiscono oggetto di un grande dibattito dottrinale». Cfr. J.-C. VENEZIA, *Le pouvoir discrétionnaire*, tesi di dottorato, Parigi, 1956.

(2) J.-M. BOCKEL, *Contribution à l'étude du pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1978, 355; R. BONNARD, *Le pouvoir discrétionnaire des autorités administratives et le recours pour excès de pouvoir*, in *Revue du droit public*, 1923, 363; R. BONNARD, *Le contrôle de la légalité et le contrôle de l'opportunité*, in *Revue du droit public*, 1944, 63; A. DE LAUBADÈRE, *Le contrôle juridictionnel du pouvoir discrétionnaire dans la jurisprudence récente du CE français*, in *Mélanges M. Waline*, Parigi, 1974, 531; M. HAURIU, *Le pouvoir discrétionnaire et sa justification*, in *Mélanges Carré de Malberg*, Parigi, 1933; L. MICHOD, *Étude sur le pouvoir discrétionnaire de l'administration*, in *Revue générale d'administration*, settembre-dicembre 1914, 5; M. WALINE, *Le pouvoir discrétionnaire de l'administration et sa limitation par le contrôle juridictionnel*, in *Revue du droit public*, 1930, 197; J. KAHN, *Le pouvoir discrétionnaire et le juge administratif*, in *Cahiers de l'IFSA*, n. 16, 1978; J.-M. WOEHRLING, *Compétence liée et pouvoir discrétionnaire*, in *La Compétence, Travaux de l'Association française de droit administratif*, Parigi, 2008, 127.

acquisizioni relative all'uso di poteri discrezionali da parte delle amministrazioni si siano sedimentate, e questo ha affievolito l'attenzione degli studiosi sul punto. A riprova di ciò, dal 2016 nessuna pronuncia del Conseil d'État sul tema è stata pubblicata nelle raccolte giurisprudenziali; prima di tale data, invece, era significativa la presenza di decisioni attinenti all'uso della discrezionalità nell'ambito del diritto dell'immigrazione (3). Nelle raccolte giurisprudenziali del Conseil d'État esiste anche una sezione specificamente dedicata al tema della discrezionalità, che però non è aggiornata dal 1999 (4). Inoltre, la maggior parte delle pronunce incluse nella suddetta sezione ha avuto ad oggetto la constatazione dell'esistenza di un potere vincolato.

L'espressione «potere discrezionale» è mutuata dal lessico comune e significa che un soggetto «si affida alla discrezione di qualcun altro», ossia si rimette al suo giudizio. Essa tende a suggerire che qualsiasi potere discrezionale sia fonte di arbitrarietà. In realtà, nel lessico giuridico, il potere discrezionale si riferisce alla situazione in cui la norma che autorizza un soggetto ad intervenire gli concede una possibilità di determinarsi in una maniera, piuttosto che in un'altra, scegliendo tra varie soluzioni, tutte legittime.

Lo studio del potere discrezionale e di quello vincolato, argomento classico nella conoscenza del diritto amministrativo durante gli studi universitari presso le facoltà di giurisprudenza, viene dapprima effettuato nei capitoli dedicati all'atto amministrativo (5), eventualmente focalizzando l'attenzione sul potere di adottare

(3) Le ultime risalgono al 2016 e concernono il potere di regolarizzazione degli stranieri in situazione irregolare: Cons. Ét., 30 giugno 2016, n. 391489, *Benharrat*, in *Racueil Lebon*, Table 790, 905; in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2016, 1371; in *Dalloz*, 2017, 261, con commento di O. BOSKOVIC - S. CORNELOUP - F. JAULT-SESEKE - N. JOUBERT - K. PARROT; in *Juris Classeur Périodique Administration*, 2016, actualité 585, con commento di L. ERSTEIN.

(4) Sezione 01-05-01-02: «*actes législatifs et administratifs - validité des actes administratifs - motifs - pouvoirs et obligations de l'administration - pouvoir discrétionnaire*».

(5) J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, *Droit administratif*, 29^a ed., Parigi, 2023, 309.

direttive o linee guida ⁽⁶⁾. Oggi, la maggior parte degli autori discute di discrezionalità anche in occasione dello studio delle tecniche di controllo giurisdizionale ⁽⁷⁾. Le due questioni sembrano, dunque, indubbiamente intrecciate. Era, quindi, logico affrontare lo studio di tali tematiche nel quadro più generale dei poteri del giudice amministrativo.

In particolare, tre aspetti hanno attirato l'attenzione di dottrina e giurisprudenza a tal riguardo. Primariamente, occorre inquadrare i poteri discrezionali, distinguendoli segnatamente da quelli vincolati. Si è poi sviluppato, con recenti evoluzioni, un potere normativo di autolimitazione della discrezionalità. Infine, il tema più risalente ed ancora attuale è quello correlato all'intensità del controllo giurisdizionale: è tra le pieghe di tale controllo che si colgono tanto l'essenza, quanto le modalità di esercizio della discrezionalità.

2. L'esistenza di poteri discrezionali.

L'identificazione dei poteri discrezionali occupa la dottrina ormai da più di un secolo. Studi più recenti hanno permesso di arricchirne la comprensione con maggiore precisione.

In prima analisi, può dirsi che la discrezionalità sia meglio individuabile quando si proceda alla contestuale definizione della categoria dei poteri vincolati. Allo stesso modo, va ricordato che, inizialmente, la discrezionalità sembrava piuttosto circoscritta alla ampia possibilità di apprezzamento delle situazioni giuridiche e fattuali che fondano la decisione amministrativa. Oggi è certamente chiarito che la discrezionalità inerisce in senso ampio alla tipologia di misura da adottare.

Si discute spesso di potere discrezionale ponendolo in relazione al suo opposto, il potere vincolato. Tuttavia, esistono diverse situazioni intermedie tra i due estremi.

La discrezionalità è stata inquadrata come la risultante dell'as-

⁽⁶⁾ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, tomo 1, Parigi, 2001, 519.

⁽⁷⁾ R. CHAPUS, cit., 1055; J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., 615.

senza ovvero dell'indeterminatezza delle norme che individuano le ragioni idonee a fondare una decisione, lasciando così all'autorità amministrativa un margine di libertà nell'apprezzamento dei fatti e nell'attuazione di prescrizioni generali ed astratte ⁽⁸⁾. Lo studio del potere discrezionale segue o precede sempre quello dell'attività vincolata ⁽⁹⁾. In base alla sentenza adottata da sezione semplice del Conseil d'État del 3 febbraio 1999, *Montaignac*, che riassume la giurisprudenza precedente, l'amministrazione esercitata, quindi e *a contrario*, un'attività vincolata quando è obbligata, in presenza di determinate circostanze fattuali, a prendere una determinata decisione senza dover effettuare una valutazione dei fatti ⁽¹⁰⁾.

Ma poiché è estremamente raro, se non impossibile, che la formulazione di una regola non lasci spazio ad alcuna interpretazione, amministrativa o giurisdizionale, la nozione di discrezionalità finirebbe per essere diluita all'estremo, divenendo quasi sinonimo di potere di apprezzamento o interpretativo, se venisse a ricomprendere non solo le ipotesi di assenza di «motivi legali» (cioè ragioni fattuali o giuridiche che giustificano l'adozione di un atto amministrativo) ma anche i casi in cui la formulazione di tali motivi legali determini un potere di valutazione dei fatti alla luce di «criteri legali» (ossia gli elementi precisi che devono sussistere per poter consentire l'adozione di un determinato provvedimento) ⁽¹¹⁾. Tra la discrezionalità, riservata alla situazione nella quale la norma attributiva del potere non definisca alcun criterio che guidi tale valutazione, e l'attività vincolata, in cui la norma stabilisce dei criteri abbastanza precisi tali da impedire l'esercizio di un potere di apprezzamento dei fatti, c'è quello che potrebbe essere qualificato come «potere d'apprezzamento condizionato»,

⁽⁸⁾ J.-P. DUBOIS, *Pouvoir discrétionnaire*, in *Répertoire Dalloz. Contentieux administratif*, luglio 2015, n. 13.

⁽⁹⁾ R. CHAPUS, cit., 1055.

⁽¹⁰⁾ Cons. Ét., sect. III, 3 febbraio 1999, *Montaignac*, in *Recueil Lebon*, 7; in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1999, 567, con commento di F. RAYNAUD e P. FOMBEUR.

⁽¹¹⁾ J.-P. DUBOIS, cit., n. 15.

ossia una situazione in cui la norma pone dei criteri connotati da una certa ampiezza per attribuire all'autorità il potere di interpretarli nella loro applicazione a casi particolari ⁽¹²⁾.

Non può più dirsi che esista un atto amministrativo interamente discrezionale, che non imponga alcuna condizione all'amministrazione e che non sia, quindi, soggetto ad alcun controllo giurisdizionale ⁽¹³⁾. Dai primi anni del XX secolo, del resto, il Conseil d'État ha cessato di riconoscere l'esistenza di atti aventi tale fisionomia ⁽¹⁴⁾. In effetti, ogni provvedimento amministrativo è soggetto perlomeno a due condizioni, relative tanto all'autorità competente ad adottarlo, quanto al fine che deve essere perseguito, il quale deve necessariamente coincidere con un interesse pubblico. Peraltro, oltre che con riferimento alle ragioni fondanti l'azione, la discrezionalità si riscontra sia nella scelta sull'*an* dell'agire amministrativo, che nel *quomodo*, ossia nella tipologia di misura attuata.

In primo luogo, l'amministrazione può disporre di un potere discrezionale nel decidere se agire o, ancor più specificamente, se adottare un atto amministrativo ⁽¹⁵⁾. È il caso classico delle questioni disciplinari nel pubblico impiego, ambito in cui l'autorità pubblica ha il potere di decidere se infliggere o meno una sanzione, nelle ipotesi in cui il pubblico dipendente abbia agito con colpa. Ancorché la competenza a decidere se avviare un procedimento disciplinare spetti normalmente all'autorità amministrativa, il Conseil d'État ha affermato che non vi è alcun principio generale di diritto che impedisca ad una disposizione normativa di prevedere che, in determinati casi, le amministrazioni siano obbligate a dare inizio a procedimenti sanzionatori ⁽¹⁶⁾.

⁽¹²⁾ *Ibid.*, n. 16.

⁽¹³⁾ J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, *op. cit.*, n. 266.

⁽¹⁴⁾ Cons. Ét., 31 gennaio 1902, *Grazietti, Recueil Sirey*, 1903, III, 113, con nota di M. HAURIUO.

⁽¹⁵⁾ *Ibid.*, n. 26.

⁽¹⁶⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 6 giugno 2014, *Fédération des conseils de parents d'élèves de l'école publique, Union nationale des lycéens*, n. 351582, in *Actualités Juridiques – Droit administratif*, 2014, 1478, con commento di A. BRETONNEAU e J. LESSI.

Inoltre, il potere discrezionale può, a sua volta, riguardare o le ragioni della decisione assunta dall'autorità in applicazione di una norma generale, o l'oggetto di tale decisione, ovvero entrambi gli elementi poc'anzi indicati (17). Questi differenti aspetti possono coesistere. Non importa che l'autorità sia tenuta ad agire, ovvero che possa scegliere tra l'adozione di una decisione o l'astensione, giacché in entrambi i casi la norma attributiva del potere può prevedere l'adozione di una sola decisione (come la nomina di un dipendente pubblico), o può consentire una scelta tra una pluralità di decisioni possibili, tassativamente indicate (come in materia di sanzioni disciplinari nel diritto del pubblico impiego), o può lasciare l'autorità libera di scegliere la soluzione più appropriata (questo è il caso dell'esercizio dei poteri di polizia da parte dell'autorità comunale) (18). Tuttavia, anche in quest'ultimo caso, il giudice può stabilire una regola per controllare la scelta della soluzione prescelta. Ad esempio, il giudice amministrativo controlla la proporzionalità della misura di polizia adottata al fine di prevenire una turbativa dell'ordine pubblico (19).

Dunque, la discrezionalità può indifferentemente riguardare il potere d'agire, le sue ragioni, il suo scopo. Le norme e la giurisprudenza possono, quindi, non prevedere alcuna condizione o limitazione rispetto agli atti da adottarsi, così da lasciare all'autorità amministrativa un margine di discrezionalità, che essa avrà eventualmente la responsabilità di definire.

3. La limitazione dei poteri discrezionali.

La discrezionalità è, poi, solitamente inquadrata in termini di autolimitate per mezzo di *direttive* e *linee guida* (20).

(17) J.-P. DUBOIS, cit., n. 17.

(18) J.-P. DUBOIS, cit., n. 27.

(19) Cons. Ét., 19 maggio 1933, *Benjamin*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ - B. GENEVOIS - M. LONG, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 24 ed., Parigi, 2023.

(20) J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., n. 429 ; P. GONOD, *Chapitre V : L'administration et l'élaboration des normes*, in *Traité de droit administratif*, F. MELLERAY - P. YOLKA - P. GONOD, *Tome I*, Parigi, 2011, 550.

Le direttive appaiono, al tempo stesso, sia come un mezzo per compensare la mancanza di potere normativo della maggior parte delle autorità amministrative, sia come un modo per fornire un quadro all'esercizio della discrezionalità, al fine di conferirle un certo grado di prevedibilità.

Prima dell'introduzione di queste direttive, il Conseil d'État aveva già riconosciuto che una circolare del *Ministre de la défense nationale* potesse precisare i principi ai quali l'autorità precedente avrebbe inteso ispirarsi nell'esame dei singoli casi di promozione discrezionale degli ufficiali, ma a condizione che non si fosse considerata vincolata dalle indicazioni contenute in tali circolari e che ogni situazione particolare fosse oggetto di un esame specifico (21). Il giudice ha, poi, legittimato e definito i poteri delle amministrazioni di autovincolarsi con direttive e linee guida in occasione della celebre decisione della sezione dell'11 dicembre 1970, *Crédit Foncier de France* (22). Una direttiva non può creare nuove condizioni non previste da leggi o da regolamenti (23). E se, da una parte, il suo destinatario deve rispettarla, dall'altra deve anche procedere ad un esame specifico di ogni situazione (24) per derogare, se del caso, alle regole e prescrizioni generali in funzione delle particolarità del caso concreto o di una ragione di interesse generale (25).

Oramai, nel rispetto di una raccomandazione del Conseil

(21) Cons. Ét., sect., 13 luglio 1962, *Arnaud*, in *Recueil Lebon*, 474; in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1962, 545, con commento di J.M. GALABERT - M. GENTOT.

(22) Cons. Ét., sect., 11 dicembre 1970, *Crédit Foncier de France*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ - B. GENEVOIS - M. LONG, cit., n. 75.

(23) Cons. Ét., 1 ottobre 1993, *Messenger et Assoc. « École de la Croix »*, in *Recueil Lebon*, 254.

(24) Cons. Ét., sect., 29 giugno 1973, *Société Géa*, in *Recueil Lebon*, 453; in *Actualité juridique - Droit administratif*, 1973, 587, con commento di M. FRANC - R. BOYON, e nota di C.L. VIER; in *Revue du droit public*, 1974, 547, con nota di M. WALINE, in *Dalloz*, 1974, 141, con nota di M. DURUPTY.

(25) Cons. Ét., 27 octobre 1972, *Ministre de la santé publique c/ Demoiselle Ecarlat*, in *Recueil Lebon*, 682, in *Revue de droit sanitaire et social*, 1972, 542, con nota di F. MODERNE.

d'État espressa nello studio su *Le droit souple* ⁽²⁶⁾, onde evitare ogni confusione con le direttive emanate dall'Unione europea, la parola «direttiva» è sostituita dall'espressione «linee guida» ⁽²⁷⁾. Per la loro adozione, il Conseil d'État, in una sentenza a sezione semplice del 4 febbraio 2015, *Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz* ha stabilito che, nel caso in cui una disposizione preveda la concessione di un vantaggio senza aver definito l'insieme delle condizioni che consentono di determinare a chi assegnarlo tra gli aventi diritto, l'autorità competente può disciplinare la propria azione, al fine di garantirne la coerenza e imparzialità; tanto può essere fatto anche quando non si disponga di potestà regolamentare in materia. L'amministrazione precedente può fare ciò attraverso la formulazione di linee guida che, pur non ponendo nuove condizioni, indichino i criteri che consentono l'attuazione della disposizione in parola. Tutto questo a patto che siano adeguatamente valorizzabili le ragioni di interesse generale che portino a scelte derogatorie, effettuate all'esito della valutazione concreta delle peculiarità di ciascuna situazione vagliata. In tal caso, l'avente diritto a richiedere il provvedimento ampliativo può invocare, dinanzi al giudice amministrativo, l'applicazione di tali linee guida, ove pubblicate.

Il Conseil d'État ha anche ammesso dei ricorsi per eccesso di potere contro degli atti assimilabili alla *soft law*, benché non parrebbero possedere i requisiti delle decisioni amministrative tradizionalmente ritenute impugnabili innanzi al giudice amministrativo ⁽²⁸⁾. Inoltre, le linee guida sono state considerate come

⁽²⁶⁾ Cons. Ét., *Le droit souple*, 2013, 141.

⁽²⁷⁾ Cons. Ét., 19 settembre 2014, *Jousselin*, in *Recueil Lebon*, 272; in *Actualité juridique*, 2014, 2262, concl. G. Dumortier; Cons. Ét., sect. 4 febbraio 2015, *Ministre de l'intérieur c. Cortes Ortiz*, in *Revue française de droit administratif*, 2015, 471, concl. B. Bourgeois-Machureau; *Actualité juridique - Droit administratif*, 2015, 443, con commento di J. LESSI e L. DUTHEILLET DE LAMOTHE; *Droit administratif*, giugno 2015, n. 38, 26, con nota di G. EVEILLARD.

⁽²⁸⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 21 marzo 2016, *Sté Fairvesta international GmbH*, et *Sté Numéricable*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ - B. GENEVOIS - M. LONG, cit., n. 111.

aventi, per loro natura, effetti significativi sulle situazioni giuridiche dei cittadini e, per questo, suscettibili di essere sottoposte allo scrutinio del giudice per eccesso di potere, secondo quanto stabilito nella pronuncia *Gisti*, adottata da una sezione semplice del Conseil d'État del 12 giugno 2020 ⁽²⁹⁾.

Il giudice amministrativo francese ha, quindi, recentemente rafforzato il suo controllo sui poteri d'autovincolo della discrezionalità attuati per mezzo di linee guida. Queste ultime possono essere contestate a mezzo di un ricorso, il quale potrà trovare accoglimento ove le linee guida stabiliscano una regola adottata da una amministrazione incompetente, ovvero tutte le volte in cui esse interpretino il diritto positivo, offrendo un'esegesi che ne disconosca il significato e la portata, ponendosi in contrasto con una norma giuridica adottata con atto avente forza superiore nella scala della gerarchia delle fonti. Il ruolo del giudice è, quindi, ancora una volta centrale in questo ambito.

4. Il controllo del potere discrezionale.

Paradossalmente, la qualificazione della discrezionalità implica allo stesso tempo un controllo giurisdizionale meno intenso, quando si tenga conto della libertà di valutazione dei fatti, ed uno più rigido, laddove si prendano in considerazione talune irregolarità formali e procedurali.

Il potere discrezionale è certamente caratterizzato da uno scrutinio sui vizi formali, relativi alla competenza e alla procedura, ovvero su quelli inerenti alla violazione di legge. Tuttavia, esso è sempre più soggetto ad un vaglio dell'errore manifesto, condotto con riferimento alla qualificazione giuridica dei fatti.

Su questa scia, inoltre, il potere discrezionale è correlato a questa particolare modalità di «controllo minimo» ⁽³⁰⁾ o «limi-

⁽²⁹⁾ Cons. Ét., sect., 12 giugno 2020, *Gisti*, in G. BRAIBANT - P. WEIL - P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS - M. LONG, cit., n. 116.

⁽³⁰⁾ J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., n. 555, 608.

tato»⁽³¹⁾. Anche quando l'amministrazione dispone di un potere discrezionale, la decisione che assume non deve basarsi su fatti materialmente inesatti, su un errore di diritto, su un errore manifesto di valutazione, o essere viziata da sviamento di potere⁽³²⁾. Il giudice amministrativo può, quindi, controllare le ragioni giuridiche o fattuali che fondano la decisione, anche quando egli si limiti a censurare unicamente gli errori manifesti commessi dall'amministrazione. Il giudice annullerà il provvedimento qualora appaia evidente che la qualificazione dei fatti sia chiaramente errata, tanto che anche un soggetto privo di competenze tecniche sarebbe in grado di contestarla⁽³³⁾. Tuttavia, occorre evidenziare che il controllo limitato o minimo non è appannaggio dei soli poteri discrezionali: il giudice ne fa applicazione anche allorché la norma attributiva del potere abbia enunciato dei criteri di apprezzamento dei fatti, in ragione della circostanza che l'impiego di tali criteri richiederebbe una competenza «tecnica», che egli non possiede.

L'evoluzione del controllo giurisdizionale è, quindi, caratterizzata da un crescente spostamento da un controllo che esclude qualsiasi apprezzamento della qualificazione giuridica dei fatti ad un controllo dell'errore manifesto di valutazione di questa stessa qualificazione effettuata dall'amministrazione. Il controllo dell'errore manifesto è stato, ad esempio, esteso a settori nei quali, fino ad oggi, si è ritenuto che le amministrazioni esercitassero poteri caratterizzati da ampia discrezionalità. Tra questi, le funzioni c.d. di «alta polizia»⁽³⁴⁾, in quanto riferite all'indicazione

(31) J. WALINE - G. ECKERT - E. MULLER, cit., n. 568, 618.

(32) Cons. Ét., sect., 25 aprile 1980, *Institut technique de Dunkerque*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1980, 591, concl. Théry.

(33) Cons. Ét., 29 marzo 1968, *Société du lotissement de la plage de Pampelonne*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1968, 341; 6 novembre 1970, *Guyé*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 1971, 54, Cons. Ét., 6 febbraio 2004, *Association « La raison du plus faible »*, in *Recueil Lebon*, 27; Cons. Ét., sect., 10 marzo 2006, *M. Carre-Pierrat*, in *Revue du droit public*, 2007, 605, con commento di C. GUETTIER.

(34) Cons. Ét., 2 novembre 1973, *Librairie François Maspero*, in *Journal des Coursiers et des Pratiques*, II, 1974, 11742, concl. G. Braibant, con nota di R. DRAGO, 3 febbraio 1975, *Pardov*, per una decisione di espulsione di uno straniero, *Recueil Lebon*, 83, Cons. Ét., 19 febbraio 1975, *Fouéré*, per un diniego di passaporto, in *Actualité juridique*

delle linee strategiche per la garanzia dell'ordine pubblico.

Caratteristica è anche l'evoluzione della giurisprudenza in merito alla corrispondenza tra la gravità di una sanzione disciplinare e la gravità dell'infrazione commessa. Inizialmente, il Conseil d'État si limitava a verificare l'esistenza materiale dei fatti su cui si basava la sanzione, in quanto la incisività del provvedimento affittivo era considerata questione afferente al merito⁽³⁵⁾. Successivamente, il giudice amministrativo è passato ad effettuare il controllo in materia di errore manifesto⁽³⁶⁾. Infine, ha deciso di applicare il controllo «normale» in questo settore, estendo il suo vaglio pure alla qualificazione giuridica dei fatti⁽³⁷⁾.

Esistono anche differenze nel grado di controllo esercitato sui poteri vincolati e sui poteri discrezionali, anche se alcune di tali differenze tendono ad affievolirsi.

Fino a poco tempo fa, la cosiddetta «sostituzione dei motivi» (che permette al giudice di correggere gli errori di qualificazione giuridica dei fatti o gli errori manifesti di valutazione) era possibile solo quando l'autorità amministrativa adottava una decisione dal contenuto vincolato⁽³⁸⁾. Al contrario, tale sostituzione sembrava essere esclusa quando l'amministrazione avesse esercitato poteri discrezionali; ciò in quanto si riteneva che, così operando, il giudice avrebbe sostituito la propria valutazione a quella dell'amministrazione. Nel 2004, il Conseil d'État è tornato sui propri precedenti orientamenti e ha ritenuto possibile che, quando l'amministrazione abbia basato la sua decisione su motivi (tanto giuridici, quanto fattuali) che si rivelino erronei, l'ente intimato possa invocare davanti al giudice argomentazioni ulteriori, comunque in grado di giustificare giuridicamente il provvedimento

– *Droit administratif*, 1975, 143.

⁽³⁵⁾ Cons. Ét., sect., 9 giugno 1978, in *Recueil Lebon*, 245.

⁽³⁶⁾ Cons. Ét., sect., 22 giugno 2007, *Arfi*, in *Recueil Lebon*, 263, concl. M. Guyomar.

⁽³⁷⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 13 novembre 2013, *Dahan c/ Min. des affaires étrangères*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2013, 2432, con commento di A. BRETONNEAU e J. LESSI.

⁽³⁸⁾ Cons. Ét., 8 giugno 1934, *Augier*, in *Dalloz*, III, 1934, 31 concl. L. Josse.

stesso ⁽³⁹⁾.

In caso di poteri vincolati, il giudice amministrativo considera infondati i mezzi di gravame sottoposti al suo vaglio, ad eccezione di quelli che sono volti a contestare l'esistenza delle funzioni vincolate esercitate dall'amministrazione ⁽⁴⁰⁾. L'esistenza di un vizio di forma o di procedura, ad esempio, non potrà essere utilmente invocata dal ricorrente contro il provvedimento dal contenuto integralmente prestabilito dalla norma. Al contrario, i vizi formali e procedurali saranno accolti nel caso di poteri discrezionali o «condizionati». Tuttavia, è importante ricordare che i vizi di forma e di procedura non comportano necessariamente l'annullamento dell'atto. Infatti, mentre gli atti amministrativi devono essere adottati nella forma e secondo le procedure previste dalle leggi e dai regolamenti, un vizio che riguardi lo svolgimento di un procedimento amministrativo cosiddetto «*préalable*» ⁽⁴¹⁾, può rendere illegittimo il provvedimento adottato solo se dai documenti del fascicolo risulta che la sussistenza del vizio sia stata in grado di incidere specificamente sul contenuto del provvedimento o abbia privato gli interessati di una garanzia ⁽⁴²⁾. Quanto detto vale sia per le procedure *préalable* attivate facoltativamente, quanto per quelle il cui avvio sia obbligatorio.

Il giudice è, dunque, onnipresente in questo settore. Può, quindi, definire alcuni concetti, come quello di potere vincolato e, allo stesso tempo, definire l'esercizio di un potere discrezionale, attraverso l'emanazione di una regola giurisprudenziale che ne limiti l'esercizio per via di un controllo di proporzionalità.

Il creazionismo giurisprudenziale del giudice amministrativo ha, pertanto, offerto all'amministrazione la possibilità di limitare

⁽³⁹⁾ Cons. Ét., sect., 6 febbraio 2004, *Mme Hallal*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2004, 436, con commento di F. DONNAT e D. CASAS.

⁽⁴⁰⁾ Cons. Ét., sect., 3 febbraio 1999, *Montaignac*, cit.

⁽⁴¹⁾ Con un po' di approssimazione, si possono equiparare le «*procédures administratives préalables*» a procedimenti di secondo grado in cui un'amministrazione, anche su ricorso, sia chiamata a vagliare una richiesta di riesame.

⁽⁴²⁾ Cons. Ét., Assemblée du contentieux, 23 dicembre 2011, *Danthony*, in *Actualité juridique – Droit administratif*, 2012, 195, commentata da X. DOMINO - A. BRETONNEAU.

l'esercizio del suo potere discrezionale. Con questi orientamenti giurisprudenziali, recentemente ribaditi, il giudice ha reso più penetrante il suo controllo sulle linee guida, consentendone l'impugnativa. Pertanto, è da tempo che egli ammette lo scrutinio sugli atti discrezionali, anche quando il suo controllo si accresca facendo leva sul vaglio dell'errore manifesto di apprezzamento, ovvero della qualificazione giuridica dei fatti. Gli ambiti classici di espressione del potere discrezionale, come le nomine, le sanzioni disciplinari o le misure di polizia, non sfuggono dunque più al controllo del giudice amministrativo.

ABSTRACT: Il saggio ripercorre le tesi di dottrina e giurisprudenza sull'esercizio dei poteri discrezionali e vincolati delle amministrazioni, esaminandone la natura, le limitazioni e soffermandosi sul controllo giurisdizionale da parte del giudice amministrativo. In merito a tale ultimo aspetto, si evidenzia come il giudice amministrativo francese ha reso ben più penetrante il suo scrutinio sugli atti discrezionali, consentendone l'annullamento.

ABSTRACT: *The essay reviews the theories of doctrine and jurisprudence on the exercise of discretionary and binding powers by public administrations, examining their nature, limitations, and focusing on judicial review by administrative courts. Regarding this latter aspect, it highlights how the French administrative judge has made their scrutiny of discretionary acts significantly more thorough, allowing for their annulment.*

L'ordine di esibizione nel prisma dell'armonizzazione europea: riflessioni a margine della modifica all'art. 210 c.p.c.

di ANGELA MARIA FELICETTI

SOMMARIO: 1. Oggetto e scopo dell'analisi. — 2. L'armonizzazione verticale dall'Europa. — 3. L'esibizione speciale: a) industriale, b) *antitrust* e c) dei consumatori. — 4. Approdi interni recenti: l'esibizione nell'azione di classe. — 5. (*Segue*): le sanzioni per l'inottemperanza nel d.lgs. n. 149 del 2022. — 6. Proposte dall'Ue sull'esibizione speciale per: a) i danni da intelligenza artificiale e b) i danni da prodotti (anche *smart*) difettosi. — 7. Il modello europeo di esibizione: quali evoluzioni del paradigma interno? — 8. Riflessioni conclusive.

1. Oggetto e scopo dell'analisi.

La disciplina italiana dell'ordine di esibizione poggia, com'è noto, su uno scarno impianto normativo costituito dagli artt. 210-212 c.p.c. e artt. 94 e 95 disp. att. c.p.c. ⁽¹⁾ ed è rimasta inalterata dalla codificazione del 1940 fino alla recente riforma del 2022 ⁽²⁾. L'istituto è classicamente descritto come un mezzo istruttorio, esperibile su iniziativa di parte, «preordinato allo scopo di ottenere l'acquisizione a processo di documenti o cose» tramite l'ordine ad esibire rivolto dal giudice alla parte o al terzo ⁽³⁾. Un'efficace de-

⁽¹⁾ Le considerazioni svolte *infra* riguarderanno l'istituto dell'esibizione di cui agli artt. 210-212 c.p.c. e le normative speciali connesse. Per ragioni di brevità non si prenderà in considerazione l'istituto della richiesta d'informazioni alla pubblica amministrazione di cui all'art. 213 c.p.c. e le sue declinazioni nelle normative speciali.

⁽²⁾ Prima dell'odierna riforma, l'istituto è stato oggetto di interesse in molti dei tentativi di revisione complessiva del codice di rito. Merita un richiamo la proposta avanzata nel «progetto Liebman»: cfr. E.T. LIEBMAN, *Proposte per una riforma del processo civile di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1977, 3, 452 ss.

⁽³⁾ Per voci enciclopediche e trattazioni monografiche: cfr. S. LA CHINA, *Esibizione delle prove*, in *Enc. Dir.*, XV, Milano, 1966, 698; ID., *L'esibizione delle prove nel*

finizione inquadra l'esibizione come un mezzo «bifronte» (4): allo stesso tempo esso ha natura di prova precostituita, se si considera la *res exhibenda*, e di prova costituenda, se si ha riguardo all'atteggiarsi dell'ordine all'interno del processo. Nell'assenza di un dato normativo sufficientemente esaustivo sull'esibizione (5), nell'ordinamento italiano si è osservato un corposo sviluppo del diritto giurisprudenziale e dell'elaborazione dottrinale sul tema (6).

L'intento della presente analisi è quello di offrire una prosecuzione – pur con la sintesi imposta dalla natura del lavoro – alle recenti trattazioni monografiche sull'esibizione, a cui si rinvia fin da subito (7). L'indagine verrà, pertanto, temporalmente circoscritta ai profili di maggior interesse negli ultimi due decenni. Tra gli elementi di novità più rilevanti, si metterà in luce la frammentazione normativa a cui è soggetto l'istituto. Infatti, alla disciplina codicistica dell'esibizione si affiancano ormai una serie

processo civile, Milano, 1960; V. SPARANO, *L'esibizione delle prove nel processo civile*, Napoli, 1961; S. LA CHINA, *Esibizione delle prove*, in *Enc. Giur.*, XIII, Roma, 1989, 1 ss.; A. MASSARI, *Esibizione delle prove*, in *Novissimo Dig.*, IV, Torino, 836 ss.; B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove nel diritto processuale civile*, in *Dig. Civ.*, VII, Torino, 1991, 665. Più di recente: G. RAMPAZZI, *Il documento non immediatamente disponibile: esibizione e sequestro*, in AA.Vv., *Il documento nel processo civile*, a cura di A. RONCO, Bologna, 2011, 447 ss.; L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, Torino, 2010, 749 ss.; D. VOLPINO, *L'esibizione dei documenti*, in *La prova nel processo civile*, a cura di M. TARUFFO, Milano, 2012, 863 ss.; L. DITTRICH, *L'esibizione delle prove*, in AA. Vv., *Trattato Omnia. Diritto processuale civile*, I, a cura di L. DITTRICH, Milano, 2019, 1841 ss.

(4) E. FAZZALARI, *Il processo ordinario di cognizione*, I, Torino, 1989, 217.

(5) B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove*, cit., 665 parla di linguaggio normativo «non [...] sufficientemente rigoroso».

(6) La migliore dottrina ha già sviscerato molte delle incertezze applicative connesse all'istituto, attingendo all'esegesi della disciplina previgente alla codificazione del 1940 (cfr. A. DONDI, *Effettività dei provvedimenti istruttori del giudice civile*, 1985, Padova, 16 ss.) e al dibattito sulla natura sostanziale o procedurale del diritto all'esibizione (cfr. A. PROTO PISANI, *Note in tema di diritto sostanziale e diritto processuale all'esibizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 1996, 576 ss.).

(7) Si v. per tutti: A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano*, Milano, 2003; B. FICCARELLI, *Esibizione di documenti e discovery*, Torino, 2004. Tra le trattazioni recenti che toccano l'argomento, v. anche: M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, Torino, 2018; F. FERRARI, *La pesca di frodo. Riflessioni critiche in materia di prova esplorativa*, Torino, 2020; G. GIOIA, *La prova negata. Premesse sistematiche per uno studio dell'esibizione documentale*, Torino, 2020.

di norme processuali speciali di derivazione europea, dotate di un campo di applicazione ristretto a specifici settori di contenzioso. Il riferimento va, in particolare, alle norme introdotte in sede di recepimento della dir. Ue 29 aprile 2004, n. 48 in materia di efficace applicazione dei diritti di proprietà intellettuale ⁽⁸⁾ e della dir. Ue 26 novembre 2014, n. 104 in materia di risarcimento del danno per violazione del diritto *antitrust* ⁽⁹⁾. Più di recente, invece, le previsioni in materia di esibizione contenute nella dir. Ue 25 novembre 2020, n. 1828 sulle azioni rappresentative dei consumatori ⁽¹⁰⁾ hanno trovato attuazione attraverso un mero rinvio alla nuova esibizione speciale nell'azione di classe introdotta nel 2021. Due ulteriori proposte di direttive avanzate dalla Commissione nel 2022, l'una in materia di responsabilità da prodotto difettoso e l'altra in materia di risarcimento dei danni derivanti da strumenti di intelligenza artificiale, contengono disposizioni che – come si dirà *infra* – richiederanno nuovi interventi additivi sulla disciplina interna dell'esibizione.

In sintesi, la presente indagine intende mettere in luce lo stato di avanzamento del processo di armonizzazione dell'esibizione italiana al modello di *discovery* proposto dal diritto dell'Unione europea ⁽¹¹⁾.

2. L'armonizzazione verticale dall'Europa.

In materia di esibizione si registra il fenomeno, già assodato, secondo cui alcune fonti euro-unitarie di natura sostanziale intaccano le regole nazionali del processo civile, con l'effetto di avvicinare a un unico *standard* normativo gli ordinamenti degli Stati membri ⁽¹²⁾. Per inquadrare i due diversi approcci all'armonizzazione

⁽⁸⁾ In *Gazz. uff. Un. eur.*, 30 aprile 2004, L. 157/45.

⁽⁹⁾ In *Gazz. uff. Un. eur.*, 5 dicembre 2014, L. 349/1.

⁽¹⁰⁾ In *Gazz. uff. Un. eur.*, 4 dicembre 2020, L. 409/1.

⁽¹¹⁾ Di recente sul tema: P. BIAVATI, *L'armonizzazione del diritto processuale civile in Europa: una messa a punto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 4, 769 ss.

⁽¹²⁾ Sul fenomeno già G. TARZIA, *L'ordine europeo del processo civile.*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, 4, 902 ss.; P. BIAVATI, *Europa e processo civile: metodi e prospettive*, Torino, 2003, spec. 19 ss.

adottati dal regolatore europeo, la dottrina ha progressivamente elaborato la distinzione tra armonizzazione orizzontale e verticale delle regole processuali ⁽¹³⁾. La prima si realizza attraverso la legislazione emanata nell'ambito della cooperazione giudiziaria in materia civile, basata sull'art. 81 TFUE, e costituisce il corpo delle norme europee applicabili alle controversie transfrontaliere. L'armonizzazione verticale delle discipline processuali nazionali è, invece, descritta come un pilastro invisibile dell'integrazione europea ⁽¹⁴⁾, attuato in settori in cui all'Unione sono attribuite competenze legislative di diritto sostanziale e senza aver riguardo della natura nazionale o transnazionale del contenzioso che si intende regolare. Il fenomeno trova le sue fondamenta teoriche nei ben noti principi di equivalenza ed effettività del diritto dell'Ue, come elaborati dalla Corte di Giustizia fin dagli anni Settanta ⁽¹⁵⁾. Nella prassi, l'obiettivo di assicurare una più efficace applicazione del diritto europeo viene sovente perseguito attraverso l'inserimento di regole procedurali in direttive che dettano discipline sostanziali di settore ⁽¹⁶⁾. Questi interventi pongono non pochi problemi di

⁽¹³⁾ G. WAGNER, *Harmonisation of Civil Procedure: Policy Perspectives*, in *Civil Litigation in a Globalizing world*, a cura di S. KRAMER - C.H. VAN REE, The Hague, 2012, 101.

⁽¹⁴⁾ B. KRANS, *EU Law and National Civil Procedure Law: An Invisible Pillar*, in *European Review of Private Law*, 2015, 567 ss. Sull'idea di un'armonizzazione «dal basso», v. già P. BIAVATI, *Il diritto delle prove nel quadro normativo dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 2, 483 ss. e spec. 504.

⁽¹⁵⁾ La giurisprudenza in materia è stata inaugurata da Corte Giust. UE, 16 dicembre 1976, causa C-33/76 *Rewe v Lanswitschaft skammer*, in *Foro it.*, 1977, IV, c. 192.

⁽¹⁶⁾ È stato rilevato come la frequenza di questi interventi da Bruxelles nell'ambito processuale stia aumentando negli anni: cfr. E. STORSKRUBB, *EU Civil Justice at the Harmonisation Crossroads?*, in AA. VV., *Civil Procedure and Harmonisation of Law: The Dynamics of EU and International Treaties*, a cura di A. NYLUND - M. STRANDBERG, Cambridge, 2019, 15. Si registrano casi, infatti, in cui le disposizioni che toccano aspetti processuali non rappresentano più una parte accessoria dell'iniziativa legislativa europea, ma costituiscono il focus principale dell'atto. Un esempio emblematico è offerto dalla dir. UE 21 maggio 2013, n. 11 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, in *Gazz. uff. Un. eur.*, 18 giugno 2013, L. 165/63. Analogamente, la proposta di direttiva sulla responsabilità per danni derivanti dall'uso di strumenti di intelligenza artificiale – su cui *infra* al par. 7 – mira, innanzitutto, ad affrontare questioni di natura prettamente processuale, *in primis* con riguardo all'esibizione di prove.

coordinamento con il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri ⁽¹⁷⁾ e richiedono ai singoli ordinamenti di emanare norme procedurali speciali, destinate a regolare specifici settori di contenzioso (ad es. il diritto industriale, il diritto della concorrenza, il diritto dei consumatori, etc.). Non sorprende, dunque, che il tema dell'armonizzazione verticale nell'Ue del diritto processuale civile venga spesso accostato a quello della frammentazione del diritto processuale interno, di cui alcuni autori evidenziano i potenziali effetti negativi ⁽¹⁸⁾. Rileggendo il fenomeno in chiave positiva, altri vedono nell'armonizzazione settoriale un'occasione di sperimentazione normativa nel campo processuale ⁽¹⁹⁾, che permette di testare norme e istituti in vista di una loro potenziale applicazione generale. Ancora, l'intervento di armonizzazione verticale è stato descritto come la scintilla destinata a innescare un processo di conformazione spontanea del diritto processuale nazionale al modello offerto dalle norme europee ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁷⁾ In argomento: D. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; C. CONSOLO, *Il flessibile rapporto dei diritti processuali civili nazionali rispetto al primato integratore del diritto comunitario (integrato dalla Cedu a sua volta)*, in AA. VV., *Corti europee e giudici nazionali. Atti del XXVII convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Verona, 25-26 settembre 2009, Bologna, 2011, 189 ss.

⁽¹⁸⁾ Diffusamente: B. KRANS, *EU Law and National Civil Procedure Law*, cit., 581 ss.; W. HAU, *Europeanisation of Civil procedure: Overcoming Follow-Up Fragmentation through Bottom-Up Harmonization*, in AA. VV., *Civil Procedure and Harmonisation of Law*, a cura di A. NYLUND - M. STRANDBERG, Cambridge, 2019, 61 ss. Altri enfatizzano ulteriori criticità connesse al coordinamento linguistico tra il lessico tecnico-giuridico impiegato nel diritto processuale nazionale e quello prodotto in sede di implementazione delle direttive UE: v. già G. TARZIA, *Nozioni comuni per un processo civile europeo*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, 2, 321.; W. HAU, *A German Perspective on the Waning Procedural Autonomy in Civil Matters: Who Is Afraid of European Civil Procedure?*, in AA. VV., *Procedural Autonomy Across Europe*, a cura di B. KRANS - A. NYLUND, Cambridge, 2020, 81 ss. Altri autori criticano l'eccessiva farraginosità degli istituti così introdotti, che ne scoraggia l'impiego da parte degli operatori nazionali del diritto: B. HESS - A. KRAMER, *An Introduction, in From common rules to best practices in European civil procedure*, a cura di B. HESS - A. KRAMER, Baden-Baden, 2018, 25.

⁽¹⁹⁾ Nella prospettiva della politica legislativa si apre la possibilità di raccogliere *feedback* sulle soluzioni adottate per settori specifici in vista di una loro generalizzazione: G. WAGNER, *Harmonisation of Civil Procedure*, cit., 112.

⁽²⁰⁾ Per alcuni esempi di armonizzazione spontanea nell'ordinamento olandese:

È lecito chiedersi, in prospettiva generale, perché proprio le discipline nazionali sull'esibizione siano l'oggetto di vari interventi di armonizzazione verticale. Per avanzare delle ipotesi di risposta occorre partire dal dato, restituito con chiarezza dalla dottrina comparatistica, delle notevoli divergenze tra gli Stati membri dell'Ue con riguardo alla regolamentazione dell'istruzione probatoria ⁽²¹⁾. Le conseguenze dei diversi approcci alla materia delle prove civili risultano particolarmente evidenti nelle liti a carattere transnazionale su cui, pertanto, il regolatore europeo è intervenuto con decise operazioni di coordinamento orizzontale ⁽²²⁾. Nel contempo, i vari modelli di istruttoria presenti nei sistemi di *common law*, negli ordinamenti di derivazione germanica e in quelli di matrice francese influenzano le probabilità di successo delle azioni civili meramente interne nei diversi Stati membri. Ciò contribuisce a rendere disomogeneo l'impatto del diritto sostanziale dell'Ue negli ordinamenti che compongono la società europea ⁽²³⁾. L'esibizione si colloca, dunque, in ambito particolarmente delicato sotto il profilo dell'effettività delle norme euro-unitarie sostanziali ⁽²⁴⁾. L'istituto viene impiegato come strumento di

B. KRANS, *The Impact of EU Law on Dutch Civil Procedure Law*, in *The European Union and National Civil Procedure*, a cura di B. KRANS - A. NYLUND, Cambridge, 2016, 98 ss.

⁽²¹⁾ V. ANSANELLI, *Prove e strumenti conoscitivi del giudice*, in *Processi civili in evoluzione: una prospettiva comparata*, a cura di A. DONDI - P. COMOGLIO - V. ANSANELLI, Milano, 2018, 241 ss.; M. TARUFFO, *Poteri probatori delle parti e del giudice in Europa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, 2, 451 ss.; V. DENTI, *Armonizzazione e diritto alla prova*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 3, 673 ss.

⁽²²⁾ Per il quadro attuale si rinvia a: R. BONATTI, *L'assunzione delle prove civili in Europa*, in *Regole europee e giustizia civile*, cit., 219 ss. Per un approfondimento sulla disciplina nella sua prima formulazione: N. TROCKER, *Note sul regolamento n. 1206/2001 relativo all'assunzione delle prove in materia civile o commerciale*, in *Riv. dir. int.*, 2003, 3, 670 ss.

⁽²³⁾ Sul punto v. le considerazioni di N. TROCKER, *From access to the courts to the right to an effective remedy: A European perspective of modern procedural challenges*, in *DPCIEC*, 2023, 2, 498 ss. e spec. 509-511.

⁽²⁴⁾ Un diverso approccio verso l'istituto dell'esibizione si riscontra nel diritto processuale europeo quando questo opera nel rapporto tra il cittadino e le istituzioni dell'Ue e non svolge, quindi, la finalità politico-istituzionale descritta *supra*. Pertanto, davanti alla

rafforzamento delle tutele che il diritto euro-unitario offre, nei settori di propria competenza, alla parte che è posta in posizione di svantaggio a causa di rilevanti asimmetrie informative rispetto alle fonti di prova. La Corte di Giustizia, pronunciandosi in materia *antitrust*, ha recentemente ribadito la valenza politico-istituzionale che l'esibizione svolge per l'Ue: l'istituto permette ai privati, attraverso il processo civile, di partecipare all'individuazione (e quindi anche alla prevenzione) di condotte illecite tenute dagli operatori di mercato ⁽²⁵⁾. Per evitare abusi, esso deve essere impiegato attraverso un rigoroso vaglio di proporzionalità svolto dall'organo giudicante, che garantisce, in concreto, il rispetto del principio della parità delle armi tra le parti processuali ⁽²⁶⁾. Questa sensibilità rispetto alla funzione dell'esibizione si può riscontrare anche negli ulteriori settori interessati dalla presente analisi, quali il diritto della proprietà industriale e il diritto dei consumatori, nella sua duplice dimensione di tutela degli interessi superindividuali e delle istanze dei singoli.

Corte di Giustizia (art. 24 dello Statuto e artt. 61, 62 e 64 comma 2, lett. b) del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia) e al Tribunale dell'Ue (art. 89, comma 3, lett. c) e art. 91, lett. b) del Regolamento di procedura del Tribunale dell'Ue) l'impiego dell'esibizione per ordine del giudice ha una portata significativamente più limitata di quella che la presente analisi attribuisce al c.d. modello europeo di esibizione. In argomento *funditus*: P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione europea*, Milano, 2015, 192 ss. e 226 ss. Sul tema v. anche A. MARCOULLI - L. CAPPELLETTI, *Recent trends and developments in the case law of EU Courts on access to documents*, in *ERA Forum - Journal of the Academy of European Law*, 2023, 477 ss. e spec. 493 per i riferimenti ivi contenuti all'ultima giurisprudenza in tema di esibizione di documenti all'interno di procedimenti dinnanzi ai giudici di Kirchberg.

⁽²⁵⁾ Corte Giust. UE, 10 novembre 2022, causa C-163/21, *AD and Others v PAC-CAR Inc et al.*, par. 55 ss. In argomento: C. KOHUTEK, *Factors Driving the Growth in the Private Enforcement of Competition Law in Europe*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2024, 1, 134 ss.

⁽²⁶⁾ Ivi, par. 47: «[...] the EU legislature placed the emphasis on the 'relationship between the evidence requested and the claim for damages', which is of critical importance for the national court concerned in order for it to be able to rule appropriately, and in compliance with the principle of equality of arms between the parties to the dispute before it, on a request submitted to it for disclosure of evidence».

3. L'esibizione speciale: a) nel diritto industriale, b) antitrust e c) dei consumatori.

La trasposizione delle iniziative dell'Europa in materia di esibizione nell'ordinamento italiano ha generato uno sforzo di coordinamento che merita un approfondimento, anche nella sua dimensione sistematica. Le norme speciali introdotte riguardano settori del diritto eterogenei e, per rendere maggiormente fruibile la trattazione, si ritiene opportuno procedere in ordine cronologico.

a) Il primo settore interessato è stato quello della tutela della proprietà intellettuale e industriale, con la dir. UE n. 48 del 2004⁽²⁷⁾. Il quadro normativo attuale del d.lgs. 16 marzo 2006, n. 140 prevede all'art. 121 un'esibizione speciale per tutte le controversie industrialistiche⁽²⁸⁾ e una disciplina speculare all'art. 156-*bis* l. aut., applicabile alle controversie relative a lesioni del diritto d'autore su scala commerciale⁽²⁹⁾. L'ordine di esibizione in queste fonti è un mezzo istruttorio esperibile su iniziativa della parte previa allegazione di «seri indizi» a sostegno delle domande avanzate⁽³⁰⁾. La dottrina ha sottolineato che queste disposizioni, dichiaratamente ispirate alla *discovery* inglese, apparivano con-

⁽²⁷⁾ Il recepimento si intreccia con la precedente opera di coordinamento del diritto interno con gli accordi internazionali Trips del 1994. In argomento: L.P. COMOGGIO, *Istruzione e discovery nei giudizi in materia di proprietà industriale*, in *AIDA*, 2000, 270 ss. La materia è stata inoltre oggetto di una complessiva razionalizzazione a séguito dell'emanazione del codice della proprietà industriale, cfr. d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30.

⁽²⁸⁾ Per rilievi critici all'indomani del recepimento: L. BENVENUTO, *Il sistema della Discovery e del diritto di "informazione" nel Codice della Proprietà Industriale*, in *Riv. dir. ind.*, 2007, 2, 108 ss.; G. BONELLI, *L'attuazione della Direttiva "Enforcement" nel diritto d'autore*, in *Dir. aut.*, 2007, 2, 195 ss., 459 ss.

⁽²⁹⁾ Per un *focus* specifico: G. ADAMO, *Le violazioni su scala commerciale e l'esibizione della documentazione bancaria, finanziaria e commerciale*, in *Prova e tutele nel diritto d'autore e nel diritto industriale*, a cura di G. CASSANO - V. FRANCESCHELLI - B. TASSONE, Milano, 2023, 655 ss.

⁽³⁰⁾ La lettera della norma sembra suggerire che l'esibizione speciale possa essere indirizzata solo alla parte processuale, ma la giurisprudenza ha allargato a soggetti terzi: cfr. Trib. Roma (ord.), 9 febbraio 2007, in *Riv. dir. ind.*, 2008, 4-5, 404 ss., con nota di M. DE CATA, *Il caso "Peppermint". Ulteriori riflessioni anche alla luce del caso "Promustcae"*.

notate da una portata innovativa per l'ordinamento italiano ⁽³¹⁾. Pertanto, rimanendo aderenti al dato testuale, alcune regole generali poste dal codice di rito sarebbero risultate inapplicabili all'ordine di esibizione speciale ⁽³²⁾. La giurisprudenza ha adottato, invece, l'approccio di ricondurre a unità la disciplina industrialistica e le norme sull'esibizione di diritto processuale comune ⁽³³⁾. Ad esempio, il riferimento alla valutazione della verosimiglianza del diritto fatto valere dall'istante («seri indizi della fondatezza delle proprie domande»), è stato depotenziato fino a ritenere sufficiente un solo elemento di prova ⁽³⁴⁾. Anche in tema di specificità dell'istanza, le corti hanno ritenuto di applicare lo stesso *standard* previsto dagli artt. 210 c.p.c. e 94 disp. att. c.p.c. ⁽³⁵⁾. Non hanno posto, invece, problemi di coordinamento i riferimenti che gli artt. 121, d.lgs. 140 del 2006 e 156-*bis* l. aut. pongono, per la prima volta nella normativa italiana sull'esibizione, alla necessità di tutelare anche le informazioni riservate, oltre che i segreti ⁽³⁶⁾. Infine, le norme speciali del 2004 hanno lasciato inalterato l'approccio interno alle ipotesi di inadempimento dell'ordi-

⁽³¹⁾ A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria della tutela giurisdizionale della proprietà intellettuale*, in *La proprietà intellettuale*, a cura di L.C. UBERTAZZI, *Trattato di diritto privato dell'Unione Europea*, diretto da G. AJANI - G. A. BENACCHIO, Torino, 2011, 464-5; A. DONDI, *Il diritto di esibizione. Struttura e singolarità dell'esibizione-discovery nelle controversie in materia di proprietà intellettuale*, in AA. VV., *Il processo industriale*, a cura di A. GIUSSANI, Torino, 2012, 232 ss.

⁽³²⁾ In tema di autonomia delle norme processuali speciali: M.S. SPOLIDORO, *Profili processuali del codice della proprietà industriale*, in *Dir. ind.*, 2008, 2, 174 ss. Ad esempio, sulla disapplicazione del limite del «grave danno» causato dall'ordine di esibizione alla parte onerata: A. GIUSSANI, *La disciplina comunitaria*, cit., 465. *Contra*: L. BENVENUTO, *Il sistema della Discovery*, cit., 210.

⁽³³⁾ Cass., 16 giugno 2011, n.1249 in *Dejure.it*. In senso critico: G. ADAMO, *Le violazioni su scala commerciale*, cit., 660.

⁽³⁴⁾ Trib. Roma, 17 gennaio 2012, in *Riv. dir. ind.*, 2012, 1, 247 ss. e App. Milano, 20 marzo 2006, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2006, 5012 ss. In tema: G. DI FAZIO, *La discovery: l'esibizione di documenti e la richiesta di informazioni orali*, cit., 816.

⁽³⁵⁾ Sulla genericità delle istanze: Trib. Catania, 11 marzo 2014, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2016, 890 ss. Sulla necessità dell'esibizione come mezzo istruttorio: Trib. Firenze, 2 febbraio 2007, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2007, 649.

⁽³⁶⁾ La normativa italiana tradizionalmente affrontava il profilo dei segreti, rinviando alla disciplina del codice di procedura penale. In tema: A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria*, cit., 153 ss.

ne ⁽³⁷⁾, salvo aver reso esplicito il riferimento alla possibilità per il giudice di trarre argomenti di prova dalla condotta inadempiente della parte.

b) Il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che recepisce la dir. UE n. 104 del 2014, ha introdotto una disciplina speciale dell'esibizione nei giudizi sul risarcimento di danni derivanti da violazioni della normativa *antitrust* ⁽³⁸⁾. Le norme delineano il modello europeo di esibizione con maggiore precisione e hanno attirato, fin da subito, l'attenzione della dottrina processualcivilistica ⁽³⁹⁾. È significativo che alcuni autori, nelle more del recepimento, abbiano immaginato un nuovo istituto, quello della «divulgazione» di prove nei giudizi *antitrust*. Tale era, infatti, la difficoltà nell'assimilare le disposizioni contenute nella direttiva all'esibizione disciplinata dal codice di rito ⁽⁴⁰⁾. All'esito del processo di imple-

⁽³⁷⁾ La dir. UE n. 48 del 2004 non sollecitava specifici interventi sul punto dagli Stati membri. Pertanto, in sede di implementazione, il legislatore italiano si è limitato a riprodurre negli artt. 122, comma 4, d.lgs. 140 del 2006 e 156-*bis*, comma 4, l. aut. la soluzione tradizionalmente adottata da giurisprudenza e dottrina, secondo cui il giudice è libero di trarre argomenti di prova dall'inottemperanza ingiustificata all'ordine del giudice, cfr. A. DONDI, *Il diritto di esibizione*, cit., 239.

⁽³⁸⁾ *Ex multis*: S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE sulla domanda di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 4-5, 1153 ss.; A. GIUSSANI, *Direttiva e principi del processo civile italiano*, in *AIDA*, 2015, 251 ss.; G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva antitrust private enforcement*, in *Dir. ind.*, 2016, 3, 221 ss. Per una prospettiva comparata: B.J. RODGER, *A panacea for competition law damages actions in the EU? A comparative view of the implementation of the EU Antitrust Damages Directive in sixteen Member States*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2019, 4, 480 ss.

⁽³⁹⁾ Per un commento alle norme di recepimento: P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura del d.lgs. n. 3 del 2017. Novità processuali e parziali inadeguatezze in tema di danno antitrust*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 4, 991 ss.; A. FABBÌ, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement del diritto antitrust*, in *AA. VV.*, *Il private enforcement antitrust dopo il d.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3*, a cura di B. SASSANI, Pisa, 2017, 169 ss.; R. BONATTI, *Esibizione delle prove presso controparte o terzo e Sanzioni per violazione della disciplina delle prove*, in *Il risarcimento del danno nel diritto della concorrenza. Commento al d.lgs. n. 3/2017*, a cura di MANZINI, Torino, 2017, 15 ss.; G. FINOCCHIARO, *La disciplina dell'esibizione delle prove nei giudizi risarcitori per violazione delle norme antitrust in attuazione della dir. 2014/104/UE*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, 2, 415 ss.; F. SACCARO, *Onus probandi e poteri istruttori esercitabili d'ufficio dal giudice nel contesto di una private antitrust litigation*, in *Dir. ind.*, 2018, 3, 205 ss.

⁽⁴⁰⁾ In questo senso: S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit., 1158 ss.; A. FABBÌ,

mentazione, l'esibizione speciale in materia *antitrust* conserva la natura di mezzo istruttorio a iniziativa della parte. Sono state oggetto di profonda discussione, tuttavia, le potenzialità esplorative dell'istituto ⁽⁴¹⁾. Infatti, le norme facilitano l'iniziativa della parte istante rispetto allo *standard* interno per l'esibizione ⁽⁴²⁾. Non si registrano, tuttavia, orientamenti giurisprudenziali che ne fanno un'applicazione restrittiva. Infatti, la Suprema Corte, già prima dell'emanazione della normativa in discorso, aveva avuto modo di affermare che nel settore del *private enforcement antitrust* gli istituti di diritto processuale devono essere funzionali a riequilibrare posizioni di asimmetria tra le parti ⁽⁴³⁾.

Venendo alla disciplina, sono due gli aspetti del contenuto dell'istanza nell'esibizione *antitrust* che meritano di essere segnalati. Da un lato, l'istanza è ammissibile quando individua

La "esibizione" istruttoria nel private enforcement, cit., 171; F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., 125.

⁽⁴¹⁾ Cfr. F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., 129 ss., dove l'a. sottolinea «un'evidente, in quanto esplicita, natura esplorativa dell'esibizione del private enforcement antitrust»; considerazioni di segno opposto sono dedicate alla valenza esplorativa dell'esibizione speciale in materia di proprietà intellettuale, cfr. ivi 73 ss.

⁽⁴²⁾ P. COMOGGIO, *Art. 33, l. 10 ottobre 1990 n. 287*, in *Comm. breve alle leggi su proprietà intellettuale e concorrenza*, a cura di L. UBERTAZZI, Milano, 2019, 3703.

⁽⁴³⁾ Nel noto caso di specie la Corte ha affrontato, anche con riguardo all'esibizione, la tematica dell'impiego di poteri istruttori d'ufficio nel giudizio antitrust: cfr. Cass., 4 giugno 2015, n. 11564, in *Int'l Lis*, 2015, 123 ss., con nota di M. DE CRISTOFARO, *Il private enforcement antitrust ed il ruolo centrale della disciplina processuale, di nuovo conio legislativo o di nuova concezione giurisprudenziale*; in *Dir. ind.*, 2016, 537 ss., con nota di A. GERACI, *Condotta anticoncorrenziale e perimetrazione del mercato rilevante*; in *Foro it.*, 2015, I, c. 2752, con nota di M. CASORIA - R. PARDOLESI, *Disciplina della concorrenza, private enforcement e attivismo giudiziale*. La Suprema corte auspica «un'interpretazione estensiva delle condizioni stabilite dal codice di rito in tema di esibizione di documenti, richiesta di informazione e, soprattutto, di consulenza tecnica d'ufficio, per l'esercizio, anche d'ufficio, dei poteri di indagine, acquisizione e valutazione di dati e informazioni utili per ricostruire la fattispecie anticoncorrenziale denunciata, nel rispetto del principio del contraddittorio e fermo restando l'onere della parte che agisce in giudizio di indicare in modo sufficientemente "plausibile" seri indizi dimostrativi della fattispecie denunciata come idonea ad alterare la libertà di concorrenza e a ledere il suo diritto di godere del beneficio della competizione commerciale». La pronuncia è ripresa, di recente, da Trib. Milano, 27 febbraio 2020, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2020, 540 ss., che considera l'esibizione e da Trib. Roma, 14 ottobre 2019, in *Giur. ann. dir. ind.*, 2019, 1271 in materia di consulenza tecnica c.d. percipiente.

prove⁽⁴⁴⁾ che ragionevolmente si trovano nella disponibilità della controparte o del terzo e che siano sufficienti a sostenere la «plausibilità della domanda di risarcimento del danno o della difesa» (art. 3, comma 1). Dall'altro lato, appare ridotto il livello di specificità necessario per la determinazione delle prove oggetto dell'istanza⁽⁴⁵⁾. In netto contrasto con l'art. 94 disp. att. c.p.c che onera la parte della «specificazione del documento o della cosa», l'art. 3, comma 2, assegna al giudice il compito di individuare «specificatamente e in modo circoscritto» gli elementi o categorie di prove rilevanti⁽⁴⁶⁾. La nozione di «categoria di prove» costituisce un'ulteriore innovazione: in tali casi la *res exhibenda* è specificata attraverso le caratteristiche comuni a un certo insieme di mezzi di prova che si intendono acquisire in blocco a processo⁽⁴⁷⁾.

L'ammissibilità del mezzo istruttorio è valutata in base al canone della proporzionalità. Si introduce nella disciplina dell'esibizione un principio che – com'è stato osservato – non è tradizionalmente incluso tra i principi generali del sistema processuale italiano⁽⁴⁸⁾. La proporzionalità è verificata dal giudice all'esito dell'analisi prognostica degli effetti che l'ordine potrà avere su-

⁽⁴⁴⁾ La norma impiega l'endiadi «fatti o prove», cfr. R. BONATTI, *Esibizione delle prove*, cit., 20-21. L'a. nota che questa formulazione sovrappone *thema decidendum* e *thema probandum*. Ritiene che debba escludersi che l'ordine possa ampliare surrettiziamente l'oggetto del processo, riferendosi a fatti diversi o nuovi rispetto a quelli dedotti dall'istante.

⁽⁴⁵⁾ A. FABBI, *La "esibizione" istruttorio nel private enforcement*, cit., 176 enfatizza come la normativa non imponga una corrispondenza tra il contenuto dell'istanza e il contenuto dell'ordine, lasciando spazio all'ammissibilità di istanze generiche che vengono riempite dal giudice, su cui grava l'onere di specificazione.

⁽⁴⁶⁾ Sul tentativo di conciliare le regole processuali interne in tema di specificità con una visione *pro-disclosure*: A. FABBI, *La "esibizione" istruttorio nel private enforcement*, cit., 177; F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., 129.

⁽⁴⁷⁾ R. BONATTI, *Esibizione delle prove*, cit., 28 ritiene che il giudice per evitare ordini esibitori connotati da genericità debba riferirsi ad almeno due o più elementi costitutivi della categoria. In argomento anche: S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit., 1158-9.

⁽⁴⁸⁾ M.A. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione. Un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2016, 70 ss. P. COMOGLIO, *Art. 33*, cit., 3704, ritiene che il canone della proporzionalità, così impiegato, sia mutato dal processo federale statunitense.

gli interessi meritevoli di tutela di tutte le parti in gioco ⁽⁴⁹⁾. Il legislatore europeo orienta tale analisi attraverso tre parametri sintomatici, che sono integralmente ripresi dal testo della normativa italiana ⁽⁵⁰⁾. Il primo è identificato nella plausibilità della domanda avanzata dall'istante: a fronte di una pretesa risarcitoria o di una difesa maggiormente verosimile potrà essere considerato proporzionale un ordine ad esibire particolarmente incisivo ⁽⁵¹⁾. Il giudizio di verosimiglianza, secondo parte della dottrina, deve portare il giudice verso una valutazione analoga a quella del *fumus boni iuris* nella tutela cautelare ⁽⁵²⁾. Questa lettura è corroborata dalla previsione dell'audizione preliminare della parte o del terzo a cui potenzialmente verrà indirizzato l'ordine ⁽⁵³⁾. Il secondo parametro è costituito dalla valutazione delle spese che il destinatario dell'ordine dovrà sostenere. L'esborso dovrà apparire al giudice proporzionato all'utilità probatoria che deriverebbe alla parte istante dall'acquisizione in giudizio dei mezzi di prova. Questa impostazione inverte quanto previsto nell'esibizione comune sull'anticipazione delle spese a carico dell'istante ⁽⁵⁴⁾ e introduce un principio inedito — ripreso da sistemi di *common law* — per cui la richiesta istruttoria deve essere filtrata sotto il profilo dei costi ⁽⁵⁵⁾. Il terzo e ultimo parametro del giudizio di

⁽⁴⁹⁾ In senso critico: A. FABBI, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement*, cit., 176 ss., che considera il principio come una «mera dichiarazione programmatica volta a evitare gli abusi di una procedura dichiaratamente ispirata alla *discovery* statunitense» (p. 178). Sul giudizio di proporzionalità v. anche: F. FERRARI, *Il processo civile a confronto con il diritto alla privacy*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 4, 1029 ss. e spec. 1048-9.

⁽⁵⁰⁾ Art. 3, comma 3, d.lgs. n. 3 del 2017.

⁽⁵¹⁾ G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva*, cit., 439.

⁽⁵²⁾ Un'opinione difforme riconnette la plausibilità alla rilevanza della prova, ossia alla valutazione prognostica dell'incidenza della prova ai fini dell'accoglimento della domanda. Per una ricostruzione degli orientamenti: F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., 124-125 e R. BONATTI, *Esibizione delle prove*, cit., 24.

⁽⁵³⁾ Art. 3, comma 5, d.lgs. n. 3 del 2017. In tema di contraddittorio sull'istanza esibitoria: P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura*, cit., 1000; A. GIUSSANI, *Direttiva e principi*, cit., 256 osserva che l'inderogabilità del contraddittorio preventivo, in alcuni casi, rischia di vanificare l'effetto sorpresa e minare l'effettività della misura.

⁽⁵⁴⁾ Art. 210, comma 3, c.p.c.

⁽⁵⁵⁾ In argomento: R. BONATTI, *Esibizione delle prove*, cit., 30; in senso critico: GIUSSANI, *Direttiva e principi*, cit., 255 e considerazioni svolte *sub* n. 13.

proporzionalità è individuato nella contrapposizione tra l'utilità per il processo delle prove oggetto di esibizione e la tutela delle informazioni riservate «di carattere personale, commerciale, industriale e finanziario relative a persone ed imprese, nonché i segreti commerciali»⁽⁵⁶⁾. La disciplina sull'ordine di esibizione *antitrust* entra nel dettaglio sugli strumenti che la corte può impiegare per evitare che lo scontro tra l'interesse alla riservatezza e l'interesse alla prova debba condurre al diniego dell'ordine⁽⁵⁷⁾. Sono esemplificate alcune modalità speciali di attuazione dell'ordine: per esempio, la conduzione di audizione a porte chiuse o l'affidamento a esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma non riservata⁽⁵⁸⁾.

Infine, l'esibizione speciale *antitrust* è dotata di un solido impianto sanzionatorio per le ipotesi di inadempimento dell'ordine non sorrette da giustificato motivo⁽⁵⁹⁾. Accanto alla possibilità di comminare alla parte o al terzo inadempiente una sanzione amministrativa pecuniaria da 15.000 a 150.000 euro⁽⁶⁰⁾, si prevede

⁽⁵⁶⁾ Art. 3, comma 4, d.lgs. n. 3 del 2017.

⁽⁵⁷⁾ Il livello di specificità di queste previsioni non trova precedenti nella diritto processuale italiano, pertanto certa dottrina ha individuato nell'art. 3, comma 4, d.lgs. n. 3 del 2017 «un primo, seppur limitato, nucleo di disposizioni generali di tutela endoprocessuale della riservatezza delle informazioni nel processo civile», cfr. R. BONATTI, *Esibizione delle prove*, cit., 32. *Contra*: G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva*, cit., 143 non condivide la portata innovativa delle disposizioni in parola, ritenendo che analoghe previsioni in merito alla tutela della riservatezza nell'esibizione, «ancorché meno articolate e dettagliate», si possano già trarre dal codice di rito, in particolare dagli artt. 210 e 212 c.p.c.

⁽⁵⁸⁾ A presidio della riservatezza, il giudice può arrivare a modulare il grado di acquisizione della prova nel processo: al giudice è conferito espressamente il potere di ordinare «la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove». La disposizione lede il principio di acquisizione secondo S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit., 1154 e G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva*, cit., 443; A. FABBÌ, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement*, cit., 180 nota che la giurisprudenza industrialistica sviluppatasi sulla base dell'art. 121 d.lgs. 140 del 2006. aveva già avviato una prassi applicativa di misure analoghe. Sul punto: Trib. Milano, 17 marzo 2014, in *Dir. autore*, 2014, 3, 470 ss., con nota di G. PARISI, *Brevi note sulla tutela delle informazioni riservate nel procedimento di descrizione*.

⁽⁵⁹⁾ Art. 6, d.lgs. n. 3 del 2017. Per un'analisi di dettaglio: G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva*, cit., 469 ss.

⁽⁶⁰⁾ L'importo è devoluto alla Cassa delle ammende.

un'ulteriore sanzione processuale, discrezionalmente applicabile. Ai sensi dell'art. 6, comma 5, il giudice potrà arrivare a ritenere raggiunta la prova del fatto sfavorevole al soggetto inadempiente alla cui dimostrazione avrebbero teso i mezzi di prova oggetto dell'ordine di esibizione. Secondo l'opinione prevalente, il meccanismo permette di operare una *fictio iuris* sull'esistenza del fatto, purché dalla valutazione di ogni altro elemento di prova presente nel fascicolo non emergano elementi sufficienti a dimostrarne l'insussistenza ⁽⁶¹⁾. Con questa norma la disciplina italiana dell'esibizione, ponendosi nel solco di quanto già previsto dall'art. 232 c.p.c., supera il binomio tra l'inottemperanza all'ordine e gli argomenti di prova sfavorevoli al soggetto inadempiente ⁽⁶²⁾. L'inadempimento assume, invece, il valore di piena prova. Questa, ancorché liberamente valutabile, è idonea a fondare, anche da sola, il convincimento del giudice sulla sussistenza o meno del diritto al risarcimento del danno derivante dalla violazione della normativa *antitrust* ⁽⁶³⁾.

c) Infine, l'intervento più recente del legislatore europeo in tema di esibizione si è inserito nella disciplina delle azioni collettive a tutela dei diritti dei consumatori ⁽⁶⁴⁾. Il recepimento della

⁽⁶¹⁾ Secondo la tesi maggioritaria la mancata risposta *ex art.* 232 c.p.c. ha valore di prova liberamente valutabile, cfr. *ex multis*: C. CONSOLO, *Spiegazioni di diritto processuale civile*, II, 11^a ed., Torino, 2019, 345; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, 9^a ed., a cura di V. COLESANTI - E. MERLIN, Milano, 2021, 308; v. anche M. TARUFFO, *La semplice verità*, Bari, 2009, 130 ss. Di recente: D. NOVIELLO, *Le ammissioni delle parti nella logica del giudizio di fatto*, Torino, 2023, 269 ss.

⁽⁶²⁾ Sulla portata innovativa della norma: A. FABBI, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement*, cit., 188; P. COMOGLIO, *Note a una prima lettura*, cit., 1003; concordemente: R. POLI, *Gli «argomenti di prova» ex art. 116, comma 2°, c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 2, 843-844. In senso contrario: G. FINOCCHIARO, *La divulgazione delle prove nella Direttiva*, cit., 474 che sembra aderire a quell'indirizzo interpretativo minoritario secondo cui la mancata risposta *ex art.* 232 c.p.c., a cui si equiparano gli effetti del rifiuto ad esibire, assume il valore limitato di argomento di prova e non di *ficta confessio*.

⁽⁶³⁾ Sul modo di operare della *fictio* in connessione all'esibizione nel giudizio *antitrust*, si v. le considerazioni di R. BONATTI, *Esibizione delle prove*, cit., 40-41.

⁽⁶⁴⁾ *Ex multis*: A. BIARD - S. KRAMER, *The EU directive on representative actions for consumers: a milestone or another missed opportunity?*, in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2019, 249 ss.; E. CAMILLERI, *La dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela*

dir. UE n. 1828 del 2020 nell'ordinamento italiano si intreccia con gli sviluppi normativi interni, di cui si dirà nel paragrafo che segue ⁽⁶⁵⁾. Occorre però segnalare che la direttiva identifica l'esibizione come strumento volto a garantire il diritto alla prova degli enti legittimati a proporre le azioni collettive che abbiano fornito «prove ragionevolmente sufficienti» a supporto delle proprie istanze (art. 18). La direttiva, inoltre, impone agli Stati membri di stabilire delle sanzioni «effettive, proporzionate e dissuasive» per i casi di inosservanza del comando esibitorio (art. 19). Tali disposizioni avrebbero richiesto l'implementazione di un'ulteriore disciplina speciale sull'esibizione nella tutela collettiva dei consumatori, che verosimilmente si sarebbe potuta collocare all'interno del codice del consumo. Il loro recepimento è stato assolto, invece, tramite il rinvio che i nuovi artt. 140-*octies* e 140-*novies* cod. cons. ⁽⁶⁶⁾, rispettivamente in tema di azioni rappresentative volte all'ottenimento di provvedimenti inibitori e compensativi, operano all'esibizione nell'azione di classe ⁽⁶⁷⁾. Nelle more del

degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di enforcement?, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, 1054 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Azioni 'rappresentative' e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La 'lunga marcia' che ha condotto all'approvazione della dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, 1010 ss.

⁽⁶⁵⁾ L'attuazione della dir. UE n. 1828 del 2020 è avvenuta tramite il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28. In argomento *funditus* G. DE CRISTOFARO, *Le 'azioni rappresentative' di cui agli artt. 140-ter ss. c.cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1, 1 ss.; A. GIUSSANI, *L'azione rappresentativa nel d.lgs. n. 28 del 2023*, in *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. SASSANI, 2ª ed., Pisa, 2024, 279 ss.

⁽⁶⁶⁾ L'art. 140-*octies*, comma 3, cod. cons. dispone che alle azioni collettive finalizzate all'ottenimento di provvedimenti inibitori «[s]i applicano i commi dal quarto al quattordicesimo dell'articolo 840-*quinquies* del codice di procedura civile». Analogamente l'art. 140-*nonies*, comma 2, cod. cons. rinvia agli «articoli da 840-*quater* a 840-*terdecies* e l'articolo 840-*quinquiesdecies* del codice di procedura civile, in quanto compatibili» per le azioni collettive volte all'ottenimento di provvedimenti compensativi.

⁽⁶⁷⁾ Per alcune osservazioni preliminari sulla compatibilità del diritto interno in tema di azione di classe e la dir. UE n.1828 del 2020: G. MAZZOFERRO, *Tutela collettiva europea: brevi riflessioni su alcune novità alla luce della Direttiva UE 2020/1828*, in AA. VV., *Scritti in onore di Bruno Sassani*, a cura di R. TISCINI - F.P. LUISO, Pisa, 2022, 1667-1676; M. BONA, *La direttiva UE 2020/1828 sulla tutela rappresentativa dei consumatori*,

recepimento della direttiva, infatti, l'azione collettiva generale è entrata nel codice di rito italiano con la l. 12 aprile 2019, n. 31⁽⁶⁸⁾. L'azione collettiva pone una ulteriore disciplina speciale dell'ordine di esibizione, la quale aggiunge un tassello importante nell'evoluzione recente dell'istituto nell'ordinamento italiano.

4. Approdi interni recenti: l'esibizione nell'azione di classe.

L'esibizione speciale introdotta all'art. 840-*quinquies* c.p.c. mostra delle significative analogie con quella prevista nell'ambito delle liti *antitrust*. La scelta del legislatore ha diviso la dottrina: secondo alcuni l'istituto, così come concepito, non potrà contribuire a una maggiore efficacia della *class action*⁽⁶⁹⁾; per altri, invece, si tratta di una impostazione corretta poiché la normativa sulla concorrenza sleale e la tutela collettiva condividerebbero la stessa *ratio*⁽⁷⁰⁾. Quest'ultima lettura appare, in definitiva, condivisibile poiché la nuova azione collettiva si pone come obiettivo di fornire all'attore – in questo caso, al rappresentante della classe – uno strumento per superare l'asimmetria informativa rispetto alle fonti di prova nella disponibilità del convenuto. Coerentemente l'impiego di questo strumento processuale, per così dire, rafforzato è riservato esclusivamente alla parte attrice. La possibilità per il convenuto di agire comunque *ex art.* 210 c.p.c. potreb-

in *Giur. it.*, 2021, 1, 252 ss.

⁽⁶⁸⁾ In argomento *ex multis*: G. MONTELEONE, *Note a prima lettura sulla nuova legge sull'azione di classe (legge 12 aprile 2019, n. 31)*, in *Giusto proc. civ.*, 3, 633 ss.; A. GIUS-SANI, *La riforma dell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 6, 1572 ss.; G. SCARSELLI, *La nuova azione di classe di cui alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, in *Judicium.it* e ora in *Id.*, *Mala tempora currunt. Scritti sull'ultima riforma del processo civile*, Pisa, 2023, 145 ss.; C. CONSOLO, *L'azione di classe, trifasica, infine inserita nel c.p.c.*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 2, 714 ss.; A.D. DE SANTIS, *I procedimenti collettivi. L'azione di classe e l'azione inibitoria collettiva nel codice di procedura civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2019, 3, 701 ss.

⁽⁶⁹⁾ In questo senso: C. CONSOLO, *La terza edizione della azione di classe è legge ed entra nel c.p.c. Uno sguardo d'insieme ad una amplissima disciplina*, in *Corr. giur.*, 2019, 6, 740. Esprimono dubbi sulla costituzionalità della normativa: G. MONTELEONE, *Note a prima lettura*, cit. 637; G. SCARSELLI, *Mala tempora*, cit., 160.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. A. MENGALI, *La fase istruttoria nella nuova azione di classe*, in *Giur. it.*, 2019, 10, 2311.

be, in concreto, rispondere alle preoccupazioni di quegli autori che hanno ipotizzato l'incostituzionalità della norma, ritenendola inconciliabile con il principio di parità delle armi ⁽⁷¹⁾.

L'ordine di esibizione nell'azione collettiva si colloca nella seconda fase del procedimento, governata dal rito semplificato ⁽⁷²⁾. L'art. 840-*quinques*, comma 5, c.p.c. prevede che l'istanza debba indicare «fatti e prove ragionevolmente disponibili dalla controparte, sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda» ⁽⁷³⁾. La formulazione della norma sembra escludere che l'ordine possa essere indirizzato a soggetti estranei al processo, salva la possibilità per l'attore di agire *ex art.* 210 c.p.c. per ottenere documenti da terzi. L'art. 840-*quinques*, comma 6, c.p.c., riserva espressamente al giudice, e non alla parte, l'onere di individuare in modo specifico i mezzi di prova o le categorie di prove che saranno oggetto dell'ordine. La decisione sull'ammissibilità dell'esibizione prevede il contraddittorio con il potenziale destinatario dell'ordine ⁽⁷⁴⁾ ed è assunta in base alla proporzionalità del mezzo. Questa dovrà essere valutata dal giudice sulla base degli stessi parametri identificati nella normativa *antitrust*: la plausibilità della domanda di tutela collettiva avanzata dall'istante; i costi dell'esibizione che sosterrà la parte a cui è rivolto l'ordine; la possibilità di garantire la tutela delle informazioni riservate dei soggetti coinvolti, anche attraverso modalità attuative dell'esibizione ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ Cfr. A.D. DE SANTIS, *La trattazione, l'istruzione e la decisione*, in AA.VV., *Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2021, 164, che propende per l'incompatibilità con il 111 Cost. *Contra*: A. MENGALI, *La fase istruttoria*, cit., 2311. V. anche M. BONA, *La direttiva UE 2020/1828*, cit., 257. Il legislatore europeo si è espressamente occupato di quest'aspetto nell'art. 18 della citata dir. UE 1828 del 2020, il quale prescrive agli Stati Membri di provvedere «affinché, se richiesto dal convenuto, l'organo giurisdizionale o l'autorità amministrativa possa ingiungere parimenti all'ente legittimato o a un terzo di esibire prove pertinenti, in conformità del diritto procedurale nazionale».

⁽⁷²⁾ D.A. DE SANTIS, *La trattazione*, cit., 167 si interroga se forme di *pre-trial discovery* non sarebbero risultate più funzionali alla tutela collettiva.

⁽⁷³⁾ Art. 840-*quinques*, comma 5, c.p.c.

⁽⁷⁴⁾ Sul rischio di dispersione della prova connesso al contraddittorio preventivo, v. A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., 1585.

⁽⁷⁵⁾ L'art. 840-*quinques*, comma 8, c.p.c. menziona «la possibilità di non rendere

Infine, l'istituto è dotato di un impianto sanzionatorio composto da una sanzione amministrativa pecuniaria fino a un massimo di euro 100.000 ⁽⁷⁶⁾, da devolvere alla Cassa delle ammende, e dalla sanzione processuale della *ficta confessio*. Quest'ultima, prescritta dall'art. 840-*quinquies*, comma 13, c.p.c., opera a discrezione del giudice nei confronti della parte che, senza giustificato motivo, rifiuta l'adempimento o distrugge i mezzi di prova. La misura appare certamente in grado di operare quell'effetto dissuasivo richiesto dalla normativa europea, laddove colpisce efficacemente le condotte ostruzionistiche dell'inadempiente, lasciando comunque al giudice il margine per valutare eventuali ragioni addotte dal soggetto che rifiuta l'esibizione.

Si è già detto come, secondo certa dottrina, l'armonizzazione verticale delle norme processuali promossa dall'Ue offra l'opportunità ai singoli Stati membri di individuare strumenti processuali efficienti ed estenderne il campo di applicazione ⁽⁷⁷⁾. Con la l. n. 31 del 2019 sull'azione di classe questo processo si è realizzato nell'ordinamento italiano, che ha trasfuso il modello europeo di esibizione istruttoria nella disciplina interna dei procedimenti collettivi. Va enfatizzata la portata applicativa generale di questa scelta: il modello europeo di esibizione è, infatti, divenuto applicabile in tutte le ipotesi di tutela collettiva di diritti soggettivi omogenei, indipendentemente dalla materia della lite ⁽⁷⁸⁾.

visibili le parti riservate di un documento, la conduzione di audizioni a porte chiuse, la limitazione del numero di persone autorizzate a prendere visione delle prove, il conferimento ad esperti dell'incarico di redigere sintesi delle informazioni in forma aggregata o in altra forma non riservata».

⁽⁷⁶⁾ La cornice editale va da euro 10.000 a euro 100.000. In tema di adeguatezza: G. MAZZAFERRO, *Le spese e le sanzioni*, in *Class action*, cit., 172 ss.; si segnala l'opinione critica di A. GIUSSANI, *La riforma dell'azione di classe*, cit., 1585.

⁽⁷⁷⁾ B. KRANS, *EU Law and National Civil Procedure Law*, cit., 585.

⁽⁷⁸⁾ La nuova tutela collettiva è definita «de-consumerizzata» da A. CARRATA, *I nuovi procedimenti collettivi: considerazioni a prima lettura*, in *Giur it.*, 2019, 10, 2297 ss. Per una trattazione approfondita della normativa si rinvia ai volumi *Class action e azione collettiva inibitoria: la nuova disciplina. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di U. RUFFOLO, Milano, 2021 e *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, a cura di B. SASSANI, 2^a ed., Pisa, 2024.

5. (Segue): le sanzioni per l'inottemperanza nel d.lgs. n. 149 del 2022.

A pochi mesi dall'entrata in vigore della normativa sulla *class action*, il legislatore italiano si è occupato nuovamente di esibizione. La legge delega 26 novembre 2021, n. 206, ha previsto, infatti, una modifica dell'art. 210 c.p.c. volta a introdurre «conseguenze processuali e sanzioni pecuniarie» in caso di inosservanza dell'ordine esibitorio ⁽⁷⁹⁾. Com'è noto, l'intervento è stato collocato nella più ampia riforma del processo civile, stimolata dalla necessità di rilancio della giustizia dopo l'esperienza della pandemia e attuata attraverso il d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 ⁽⁸⁰⁾.

La modifica dell'art. 210 c.p.c. ha realizzato, almeno in parte, un adeguamento che la dottrina nazionale invocava da decenni ⁽⁸¹⁾. Il nuovo apparato sanzionatorio, sebbene non connotato da una particolare incisività, è destinato a colpire le condotte in contrasto con l'ordine del giudice che non appaiano conformi al dovere di leale collaborazione all'attività processuale ⁽⁸²⁾. Si pone

⁽⁷⁹⁾ Il riferimento va all'art. 1, comma 21, lett. b, l. n. 206 del 2021. Una sanzione speculare è stata introdotta nella disciplina dell'art. 118, comma 2, c.p.c. per il rifiuto ingiustificato a consentire all'ispezione.

⁽⁸⁰⁾ Per un commento: P. BIAVATI, *L'architettura della riforma del processo civile*, Bologna, 2021.

⁽⁸¹⁾ In questo senso, diffusamente: A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria*, cit., 195 ss. e L.P. COMOGLIO, *Le prove civili*, cit., 785. Si segnala l'autorevole opinione contraria di M. TARUFFO, *Il diritto alla prova nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, 1, 95. In giurisprudenza, *ex multis*: Cass., 6 dicembre 1983, n. 7289, in *Foro it. Rep.*, 1983, «voce Esibizione delle prove», n. 1; Cass., 10 dicembre 2003, n. 18833, in *Giust. civ. Mass.*, 2003, 12. La dottrina minoritaria auspicava che in via interpretativa la giurisprudenza adottasse la sanzione della *ficta confessio* di cui all'art. 232 c.p.c., cfr. A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria*, cit., 273; L. DITTRICH, *L'esibizione delle prove*, cit., 1856.

⁽⁸²⁾ Sul tema: M. GRADI, *Doveri delle parti e dei terzi (artt. 96, 118, 121, 210, 213 c.p.c.)*, in AA.VV., *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di R. TISCINI - M. FARINA, Pisa, 2023, 29 ss.; M. RUSSO, *L'istruzione probatoria*, in AA.VV., *Il processo civile riformato*, a cura di A. RONCO, Bologna, 2023, 137 ss.; D. BUONCRISTIANI, *Il processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, in AA.VV., *Il processo civile dopo la riforma: d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, Bologna, 2023, 31 ss.; A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile. D.lgs. 20 ottobre 2022, n. 149, in attuazione della L. 26 novembre 2021, n. 206*, Torino, 2023, 62 ss. Per un approccio fortemente critico: G. SCARSELLI, *Mala tempora*, 61

fine, così, alla scelta di non prevedere conseguenze esplicite all'inadempimento dell'ordine, che la dottrina italiana aveva efficacemente bollato come conseguenza di un «malinteso e posticcio ossequio al principio del *nemo tenetur edere contra se*»⁽⁸³⁾.

Nello specifico, l'inadempimento al comando giudiziale posto in essere dalla parte e non sorretto da giustificato motivo è punito con un «la condanna a una pena pecuniaria da euro 500 a euro 3.000», mentre per il soggetto terzo, estraneo al processo, la cornice edittale va «da euro 250 a euro 1.500»⁽⁸⁴⁾. È evidente come l'importo limitato della sanzione ne mini l'efficacia dissuasiva ogni volta che il vantaggio derivante dall'inadempimento risulti ben maggiore del danno inflitto con la sanzione⁽⁸⁵⁾. Sarebbe stato più opportuno, per salvaguardare l'effettività dell'istituto, immaginare un sistema a scaglioni che permettesse al giudice di parametrare la sanzione al valore della lite.

L'*addendum* all'art. 210 c.p.c. non specifica se la sanzione erogata debba essere versata alla controparte, sul modello dell'art. 96, comma 3, c.p.c., o alla Cassa delle ammende⁽⁸⁶⁾. L'incertezza non è di poco conto. In primo luogo, è possibile qualificare la condotta dell'inadempiente sia come un danno all'amministrazione della giustizia, sia come un danno riferibile direttamente alla parte istante, che subisce una lesione del proprio diritto alla prova. Inoltre, il testo dell'art. 210, commi 4 e 5, c.p.c., che parla di «pena pecuniaria» non è sufficiente a chiarire la natura pubbli-

ss., secondo cui l'impianto sanzionatorio associato all'art. 210 c.p.c. «non merita commento».

⁽⁸³⁾ Cfr. L'intervento del Prof. Graziosi pubblicato in AA. VV., *Le prove nel processo civile. Atti del XXV convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, Cagliari, 7-8 ottobre 2005, Milano, 2007, 364.

⁽⁸⁴⁾ A. CARRATA, *Le riforme*, cit., 63 fa notare che manca nella disciplina un riferimento espresso alla possibilità per il terzo di opporre un giustificato motivo. L'a. ritiene che debba darsi un'interpretazione estensiva della norma, attribuendo al giudice il potere di valutare l'idoneità delle motivazioni addotte anche dal terzo inadempiente.

⁽⁸⁵⁾ M. GRADI, *Doveri delle parti*, cit., 42. Per considerazioni analoghe in tema di giudizio *antitrust*: COMOGLIO, *Note a una prima lettura*, cit., 1002.

⁽⁸⁶⁾ Ritiene che la multa debba essere versata all'Erario: M. GRADI, *Doveri delle parti*, cit., 41. Per l'opinione contraria: M. RUSSO, *L'istruzione probatoria*, 145.

ca o privata della sanzione. Un suggerimento interpretativo può trarsi dal testo della legge delega: la formulazione della l. n. 206 del 2021 denota una certa sensibilità del legislatore delegante, il quale *expressis verbis* aveva previsto l'introduzione nell'art. 96 c.p.c. di «specifiche sanzioni a favore della cassa delle ammende»⁽⁸⁷⁾. Nella norma sull'esibizione, questo stesso riferimento non era stato riprodotto e ciò sembrerebbe collocare la sanzione di cui all'art. 210 c.p.c. nell'alveo delle condanne a carattere, *latu sensu*, risarcitorio e quindi privato. Tuttavia, la sanzione erogata non è in alcun modo parametrata al danno patito dal soggetto che subisce la lesione del diritto alla prova ed è limitata, inoltre, entro i confini della cornice edittale appena discussa. Rimane un'evidente incertezza; tuttavia, assumere la natura pubblica della sanzione parrebbe l'interpretazione sistematica più coerente. È auspicabile, quindi, che la giurisprudenza superi l'*impasse* individuando nell'Erario, in via di prassi, il destinatario dell'importo sanzionatorio⁽⁸⁸⁾.

Un'ulteriore incertezza riguarda l'opposizione del terzo alla sanzione irrogata, tema su cui la norma non prevede nulla. La lacuna non può essere colmata con la disposizione di cui all'art. 211 c.p.c. che disciplina l'opposizione del terzo all'istanza. Questa opposizione si colloca, infatti, in una fase antecedente alla pronuncia del comando a esibire. Tra le soluzioni prospettate quella più plausibile sembra il ricorso in opposizione a sanzione amministrativa, ai sensi della l. 24 novembre 1981, n. 689⁽⁸⁹⁾.

Riguardo alla sanzione processuale, l'*addendum* all'art. 210 c.p.c. riproduce la soluzione già adottata dall'ordinamento e afferma il potere del giudice di trarre argomenti di prova dalla con-

⁽⁸⁷⁾ Cfr. art. 1, comma 21, lett. a), l. n. 206 del 2021,

⁽⁸⁸⁾ Per un primissimo caso di applicazione: cfr. Trib. Milano, 12 dicembre 2023, n. 3799 in *Bdp.giustizia.it*, dove il giudice applica alla parte soccombente una «pena pecuniaria pari a euro 1.500,00 dovendosi ritenere la mancata produzione documentale priva di giustificato motivo».

⁽⁸⁹⁾ M. GRADI, *Doveri delle parti*, cit., 57 e RUSSO, *L'istruzione probatoria*, cit., 144. L'affermata applicabilità della l. n. 689 del 1981 è peraltro coerente con la collocazione della sanzione tra quelle connotate da una natura pubblicistica.

dotta delle parti, secondo il disposto dell'art. 116, comma 2, c.p.c. Si tratta di un'occasione parzialmente mancata⁽⁹⁰⁾: non solo questa scelta allontana la disciplina italiana dell'esibizione dal modello europeo, ormai fatto proprio anche dal nostro ordinamento in altri settori⁽⁹¹⁾. Ancora più marcata è la distanza con il nuovo processo speciale in materia di stato delle persone, dei minorenni e delle famiglie. Nel nuovo rito è imposto alle parti l'obbligo, ai sensi dell'art. 473-bis.18 c.p.c., di rendere informazioni ed effettuare produzioni documentale esatte e complete in relazione alle proprie condizioni economiche. Contemporaneamente al giudice è attribuito il potere d'ufficio di ordinare l'integrazione della documentazione depositata dalle parti e di disporre ordini di esibizione e finanche indagini patrimoniali per mezzo della polizia tributaria⁽⁹²⁾. È stato sottolineato che le norme appena citate hanno una natura distinta dall'istituto dell'esibizione, trattandosi dichiaratamente di strumenti di indagine posti nella disponibilità dell'organo decidente⁽⁹³⁾. Si può tuttavia osservare come l'apparato sanzionatorio connesso al nuovo dovere delle parti *ex art. 473-bis.18 c.p.c.* risulti molto più efficace, se comparato a quello predisposto per l'inadempimento all'ordine ad esibire, poiché annovera congiuntamente vari strumenti. Oltre che la possibilità di considerare la mancata esibizione come argomento di prova ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.c., la norma richiama gli artt. 92, comma 1, e 96 c.p.c. Nel procedimento familiare, dunque, si prospetta alla parte inadempiente l'applicazione della condanna alle spese o l'imputazione di un'ipotesi di responsabilità aggravata.

Nel complesso, il recente intervento sull'art. 210 c.p.c. stigmatizza la scelta di non adempiere all'ordine del giudice. Non

⁽⁹⁰⁾ Si segnala l'opinione di M. GRADI, *Doveri delle parti*, cit., 45 che legge l'argomento di prova come una «finzione di verità» posta a salvaguardia del diritto della parte a conoscere la verità e contro cui è ammessa prova contraria.

⁽⁹¹⁾ D. BUONCRISTIANI, *La leale collaborazione*, cit., 34.

⁽⁹²⁾ Art. 473-bis.2, comma 2, c.p.c.

⁽⁹³⁾ Per un approfondimento: C. RIMINI, *Il dovere delle parti di rendere informazioni sulle proprie condizioni economiche: il modello ambrosiano*, in *Fam. e dir.*, 2023, 11,1006.

pone, tuttavia, veri limiti alla condotta abusiva di chi, specialmente dinnanzi a cause di valore elevato, intenda limitare il diritto alla prova di una delle parti.

6. Proposte dall'Ue sull'esibizione speciale per: a) i danni da intelligenza artificiale e b) i danni da prodotti (anche *smart*) difettosi.

Il legislatore italiano dovrà tornare presto a occuparsi di esibizione per dare attuazione a nuovi obblighi euro-unitari. Come anticipato, infatti, nel 2022 la Commissione europea ha avanzato due ulteriori proposte di direttive che prevedono nuovi casi di armonizzazione verticale delle regole sull'esibizione istruttoria. Per la prima, in materia di responsabilità per danni prodotti dall'impiego di sistemi di intelligenza artificiale, l'*iter* legislativo europeo è ancora in corso al momento in cui si scrive. La seconda, invece, è stata recentemente pubblicata in Gazzetta ufficiale e adegua agli avanzamenti tecnologici della società la materia della responsabilità per danni da prodotto difettoso.

a) La proposta di direttiva in tema di responsabilità da intelligenza artificiale ⁽⁹⁴⁾ si applica «alle azioni civili di responsabilità extracontrattuale per colpa volte a ottenere il risarcimento del danno causato da un sistema di intelligenza artificiale». La proposta introduce regole speciali e armonizzate in tutta Europa sulla ripartizione degli oneri probatori (art. 4) e l'esibizione (art. 3) per le suddette controversie, indipendentemente dalla natura interna o transfrontaliera delle stesse ⁽⁹⁵⁾. L'applicazione delle norme in tema

⁽⁹⁴⁾ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'adeguamento delle norme in materia di responsabilità civile extracontrattuale all'intelligenza artificiale (direttiva sulla responsabilità da intelligenza artificiale), Bruxelles, 28.9.2022, COM(2022) 496 final. Nel settembre 2024 il Servizio Ricerca del Parlamento Europeo ha pubblicato un "*complementary impact assessment*" sulla proposta, cfr. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762861/EPRS_STU\(2024\)762861_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2024/762861/EPRS_STU(2024)762861_EN.pdf). Lo studio suggerisce che la proposta dovrebbe essere estesa nel suo scopo per includere i sistemi di IA generativa e i software. Nelle more di ulteriori sviluppi legislativi, questo articolo si concentra sul testo originario della proposta.

⁽⁹⁵⁾ Per alcune riflessioni preliminari sul regime dell'onere della prova nella propo-

di *disclosure* è limitata ai soli casi in cui i sistemi di intelligenza artificiale che hanno cagionato il danno siano categorizzati come «ad alto rischio», secondo la classificazione proposta dal reg. UE 14 giugno 2024, n. 1689 sull'intelligenza artificiale ⁽⁹⁶⁾. Si tratta di sistemi che possono avere un effetto dannoso sulla sicurezza degli individui o violare i loro diritti tutelati dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE ⁽⁹⁷⁾. Questi, per citarne solo alcuni, includono sistemi che sono impiegati per la gestione di infrastrutture critiche, come i trasporti e altri servizi essenziali; sono utilizzati per il reclutamento e la gestione dei lavoratori, sono impiegati per la gestione dell'immigrazione e il controllo delle frontiere, e, ancora, sono applicati per l'amministrazione della giustizia. L'obiettivo prefissatosi dal legislatore di Bruxelles è, dunque, ampio: si intende assicurare che le regole procedurali nazionali offrano un'esibizione istruttoria efficiente e armonizzata in una pluralità di settori di contenzioso, incluse le cause dinnanzi al giudice civile contro autorità pubbliche o aziende private che utilizzano sistemi di intelligenza artificiale in contesti di elevata importanza sociale ⁽⁹⁸⁾.

L'iniziativa per l'esibizione, disciplinata dall'art. 3 della proposta, è riservata esclusivamente al danneggiato, agli eredi della vittima o ad altri soggetti subentrati nei diritti del primo ⁽⁹⁹⁾.

sta: M. STELLA, *Profili processuali degli illeciti via internet. II. Onere della prova e azioni*, Milano, 2023, 112 ss.

⁽⁹⁶⁾ Pubblicato in *Gazz. uff. Un. eur.*, 12 luglio 2024, L. 1/144.

⁽⁹⁷⁾ L'elenco dei sistemi ad alto rischio, che verrà progressivamente aggiornato a cura della Commissione europea, è contenuto nell'allegato n. III al regolamento sull'intelligenza artificiale.

⁽⁹⁸⁾ Il rapporto tra il regolamento sull'intelligenza artificiale e la direttiva sulla responsabilità non contrattuale da algoritmo può essere così sintetizzato: mentre attraverso il regolamento l'Ue introduce una serie di salvaguardie per evitare che l'impiego su vasta scala delle tecnologie di intelligenza artificiale nella società europea possa generare danni ai cittadini, la direttiva intende fungere da rimedio residuale per fornire a eventuali soggetti danneggiati strumenti adeguati di tutela giurisdizionale. In argomento: T. RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, *The revision of the product liability directive: a key piece in the artificial intelligence liability puzzle*, in *ERA Forum: Journal of the Academy of European Law*, 2023, 247 ss.

⁽⁹⁹⁾ Il rinvio che l'art. 3 pone all'art. 2, comma 6, lett. c, permette di includere tra i soggetti istanti anche le entità qualificate che agiscono a tutela degli interessi collettivi dei consumatori nel quadro della citata dir. UE n. 1828 del 2020 o di un'azione collettiva di diritto nazionale.

Introducendo una novità di rilievo, la norma impone agli Stati membri di creare meccanismi procedurali che permettano anche a «potenziali attori» (così si esprime la disposizione nella versione attualmente disponibile) di avvalersi dell'ordine di esibizione. Resterà da vedere come gli ordinamenti europei attueranno questa disposizione ⁽¹⁰⁰⁾. A salvaguardia di abusi, il testo della proposta prevede che «l'attore potenziale deve presentare a sostegno di tale richiesta fatti e prove sufficienti a sostenere la plausibilità della domanda di risarcimento del danno» ⁽¹⁰¹⁾. Nella prospettiva italiana, sono evidenti le consonanze con la tutela cautelare, tanto che la stessa procedura di esibizione *ante causam* potrebbe essere ricondotta – se non si riterrà di creare un istituto *ad hoc* – allo schema del sequestro probatorio *ex art. 670, n. 2, c.p.c.* ⁽¹⁰²⁾.

Inoltre, la norma detta un nuovo limite di ammissibilità per l'esibizione istruttoria in corso di causa, prevedendo che l'istante debba fornire prova di aver «previamente compiuto ogni sforzo proporzionato per ottenere tali elementi di prova dal convenuto» ⁽¹⁰³⁾. Per quanto concerne i destinatari dell'ordine ad esibire, nella disciplina speciale questi sono esclusivamente soggetti predeterminati: oltre ai fornitori dei sistemi di intelligenza artificiale, l'ordine potrà essere diretto alle c.d. parti terze qualificate, cioè oggetti vincolati dal dovere di raccogliere informazioni e monitorare il funzionamento dei sistemi secondo la normativa europea ⁽¹⁰⁴⁾.

Nel suo svolgimento procedurale la *disclosure* delineata dalla proposta non presenta novità rispetto al modello europeo già

⁽¹⁰⁰⁾ In argomento, già a commento delle normative UE precedenti: E. VALLINES GARCÍA, *Harmonising Access to Information and Evidence*, cit., 153 ss.

⁽¹⁰¹⁾ Art. 3, comma 1, della proposta.

⁽¹⁰²⁾ Per considerazioni analoghe in materia *antitrust*: S. VINCRE, *La direttiva 2014/104/UE*, cit., 1153 ss.; propende invece per l'applicazione dei riti *ex artt. 700 e 669-bis c.p.c.* A. FABBI, *La "esibizione" istruttoria nel private enforcement*, cit., 191. Sui rapporti tra gli istituti, già R. BONATTI, *Il difficile compromesso tra sequestro di prove e ordine di esibizione: una proposta interpretativa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, 2, 679 ss.

⁽¹⁰³⁾ Art. 3, par 2 della proposta.

⁽¹⁰⁴⁾ La formulazione della norma sembra suggerire che, fuori dal novero di questi soggetti, si dovrà applicare l'esibizione ordinaria prevista dal diritto nazionale.

analizzato. Si prevede il contraddittorio preventivo con il potenziale destinatario dell'ordine, a cui segue la valutazione della proporzionalità del mezzo e, eventualmente, l'adozione di modalità attuative dell'ordine volte a massimizzare la tutela delle informazioni riservate. L'art. 3, comma 4, definisce la proporzionalità come la valutazione dell'interesse legittimo di tutte le parti coinvolte e include l'interesse pubblico tra quelli valutabili dall'organo giudiziario, qualora le informazioni siano «relative alla sicurezza pubblica o nazionale».

Infine, le nuove disposizioni in caso di inadempimento non prevedono sanzioni pecuniarie e si concentrano, con un notevole livello di dettaglio, su quelle processuali. L'art. 3, comma 5, della proposta stabilisce una presunzione di violazione del dovere di diligenza da parte del soggetto che rifiuti ingiustificatamente l'esibizione: il giudice potrà presumere che l'inadempiente abbia tenuto una condotta non conforme «a un pertinente obbligo di diligenza [...] che gli elementi di prova richiesti erano intesi a dimostrare ai fini della domanda di risarcimento del danno». Da una prima analisi, che potrà essere smentita dalle scelte compiute in fase di implementazione, la disposizione si presta a essere recepita nell'ordinamento italiano come una presunzione legale di colpa, che ammette prova contraria⁽¹⁰⁵⁾. Inoltre, l'art. 4, comma 1, lett. *a*, riconduce al diniego ingiustificato a esibire un'ulteriore conseguenza di natura endoprocessuale: una volta presunta la colpa del convenuto per mancato adempimento all'ordine *ex art. 3*, il giudice potrà arrivare a presumere il nesso causale tra la colpa del convenuto e il risultato prodotto dal sistema di intelligenza artificiale (o il mancato prodursi di un risultato) che ha cagionato il danno⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁵⁾ Di recente sulla distinzione con le presunzioni semplici: R. POLI, *Le presunzioni semplici, rilievi introduttivi*, in AA. VV., *Il ragionamento presuntivo: presupposti, struttura, sindacabilità*, a cura di S. PATTI - R. POLI, Torino, 2022, 8 ss. Cfr. M. TARUFFO, *Considerazioni sulle prove per induzione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2010, 4, 1167 s.

⁽¹⁰⁶⁾ Secondo l'art. 4, comma 1, della proposta, questo ulteriore ragionamento presuntivo potrà essere adottato quando, in base alle circostanze del caso concreto, è probabile che la condotta «consistente nella non conformità a un obbligo di diligenza previsto dal diritto dell'Unione o nazionale e direttamente inteso a proteggere dal danno verificatosi»

Per comprendere la casistica coperta dalla nuova *disclosure* occorre avanzare qualche pronostico sulla società europea del prossimo futuro. Si pensi, ad esempio, alle liti relative a danni cagionati da sistemi di intelligenza artificiale utilizzati in campo assicurativo o bancario che negano la sottoscrizione di una polizza o l'accesso al credito perché programmati secondo criteri discriminatori. Un altro esempio è quello delle controversie per danni alla persona provocati dai droni autonomi impiegati per le consegne postali o la nettezza pubblica.

b) Anche la revisione della direttiva sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi introduce disposizioni speciali in materia di esibizione⁽¹⁰⁷⁾. La direttiva è stata adottata per aggiornare alle esigenze dell'economia digitale il regime di riparto della responsabilità stabilito dalla normativa consumeristica nel 1985 ed estende la nozione di prodotto a prodotti c.d. intelligenti e agli aggiornamenti *software*. Queste modifiche adeguano la disciplina al nuovo mercato dei consumi, che include — per citare alcuni esempi — *robot* intelligenti per le pulizie o per la cura del giardino e applicazioni per *smartphone* per il monitoraggio delle condizioni di salute. Gli Stati Membri dovranno completare il processo di implementazione entro il dicembre 2026.

La direttiva introduce all'art. 9, rubricato «Divulgazione degli elementi di prova», una disciplina speciale dell'esibizione istruttoria del tutto inedita rispetto alla previgente normativa di settore, che non conteneva alcun riferimento all'istituto. I considerando da n. 42 a n. 47 chiariscono che l'esibizione ha lo scopo,

abbia influenzato l'*output* del sistema e allorquando l'attore abbia dimostrato che tale *output* ha cagionato il danno.)

⁽¹⁰⁷⁾ Direttiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 23 ottobre 2024 sulla responsabilità per danno da prodotti difettosi, che abroga la direttiva 85/374/CEE del Consiglio, in *Gazz. uff. Un. eur.*, 18 novembre 2024, L. 1/22. Per un primo commento alla normativa, già in fase di proposta: G. VELDT, *The New Product Liability Proposal – Fit for the Digital Age or in Need of Shaping Up?*, in *Journal of European Consumer and Market Law*, 2023, 1, 24 ss. B.A. KOCH et al, *Response of the European Law Institute to the Public Consultation on Civil Liability – Adapting Liability Rules to the Digital Age and Artificial Intelligence*, in *Journal of European Tort Law*, 2022, 4, 25-63.

da un lato, di consentire al consumatore danneggiato di superare le asimmetrie informative ed è volto a offrire «la possibilità di ottenere e comprendere le informazioni sulle modalità di fabbricazione e funzionamento dei prodotti»; dall'altro lato, anche i soggetti convenuti nell'ambito di azioni di risarcimento del danno per prodotto difettoso potranno avvalersi della *disclosure* su ordine del giudice per svolgere le proprie difese. L'ambito di applicazione dell'esibizione speciale per responsabilità da prodotto difettoso è quindi, in definitiva, molto ampio.

L'art. 9 affida al giudice il vaglio di proporzionalità della misura, attribuendo al tribunale il potere di adottare tutte le iniziative appropriate per preservare le informazioni confidenziali. È innovativo l'approccio dell'art. 9, comma 6°, che attribuisce alla corte il potere di esigere che le informazioni siano presentate in maniera tale da essere facilmente accessibili e comprensibili per la parte che dovrà avvalersene. Infine, l'inadempimento all'ordine è sanzionato a livello endoprocessuale: l'art. 10 introduce delle presunzioni di difetto del prodotto al ricorrere di alcune circostanze specifiche, incluso il rifiuto ingiustificato di adempiere all'ordine del giudice di esibire determinati mezzi di prova.

7. Il modello europeo di esibizione: quali evoluzioni del paradigma interno?

Alla luce delle iniziative dell'UE, già attuate e future, può essere utile identificare alcuni aspetti del modello europeo di esibizione che si pongono in contrasto con la normativa italiana e la prassi giurisprudenziale interna.

Il primo di questi aspetti riguarda l'opportunità di procedere ad acquisire prove tramite esibizione. La giurisprudenza italiana, sul punto, ha progressivamente elaborato il concetto della c.d. necessità dell'esibizione⁽¹⁰⁸⁾. Secondo la lettura più restritti-

⁽¹⁰⁸⁾ In giurisprudenza, *ex multis*: Cass., 25 ottobre 2013, n. 241888, in *Foro it. Rep.*, 2013, c. 174; Cass., 7 luglio 2011, n. 14986 in *Dir. prat. lav.*, 2013, 735; Cass., 6 ottobre 2005, n. 19475 in *Foro it.*, 2006, I, 102. Definisce questa lettura un «malinteso interpretativo»: D. VOLPINO, *Dell'esibizione delle prove*, in M. TARUFFO, *Istruzione probatoria*.

va, l'emanazione dell'ordine di esibizione è condizionata all'indispensabilità della prova oggetto dell'ordine giudiziale, intesa come impossibilità di provare *aliunde* i fatti dedotti ⁽¹⁰⁹⁾. Solo di fronte ad una prova indispensabile a vincere la causa e non altrimenti ottenibile si può ricorrere all'ordine del giudice. A tale interpretazione, che limita al massimo grado la portata applicativa dell'istituto, si contrappone l'approccio più moderno che fa leva sul concetto di rilevanza della prova ⁽¹¹⁰⁾. È ammissibile ricorrere all'esibizione della prova per ordine del giudice, quando la stessa risulta rilevante per la causa e non è possibile per la parte ottenere quella prova con altre modalità. Il modello europeo va in questa direzione: la prova non deve essere indispensabile ma utile al processo affinché possa esserne disposta l'esibizione ⁽¹¹¹⁾. Inoltre, il regolatore europeo affida al canone della proporzionalità la valutazione dell'ammissibilità del mezzo. Per essere proporzionale la richiesta di esibizione dovrà essere lo strumento più idoneo per garantire il diritto alla prova dell'istante, date le circostanze del caso concreto, la verosimiglianza del diritto vantato e gli interessi di tutti i soggetti coinvolti ⁽¹¹²⁾.

Un ulteriore aspetto rilevante per la presente analisi riguarda l'indicazione specifica del documento o altra cosa di cui si vuole ottenere l'esibizione. Il requisito della specificità, elaborato a partire dall'art. 94 disp. att. c.p.c., fa sì che l'istanza esibitoria nel giudizio civile italiano debba essere formulata dalla parte che, in estrema sintesi, ha un buon livello di conoscenza del documento

Libro secondo: processo di cognizione, art. 191-266, in AA.VV., Commentario del Codice di Procedura civile, a cura di S. CHIARLONI, Bologna, 2014, 197.

⁽¹⁰⁹⁾ Parte della dottrina invece equipara la necessità *ex art. 210 c.p.c.* al requisito dell'indispensabilità di cui all'art. 118 c.p.c. B. CAVALLONE, *Esibizione delle prove*, cit., 672-673.

⁽¹¹⁰⁾ A. GRAZIOSI, *L'esibizione istruttoria*, cit., 162; M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit., 649 ss., che dettaglia ulteriormente il concetto di rilevanza della *res exhibenda*.

⁽¹¹¹⁾ Si rinvia *infra* al par. che segue.

⁽¹¹²⁾ Sulla proporzionalità nella normativa Ue dell'esibizione: E. VALLINES GARCÍA, *Harmonising Access to Information and Evidence*, cit., 132.

o della cosa ⁽¹¹³⁾. Questo limite è utilizzato dalla giurisprudenza per filtrare richieste meramente esplorative ⁽¹¹⁴⁾. In certi settori di contenzioso, come quello tra banche e correntisti, parte della dottrina ha osservato che la rigorosa applicazione del limite della specificità dimostra di essere scarsamente compatibile con la tutela della parte debole che si trova in una situazione di asimmetria informativa ⁽¹¹⁵⁾. Nelle disposizioni euro-unitarie in materia di esibizione la specificità dell'istanza di parte è pacificamente attenuata ⁽¹¹⁶⁾: si affida al giudice, nell'esercizio di più ampi poteri discrezionali, il compito di individuare con puntualità i contenuti dell'ordine di esibizione. Questa impostazione persegue l'obiettivo, proprio delle fonti europee, di introdurre nel processo uno strumento efficace per superare rilevanti asimmetrie informative, attuato sotto il controllo di proporzionalità dell'organo giudicante ⁽¹¹⁷⁾.

⁽¹¹³⁾ P. COMOGGIO, *Le prove civili*, cit., 772 e D. VOLPINO, *L'acquisizione dei documenti*, cit., 830 ss.

⁽¹¹⁴⁾ *Ex multis* sul tema dell'esploratività: Cass., 8 settembre 1999, n. 9514, in *Foro it. Rep.*, 1999, voce «Esibizione delle prove», n. 3; Cass., 2 settembre 2003, n. 12789, in *Foro it. Rep.*, 2003, voce «Esibizione delle prove», n. 14.

⁽¹¹⁵⁾ Una copiosa giurisprudenza rileva un difetto di specificità nelle istanze *ex art.* 210 c.p.c. formulate dai correntisti nel contenzioso con gli istituti di credito per l'ottenimento della documentazione bancaria, ove mancanti di riferimenti temporali o di quantificazioni di dettaglio. In queste ipotesi, applicando con estremo rigore le norme processuali ordinarie, l'effetto è quello di disapplicare le regole speciali espressamente poste a tutela della parte debole della procedura di cui all'art. 119 del d.lgs 1° settembre 1993, n. 385. Sul tema Cass., 13 settembre 2021, n. 24641, in *Contratti*, 2022, 1, 39 ss., con nota di D. MONTI, *La prova è un onere... anche per il correntista!*; Cass. (ord.), 13 dicembre 2019, n. 33009, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1, 265 ss., con nota di A.M. FELICETTI, «Vicinanza alla prova» e contratto di conto corrente: la Cassazione sul riparto (ancora incerto) degli oneri probatori. In argomento anche: F. FERRARI, *La pesca di frodo*, cit., 33 e *funditus*: A.D. DE SANTIS, *Oneri di allegazione e oneri probatori nel contenzioso bancario, con particolare riferimento alle azioni di nullità e di ripetizione per indebito*, in *Banca*, 2017, 6, 74 ss.

⁽¹¹⁶⁾ V. *infra* l'analisi delle norme di derivazione euro-unitaria sull'esibizione in campo industrialistico.

⁽¹¹⁷⁾ Il riferimento va ancora a Corte Giust. UE, 10 novembre 2022, causa C-163/21, *AD and Others v PACCAR Inc et al.* La Corte ha qui affermato che l'ordine di esibizione nelle azioni *antitrust* può riguardare anche documentazione che il destinatario deve confezionare *ex novo*, purché tale richiesta passi il vaglio di proporzionalità della misura secondo l'organo giudicante. La pronuncia è il manifesto dell'approccio pragmatico ed

Venendo al tema delle sanzioni per l'inadempimento dell'ordine giudiziale, è significativo che proprio nell'ambito di un'ampia riforma presentata dall'Italia alla Commissione europea con il Piano nazionale di ripresa e resilienza, il legislatore italiano abbia deciso di affrontare la questione dell'effettività dell'istituto dell'esibizione istruttoria. Con il descritto intervento in tema di sanzioni l'esibizione di diritto comune in Italia ha compiuto un passo di avvicinamento verso il modello proposto da Bruxelles. È stato adottato, tuttavia, un approccio timido che potrebbe non permettere all'ordinamento italiano di raggiungere il livello di effettività dell'istituto che le sanzioni previste dal modello europeo mirano a ottenere. L'implementazione in Italia delle proposte del 2022 richiederà sotto questo profilo un certo grado di elaborazione, soprattutto in merito al collegamento tra il rifiuto a esibire e il potere del giudice di ritenere provati specifici fatti.

Un ulteriore dato merita di essere valorizzato prima di concludere. Negli anni la giurisprudenza italiana ha sfruttato la sinteticità delle norme sull'esibizione per plasmare il volto dell'istituto. Varie pronunce affermano la natura «residuale» del mezzo *ex art. 210 c.p.c.* nel diritto delle prove ⁽¹¹⁸⁾. La normativa pone certamente dei limiti, come avviene per gli altri mezzi di prova, ma non offre dati a supporto dell'interpretazione secondo cui l'esibizione per ordine del giudice debba essere applicata come *extrema ratio* nell'istruttoria civile. Molto distante da questa impostazione è anche la concezione dell'esibizione offerta dalle norme europee, come dimostra la casistica piuttosto ricca di discipline speciali. La marginalizzazione dell'istituto non può neppure dirsi compatibile con le buone prassi del diritto processuale individuate dalla dottrina sovranazionale. Nel contesto delle regole modello per il processo civile europeo dell'*European Law Institute* e Unidroit, ad esempio, all'esibizione per ordine del giudice è affidato un

efficiente alla gestione degli ordini di esibizione e sancisce il ruolo centrale del giudice per evitare disfunzioni dell'istituto.

⁽¹¹⁸⁾ Cass. (ord.), 3 novembre 2021, n. 31251 in *Onelegale.it*; Cass., 8 ottobre 2021, n. 27412 in *Dejure.it*.

ruolo di primo piano ⁽¹¹⁹⁾. Le regole modello, infatti, elaborano un «*European way to discovery*» ⁽¹²⁰⁾ e valorizzano l'esibizione come nuovo istituto cardine dell'istruttoria civile.

8. Riflessioni conclusive.

La presente analisi si presta a una conclusione aperta. Solo nei prossimi anni, infatti, potranno apprezzarsi a pieno i risultati applicativi della riforma dell'art. 210 c.p.c., della normativa speciale nell'azione di classe e dei prossimi interventi attuati su impulso europeo. Ad oggi, l'accesso alla prova attraverso l'esibizione per ordine del giudice, basata sul cardine della proporzionalità e dell'efficacia, sta progressivamente diventando parte di uno *standard* minimo a cui l'Europa ambisce per il diritto processuale di ciascun Stato membro ⁽¹²¹⁾. È dunque auspicabile, da parte della giurisprudenza italiana, l'abbandono di limiti ingiustificatamente stringenti nell'accesso all'istituto dell'esibizione, come quello dell'indispensabilità della fonte di prova che si intende acquisire tramite l'ordine del giudice. Inoltre, nulla osta affinché le corti, pur nel rispetto dei requisiti di specificità dell'istanza stabiliti dall'art. 94 disp. att. c.p.c., collaborino con le parti istanti all'identificazione dell'oggetto dell'ordine ad esibire ⁽¹²²⁾

⁽¹¹⁹⁾ Per ragioni di sinteticità non è possibile approfondire il tema in questa sede. Si rinvia al testo *Eli-Unidroit model european rules of civil procedure. From transnational principles to european rules of civil procedure*, Oxford, 2021, anche disponibile su europeanlawinstitute.eu. Sulla disciplina dettagliata dell'*access to evidence order* di cui alle *rules* da 100 a 110, *funditus*: M. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure: Access to Information and Evidence*, in AA. VV., *The Future of the European Law of Civil Procedure*, cit., 205 ss.; F. GASCÓN INCHAUSTI - M. STÜRNER, *Access to Information and Evidence in the ELI/Unidroit European Rules on Civil Procedure: Some Fundamental Aspects*, in *Uniform Law Review*, 2019, 14 ss. e spec. 29 ss. V. anche i rilievi sulle assonanze tra la recente riforma del processo civile italiano e gli esperimenti teorici di armonizzazione adottati da ELI-UNIDROIT svolti da R. CAPONI, *Le regole modello europee Eli-Unidroit sullo sfondo della riforma italiana del processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 4, 717 ss.

⁽¹²⁰⁾ M. STÜRNER, *The ELI/UNIDROIT European Rules of Civil Procedure: Access to Information and Evidence*, cit., 214.

⁽¹²¹⁾ In senso più ampio: M. GRADI, *L'obbligo di verità delle parti*, cit. 286.

⁽¹²²⁾ Per l'elaborazione del concetto di specificità attenuata, cfr. M. GRADI, *L'obbligo*

e dispongano modalità creative di implementazione dell'ordine, adatte alle esigenze del caso concreto. Infine, il nuovo impianto sanzionatorio, che presidia l'effettività dello strumento, rischia di rimanere lettera morta: vedremo se la giurisprudenza ne farà un uso puntuale, così da supportare il rilancio dell'esibizione istruttoria voluto dalla recente riforma.

Alla luce della complessità del quadro attuale, l'attenzione della dottrina potrà essere rivolta, in particolare, al profilo della frammentazione della normativa processuale in materia di esibizione. Gli interpreti potranno continuare gli sforzi esegetici già in atto, offrendo il loro contributo al coordinamento tra i principi fondamentali del diritto processuale civile e l'evoluzione degli istituti, come quello dell'esibizione, che appaiono destinati a dar forma al processo civile del futuro.

ABSTRACT: Il contributo intende mettere in luce lo stato di avanzamento del processo di armonizzazione della disciplina italiana dell'esibizione per ordine del giudice al modello di *discovery* giudiziale proposto dal diritto dell'UE. L'analisi prende le mosse dall'armonizzazione verticale messa in atto dall'UE in tre ambiti specifici: il diritto industriale, la normativa *antitrust* e il diritto dei consumatori. Offre poi una disamina dei recenti sviluppi interni all'ordinamento italiano, con un *focus* sull'esibizione nell'ambito delle azioni di classe e sulle nuove sanzioni previste per l'inottemperanza all'ordine giudiziale di cui all'art. 210 c.p.c. Il contributo anticipa, inoltre, le prossime tappe del processo di armonizzazione, presentando le ultime proposte legislative dell'UE riguardanti l'introduzione di un'esibizione speciale per le azioni in tema di danni derivanti dall'intelligenza artificiale e da prodotto difettoso. Infine, il contributo offre una riflessione sulle caratteristiche portanti del modello europeo di esibizione e sulle connesse ripercussioni sul paradigma giuridico interno.

ABSTRACT: *This paper aims to highlight the progress of the harmonization process on access to evidence orders in Italian civil procedural law toward the model proposed by EU law. The analysis begins by assessing the vertical harmonization approach as adopted in three specific areas: industrial law, antitrust law, and consumer law. The paper then examines recent domestic developments in Italy, focusing on disclosure in class actions and the new sanctions for non-compliance with judicial orders under Article 210 of the Italian Code of Civil Procedure. Furthermore, the paper introduces the next steps in the harmonization process by presenting the EU legislative*

di verità delle parti, cit. 365.

proposals on the introduction of special disclosure for actions related to damage arising from artificial intelligence and defective products. Finally, the paper reflects on the main features of the European disclosure model and its implications for the domestic legal paradigm.

La tutela eurounitaria del consumatore e il ruolo della *res iudicata* nel procedimento monitorio: la ricerca di una coerenza sistematica, tra autonomia ed effettività

di SERGIO PUGLIESE

SOMMARIO: 1. Lo spazio riservato all'autonomia procedurale nazionale dalla preminenza del diritto UE. — 2. Gli antecedenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE. — 3. Il ruolo del giudice nella fase monitoria. — 4. L'(in)evitabile impatto sul giudicato. — 5. L'adeguamento della procedura nel quadro normativo nazionale: le "direttive" nomofilattiche della Suprema Corte e i rispettivi profili di criticità. — 6. Una proposta ricostruttiva.

1. Lo spazio riservato all'autonomia procedurale nazionale dalla preminenza del diritto UE.

Se dovessimo fornire un immediato inquadramento definitivo alla nozione di autonomia procedurale, potremmo utilmente mutuarla, tra le tante, una dirimente statuizione proveniente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, dalla quale – laddove si afferma che «in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta» ⁽¹⁾ — sembra evincersi una chiara prospettiva di funzionalizzazione, del piano procedurale interno, alla realizzazione dell'effettività del diritto comunitario ⁽²⁾.

⁽¹⁾ Corte Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz*, punto 5.

⁽²⁾ D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009.

Ne deriva che, contrariamente a quanto, in astratto, potrebbe suggerire il riferimento al concetto di *autonomia* procedurale, quest'ultima — nella realtà applicativa — sembra ridursi alla mera «disciplina di forme e di termini» utili a garantire la tutela — ispirata ai principi di effettività ed equivalenza — del diritto sostanziale comunitario, il quale riafferma la propria *primauté* (intesa come «riconoscimento complementare»⁽³⁾ al principio dell'effetto diretto⁽⁴⁾ delle norme dell'Unione) rispetto al diritto nazionale. Appare necessario, dunque, interrogarsi sulla reale ampiezza ontologica riservata alla citata nozione (di autonomia procedurale).

Sul punto, il percorso evolutivo della giurisprudenza è stato caratterizzato da un parallelismo “imperfetto”, che — sul piano sovranazionale e interno — non ha trovato immediatamente approdi unitari e condivisi, mettendo in risalto, al contrario, un'iniziale ritrosia degli orientamenti giurisprudenziali nazionali verso il compiuto riconoscimento della preminenza del diritto UE nella sua principale “sintomatologia”, riscontrabile nella già richiamata efficacia diretta, che, non a caso, nelle pronunce della Corte di Lussemburgo, ha trovato un logico presupposto interpretativo nella considerazione che i Trattati abbiano inteso realizzare un «ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani», riconoscendo come soggetti dell'ordinamento «non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»⁽⁵⁾. Se, dunque, il primato del diritto eurouni-

(3) Si veda G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, 2ª ed., Napoli, 2020, 269.

(4) Per una compiuta definizione si veda sempre G. TESAURO, op. cit., 235. Qui si afferma come l'effetto diretto risieda «nell'idoneità della norma dell'Unione a creare diritti e obblighi direttamente e utilmente in capo ai singoli, persone fisiche e giuridiche, senza che lo Stato eserciti quella funzione di diaframma che consiste nel porre in essere una qualche procedura formale per riversare sui singoli gli obblighi o i diritti prefigurati da norme “esterne” al sistema giuridico nazionale». Appare utile, inoltre, operare una distinzione tra effetto diretto, inteso appunto come «idoneità della norma dell'Unione a creare in capo ai singoli diritti invocabili direttamente dinanzi al giudice nazionale» e applicabilità diretta, costituente, invece, una semplice «qualità dell'atto».

(5) Si veda sempre G. TESAURO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, cit., 237.

tario ha trovato compiuta affermazione, sia nei citati (e faticosi) itinerari giurisprudenziali ⁽⁶⁾, sia, in maniera più esplicita, nel riformato art. 117 Cost. ⁽⁷⁾, nonché nella *Dichiarazione relativa al primato* ⁽⁸⁾, e se, come si è accennato, l'effetto diretto, connotante *talune* fonti del diritto comunitario, sembra porsi come concreta manifestazione della preminenza del diritto UE su quello nazionale — risultando ciò evidente, nella “pratica” dimensione del diritto vivente, alla luce del meccanismo della “disapplicazione”, da parte del giudice *a quo*, della norma interna confliggente con «la disposizione dell'Unione Europea dotata di effetti diretti» ⁽⁹⁾ — è anche vero che non vi è sempre ontologica continenza tra i due concetti, sussistendo la preminenza del diritto sovranazionale anche in assenza di efficacia diretta dei suoi “prodotti” normativi. È in questo spazio di non sovrapposibilità dei due concetti — individuabile, appunto, nelle ipotesi in cui la norma comunitaria non abbia carattere «chiaro e incondizionato» e necessiti di «in-

In particolare, quel citato “parallelismo imperfetto” trova espressione in alcune celeberrime pronunce in materia di efficacia diretta e ricostruzione dei rapporti tra piani ordinamentali, tra cui si veda Corte Giust. CE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*; Corte Giust. CE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa/Enel*; Corte Cost., 7 marzo 1964, n. 14; Corte Cost., 27 dicembre 1973, n. 183; Corte Cost., 30 ottobre 1975, n. 232; Corte Giust. CE, 9 marzo 1976, C-106/77, *Simmenthal*; Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170; Corte Cost., 7 novembre 2017, n. 269; Corte Cost., 23 gennaio 2019, n. 20; Corte Cost., 20 febbraio 2019, n. 63.

⁽⁶⁾ Si veda nota n. 5.

⁽⁷⁾ Esso, difatti, prevede al primo comma che «la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali».

⁽⁸⁾ Ci si riferisce alle «Dichiarazioni allegate all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007», in particolare alla Dichiarazione n. 17, denominata appunto *Dichiarazione relativa al primato*, in Gazzetta ufficiale del 9 maggio 2008, n. 115. In particolare, in essa si ribadisce che «dalla giurisprudenza della Corte di giustizia si evince che la preminenza del diritto comunitario è un principio fondamentale del diritto comunitario stesso», precisando inoltre che «scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità».

⁽⁹⁾ Si veda nota n. 5.

terventi legislativi degli stati»⁽¹⁰⁾ — che si scorge in maniera più evidente la reale portata della nozione di *effetto utile* nell'interpretazione del diritto dell'Unione Europea, così come tratteggiata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia⁽¹¹⁾. Emerge chiaramente, difatti, come essa si sostanzia nell'esigenza di efficace operatività della normativa comunitaria, che non può risentire dell'inadempimento, da parte del singolo Stato membro, dell'obbligo di individuare «gli elementi mancanti ad una posizione soggettiva prefigurata, ma non compiutamente definita»⁽¹²⁾ dalla disciplina europea; assicurare la preminenza del diritto UE, in altri termini, comporta garantirne l'utile incidenza nel contesto ordinamentale nazionale, anche attraverso la tutela di un «diritto al diritto»⁽¹³⁾, che disvela l'attitudine della fonte normativa sovranazionale a riversare comunque i suoi effetti nella sfera giuridica soggettiva dell'individuo, fungendo, inoltre, da parametro di riferimento sul piano “esterno” — nel contesto tipico della procedura di infrazio-

⁽¹⁰⁾ In tal senso, *ex multis*, si veda Corte Giust. CE, 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos*.

⁽¹¹⁾ Per un riferimento “embrionale”, da parte della giurisprudenza, alla dottrina dell'effetto utile (relativa, in questo caso, all'estensione dell'effetto diretto a «categorie di atti» — quali anche le direttive — diversi dai Regolamenti) si menziona Corte Giust. CE, 4 dicembre 1974, C-41/74, *Van Duyn*. Qui, al punto 12, si precisa che «in particolare, nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, obbligato gli stati membri ad adottare un determinato comportamento, la portata dell'atto sarebbe ristretta se i singoli non potessero far valere in giudizio la sua efficacia e se i giudici nazionali non potessero prenderlo in considerazione come norma di diritto comunitario». Di imprescindibile importanza, inoltre, risulta essere la sentenza *Francovich* (Corte Giust. CE, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90), laddove, ai punti 33 e 34, statuisce che «sarebbe messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e sarebbe infirmata la tutela dei diritti da esse riconosciuti se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro», essendo la suddetta tutela risarcitoria – vantata nei confronti dello stesso Stato membro – indispensabile qualora «la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un'azione da parte dello Stato», giacché, in caso di inerzia di quest'ultimo, sarebbe impedita ai singoli la possibilità di «far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario».

⁽¹²⁾ In tal senso E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, in *Dir. un. eur.*, 2013, 3, 667 ss.

⁽¹³⁾ In tal senso, sempre E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit.

ne — nonché su quello del giudizio di legittimità costituzionale “interno” (14).

La «dottrina dell’effetto utile» (15) — rinveniente, dunque, un’assai più chiara legittimazione nella «stranezza sistematica» (16) del riconoscimento di apposita tutela (seppur solo risarcitoria) anche nell’ipotesi in cui un’effettiva posizione soggettiva non fosse mai «giuridicamente sorta» (17) — costituisce risultato di quell’approccio «funzionalista» (18) introduttivamente citato, il quale ultimo, qualificandosi per “l’assorbente” prospettiva di realizzazione degli obblighi comunitari, consente, *a fortiori*, di comprendere la connotazione strumentale (19) del diritto processuale nazionale rispetto all’utile estrinsecarsi dell’effetto diretto (20) della normativa comunitaria, giacché, nei casi in cui venga assicurato — a determinate posizioni giuridiche soggettive — incondizionato riconoscimento sul piano sostanziale (da parte dell’Unione), si rende necessaria una corrispondente tutela sul

(14) Tuttavia, per esigenze di completezza, appare necessario rammentare come la preminenza del diritto UE non risulti sempre e comunque incondizionata. A tal riguardo, per ragioni di sintesi, pare sufficiente richiamare Corte Giust. UE, 22 giugno 2021, C-439/19, punto 135. Qui, pur ribadendo che «in forza del principio del primato del diritto dell’Unione, non possono, infatti, essere ammesse norme di diritto nazionale, quand’anche di rango costituzionale, che pregiudicano l’unità e l’efficacia di tal diritto», si richiama esplicitamente la pronuncia *Winner-Wetten* (Corte Giust. UE, 8 settembre 2010, C-409/06), confermando dunque la possibilità che «considerazioni imperative di certezza del diritto siano tali da indurre, in via eccezionale, a sospendere provvisoriamente l’effetto preclusivo di una norma del diritto dell’Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale che è contrario a tale norma», con la precisazione che «le condizioni di tale sospensione possono essere determinate solo dalla Corte».

(15) Così definita in R. BIN, *Lezione 28 - L’estensione degli effetti diretti. Dagli effetti diretti alla “Francovich”*, in www.robertobin.it.

(16) In tal senso, sempre E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*, cit.

(17) In tal senso, sempre E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*, cit.

(18) In tal senso, M. GIAVAZZI, *L’effetto preclusivo del giudicato: la Corte di Giustizia chiarisce il proprio pensiero. L’autonomia procedurale non è dunque un paradiso perduto*, in *Dir. un. eur.*, 2015, 1, 240 ss.

(19) In tal senso C. PERARO, *L’autonomia degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, in AA.VV., *Annali AISDUE*, vol. II, Napoli, 2021, 545-561.

(20) In tal senso, sempre M. GIAVAZZI, *L’effetto preclusivo del giudicato*, cit., 237.

piano processuale nazionale — come tale affidata alla figura del «giudice decentrato» ⁽²¹⁾ — che sia funzionale alla risoluzione di problemi di «asimmetria» tra le due dimensioni (sostanziale e processuale).

Tale discrasia — così come testimoniato dal disposto dell'art. 5 TUE ⁽²²⁾ e da copiosa giurisprudenza ⁽²³⁾ — si pone come conseguenza dell'inquadramento della materia processuale tra le competenze proprie degli Stati membri ⁽²⁴⁾, giacché, l'assenza (o

⁽²¹⁾ In tal senso sempre C. PERARO, *L'autonomia degli Stati membri alla prova della Carta dei diritti fondamentali*, cit. I giudici nazionali, infatti, possono essere definiti anche come «giudici comuni del diritto dell'Unione europea», su cui grava il «compito di assicurare l'effettiva applicazione della legislazione dell'Unione e delle situazioni soggettive attribuite ai singoli che ne derivano». Deve, difatti, ritenersi sussistente un sistema di tutela diffuso, in cui i giudici interni operano, nei termini appena esposti, in «sinergia con le indicazioni rese dalla Corte di Giustizia». Tale ultima specificazione può rinvenirsi in A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Dir. un. eur.*, 2019, 3, 526 ss.

⁽²²⁾ Che, al par. 2, precisa che «qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri».

⁽²³⁾ Si pensi alla già menzionata pronuncia *Rewe-Zentralfinanz* (Corte Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, punto 5), in cui si specifica che «è ai giudici nazionali che è affidato il compito di garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi efficacia diretta»; si veda la pronuncia *Comet* (Corte Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-45/76, punto 15), in cui si legge che «in assenza di siffatti provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne»; si veda la pronuncia *Peterbroeck* (Corte Giust. CE, 14 dicembre 1995, C-312/93, punto 12), in cui si ribadisce che «per giurisprudenza costante, è compito dei giudici nazionali, secondo il principio di collaborazione enunciato dall'art. 5 del Trattato, garantire la tutela giurisdizionale spettante ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto».

⁽²⁴⁾ Oltretutto sarebbe da escludere l'ipotesi secondo cui, in ragione delle competenze attribuite all'Unione sul piano sostanziale, sussisterebbe una competenza implicita dell'Unione in materia procedurale. Si veda, infatti, Corte Giust. CE, 4 aprile 1968, C-34/67, *Lueck*. Qui si legge che, «benché l'efficacia riconosciuta dall'articolo 95 del trattato escluda l'applicazione di qualsiasi provvedimento nazionale con esso incompatibile, detto articolo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati onde tutelare i diritti soggettivi attribuiti dal diritto comunitario». Per una riflessione sul punto si veda D.U. GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea*, in *www.ius-publicum.com*, 2011.

scarsità) di regole armonizzate ⁽²⁵⁾, comporta, ai fini della realizzazione del diritto sostanziale, un inevitabile assoggettamento della posizione giuridica individuale (da tutelare) alle forme processuali proprie di ciascun ordinamento nazionale, comprensive, dunque, dei limiti ad essa connaturati ⁽²⁶⁾. Ed è proprio nell'impatto del diritto europeo rispetto ai suddetti limiti che si può misurare l'ampiezza della nozione di autonomia procedimentale, la quale non può consentire all'ordinamento interno di trincerarsi a priori – e a fini “giustificativi” di *deficit* di tutela – nell'alveo di quegli istituti che sono propri del (suo) peculiare sistema processuale, a ciò ostando il carattere “pervadente” della nozione di effetto utile e, dunque, il primato dell'Unione Europea; come più volte ribadito dalla Corte di Lussemburgo, difatti, anche l'esercizio delle competenze proprie degli Stati membri non sottrae questi ultimi «al rispetto delle norme fondamentali dei Trattati» ⁽²⁷⁾, tra le quali — come messo in luce da cospicua giurisprudenza ⁽²⁸⁾ — possiamo trovare illuminanti addentellati normativi negli articoli 19, paragrafo 1, secondo comma, TUE ⁽²⁹⁾, 2 TUE ⁽³⁰⁾, 6 e 13 Carta

⁽²⁵⁾ Seppur vi siano stati tentativi di armonizzazione processuale, rinvenibili nella previsione di «strumenti opzionali» e «strumenti orizzontali», essi si dimostrano, a ben vedere, ancora lontani da una concreta individuazione di «*standards* minimi relativi alla disciplina del processo civile». Per una breve riflessione sul punto, si veda E. SILVESTRI, *Verso un diritto processuale civile pan-europeo?*, in *www.diritto.it.*, 2020.

⁽²⁶⁾ In tal senso, sempre E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell'Unione e rimedi processuali nazionali*, cit.

⁽²⁷⁾ Si veda, *ex multis*, Corte Giust. CE, 15 maggio 2003, C-300/01, *Doris Salzmann*, punto 39. Qui, difatti, si specifica che, «benché il regime giuridico applicabile alla proprietà immobiliare rientri nelle competenze riservate agli Stati membri in forza dell'art. 222 del Trattato CE (divenuto art. 295 CE), esso non si sottrae tuttavia al rispetto delle norme fondamentali del Trattato».

⁽²⁸⁾ Si pensi, *ex multis*, a Corte Giust. UE, Grande Sezione, 5 novembre 2019, C-192/18, *Commissione c. Repubblica di Polonia*.

⁽²⁹⁾ Secondo cui «gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione».

⁽³⁰⁾ Secondo cui «l'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

EDU ⁽³¹⁾, nonché 47 CDFUE ⁽³²⁾, alla luce dei quali, inoltre, può meglio comprendersi il ruolo degli storici principi di equivalenza ed effettività (anche definiti come “criteri *Rewe*” ⁽³³⁾), intesi come veri e propri confini vincolativi all’autonomia procedimentale nazionale che, in forza di una giurisprudenza europea sempre più «propositiva» nel calibrare la portata dell’obbligo di interpretazione conforme gravante sugli Stati membri, sembrano farsi sempre più “ingombranti” nel loro intento di funzionalizzare gli strumenti processuali interni, sino a consentire al giudice europeo di individuare — nel singolo contesto normativo nazionale — i mezzi più idonei a realizzare, in particolare, quell’obbligo di risultato in termini di effettività del diritto europeo ⁽³⁴⁾. È, dunque,

In particolare, secondo la Corte, è l’articolo 19 TUE «che concretizza il valore dello Stato di diritto» tutelato nel disposto dell’art. 2 TUE.

⁽³¹⁾ Cristallizzanti rispettivamente il «diritto all’equo processo» e il diritto (strettamente connesso) ad un «ricorso effettivo». Si ricorda, infatti, come sia l’art. 6 TUE, al paragrafo 2, a specificare che «l’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali». Inoltre, al successivo paragrafo 3, si specifica che «i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali».

⁽³²⁾ Rubricato «Diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale». In particolare, il ruolo essenziale di tale disposizione si scorge sia nella sua (possibile) attitudine al superamento — quale «grimaldello» — dell’assetto del diritto nazionale, «laddove esso non consenta di offrire, in una situazione disciplinata dal diritto dell’Unione europea, una tutela giurisdizionale effettiva», sia nella sua (possibile) funzione di «ponte», laddove venga utilizzato «nell’ottica di un arricchimento degli strumenti disponibili» a livello nazionale. In tal senso, si veda E. LAZZERINI, *La determinazione dello standard di tutela giurisdizionale effettiva tra diritto interno e sovranazionale: l’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali come “grimaldello” e come “ponte”*, in *Quaderni AISDUE*, 2022, 1, 23-37.

⁽³³⁾ In quanto trovano compiuto riconoscimento nella citata Corte Giust. CE, 16 dicembre 1976, C-33/76, *Rewe-Zentralfinanz*, punto 5. Essi, rispettivamente, prevedono che le modalità procedurali — attraverso cui debba offrirsi tutela giudiziale a diritti di derivazione comunitaria — non possano essere «meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale» e non debbano rendere «in pratica impossibile l’esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare».

⁽³⁴⁾ Per una trattazione più approfondita si veda D.U. GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell’unione europea*, cit. In particolare, viene richiamata — quale punto di discontinuità tra due differenti fasi giurisprudenziali europee – Corte giust. CE, 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel*.

con riferimento a quest'ultimo criterio (quello dell'effettività) che si presentano le maggiori difficoltà realizzative, giacché esso non comporta unicamente — come il citato criterio di equivalenza — la verifica di una non discriminatoria applicazione della normativa nazionale, ma impone una comparazione tra il livello di tutela offerto dal sistema processuale interno e lo «standard minimo» richiesto dalla disciplina europea, potendo condurre, alla luce di quell'obbligo di risultato (in termini funzionali) citato in precedenza, ad una conseguente disapplicazione della norma processuale nazionale o alla modellazione interpretativa di uno strumento idoneo a garantire il richiamato standard di tutela ⁽³⁵⁾. Tali concrete implicazioni, ancor di più, mettono in luce il ruolo del primato del diritto europeo, che — in chiave generale — dovrebbe, tuttavia, rilevare unicamente in via indiretta ⁽³⁶⁾, in modo da consentire comunque la sopravvivenza di un — seppur vincolato — spazio riservato alla scelta autonoma dei mezzi processuali da parte degli Stati membri; eccezione, tuttavia, è rappresentata da quelle ipotesi in cui è l'Unione Europea stessa ad intervenire direttamente in tale ambito, sostanzialmente avocando a sé la citata competenza procedurale ⁽³⁷⁾. Ciò non si riscontra unicamente nell'alveo della (scarsamente praticata) attività di armonizzazione — intesa come tecnica di integrazione processuale, “speculare” rispetto alla semplice ricostruzione dei limiti all'autonomia

⁽³⁵⁾ In tal senso si veda A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e “limiti” alla tutela nazionale*, cit., 536.

⁽³⁶⁾ Difatti, in ossequio alla richiamata connotazione interpretativa fornita dalla Corte di Giustizia relativamente alla nozione di effettività, si può concludere come quest'ultima abbia «smesso i panni di mero garante della primazia comunitaria per vestire quelli di criterio interpretativo volto a far conseguire il massimo “effetto utile”» (in tal senso G. PALMA, *Contratti del consumatore - «Autonomia processuale ed effettività della tutela del consumatore»*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 9, 1143 ss.), non essendo necessario — ma soprattutto possibile, per i motivi menzionati — un radicale annichilimento delle strutture processuali interne, giacché prospettiva di operatività del principio non è la sola “affermazione” dell'ordinamento europeo su quello nazionale, ma, piuttosto, la garanzia dello standard di tutela richiesto dal diritto comunitario.

⁽³⁷⁾ Per ulteriori riflessioni sul punto, si veda sempre D.U. GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea*, cit.

nazionale, e volta alla compiuta uniformazione della disciplina processuale tra i vari ordinamenti — ma anche in un “*tertium genus*”, consistente nella deduzione di regole procedurali «sulla base di frammenti normativi», i quali, dunque, non recano una disciplina processuale immediatamente precettiva, sostanziandosi piuttosto in principi di carattere generale, necessitanti di un’opera di perfezionamento normativo (38). È questo il caso della disciplina consumeristica, in cui tale armonizzazione per principi — come già si evidenziava nella pronuncia *Océano* (39) — trova, ad esempio, base legittimante nel disposto dell’art. 7 della direttiva 93/13/CEE, il quale, ai paragrafi 2 e 3, sembra chiarire “nel merito” la portata di quei «mezzi adeguati ed efficaci» — utili per far «cessare l’inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori» — di cui discorre al paragrafo 1, conducendo la Corte di Giustizia a dedurre, quale regola generale di fondo (di matrice processuale), «la facoltà per il giudice di esaminare d’ufficio l’illiceità di una clausola» (40).

Chiaro è, dunque, il profilo problematico che scaturisce da tale — più incisiva — ingerenza del diritto eurounitario nel contesto procedimentale nazionale: più esigenti profili di soddisfacimento del requisito dell’effettività e, conseguente, ulteriore ero-

(38) In tal senso si veda sempre E. CANNIZZARO, *Effettività del diritto dell’Unione e rimedi processuali nazionali*, cit., 661-662.

(39) Corte giust. CE, 27 giugno 2000, cause riunite C-240/98 e C-244/98. Esplicativi sono alcuni passaggi contenuti al paragrafo 26 — in cui si legge che «una tutela effettiva del consumatore può essere ottenuta solo se il giudice nazionale ha facoltà di valutare d’ufficio tale clausola» — e al paragrafo 28 — in cui si legge che «in un sistema che richiede l’attuazione preventiva di azioni collettive specifiche volte a porre termine agli abusi pregiudizievoli per gli interessi dei consumatori, è difficilmente concepibile che il giudice, chiamato a dirimere una controversia su un contratto determinato contenente una clausola abusiva, non possa disapplicarla solo perché il consumatore non ne fa valere l’illiceità».

(40) Come puntualizzato dal già citato paragrafo 28. In particolare, esso prosegue precisando che «la facoltà per il giudice di esaminare d’ufficio l’illiceità di una clausola costituisce un mezzo idoneo al conseguimento tanto dell’obiettivo fissato dall’art. 6 della direttiva, che è quello di impedire che il consumatore sia vincolato da una clausola abusiva, quanto dell’obiettivo dell’art. 7, dato che tale esame può avere un effetto dissuasivo e, pertanto, contribuire a far cessare l’inserimento di clausole abusive nei contratti conclusi tra un professionista e i consumatori».

sione del piano di autonomia riservato agli Stati membri. Alla luce di tale conclusione — partendo da una brevissima disamina degli antecedenti giurisprudenziali della Corte di Lussemburgo — piano d'indagine da attenzionare sembra essere quello della “sacrificabilità” — in nome del compiuto dispiegamento dell'esigente principio dell'effetto utile — del giudicato, nel contesto dell'incisiva — nei termini già accennati — disciplina consumeristica, giacché, come rilevato da autorevole dottrina ⁽⁴¹⁾, la tematica della cristallizzazione della statuizione giurisdizionale non intercetterebbe, come accade nel contesto ordinamentale nazionale, il piano sostanziale, bensì — proprio in ottica “funzionalizzante” — quello strettamente procedurale, ponendo dunque problemi di raccordo interpretativo, in particolar modo, con l'elaborazione giurisprudenziale nazionale in materia.

2. Gli antecedenti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia UE.

La concretizzazione della problematica interpretativa appena citata è offerta da una recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione ⁽⁴²⁾, chiamata — *ex art. 363-bis c.p.c.* — a dirimere (e caricare di rendere coerente con gli approdi eurounitari) la situazione di profonda incertezza interpretativa dovuta, in particolar modo, a due specifici aspetti (dove il primo è antecedente logico necessario del secondo): i profili di conflitto che il potenziale rilievo officioso — in sede esecutiva — dell'abusività delle clausole contrattuali ⁽⁴³⁾ determina rispetto alla forza di *res iudicata* che

⁽⁴¹⁾ Si veda sempre D.U. GALETTA, *La giurisprudenza della corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli stati membri dell'unione europea*, cit.

⁽⁴²⁾ Cass, Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479.

⁽⁴³⁾ La disamina processuale su cui poggia la predetta pronuncia, difatti, ha riguardato una clausola contrattuale «illegittimamente derogatrice del foro del consumatore». Tale questione si inserisce perfettamente nell'alveo dei notevoli approfondimenti giurisprudenziali aventi ad oggetto — come nel caso *de quo* — la configurabilità, quale consumatore, della persona fisica che presta fideiussione a garanzia di debiti contratti dal professionista. Sebbene l'orientamento tradizionale, valorizzando maggiormente il carattere unitario dell'intera operazione contrattuale, fosse propenso verso la qualificazione

investe il decreto ingiuntivo non opposto; nonché la preferibilità (o meno) dell'attivazione del meccanismo procedurale di cui all'art. 650 c.p.c. relativamente a decreti ingiuntivi precedentemente emessi (in difetto degli elementi costitutivi necessari ad assicurare il «rispetto dell'esercizio del diritto di difesa del consumatore nella fase processuale a contraddittorio pieno») e divenuti irrevocabili, e a «conseguenti procedimenti esecutivi ancora in corso». Impostata così la questione, dunque, il tema della “resistenza” del giudicato — qui in materia di decreto ingiuntivo non opposto — si pone come chiave di volta di un tribolato percorso argomentativo che, nella pronuncia in questione, sembra ispirato ad una strenua difesa della visione conservativa acquisita nel panorama interpretativo nazionale. Per vero, sul punto, l'evoluzione giurisprudenziale europea si è dimostrata spesso incostante, sostanzandosi in un percorso che, dagli orientamenti maggiormen-

del citato fideiussore come professionista di “riflesso” (si veda Cass., 16 novembre 2021, n. 34515, che richiama, per superarla, la posizione espressa in altre importanti pronunce, quali, tra tante, Cass., 11 gennaio 2001, n. 314, e Cass., 13 maggio 2005, n. 10107, quando si legge che «la persona fisica, che presta fideiussione per garantire un debito contratto da un professionista, non assume lo status di consumatore, ma per riflesso, anche egli quello di professionista, con conseguenza ovviamente di rilievo sulla disciplina di riferimento»), la Suprema Corte, con la menzionata sentenza del 16 novembre 2021, n. 34515, ridisegna completamente la linea interpretativa adottata, facendo proprie non soltanto le statuizioni rinvenibili in sue precedenti (e dissonanti) pronunce (si veda Cass., 12 gennaio 2005, n. 449 e Cass., 31 dicembre 2018, n. 32225), ma anche i principi elaborati dalla Corte di Giustizia dell'UE (si veda Corte Giust. UE, 19 novembre 2015, C-74/15, *Tarcau*, e Corte Giust. UE, 14 settembre 2016, C-534/15, *Dumitras*), secondo cui «l'oggetto del contratto è irrilevante ai fini della applicazione della disciplina del consumatore, essendo invece determinante la qualità dei contraenti, poiché la direttiva 93/13/CEE definisce l'ambito di applicazione della disciplina “consumeristica” non con riferimento all'oggetto del contratto (tantomeno di quello garantito) ma con riferimento alla condizione che i contraenti non agiscano nell'ambito della loro attività professionale» (in tal senso si veda direttiva 93/13/CEE, art.2, lett. b, che definisce il consumatore come «qualsiasi persona fisica che, nei contratti oggetto della presente direttiva, agisce per fini che non rientrano nel quadro della sua attività professionale», nonché d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, art. 3, che definisce il consumatore come «la persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta»). Si può dunque concludere che, nelle ipotesi ricomprese in quest'ultima casistica, la qualità di professionista del debitore principale non vanta alcuna forza attrattiva nei confronti del garante, il quale beneficerà della relativa tutela accordata al consumatore.

te garantistici della tenuta del giudicato nazionale ⁽⁴⁴⁾ — gradualmente affiancati da interventi sempre più incisivi, seppur idonei solo a «lambire» ⁽⁴⁵⁾ una possibile derogabilità della disciplina di cui all'art. 2909 c.c. ⁽⁴⁶⁾ — approda alla «dirompente» ⁽⁴⁷⁾ pro-

⁽⁴⁴⁾ Si vedano, *ex multis*, Corte Giust. CE, 1° giugno 1999, C-126/97, *Eco Swiss*, in cui si legge che «in base al diritto comunitario non si devono disapplicare le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge acquisisce l'autorità della cosa giudicata e non può più essere rimesso in discussione da un lodo arbitrale successivo, anche se ciò è necessario per poter esaminare, nell'ambito del procedimento d'impugnazione per nullità diretto contro il lodo arbitrale successivo, se un contratto la cui validità giuridica è stata stabilita dal lodo arbitrale interlocutorio sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato».

⁽⁴⁵⁾ Si veda C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1, 224 ss.

⁽⁴⁶⁾ Si veda Corte Giust. CE, 30 settembre 2003, 224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Foro it.*, 2004, IV, 3 ss., con nota di E. SCODITTI, «*Francovich*» presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale. Merito di tale pronuncia, in particolare, consisteva nell'aver esteso, con riferimento alle statuizioni di un organo giurisdizionale di ultimo grado, la responsabilità dello Stato per i danni arrecati ai singoli dalla violazione del diritto comunitario, non intaccando formalmente, tuttavia, l'autorità di cosa giudicata della decisione, considerata la derivazione dell'illiceità della condotta statale — sul piano comunitario — dalla circostanza che l'atto sia riconosciuto come valido sul piano del diritto interno (in tal senso si veda anche Corte Giust. CE, 13 giugno 2006, C-173/03, in *Foro it.*, 2006, IV, 418 ss., con nota di E. SCODITTI, *Violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale: illecito dello Stato e non del giudice*). Si veda Corte Giust. CE, 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*; qui si puntualizza come «Il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito in una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione», purché (ed è qui che si coglie la *ratio* comunque conservativa) «la decisione in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza (..)». Si veda Corte Giust. CE, 16 marzo 2006, C-234/04, *Kapferer c. Schlank & Schick GmbH*, in cui, in armonia con quanto finora esposto, si puntualizza che «il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario».

⁽⁴⁷⁾ Come definita da C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, cit.

nuncia *Lucchini* ⁽⁴⁸⁾ — che, ponendo l'accento sulla garanzia dell'effetto utile della disciplina comunitaria, nonché sul principio del primato, sembrava voler definitivamente emancipare (con toni “forti”) ⁽⁴⁹⁾ il riconoscimento delle ipotesi di cedevolezza del giudicato interno — per poi giungere a risultanze interpretative più equilibrate, che, pur delineando un perimetro di «eccezioni» ⁽⁵⁰⁾, parevano voler rimarcare il ruolo cardine, assunto dalla *res iudicata*, nel giudizio di bilanciamento di principi, essendo reso (quest'ultimo) necessario (e quasi inevitabile) dalla circostanza per cui i piani ordinamentali in gioco — nazionale e comunitario — risultino tra loro «distinti e al tempo stesso coordinati». Maggiore prudenza “casistica”, difatti, emerge da pronunce quali *Olimpiclub* ⁽⁵¹⁾ e *Asturcom* ⁽⁵²⁾, dove quest'ultima, in particolare, pur riprendendo l'essenza argomentativa della prima ⁽⁵³⁾, sembra

⁽⁴⁸⁾ Corte Giust. CE, Grande Sezione, 18 luglio 2008, C-119/2005.

⁽⁴⁹⁾ Si veda G. RAITI, *Non compatibile con l'ordinamento UE il giudicato nazionale implicito sulla questione di vessatorietà delle clausole dei contratti consumeristici*, in *IUS-Responsabilità civile*, 2022.

⁽⁵⁰⁾ Si veda sempre G. Raiti, *Non compatibile con l'ordinamento UE il giudicato nazionale implicito sulla questione di vessatorietà delle clausole dei contratti consumeristici*, cit.

⁽⁵¹⁾ Corte Giust. CE, 3 settembre 2009, C-2/08. Qui, pur prevedendosi che «Il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva», sembra volersi sottolineare la valenza “derogatoria” della pronuncia, resa necessaria dall'irragionevolezza di applicazioni estensive della portata oggettiva del giudicato civile, nell'ambito di controversie tributarie vertenti su imposte pluriennali (quali l'IVA). Tale “eccezionalità”, difatti, è ben rimarcata al punto 23, laddove si specifica che «il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione». Per un approfondimento cfr. nota di G. RAITI, *Le pronunce Olimpiclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata “crisi del giudicato civile nazionale” nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 3, 670 ss.

⁽⁵²⁾ Corte Giust. CE, 6 ottobre 2009, C-40/08.

⁽⁵³⁾ Si veda il punto 36, dove viene puntualizzato come «al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non

giungere a conclusioni ancor più “garantiste” della stabilità degli impianti procedurali interni, laddove subordina il rilievo officioso dell’abusività della clausola compromissoria contenuta nel contratto consumeristico — su cui è intervenuto un lodo arbitrale con autorità di cosa giudicata — alla circostanza per cui le norme procedurali nazionali consentano al giudice di «procedere a tale valutazione nell’ambito di ricorsi analoghi di natura interna», valorizzando il principio di equivalenza in una prospettiva di non discriminazione “a contrario”, che si verificherebbe, infatti, laddove un’analogia facoltà non fosse riconosciuta nell’ipotesi di contrasto con le sole norme nazionali d’ordine pubblico. Più invasiva rispetto agli equilibri di giudicato, tuttavia, si mostra la successiva pronuncia *Finanmadrid* ⁽⁵⁴⁾, la quale, nel porre l’accento sulla posizione di inevitabile minorazione ⁽⁵⁵⁾ che caratterizza il consumatore nel suo rapporto con il professionista, sembra imporre al giudice nazionale — statuendo conseguentemente che il giudice investito dell’esecuzione debba valutare d’ufficio il carattere abusivo della clausola «ove l’autorità investita della domanda d’ingiunzione di pagamento non sia competente a procedere a una simile valutazione» — un vero e proprio dovere di neutralizzazione dell’inerzia della parte debole, che miri, attraverso un approccio (anche) suppletivo del disinteresse del consumatore (e non, quindi, meramente compensativo della situazione di squilibrio negoziale), a scongiurare l’incompletezza informativa pregiudicante le ragioni del consumatore ⁽⁵⁶⁾. In quest’ultimo

possano più essere rimesse in discussione», nonché il punto 37, dove si specifica che «il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione».

⁽⁵⁴⁾ Corte Giust. UE, 18 febbraio 2016, C-49/14.

⁽⁵⁵⁾ In tal senso si veda la nota di G. PALMA, *Contratti del consumatore*, cit.

⁽⁵⁶⁾ Si veda, difatti, il punto 52. Qui si specifica che «occorre anzitutto rilevare che sussiste un rischio non trascurabile che i consumatori interessati non propongano l’opposizione richiesta a causa del termine particolarmente breve previsto a tal fine, ovvero poiché possono essere dissuasi dal difendersi tenuto conto delle spese che un’azione giudiziaria implicherebbe rispetto all’importo del debito contestato, oppure poiché ignorano

caso, sebbene ci si trovi dinanzi ad un'ipotesi del tutto eccezionale, legata al peculiare procedimento monitorio spagnolo — e, in particolare, alla figura del *Secretario Judicial*, cui risultava precluso, dalla disciplina nazionale dell'epoca, il rilievo officioso dell'abusività delle clausole — il dato generale che si ricava, sembra identificarsi nella maggior portata erosiva che il principio di effettività tende ad esercitare rispetto alla discrezionalità statale, con la conseguenza che esso, allontanandosi dalla classica veste di limite negativo dell'autonomia processuale nazionale, finisce per assumere un'evidente connotazione “positiva”, quale parametro finalizzato ad imporre agli Stati membri — in quell'ottica di armonizzazione per principi cui si è accennato — strumenti processuali più adeguati a garantire l'*effet utile*. Su queste coordinate sembra poi riposare la più recente giurisprudenza europea. A illuminare la portata dirimpente (quantomeno in potenza) del primato europeo rispetto all'istituto del giudicato, difatti, hanno contribuito i principi espressi nelle quattro sentenze⁽⁵⁷⁾ rese il 17 maggio 2022 dalla Grande Camera della Corte di giustizia dell'Unione europea. Ciò che accomuna le richiamate pronunce risulta essere il carattere imperativo⁽⁵⁸⁾ riconosciuto agli articoli 6 par. 1⁽⁵⁹⁾ e 7 par. 1⁽⁶⁰⁾ della direttiva 93/13/CEE, i quali — dovendo

o non intendono la portata dei loro diritti, o ancora in ragione del contenuto succinto della domanda d'ingiunzione introdotta dai professionisti e, pertanto, dell'incompletezza delle informazioni delle quali dispongono».

⁽⁵⁷⁾ Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, C-600/19, *Ibercaja Banco*; Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19, *SPV Project 1503*, e C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*; Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, C-725/19, *Impuls Leasing Romania*; Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, C-869/19, *Unicaja Banco*.

⁽⁵⁸⁾ Per un approfondimento, *ex multis*, cfr. D. LONGO, *Le questioni poste dalle pronunce della Corte giust. UE del 17 maggio 2022 in punto di tutela del consumatore esecutato: considerazioni introduttive*, in AA.VV., *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, a cura di D. Longo, Bari, 2022, 3 ss.

⁽⁵⁹⁾ Esso statuisce infatti che «Gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive»

⁽⁶⁰⁾ Esso prevede infatti che «Gli Stati membri, nell'interesse dei consumatori e dei concorrenti professionali, provvedono a fornire mezzi adeguati ed efficaci per far cessare

sintetizzare — assurgono a causa di incompatibilità della disciplina consumeristica (di protezione da clausole abusive) rispetto a norme nazionali che, «a causa degli effetti dell'autorità di cosa giudicata, nonché dell'applicazione dell'istituto della decadenza», costituiscano — nell'estrinsecarsi del procedimento di esecuzione (una volta trascorso il termine utile per la proposizione dell'opposizione) — meccanismo inibitorio della rilevanza del carattere abusivo delle clausole, dovendosi, invece, ritenere necessario il riconoscimento, in capo allo stesso giudice dell'esecuzione, del potere (e onere) di rilievo officioso del suddetto vizio, nonché l'esperibilità di una eventuale tardiva contestazione, e ciò anche qualora, sebbene il suddetto controllo officioso sia stato operato precedentemente (nella fase monitoria), sia rinvenibile, nella decisione conclusiva del relativo procedimento giurisdizionale, un difetto di motivazione sul punto o l'omissione di una «espressa menzione del fatto che la questione non potrà essere rimessa in discussione in assenza di opposizione» ⁽⁶¹⁾. Un tale impianto argomentativo (che viene esplicitato in taluni passaggi chiave delle richiamate quattro sentenze ⁽⁶²⁾), conferma innanzi-

l'inserzione di clausole abusive nei contratti stipulati tra un professionista e dei consumatori».

⁽⁶¹⁾ In tal senso si veda G.M. RUOTOLO, *Diritto UE, poteri ufficiosi del giudice nazionale e giudicato interno alla luce della prassi recente*, in AA.VV., *Quaderni di SIDI-Blog*, vol. 9, Napoli, 2022, 305 ss.

⁽⁶²⁾ In particolare, nella pronuncia relativa a causa C-600/19, *Ibercaja Banco*, si legge che «l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13/CEE del Consiglio, del 5 aprile 1993, concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori, devono essere interpretati nel senso che essi ostano a una normativa nazionale che, a causa degli effetti dell'autorità di cosa giudicata e della decadenza, non consente né al giudice di esaminare d'ufficio il carattere abusivo di clausole contrattuali nell'ambito del procedimento di esecuzione ipotecaria, né al consumatore, dopo la scadenza del termine per proporre opposizione, di far valere il carattere abusivo di tali clausole nel procedimento in parola o in un successivo procedimento dichiarativo, quando dette clausole siano già state oggetto, al momento dell'avvio del procedimento di esecuzione ipotecaria, di un esame d'ufficio da parte del giudice quanto al loro eventuale carattere abusivo, ma la decisione giurisdizionale che autorizza l'esecuzione ipotecaria non comporti alcun punto della motivazione, nemmeno sommario, che dia atto della sussistenza dell'esame in parola né indichi che la valutazione effettuata dal giudice di cui trattasi in esito a tale esame non potrà più essere rimessa in discussione in assenza di opposizione nel termine citato».

tutto — laddove richiede la concreta emersione del giudizio di ponderazione operato in fase monitoria — quel rinnovato ruolo precettivo che la Corte di Giustizia ha inteso attribuire al principio di effettività⁽⁶³⁾, il quale, oltre a segnare la distanza rispetto alla precedente impostazione assunta in *Asturcom*, consente addirittura — secondo autorevole dottrina⁽⁶⁴⁾ — di non appiattire il (paventato) superamento della preclusione implicita sul carattere non abusivo delle clausole (eventualmente conseguente alla mancata opposizione al decreto) alla sola circostanza che il consumatore⁽⁶⁵⁾ si configuri come parte titolare di una posizione strutturalmente minorata nell'esercizio del relativo potere negoziale (come evidenziato già in *Finanmadrid*). Fuor di dubbio, difatti, è la circostanza per cui, in forza di una cospicua giurisprudenza europea⁽⁶⁶⁾ — che sottolinea la necessità di garantirne il riequilibrio — e in virtù di un impianto costituzionale che codifica espressamente i limiti all'iniziativa economica privata⁽⁶⁷⁾, debba rendersi necessario un intervento positivo dell'organo giurisdizionale nazionale in materia di rilievo officioso delle clausole

(63) Ulteriori cospicui riferimenti, nella giurisprudenza europea precedente, si rinvencono in Corte Giust. UE, 21 aprile 2016, C-377/14, *Radlinger e Radlingerová*. Al punto 50 della stessa, difatti, si legge: «Per quanto riguarda il principio di effettività, ciascun caso in cui si pone la questione se una norma procedurale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto dell'Unione dev'essere esaminato tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Tuttavia, le caratteristiche specifiche dei procedimenti giurisdizionali non possono costituire un elemento atto a pregiudicare la tutela giuridica di cui devono godere i consumatori in forza delle disposizioni della direttiva 93/13».

(64) Si veda A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1, 291 ss.

(65) Che trova, nel contesto europolitano, dignità normativa, in particolare, agli artt. 12 e 169 TFUE, 38 CDFUE.

(66) La stessa Suprema Corte di Cassazione cita Corte Giust. UE, 14 marzo 2013, C-415/11, *Aziz*; Corte Giust. UE, 30 giugno 2022, C-170/2021, *Profi Credit Bulgaria*. Tuttavia, come si evince dalla trattazione finora svolta, le pronunce in esame si inseriscono in un lungo percorso interpretativo che ha visto i suoi iniziali sviluppi già dalla sentenza *Oceano*.

(67) Si veda art. 41 Cost., il quale precisa che essa «non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla salute, all'ambiente, alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana».

abusive, con l'inevitabile constatazione secondo cui, in caso di inattività del giudice della fase monitoria, qualora non fosse ammessa la successiva rimediabilità, si impedirebbe quel necessario intervento ripristinatorio dell'equilibrio negoziale, «facendo gravare la violazione dell'obbligo del rilievo officioso della abusività della clausola negoziale sul consumatore, sebbene questi sia rimasto privo di tutte le informazioni che gli sono dovute per porlo in condizione di determinare la portata dei suoi diritti al fine di poter esercitare, per la prima volta, la propria difesa in sede di opposizione al decreto ingiuntivo con piena cognizione di causa»⁽⁶⁸⁾. Altrettanto doverosa (almeno teoricamente), dunque, appare la conseguenza per cui l'inerzia in questione si identificerebbe come causa della mancata formazione di un giudicato «stabile e intangibile», consentendo «una riattivazione del contraddittorio impedito sulla questione pregiudiziale pretermessa (concernente, per l'appunto, l'assenza di vessatorietà delle clausole del contratto)», nonostante l'assenza di opposizione ordinaria nei termini di legge. Purtuttavia, come già accennato, la rilevanza degli ultimi (citati) approdi europei si scorgerebbe — alla luce, ad esempio, dello stesso tenore letterale connotante la motivazione di *Banco di Desio*, nonché della circostanza per cui l'attenzionato dovere gravante sul giudice dell'esecuzione sorgerebbe a prescindere dall'attività difensiva svolta dal consumatore⁽⁶⁹⁾ — nel carattere

⁽⁶⁸⁾ Così si argomenta, richiamando la menzionata pronuncia *Ibercaja Banco*, nella sentenza della Suprema Corte di Cassazione.

⁽⁶⁹⁾ Cfr. A.M. GAROFALO, *Le sezioni unite su Banco di Desio: una giurisprudenza sempre più legislativa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 4, 956 ss.; cfr., inoltre, sempre A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit. In quest'ultimo, per essere più specifici, l'autore specifica che «posto quindi che sin dalla notifica del decreto ingiuntivo il consumatore è posto in una condizione difensiva non deteriore, dal punto di vista del ventaglio delle questioni deducibili, rispetto a quella in cui si trova a seguito della notifica del precetto consequenziale al decreto stesso, che la scusabilità della mancata deduzione non è rilevante, e che il dovere del giudice di applicare la norma sorge a prescindere dall'attività difensiva svolta, alla sola condizione che risultino agli atti i relativi elementi, l'idea che la Corte di Giustizia intendesse escludere la preclusione del deducibile solo in ragione della peculiare debolezza difensiva del consumatore non appare del tutto persuasiva».

più «generale» delle relative statuizioni, che parrebbero estendere la rispettiva portata applicativa al diritto dell'Unione nel suo complesso, arrivando, dunque, a disegnare un modello virtuoso (e, per questo, doveroso) di esercizio dell'attività decisoria ⁽⁷⁰⁾, che non sembra nemmeno incentrare l'intero sostrato motivazionale sulla sola garanzia del contraddittorio ⁽⁷¹⁾; e la ragione appare evidente, in quanto una corretta “*disclosure*” del giudice, garantirà inevitabilmente la possibilità di instaurare il contraddittorio.

In conclusione, sembra assistersi alla fuoriuscita da quella prospettiva eccezionalmente derogatoria del giudicato – tipica della giurisprudenza “correttiva” post-*Lucchini* — ispirata ad un approccio *ratione materiae* ⁽⁷²⁾, per giungere ad un modello che — seppur ribadisca «l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali» ⁽⁷³⁾ — appare valorizzare ulteriormente il principio di effettività, rendendolo idoneo

⁽⁷⁰⁾ Sembrerebbe delinearci una prospettiva di tutela incentrata, più che altro, sulla «informazione trasmessa al giudice successivo». In tal senso cfr. sempre A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit.

⁽⁷¹⁾ La suddetta impostazione, come meglio si dirà successivamente, potrebbe fungere anche da punto di partenza di un percorso ricostruttivo che – a detta di chi scrive – consentirebbe di giungere ad una soluzione interpretativa idonea a “minimizzare” quel (potenziale) impatto dirimpente attribuito alle recenti pronunce della Corte lussemburghese.

⁽⁷²⁾ Si pensi, ad esempio, alla menzionata pronuncia *Olimpiclub*, dove la “deroga” appariva giustificata in ragione dell'incidenza del giudicato su peculiari controversie in materia tributaria. In *Banco di Desio*, invece, seppur sia la posizione del consumatore a giustificare «la particolare disciplina unionale applicabile al caso di specie (ossia la rilevanza d'ufficio della nullità della clausola abusiva)», vi è da rilevare che la soluzione promossa «(ossia la negazione dell'effetto preclusivo della statuizione implicita), in quanto fondato autonomamente sul principio di effettività, appare applicabile a tutta la normativa unionale a cui questo si riferisce». In tal senso si esprime sempre A. GIUSSANI, *Decreto ingiuntivo non opposto dal consumatore: la lettura della Corte di Giustizia*, cit.

⁽⁷³⁾ Si veda sempre Corte Giust. UE, 17 maggio 2022, cause riunite C-693/19, *SPV Project 1503*, e C-831/19, *Banco di Desio e della Brianza*, punto 57. Ciò non esclude, tuttavia, la maggior portata incisiva che, in materia di giudicato, viene ad evidenziarsi – in concreto – rispetto alle precedenti pronunce della Corte lussemburghese. In tal senso, si veda P. BERTOLLINI, *Procedimento monitorio, decreto ingiuntivo non opposto e tutela del consumatore: considerazioni a margine di due interessanti pronunce della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Pactum*, 2022.

a fondare autonomamente — in forza di una maggior pregnanza dello standard di tutela imposto — l'eventuale superamento del giudicato.

Prima di affrontare i tratti salienti delle vicende che interessano la fase esecutiva (vero *punctum dolens* della materia), e prima, dunque, di verificare se si renda — alla luce della nomofilachia della Corte (ma anche delle possibili alternative interpretative) — realmente necessario, sul piano ordinamentale interno, riconoscere la caducazione della *res iudicata*, appare doveroso muovere dall'analisi di quello che rappresenta il presupposto dei ragionamenti minanti la stabilità del giudicato, consistente nei compiti attribuiti al giudice del monitorio.

3. Il ruolo del giudice nella fase monitoria.

La pronuncia a Sezioni Unite prima richiamata, quindi, si trova a rielaborare quanto già maturato in sede europea anche prima delle citate “quattro sentenze”, con riferimento a una pluralità di aspetti di natura processuale. Dovendo andare con ordine, assume, come già precisato, rilievo centrale il dovere di ponderazione⁽⁷⁴⁾ — gravante sul giudice nell'ipotesi in cui il creditore-professionista instauri un procedimento monitorio interno o europeo⁽⁷⁵⁾ e gli elementi di diritto e di fatto già in suo possesso suscitino

⁽⁷⁴⁾ Si veda E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore dopo Corte di giustizia, grande sezione, 17 maggio 2022 (cause riunite C-693/19 e C-831/19, causa C-725/19, causa C-600/19 e causa C-869/19): in attesa delle Sezioni Unite*, in *Judicium*, 2022.

⁽⁷⁵⁾ Con riferimento all'ingiunzione di pagamento europea, si veda CGUE, sent. 19 dicembre 2019, C-453/18, *Bondora*, dove si precisa che «l'articolo 7, paragrafo 2, lettere d) ed e), del regolamento n. 1896/2006 nonché l'articolo 6, paragrafo 1, e l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 93/13, quali interpretati dalla Corte e letti alla luce dell'articolo 38 della Carta, devono essere interpretati nel senso che consentono a un «giudice», ai sensi di detto regolamento, adito nel contesto di un procedimento europeo di ingiunzione di pagamento, di chiedere al creditore informazioni complementari relative alle clausole del contratto invocate a fondamento del credito in questione, al fine di effettuare il controllo d'ufficio del carattere eventualmente abusivo di dette clausole e, di conseguenza, nel senso che ostano a una normativa nazionale che dichiara irricevibili i documenti complementari forniti a tal fine».

seri dubbi al riguardo — della natura abusiva delle clausole del contratto. Tale puntuale esame, come rilevato dalla stessa Corte di Giustizia ⁽⁷⁶⁾, deve essere svolto consentendo all'organo giurisdizionale «di chiedere al creditore informazioni complementari relative alle clausole», che gli consentano una più corretta valutazione circa l'eventuale carattere abusivo connotante le stesse, dovendo ritenersi, come condiviso anche dalla Corte di Cassazione, «contraria al diritto dell'UE una normativa nazionale che qualifichi come irricevibili tali documenti aggiuntivi» ⁽⁷⁷⁾. Nella disciplina nazionale, sebbene il rito monitorio realizzi un procedimento a contraddittorio solo eventuale, in cui la verifica della fondatezza della pretesa creditoria sia notevolmente limitata ⁽⁷⁸⁾, non si pongono particolari problemi di compatibilità ⁽⁷⁹⁾, giacché è lo stesso impianto codicistico che, all'art. 640 comma 1 c.p.c. ⁽⁸⁰⁾, laddove contempla il possibile invito (del giudice verso il

⁽⁷⁶⁾ Nella pronuncia di cui alla nota precedente.

⁽⁷⁷⁾ Si configurano dunque, sin dalla proposizione del ricorso e in termini di esclusione della qualifica di debitore-consumatore, nonché di produzione del contratto in questione, più incisivi oneri gravanti sul creditore. In tal senso cfr. L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 4, 946 ss.

⁽⁷⁸⁾ Si veda A.M. GAROFALO, *Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore dalle clausole vessatorie*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2023, 1, 86 ss.; per un approfondimento in materia di modelli di procedimento monitorio, si veda A. PANZAROLA, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo - Su alcuni profili dell'ingiunzione di pagamento europea nella prassi*, in *Giur. it.*, 2022, 2, 485 ss.

⁽⁷⁹⁾ Compatibilità che, anzi, viene fermamente sostenuta, da autorevole dottrina, in un'ottica di riequilibrio del deficit di contraddittorio connotante tale fase *inaudita altera parte*. In tal senso cfr. A. CARRATA, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo - Introduzione. L'ingiuntivo europeo nel crocevia della tutela del consumatore*, in *Giur. it.*, 2022, 2, 485 ss.; cfr., inoltre, G. FIENGO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo - Il ruolo del giudice alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Giur. it.*, 2022, 2, 485 ss.

⁽⁸⁰⁾ Si parla infatti di una prospettiva «funzionalistica» connotante la suddetta norma, la quale prevarrebbe — in termini, potremmo dire, di esigenza documentale — rispetto all'art. 634 c.p.c. In tal senso cfr. L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore: le ricadute sul piano della cognizione e dell'esecuzione alla luce delle Sezioni Unite*, cit.; cfr. C. CONSOLO, *Decreto ingiuntivo - Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, in *Giur. it.*, 2023, 5, 1053 ss.

ricorrente) a «provvedere alla prova» , individua uno strumento idoneo a consentire il dispiegarsi del (qui necessario) potere istruttorio, che tuttavia, nonostante fosse stato riletto da parte della dottrina — pur nella piena consapevolezza dei «tempi difficilmente in linea con quelli del rito monitorio» — in chiave più «moderna ed effettiva» ⁽⁸¹⁾, non può sostanzarsi (si legge nella sentenza a Sezioni Unite) in un'attività probatoria non coerente con la «struttura, funzione e finalità della fase *inaudita altera parte* come configurata dal legislatore nazionale» (che quindi si connota per una complessità tale da richiedere l'assunzione di testimonianze o l'espletamento di c.t.u.). In ogni caso, il risultato cui si giunge appare essere quello di un rimodellamento delle «paratie cognitive» ⁽⁸²⁾ proprie della fase monitoria, che, alla luce di quelle integrazioni informative di cui sopra, si ritrova anche costretta a ripensare la sostanziale sufficienza — ai fini del rilascio del provvedimento — riconosciuta a quel novero di documenti (anche) derogatorio — *ex art. 634 c.p.c.* — dei requisiti formali «necessari in un giudizio a cognizione piena» ⁽⁸³⁾, conducendo —

⁽⁸¹⁾ In tal senso cfr. la nota precedente. In particolare nella parte in cui, per rilettura «moderna ed effettiva», si fa riferimento al potere del giudice di «convocare il creditore (il suo difensore), onde assumere, in un contraddittorio orale, non solo fonti di prova, ma pure chiarimenti sui quali formare il suo convincimento», oppure alla possibilità «di disporre una c.t.u. onde verificare la vessatorietà di certe clausole, come quelle relative agli interessi moratori». Di effettività del sindacato sulla vessatorietà, nel contesto del procedimento monitorio, parla anche S. CAPORUSSO, *Decreto ingiuntivo - Decreto ingiuntivo non opposto e protezione del consumatore: la certezza arretra di fronte all'effettività*, in *Giur. it.*, 2022, 10, 2113 ss.

⁽⁸²⁾ In tal senso si esprime C. CONSOLO, *Decreto ingiuntivo - Istruttoria monitoria "ricarburata" e, residualmente, opposizione tardiva consumeristica "rimaneggiata" (specie) su invito del g.e.*, cit.; cfr. anche S. CAPORUSSO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo - Procedimento monitorio interno e tutela consumeristica*, in *Giur. it.*, 2022, 2, 485 ss. Qui, in particolare, viene evidenziato il distacco rispetto a quella impostazione che limita il ruolo del giudice «ad una mera verifica della sussistenza dei requisiti legali necessari e sufficienti per il rilascio del decreto ingiuntivo», dovendosi, purtuttavia, scongiurare ipotesi di provvedimenti poggianti su mere affermazioni del ricorrente. In tal senso cfr. A. PROTO PISANI, *Il procedimento d'ingiunzione*, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1987, 294 ss.

⁽⁸³⁾ Espressione rinvenibile in G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6^a ed., vol. 3, Bari, 2023, 230.

in chiave riepilogativa — alla valorizzazione, in capo al giudice del monitorio, di più marcati poteri istruttori, che, letti congiuntamente al potere-dovere di rilevazione officiosa e di adeguata informazione all’(eventuale) ingiunto (nei termini già esplicitati al precedente paragrafo), contribuiscono a mettere in evidenza l’interesse pubblico alla disincentivazione delle pratiche abusive⁽⁸⁴⁾. La materia intercetta inevitabilmente il problema della conciliabilità della definizione della fase a cognizione sommaria con la disciplina delle nullità di protezione, identificabili (queste ultime) come rimedio posto a metà strada tra nullità (c.d. assoluta), dalla quale mutua la rilevabilità d’ufficio, e annullabilità, con la quale condivide la ristretta (o riservata) legittimazione ad agire⁽⁸⁵⁾. Sembrerebbero, a ben vedere, prospettive reciprocamente escludenti⁽⁸⁶⁾ che, tuttavia, trovano conciliazione sia nell’esigenza di

⁽⁸⁴⁾ Cfr. M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, in *Judicium*, 2023.

⁽⁸⁵⁾ Per un ulteriore approfondimento in materia, qui solamente accennata, cfr. A. FREDA, *Riflessioni sulle c.d. nullità di protezione e sul potere-dovere di rilevazione officiosa*, in *Ricerche Giuridiche*, 2013, 2, vol. 2, 587 ss.

⁽⁸⁶⁾ Infatti, precedenti rilievi giurisprudenziali sembravano voler escludere il generale rilievo officioso delle nullità soggette a regime speciale. In tal senso, *ex multis*, cfr. Cass., 4 settembre 2012, n. 14828 in *Giur. it.*, 2013, 4, 907 ss., con nota di D’ALESSANDRO, *Le sezioni unite compongono il contrasto giurisprudenziale riguardante la rilevabilità ex officio della nullità del contratto nell’ambito del processo intentato per ottenerne la risoluzione. Il punto di vista del processual-civilista*; in *Danno e resp.*, 2013, 3, 273 ss., con nota di P. LAGHEZZA, *Rilevabilità d’ufficio delle nullità del contratto: la svolta delle Sezioni Unite*; in *Giur. it.*, 2013, 2, 299 ss., con nota di M. RIZZUTI, *Il problema dei limiti alla rilevabilità officiosa delle nullità*; in *Contratti*, 2012, 11, 869 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *la rilevabilità officiosa della nullità secondo il canone delle sezioni unite: “eppur si muove”?* In quest’ultimo contributo, in particolare, viene messo in evidenza come, in contrasto rispetto all’orientamento espresso nella pronuncia in commento — secondo cui «le fattispecie di nullità di protezione incompleta, ove la *littera legis* non lo abbia statuito testualmente, sono sprovviste di una rilevabilità officiosa» — si ponesse larga parte della dottrina, la quale, sulla scorta di un’applicazione analogica dell’art. 36 comma 3 cod. cons., si mostrava propensa a considerare l’art. 1421 c.c. come «norma generale» ed i casi di irrilevabilità officiosa come «altrettante eccezioni». La prospettiva cambia definitivamente nel 2014 (cfr. Cass., 12 dicembre 2014, n. 26242 e 26243, in *Foro it.*, 2015, I, 862 ss., con note, *ex multis*, di S. MENCHINI, *Le sezioni unite fanno chiarezza sull’oggetto dei giudizi di impugnativa negoziale: esso è rappresentato dal rapporto giuridico scaturito dal contratto* e A. PROTO PISANI, *Rilevabilità d’ufficio della nullità contrattuale: una decisione storica delle sezioni unite*), allorquando, attraverso la richiamata

garantire un «ordine pubblico di protezione», funzionale alla tutela di interessi che accedono ad una concezione di mercato quale «sintesi delle legittime aspettative degli operatori» che in esso operano (e che, dunque, costituiscono sfondo giustificativo del rilievo officioso), sia nella separazione concettuale tra rilievo e declaratoria di nullità, la quale ultima presuppone la previa sollecitazione del contraddittorio sul punto, essendo essa subordinata alla manifestazione della volontà di valersi del rimedio da parte del soggetto “protetto”⁽⁸⁷⁾. In sintesi, alla luce del consolidato fronte interpretativo di cui si è fatta (successivamente) portatrice la giurisprudenza nazionale (posteriore al 2014) in materia di nullità speciali, l’onere (e non la facoltà) di rilievo officioso sembra assumere il ruolo di vaglio funzionale ad una concreta “consapevolezza difensiva” del soggetto debole del rapporto contrattuale, il quale ultimo, tuttavia, deve potersi veder riconosciuta «l’ultima parola» in chiave accertativa del vizio, in ciò emergendo la discrepanza procedimentale rispetto alle c.d. nullità assolute⁽⁸⁸⁾.

valorizzazione degli interessi pubblici sottesi alla disciplina delle nullità di protezione, si cristallizza — nel contesto giurisprudenziale — il potere-dovere del giudice di rilievo officioso delle stesse. Cfr. inoltre F. BARTOLINI, *Il potere del giudice di rilevare d’ufficio le nullità contrattuali*, in *IUS-Processo civile*, 2017.

⁽⁸⁷⁾ In tal senso cfr. Cass., 21 marzo 2014, n. 6784, in *Contratti*, 2014, 12, 1141 ss., con nota di A. OGGIANO, *Le clausole vessatorie tra rilevanza d’ufficio e legittimazione relativa*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 9, 10727 ss., con nota di R. CARRANO, *Clausole vessatorie e rilevanza d’ufficio delle nullità di protezione*; in *Contratti*, 2014, 5, 470 ss., con nota di F. MACARIO - G. OREFICE - F. P. PATTI, *Osservatorio di legittimità - Rilevanza d’ufficio della nullità della clausola vessatoria*; in particolare, la richiamata giurisprudenza nazionale recepisce pienamente l’orientamento eurounitario postulante l’obbligo (e non la mera facoltà) di rilievo officioso della clausola vessatoria, che, tuttavia, necessita di coordinamento con i «desiderata» della parte debole.

⁽⁸⁸⁾ Tale materia, in particolare, richiederebbe un’autonoma trattazione non operabile in questa sede. Tuttavia, quali utili fonti di approfondimento, cfr. M. LUPANO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva - Il regime processuale delle nullità di protezione*, in *Giur. it.*, 2021, 1, 226 ss.; nonché S. ALUNNI, *Nullità di protezione e rilievo officioso del giudice*, in *Giur. it.*, 2024, 1, 203 ss. Nello specifico, deve segnalarsi come — (in particolar modo) a seguito delle pronunce “gemelle” del 2014 — seppur si preveda, anche in materia di nullità assolute, la preventiva sottoposizione delle risultanze del rilievo officioso al contraddittorio delle parti, nelle suddette ipotesi l’inerzia degli stessi (che non avanzino, dunque, richiesta di accertamento incidentale dell’invalidità) non impedisce al giudice di dichiarare la nullità del negozio in

Se è vero, dunque, che, ai predetti fini accertativi, necessario — secondo la ricostruzione più generale della disciplina delle nullità di protezione — risulta essere il “*placet*” (inteso come apposita domanda di accertamento della nullità) della parte che subisce l’astratto disequilibrio del rapporto contrattuale, deve, comunque, ritenersi pienamente compatibile (con la suddetta impostazione) la statuizione secondo cui, rilevata la presenza di clausole vessatorie, il giudice del monitorio debba rigettare il ricorso. Difatti, nella (qui attenzionata) fase *inaudita altera parte* non vi può essere interpello del debitore per definizione, circostanza che impone al giudice, rispondentemente a quel (più pregnante) dovere di *disclosure* di cui si discorreva in precedenza, di assumere un ruolo attivo — non, quindi, integralmente subordinato all’iniziativa (qui impossibilitata) del soggetto debole ⁽⁸⁹⁾ — che, ovviamente, nulla preclude al creditore (giacché, ai sensi dell’ultimo comma dell’art. 640 c.p.c., il rigetto non impedirebbe la riproposizione della domanda) e, conseguentemente, per nulla intacca l’(eventuale) interesse debitorio alla sopravvivenza del rapporto, che potrebbe, dunque, trovare spazio nel giudizio a cognizione piena

motivazione (non, dunque, nel dispositivo), determinando il sorgere di una «preclusione (extraprocessuale) che si forma a carico delle sole parti» ma che rimarrà inopponibile a terzi, in quanto poggiante sul dovere di correttezza e buona fede ex art. 1175 c.c., nonché volta «ad evitare che la parte che in qualche modo si sia giovata della dichiarazione solo in motivazione della nullità (o non nullità) del contratto, possa poi in futuro agire (o anche resistere in giudizio) al fine di conseguire risultati che appaiano, rispetto all’esito del primo giudizio, locupletativi» (in tal senso cfr. C. CONSOLO - F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell’) accertamento giudiziale*, in *Corr. giur.*, 2015, 2, 225 ss.). Prospettiva, dunque, diametralmente opposta rispetto alla *ratio* informante la disciplina delle nullità a legittimazione ristretta, giacché — come già esposto — non potendo il vizio «divenire motivo portante della decisione in assenza di una domanda della parte legittimata», «la circostanza che la sentenza ne faccia ugualmente menzione non è significativa». In tal senso cfr. sempre M. LUPANO, *Profili della tutela individuale dei consumatori e della riforma di quella collettiva - Il regime processuale delle nullità di protezione*, cit.

⁽⁸⁹⁾ La stessa Suprema Corte — nella già citata Cass, Sez. Un., 6 aprile 2023, n. 9479 — rileva che «non può, infatti, seguirsi la diversa tesi secondo la quale il c.d. “diritto all’interpello” del consumatore imporrebbe al giudice di emettere il decreto ingiuntivo, evidenziando la presenza di uno o più profili di abusività delle clausole contrattuali, per invitare, poi, il consumatore stesso a prendere posizione sul punto mediante la proposizione dell’opposizione».

successivamente instaurato dal creditore ⁽⁹⁰⁾. Si giunge quindi, da una diversa prospettiva, a conclusioni non dissonanti rispetto a quelle cui era pervenuta già la Corte Costituzionale nel 2005, laddove statuiva che il giudice del monitorio avrebbe potuto procedere al rilievo officioso (anche) delle eccezioni in senso stretto — quale quella di incompetenza territoriale derogabile — al fine di evitare la consapevole pronuncia di un provvedimento viziato che costringesse l'ingiunto a proporre opposizione ⁽⁹¹⁾.

Scongiorata, dunque, nei termini appena visti, l'eventualità di un contrasto tra principi di natura processuale, epicentro problematico rimane rappresentato dall'opposta ipotesi in cui si giunga all'accoglimento integrale oppure — in conformità con quanto sancito dalla Corte di Giustizia UE ⁽⁹²⁾ e coerentemente con il citato art. 6 comma 1 della direttiva 93/13/CEE — parziale del ricorso. In queste ipotesi, l'intervento "esterno" richiesto al giudice del monitorio (nei termini già analizzati) dovrà rispondere ad un intento di sterilizzazione del rischio (non trascurabile) che il consumatore non sia nelle condizioni — in termini informativi — di proporre efficacemente (in quanto inconsapevole) opposizione all'ingiunzione. Nelle dinamiche di tale fase sommaria, in conclusione, si scorge la sorgente di quel *punctum dolens* di cui sopra: l'inosservanza dei menzionati doveri officiosi del giudice del monitorio, provocherà l'esigenza di un recupero *ex post* dell'"attivo presidio" di una figura giurisdizionale, che, inevitabilmente, sarà interpretata dal giudice dell'esecuzione, ponendosi dunque, con riferimento alla disciplina del «seguito per il

⁽⁹⁰⁾ Cfr., *ex multis*, M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurounionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit.; M. CIRULLI, *La tutela del consumatore ed il vaso di pandora*, in *judicium*, 2023; M. FARINA, *Decreto ingiuntivo non opposto e clausole abusive nella giurisprudenza delle Corti di vertice*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 4, 1527 ss.

⁽⁹¹⁾ Si veda Corte cost., 3 novembre 2005, n. 410. Per ulteriori approfondimenti cfr. F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, IV, 11 ed., Milano, 2021; E. D'ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit.

⁽⁹²⁾ Si veda Corte Giust. UE, sent. 30 giugno 2022, C-170/21, *Profi Credit Bulgaria*.

passato», il problema della compatibilità rispetto alla forza di *res iudicata* inglobante l'accertamento sulla non vessatorietà delle clausole contrattuali.

4. L'(in)evitabile impatto sul giudicato.

Il tenore letterale che connota le pronunce dei giudici europei — certamente foraggiato, in verità, dall'impostazione interpretativa degli stessi rinvii pregiudiziali — sembra evidenziare un'operazione di puro bilanciamento in cui, da un lato, assume rilevanza l'autorità di cosa giudicata nella sua dimensione formale (*ex art. 324 c.p.c.*) e sostanziale (*ex art. 2909 c.c.*), laddove, non solo si evidenzia come questa sia funzionale a garantire la «stabilità del diritto» e la «buona amministrazione della giustizia»⁽⁹³⁾, ma si puntualizza che la stessa, in un'ottica di tutela dell'autonomia procedimentale nazionale in materia, non si connota per un carattere obbligatoriamente recessivo rispetto alla normativa europea, non sussistendo, in capo al giudice, un obbligo di disapplicazione della disciplina interna regolante la formazione del giudicato, «anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualunque natura essa sia, contenuta nella direttiva 93/13»⁽⁹⁴⁾; dall'altro, invece, appare prefigurarsi l'inderogabilità, dovuta alla sua natura imperativa e alla sua intrinseca riconducibilità ai principi cardine del giusto processo⁽⁹⁵⁾, della regolamentazione consumeristica. Pur non potendo, quest'ultima, tramutarsi in una forma di tutela a «carat-

⁽⁹³⁾ Si veda Corte Giust. UE, 26 gennaio 2017, C421/14, *Banco Primus*.

⁽⁹⁴⁾ Si veda Corte Giust. UE, 21 dicembre 2016, cause riunite C154/15, C307/15 e C308/15, *Gutiérrez Naranjo*; a tal proposito, le posizioni della Corte possono esser meglio comprese alla luce di Corte Giust. UE, 9 luglio 2020, cause riunite C698/18 e C699/18, *Raiffeisen Bank e BRD Groupe Societé Générale*, laddove si precisa che «l'accertamento e la valutazione dei fatti costituenti l'oggetto della controversia principale, nonché l'interpretazione e l'applicazione del diritto nazionale, rientrano nella competenza esclusiva del giudice nazionale».

⁽⁹⁵⁾ Le Sezioni Unite, difatti, richiamano l'art. 47 CDFUE, l'art. 6 CEDU e gli artt. 24 e 111 della Costituzione. Tale riconducibilità, difatti, appare giustificata dalla esplicitata «operazione di riequilibrio» cui deve ispirarsi la scansione processuale che vede come parte il consumatore.

tere assoluto»⁽⁹⁶⁾, la corrispondente assolutezza (nonché non relazionalità) del principio di effettività⁽⁹⁷⁾, nonché la presenza dei richiamati obblighi riequilibrativi in capo all'organo giurisdizionale, paiono comunque suggerire un ridimensionamento dell'autorità del giudicato⁽⁹⁸⁾, che non deve assurgere a strumento volto a eludere la disciplina di protezione⁽⁹⁹⁾.

La questione così posta, dunque, trova riscontro applicativo nel caso in cui il decreto ingiuntivo, richiesto dal creditore-professionista, venga emesso e non sia opposto dal consumatore. Problemi di bilanciamento non si porrebbero qualora ci si limitasse a ritenere che, in conformità con le tesi di Chiovenda in materia di limiti oggettivi del giudicato sostanziale, oggetto dello stesso fosse solo «la conclusione 'ultima' dei ragionamenti del giudice e non le loro premesse, l'ultimo ed immediato risultato della decisione e non la serie di fatti, di rapporti o di stati giuridici che nella mente del giudice

⁽⁹⁶⁾ Si veda, unitamente ai richiami giurisprudenziali precedentemente evidenziati, Corte Giust. UE, 22 aprile 2021, C485/19, *Profi Credit Slovakia*, dove si ribadisce che «la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza, nell'interesse della certezza del diritto, è compatibile con il diritto dell'Unione».

⁽⁹⁷⁾ Esso, difatti, implica un'oggettiva «valutazione incentrata sull'accessibilità della tutela predisposta dal diritto interno a vantaggio del beneficiario della situazione soggettiva disciplinata dal diritto sovranazionale». In tal senso si veda V. CECCARELLI, *La tenuta del giudicato civile alla prova della tutela consumeristica. I poteri del giudice dell'esecuzione sotto la lente della Corte di Giustizia*, in *Jus Civile*, 2022.

⁽⁹⁸⁾ Si veda la già menzionata pronuncia Corte Giust. UE, 18 febbraio 2016, C49/14, *Finanmadrid*, dove si legge che «una normativa nazionale che prevede il principio dell'autorità di cosa giudicata nell'ambito del procedimento d'ingiunzione di pagamento appariva contraria al principio di effettività, dal momento che la decisione dell'autorità che pone fine al procedimento d'ingiunzione di pagamento aveva assunto autorità di cosa giudicata, il che aveva reso impossibile il controllo dell'abusività delle clausole contrattuali nella fase dell'esecuzione per il solo motivo che il consumatore non aveva proposto opposizione entro il termine previsto e sussisteva un rischio non trascurabile che il consumatore non procedesse in tal senso».

⁽⁹⁹⁾ «In talune sentenze, la Corte ha disapprovato la concessione di un'eccessiva tutela alle decisioni definitive per mezzo dell'autorità di cosa giudicata con modalità che ostacolano notevolmente l'effettiva applicazione del diritto dell'Unione». In tal senso le Conclusioni dell'Avvocato Generale Evgeni Tanchev, presentate il 15 luglio 2021, cause riunite C-693/19 e C-831/19. Cfr., per un approfondimento, E. D'ALESSANDRO, *Consumatore e procedimento monitorio nel prisma del diritto europeo - Una proposta per ricondurre a sistema le conclusioni dell'avv. gen. Tanchev*, in *Giur. It.*, 2022, 2, 485 ss.

costituirono i presupposti di quei risultati»⁽¹⁰⁰⁾, escludendo quindi, anche laddove si sostenesse l'acquisizione della natura di cosa giudicata del decreto non opposto (quanto al «diritto consacrato»), la copertura, da parte di quest'ultima, del complesso delle questioni costituenti il presupposto logico e necessario della pronuncia, tra cui rientrerebbe anche l'accertamento della non abusività delle clausole del contratto su cui si fonda lo stesso provvedimento⁽¹⁰¹⁾. A ben vedere, questa impostazione sembra rispecchiare quanto già statuito dalla stessa Corte di Cassazione in talune pronunce del passato⁽¹⁰²⁾, laddove, pur enunciando un principio astrattamente riferi-

⁽¹⁰⁰⁾ In tal senso si veda G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1980. Per ulteriori approfondimenti sul tema, qui non integralmente riproponibili, cfr. A. ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990; E.T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, III, Milano, 1976.

⁽¹⁰¹⁾ Cfr., *ex multis*, S. VINCRE, *Le nullità consumeristiche tra necessità di protezione e di certezza. Brevi osservazioni sulle ricadute della decisione della Corte di giustizia del maggio 2022 sul decreto ingiuntivo e sull'esecuzione*, in AA.VV., *La tutela del consumatore eseguito in prospettiva europea*, a cura di D. Longo, Bari, 2022, 204 ss.; ID, *La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche*, in *Riv. Dir. proc.*, 2023, 4, 1487 ss. Nei suddetti contributi, si precisa che — prescindendo dall'accoglimento della tesi del giudicato o della preclusione *pro iudicato* (di cui alla nota 103) — il «quesito da porsi è su cosa il decreto ingiuntivo divenuto definitivo per mancata opposizione dell'ingiunto produca cosa giudicata/preclusione *pro iudicato*». A tale interrogativo, l'autrice risponde che «il decreto ingiuntivo non opposto produce giudicato solo sul diritto di credito dell'istante e ad esso non si applica il principio del dedotto e deducibile», giacché, per la particolare conformazione del procedimento monitorio, l'accertamento sulla non vessatorietà delle clausole non potrebbe porsi a fondamento del giudizio, quand'anche fosse stato dedotto. Oltretutto — aggiunge l'autrice — è da respingere «l'idea che possa formare oggetto di giudicato ciò che sta nella motivazione di un provvedimento», essendosi realizzato un accertamento *incidenter tantum*.

⁽¹⁰²⁾ Tra tutte si veda Cass., 7 dicembre 2011, n. 26293. Essa, richiamando precedenti della giurisprudenza di legittimità, sostiene che «l'efficacia del giudicato esterno non può giungere fino al punto di far ritenere vincolante, nel giudizio avente ad oggetto le medesime questioni di fatto e di diritto, la sentenza definitiva di merito priva di una specifica *ratio decidendi*, che, cioè, accolga o rigetti la domanda, senza spiegare in alcun modo le ragioni della scelta, poiché, pur non essendo formalmente inesistente e nemmeno nulla (coprendo il passaggio in giudicato, quanto alle nullità, il dedotto e il deducibile), essa manca di un supporto argomentativo che possa spiegare effetti oltre i confini della specifica fattispecie». In particolare precisa poi che «quando, come nel caso di specie, il giudicato sia frutto della mancata opposizione ad un decreto ingiuntivo — la cui motivazione, per stessa natura sommaria del provvedimento (che è emesso senza nessun contraddittorio ed è soggetto all'opposizione dell'ingiunto), è necessariamente succinta — manca un supporto argomentativo che possa spiegare effetti oltre i confini della singola fattispecie».

bile alla generalità delle «pronunce definitive di merito prive di una specifica *ratio decidendi*» (di cui il decreto ingiuntivo rappresenta *lato sensu* il «prototipo») ⁽¹⁰³⁾, si limitava l'estensione del giudicato al solo “dedotto”, proprio a causa di un difetto in termini di motivazione (o — per utilizzare l'espressione richiamata dalla Suprema Corte — in termini di «supporto argomentativo che possa spiegare effetti oltre i confini della singola fattispecie»). Questa interpretazione — dovendo anticipare quanto si andrà compiutamente ad esplicitare nel prosieguo — sembra porsi, oggi, (quasi) in armonia con i richiamati concetti di “generalizzazione” della tutela accordata in sede europea, in quanto quest'ultima, fondandosi — come precedentemente sostenuto — sul più esigente “dovere di *disclosure*” imposto dal principio di effettività, sembra autorizzare il rilievo officioso del g.e. alla luce del “fallimento” — testimoniato dall'incompletezza dell'«informazione trasmessa al giudice successivo» (attraverso la motivazione) — dell'attività giurisdizionale precedente più che della sola garanzia del contraddittorio da assicurare alla parte debole del rapporto. Tuttavia, vi è da considerare come quell'orientamento nazionale (a differenza di quello europeo da ultimo menzionato) sembra escludere la copertura del “deducibile” — a detta di chi scrive — in ragione della fisiologica struttura dello strumento ingiuntivo (in particolare), il quale, di per sé considerato, non potrebbe mai essere in grado di produrre un implicito effetto accertativo a causa della succinta motivazione che gli è propria. Al contrario, l'orientamento europeo non sembra scorgere, nei connotati propri del decreto ingiuntivo, un ostacolo al giudicato (anche implicito), purché venga garantito «un controllo efficace» attraverso una «qualsiasi motivazione», che, dunque, potrebbe essere anche quella tipicamente succinta rinvenibile nel provvedimento monitorio. Come a voler dire che — per il diritto europeo — di scarso interesse (o quasi) risulta essere l'identità del provvedimento cui l'ordinamento nazionale attribuisce efficacia di giudicato, purché

⁽¹⁰³⁾ In tal senso, si veda G. VIGNERA, *Sull'efficacia di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto: Rilievi critici*, in *Il Caso.it*, 2021.

esso sia pronunciato all'esito di un vaglio effettivo sull'(in)esistenza di clausole abusive nel contratto posto a fondamento della sua pronuncia, rispetto al cui controllo la motivazione costituisce unica via di "estrinsecazione". Ciò, quindi, sembra posizionare il problema della formazione di una preclusione sul (menzionato) punto nel contesto della patologia (e non, come esposto inizialmente, della fisiologia) del provvedimento monitorio.

A ben vedere, le richiamate necessità di bilanciamento non sarebbero soddisfatte (se non nei soli risvolti puramente teorici, legati al mancato coinvolgimento della nozione di giudicato) qualora — vagliando un'ulteriore alternativa interpretativa — si disconoscesse, a monte e in toto, la qualità di cosa giudicata sostanziale del provvedimento monitorio non opposto ⁽¹⁰⁴⁾. Ci si riferisce alle — condivi-

⁽¹⁰⁴⁾ Si veda sempre G. VIGNERA, *Sull'efficacia di cosa giudicata del decreto ingiuntivo non opposto: Rilievi critici*, cit. In particolare l'autore specifica che, in caso di mancata opposizione, ciò che viene a determinarsi è il solo carattere definitivo dell'esecutività del provvedimento monitorio, il quale acquista, quindi, la qualità di titolo esecutivo, che potrà essere contrastata «soltanto con l'impugnazione del decreto prevista dall'art. 656 c.p.c. e (ovviamente) solo nei casi ivi considerati». Si tratta, a ben vedere, di un richiamo alle tesi (di origine Redentiana) concernenti la formazione della c.d. "preclusione-presunzione *pro iudicato*", la quale si caratterizzerebbe per la natura puramente processuale e inidonea a produrre «effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in via di esecuzione». Per ulteriori approfondimenti sul tema, qui non integralmente riproponibili, cfr. F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, III, Roma, 1956; E. REDENTI, *Diritto processuale civile*, Milano, 1957; V. ANDRIOLI, *Commento al codice di procedura civile*, III, Napoli, 1957; A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1994; L. MONTESANO, *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Torino, 1994; L.P. COMOGLIO - C. FERRI - M. TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, II, Bologna, 2011; più recentemente, proprio con riferimento alla materia da noi affrontata nel presente contributo, cfr. G. COSTANTINO, «Certezza» del diritto risultante dal titolo esecutivo, «accertamento con prevalente funzione esecutiva», «normativa senza giudizio», «preclusione *pro iudicato*» e clausole vessatorie, in *In executivis*, 2023, laddove si specifica che «le espressioni «normativa senza giudizio», «preclusione *pro iudicato*», «accertamento con prevalente funzione esecutiva», sono indicative delle differenze tra gli effetti che possono essere conseguiti all'esito di un processo con regole predeterminate e dei procedimenti il cui svolgimento è affidato all'estro del giudice», essendo (tali espressioni), quindi, rappresentative dei «limiti oggettivi di efficacia del provvedimento» (in tal senso, si veda G. COSTANTINO, *Clausole vessatorie e stabilità dei rapporti giuridici*, in *In executivis*, 2023); cfr. inoltre A. GIUSSANI - B. SASSANI - R. TISCINI - M. LATINI VACCARELLA - I. FEBBI - B. CAPPONI - F. VIGORITO, *A più voci su esecuzione forzata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. 6 aprile 2023, n. 9479*, in *Rassegna dell'esecuzione forzata*, 2023, 4, 917

sibili, seppur minoritarie — tesi sulla formazione, in capo al decreto ingiuntivo, di una preclusione *pro iudicato* come risultante della “acquiescenza” debitoria, la quale — seguendo, appunto, le citate posizioni Redentiane ⁽¹⁰⁵⁾ — comporterebbe la sola definitiva esecutorietà del provvedimento e consentirebbe, dunque, di non involgere in tale disamina la nozione di cosa giudicata, in quanto preclusa sarebbe solo la proposizione di azioni «*lato sensu* restitutorie», nonché l’instaurazione di un’opposizione all’esecuzione «per ragioni di merito» che, dunque, sia volta a dimostrare la nullità del titolo alla base del credito. Tale approccio, difatti, alla luce del *dictat* europeo, non consentirebbe un agevole “allineamento” dell’ordinamento nazionale rispetto alle esigenze di tutela eurounitaria, giacché dovrebbe comunque confrontarsi con la necessaria deroga cui andrebbe incontro (non l’istituto della *res iudicata*, ma) la richiamata definitiva esecutorietà. Tuttavia, in considerazione dell’ormai consolidato (e lontano dalle — appena affrontate — impostazioni interpretative) orientamento della Suprema Corte di Cassazione ⁽¹⁰⁶⁾ e della preva-

ss., in cui si definisce come «più convincente» la tesi della preclusione *pro iudicato*, giacché non sussiste alcun richiamo della disciplina speciale alle norme sul giudicato sostanziale. In tal senso cfr. anche B. CAPPONI, *La Corte di Giustizia stimola una riflessione su contenuto e limiti della tutela monitoria*, in *Judicium*, 2023.

⁽¹⁰⁵⁾ Si veda nota precedente. Cfr., inoltre, L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, in *Rivista di diritto bancario*, 2023, 1, 64 ss. Qui l’autrice, abbracciando la tesi della preclusione *pro iudicato*, sostiene come l’elemento messo in discussione dalla Corte di Giustizia si ridurrebbe unicamente all’impossibilità di prospettare un’opposizione all’esecuzione per ragioni di merito a seguito della definitiva esecutorietà del provvedimento monitorio.

⁽¹⁰⁶⁾ Si veda, *ex multis*, Cass., 24 marzo 2006, n. 6628, dove si precisa che «l’efficacia di giudicato copre l’accertamento, oltre che del singolo effetto fatto valere, anche del rapporto obbligatorio che di quell’effetto costituisce l’antecedente logico necessario. Analogamente, il decreto ingiuntivo acquista, al pari di una sentenza di condanna, autorità ed efficacia di cosa giudicata sostanziale, in relazione al diritto in esso consacrato tanto in ordine ai soggetti ed alla prestazione dovuta quanto all’inesistenza di fatti estintivi, impeditivi o modificativi del rapporto e del credito». Si veda inoltre — sempre tra le tante — Cass., 28 novembre 2017, n. 28318, dove si ribadisce che la prevalente giurisprudenza di legittimità, nonché la prevalente dottrina, siano orientati verso la tesi appena esposta. In particolare, si legge, «il riconoscimento della piena equiparazione della efficacia di giudicato al decreto monitorio non opposto, ai sensi dell’articolo 2909 c.c., viene ad estendere la efficacia preclusiva dell’accertamento, nei successivi giudizi proposti tra le stesse parti, anche alle questioni presupposte che sono state oggetto di accertamento implicito nel

lente dottrina ⁽¹⁰⁷⁾ circa il travolgimento del c.d. “deducibile” da parte dell’intervenuto giudicato (anche con riferimento al decreto ingiuntivo non opposto), si mostra necessaria una riflessione sulla possibile conciliabilità dell’assetto interpretativo, ormai raggiunto nel contesto nazionale, con il nuovo “standard minimo” di tutela accolto nel contesto giurisdizionale europeo. Partendo dunque dal presupposto che, in caso di mancata opposizione, il provvedimento monitorio è in grado di spiegare forza di giudicato, e chiarito che la normativa nazionale potrà considerarsi rispondente al diritto UE (consentendo dunque la formazione di una effettiva preclusione sul punto) qualora, in virtù di una conforme interpretazione del disposto dell’art. 641 c.p.c. ⁽¹⁰⁸⁾, consenta una reale tutela delle prerogative di difesa del consumatore in materia di clausole abusive, le Sezioni Unite, nella richiamata pronuncia n. 9479, sembrano voler “forzare” la percorribilità di un’opzione interpretativa più conservativa degli approdi nazionali in materia di cosa giudicata, attraverso un’operazione “normativa” resa possibile dall’impiego degli strumenti dell’interpretazione e, soprattutto, della disapplicazione. La *ratio* ispiratrice

precedente procedimento d’ingiunzione, non essendo più consentito al debitore — convenuto ovvero opponente — nel successivo giudizio avente ad oggetto l’accertamento del diverso credito, porre in discussione la validità ed efficacia del medesimo rapporto in cui aveva trovato titolo il credito non opposto».

⁽¹⁰⁷⁾ Tanto si desume, in particolar modo, dai rimedi apprestati dall’art. 650 c.p.c. e 656 c.p.c., la cui natura fa propendere verso la qualificazione degli stessi come mezzi di impugnazione straordinaria (si veda A. RONCO, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, Torino, 2000; E. GARBAGNATI, *Il procedimento d’ingiunzione*, Milano, 2012). Per ulteriori approfondimenti sul tema, qui non integralmente riproponibili, cfr. R. SCIACCHITANO, voce Ingiunzione (dir. proc. civ.), in *Enc. dir.*, XXI, Milano, 1971; P. PAJARDI, *Il procedimento monitorio*, Milano, 1991; A. CARRATTA, *Profili sistematici della tutela anticipatoria*, Torino, 1997; A. VALITUTTI - F. DE STEFANO, *Il decreto ingiuntivo e la fase di opposizione*, Padova, 2008; B. CAPPONI, *Decreto ingiuntivo e giudicato. Gli orientamenti giurisprudenziali*, in *Il procedimento d’ingiunzione, opera diretta da Capponi*, Bologna, 2009, 691; C. MANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2009; F.P. LUISSO, *Diritto processuale civile*, cit.

⁽¹⁰⁸⁾ Che impone, chiariscono le Sezioni Unite, sia un obbligo di motivazione tale «da consentire al debitore consumatore di valutare con piena cognizione di causa se occorra proporre opposizione avverso il decreto ingiuntivo», sia un onere di specificazione nell’ambito della c.d. *provocatio ad opponendum*, consistente nella precisazione che, in assenza di opposizione, egli «decadrà dalla possibilità di far valere l’eventuale carattere abusivo delle clausole del contratto».

dell'intervento nomofilattico ci sembra condivisibile, in quanto il concetto di autonomia procedurale sembra atteggiarsi come “fluido”, capace di occupare anche i più minuti spazi concessigli nel solco di quei limiti rappresentati dall'effettività e dall'equivalenza della tutela, necessitando, dunque, di un approccio “modellatore” che tenda a garantirne, dal lato “interno”, la massima (possibile) espansione, a fronte di una tendenza europea che sembra mostrarsi sempre più incline a concretizzare profili di armonizzazione, pronti, specularmente (e in un'ottica di risultato), a fagocitare quegli spiragli di autonomia lasciati “sguarniti” dai singoli ordinamenti.

E tuttavia non sempre il fine giustifica i mezzi. Se apprezzabile risulti essere il non remissivo (nei “consapevoli” termini poc'anzi esposti) approccio della Suprema Corte, dinanzi ad un orientamento eurounitario che, apparentemente, non sembra voler rifuggire — come testimoniato dalle conclusioni dell'Avvocato generale ⁽¹⁰⁹⁾ e come reso anche più esplicito dalla più recente pronuncia della Corte di Giustizia del 4 maggio 2023, n. 200 — la possibilità di ammettere una restrizione del perimetro del giudicato, non altrettanto pienamente condivisibile si mostra la scelta di privilegiare — rimaneggiandolo — lo strumento processuale dell'opposizione tardiva *ex art.* 650 c.p.c., allo scopo di evitare, per preservare la coerenza di fondo dell'impalcatura processual-civilistica nazionale, l'eccezionale sottrazione del provvedimento monitorio alla disciplina di cui al 2909 c.c.

5. L'adeguamento della procedura nel quadro normativo nazionale: le “direttive” nomofilattiche della Suprema Corte e i rispettivi profili di criticità.

Ragionando dunque in chiave patologica, nel caso in cui l'onere del rilievo officioso spetti al giudice dell'esecuzione, la Suprema Corte, in considerazione della natura retroattiva delle

⁽¹⁰⁹⁾ In cui si legge che «vietare al giudice dell'esecuzione di effettuare, per la prima volta, la valutazione del carattere abusivo delle clausole soltanto per via del giudicato implicito del decreto ingiuntivo rende impossibile eseguire un controllo dell'abusività in qualsiasi fase del procedimento».

pronunce della Corte di Giustizia, ha riadattato i meccanismi processuali messi a disposizione dall'apparato codicistico, affinché questi potessero consentire «sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito» (oltre il quale, sempre in un'ottica di bilanciamento, sarà apprestata solo una tutela a carattere risarcitorio ⁽¹¹⁰⁾), il rispetto effettivo della disciplina eurounitaria.

Le argomentazioni spese a sostegno dell'impostazione nomofilattica così cristallizzata sono plurime, e rispetto alle stesse occorre evidenziare alcuni punti critici.

Come precisato dalle stesse Sezioni Unite, il precedente intervento giurisprudenziale della Corte di Lussemburgo (in particolare con la sentenza *SPV/Banco di Desio*) si era arrestato alla sola constatazione del doveroso potere di rilievo (ma non di accertamento e di declaratoria) dell'abusività delle clausole, circostanza che, quindi, non sembrava imporre necessariamente una "concentrazione" dei relativi poteri in capo al giudice dell'esecuzione, anche perché, come si ricava dalle conclusioni dell'Avvocato generale, «le norme che disciplinano le procedure applicabili all'esame del carattere asseritamente abusivo di una clausola contrattuale sono soggette all'ordinamento giuridico degli Stati membri, purché esse non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe soggette al diritto nazionale (principio di equivalenza) e non rendano impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti ai consumatori dal diritto dell'Unione (principio di effettività)» ⁽¹¹¹⁾, consentendo quindi l'utilizzo di un rimedio (quale quello dell'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*) presupponente l'attivazione del consumatore in un diverso giudizio di merito; tuttavia, come si è detto con riferimento alle elaborazioni giurisprudenziali in materia di rilievo officioso delle nullità, la differenziazione tra rilievo e de-

⁽¹¹⁰⁾ In questo senso anche Cass., 29 marzo 2023, n. 8911.

⁽¹¹¹⁾ Sempre ribadendo che «il rispetto del principio in questione non possa giungere al punto di supplire integralmente alla completa passività del consumatore» (si veda Corte Giust. UE, 10 ottobre 2015, C-32/14, *ERSTE Bank Hungary*).

claratoria rinveniva la propria *ratio* giustificativa nella necessaria (e propedeutica all'accertamento) formazione del contraddittorio sul punto, potendo quest'ultimo — nel caso di specie — venir comunque assicurato nel contesto di un incidente cognitivo in sede esecutiva e non presentandosi, dunque, come argomentazione decisiva ai fini della preferibilità dell'opposizione di cui all'art. 650 c.p.c.; quest'ultima, prosegue la Suprema Corte, consentirebbe «di far salvo il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile», giacché, sempre riportando quanto da essa argomentato, è rimedio che «lo stesso ordinamento appresta contro il giudicato», il quale ultimo, dunque, non dovrà esser riconosciuto come recessivo relativamente alle già definite «questioni pregiudiziali in senso logico» (con riferimento, in particolare, alla natura abusiva delle clausole), che potranno, coerentemente con l'autonomia processuale nazionale, continuare a essere coperte dall'autorità dello stesso, legittimando tuttavia, attraverso la configurazione dei suoi presupposti, l'esperibilità di quell'unico rimedio straordinario a disposizione, in considerazione dell'inattivabilità obbligata del rimedio revocatorio di cui all'art. 656 c.p.c. (impercorribile a causa della tassatività che lo connota); tuttavia, sebbene — come in precedenza rimarcato — comprensibile appare la volontà di evitare stravolgimenti circa gli approdi concettualistici afferenti la portata del giudicato, a parere di chi scrive, lo strumento dell'opposizione tardiva a decreto ingiuntivo sembrerebbe tradire il fine ultimo animante l'intervento (della stessa Corte di Giustizia, nonché) delle Sezioni Unite. Difatti, qualora la clausola abusiva, viziante il contratto inglobante il diritto di credito (posto a fondamento del titolo esecutivo), si sostanziasse — come nelle vicende processuali che hanno condotto all'intervento nomofilattico — in una disposizione illegittimamente derogatoria del foro del consumatore, l'esperibilità del solo rimedio di cui all'art. 650 c.p.c. vincolerebbe il debitore dinanzi allo stesso ufficio giudiziario (sin dall'inizio) incompetente per contrasto con la norma imperativa di cui alla Direttiva europea di riferimento

(112). A ben vedere, tale argomento — già di per sé considerato — potrebbe costituire la “ragion più liquida” sufficiente ad escludere la preferibilità dello strumento in questione, non potendosi nemmeno ritenere dirimenti le osservazioni operate circa i benefici del processo telematico, soprattutto in ragione della copertura costituzionale offerta — dall’art. 25 della Carta fondamentale — al principio del giudice naturale. Qualora, però, si voglia — ragionando *a fortiori* — proseguire in quest’ottica di confronto, si potrebbe sostenere che il rimedio indicato dalle Sezioni Unite si distinguerebbe comunque in senso positivo, sotto il profilo della «effettività dello statuto protezionistico del consumatore» (113), in particolar modo laddove consenta al giudice di operare «quella delibazione integrale non effettuata in precedenza» — che mal si concilierebbe con gli scarni poteri cognitivi riconosciuti al giudice dell’esecuzione (di cui agli artt. 484 c.p.c. e ss.) (114) — per giungere ad un pronunciamento idoneo, in quanto adottato all’esito di un giudizio a cognizione piena, al passaggio in giudicato; sempre a detta di chi voglia sostenere la costruzione in commento, i suddetti argomenti porterebbero a preferire la soluzione di cui all’art. 650 c.p.c. rispetto all’alternativa — già accreditata in dottrina — individuante una “strada maestra” nella configurazione di un incidente endoesecutivo di cognizione (analogo a quello previsto dagli artt. 549 c.p.c. e 512 c.p.c.) (115) o nella proposizione di un’opposizione all’esecuzione (116).

(112) Tale aspetto viene messo in evidenza, *ex multis*, anche in C. CONSOLO, *Istruttoria (monitoria “ricarburata”*, cit., 1056 ss.; L. BACCAGLINI, *Il decreto ingiuntivo emesso nei confronti del consumatore*, cit., 952 ss.; S. VINCRE, *La Corte di Giustizia e le Sezioni Unite della Cassazione sulle nullità consumeristiche*, cit.

(113) In tal senso si veda R. ROSSI, *Clausole abusive e decreto ingiuntivo non opposto: il consumatore alla ricerca del rimedio effettivo*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit.

(114) In tal senso anche V. CECCARELLI, *La tenuta del giudicato civile alla prova della tutela consumeristica. I poteri del giudice dell’esecuzione sotto la lente della Corte di Giustizia*, cit.

(115) Tesi sostenuta in E. D’ALESSANDRO, *Il decreto ingiuntivo non opposto emesso nei confronti del consumatore*, cit.

(116) Tesi sostenuta in E. SCODITTI, *Quando il diritto sta nel mezzo di due ordina-*

Ciò, tuttavia, non ci sembra condivisibile.

È innanzitutto da premettere che – sempre a parere di chi scrive — *discrimen* per valutare l’idoneità del rimedio (ipoteticamente) preferibile, dovrebbe individuarsi nella lettera della Direttiva, laddove — precisamente all’art. 7 — si pone l’accento sulla cura dell’«interesse» del consumatore (nonché dei concorrenti professionali), da assicurare attraverso «mezzi adeguati ed efficaci per far cessare l’inserzione di clausole abusive». Si tratta, a ben vedere, di parametri (quelli dell’adeguatezza e dell’efficacia) da riempire di contenuto (anche) attraverso la ponderazione di quell’interesse inizialmente citato, non potendosi discorrere di strumento processuale adeguato ed efficace, qualora lo stesso si traduca in una situazione di svantaggio per il consumatore. Se è vero, dunque, che il primo degli alternativi rimedi menzionati porterebbe ad una pronuncia, da parte del giudice dell’esecuzione, sotto forma di ordinanza ex art. 487 c.p.c., la quale, determinando un accertamento rilevante ai soli fini del processo esecutivo, sarebbe inidonea al giudicato ed esporrebbe il consumatore «al rischio di nuove procedure esecutive (anche sullo stesso bene)», altrettanto corretto è osservare che l’attribuzione, in capo al giudice dell’esecuzione, del potere di pronunciarsi sul punto, potrebbe rivelarsi svantaggiosa per il consumatore solo qualora il potere in questione avesse matrice esclusiva, circostanza però logicamente esclusa dalla stessa inidoneità al giudicato del provvedimento ⁽¹¹⁷⁾; sarebbe, inoltre, contraddittorio ritenere che tale “impermeabilità” al giudicato del provvedimento sia da considerare, per ciò solo, vulnerante le prerogative di tutela del consumatore, in quanto, se così fosse, lo stesso dovrebbe dirsi per il doveroso (come riconosciuto anche dalla Suprema Corte) rigetto del ricorso monitorio, che, come già detto, non ne preclude la riproposizione. Ciononostante, l’esigenza di cristallizzare (con un provvedimento idoneo

menti: il caso del decreto ingiuntivo non opposto e in violazione del diritto dell’Unione europea, in [Questionegiustizia.it](https://www.questionegiustizia.it), 2023.

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. A. GIUSSANI, *A più voci su esecuzione forzata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. 6 aprile 2023, n. 9479*, cit.

al giudicato) la non assoggettabilità del consumatore — quale soggetto passivo — a ulteriori procedimenti esecutivi, non verrebbe comunque sacrificata, giacché l’ordinanza in questione, ai sensi dell’art. 617 c.p.c., potrebbe essere fatta oggetto di opposizione agli atti esecutivi, la quale consentirebbe l’instaurazione di un giudizio a cognizione piena, a nulla rilevando, invece, l’obiezione secondo cui la sentenza pronunciata all’esito di tale ultimo rimedio non permetterebbe di assicurare — a differenza dell’opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* — il doppio grado di tutela giurisdizionale (essendo essa unicamente ricorribile in Cassazione *ex art. 111 comma 7 Cost.*); difatti, oltre a mancare — nel contesto delle pronunce europee — un esplicito riferimento alla necessità di garantirlo, non sembra nemmeno trovare obbligata copertura costituzionale.

Per quanto concerne il secondo dei rimedi proposti in alternativa (*ex art. 615 c.p.c.*), si potrebbe sostenere — sempre a detta di chi voglia contestarne la percorribilità — che i profili di criticità ristagnino nella struttura. In presenza di un titolo giudiziale, difatti, potranno essere oggetto di opposizione soltanto fatti successivi ed esterni al titolo, giacché «eventuali precedenti vizi del titolo, *in procedendo o in iudicando*, dovranno essere fatti valere, non in sede esecutiva, ma solo nell’ambito del processo di cognizione»⁽¹¹⁸⁾, con la conseguenza che, prendendo in considerazione l’ipotesi del decreto ingiuntivo dotato di esecutorietà provvisoria (*ex art. 642 c.p.c.*) o “definitiva” (determinata dalla mancata opposizione *ex art. 647 c.p.c.*), tale contestazione potrà avvenire, rispettivamente, nel giudizio di opposizione instaurato *ex art. 645 c.p.c.* o nel giudizio di opposizione tardiva previsto dall’art. 650 c.p.c., entrambi frutto di un’espressa previsione legislativa che, nel se-

⁽¹¹⁸⁾ In tal senso, N. PICARDI, *Manuale del Processo Civile*, 4^a ed., Milano, 2019, 706 ss. Autorevole dottrina, proprio a tale riguardo, ha sostenuto la tesi della “degradazione” del decreto ingiuntivo non opposto al rango di titolo stragiudiziale, per la parte relativa alle clausole vessatorie. In tal senso B. CAPPONI-A.M. SOLDI, *Consumatore e decreto ingiuntivo: le soluzioni ermeneutiche percorribili per l’integrazione tra diritto eurounitario e diritto interno*, in *judicium*, 2023; B. CAPPONI, *Prmissime considerazioni su SS.UU. 6 aprile 2023 n. 9479*, in *Giustiziansieme.it*, 2023.

condo caso, sembra essere resa ancor più necessaria (e dunque inderogabile) dalla preclusione determinata dal sopravvenuto giudicato. Si consideri, inoltre, che, seppur l'art. 615 c.p.c. consenta la sospensione dell'esecutività del titolo giudiziale, difficilmente, nella prassi, il giudice così adito riuscirà a pronunciarsi sulla relativa istanza prima che sia decorso il termine di dieci giorni dalla notificazione del precetto, utile al creditore, *ex art. 482 c.p.c.*, per eseguire il pignoramento (tenuto conto che, ai sensi del secondo comma, potrebbe anche esser autorizzata l'esecuzione immediata); quest'ultimo profilo, in particolare, impone l'ulteriore considerazione secondo cui accordare una tutela esclusivamente all'interno del processo esecutivo, mediante gli strumenti appena esaminati, costringerebbe il consumatore "a subire l'azione esecutiva" ⁽¹¹⁹⁾, a differenza dell'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.*, connotantesi invece per la sua proponibilità, oltre che successiva, anche anteriore rispetto alla notificazione del precetto. Provando a replicare a tali annotazioni, potremmo segnalare come la circoscrizione dell'opposizione *ex art. 615 c.p.c.* ai soli fatti estintivi, modificativi o impeditivi intervenuti successivamente rispetto all'ultimo momento utile per la relativa allegazione nel giudizio di cognizione, assuma rilevanza nel solo contesto delle opposizioni c.d. «di merito» — imperniate, dunque, sulla contestazione dell'inesistenza (originaria o sopravvenuta) del diritto risultante dal titolo — non venendo, invece, in rilievo qualora — per il tramite del predetto strumento — si intenda denunciare il difetto delle condizioni d'esistenza (nei termini che proporremo più avanti) dell'azione esecutiva ⁽¹²⁰⁾; in quest'ultimo caso, inoltre, vi sarebbe spazio per il rilievo officioso da parte del g.e. e, ancor prima, per il rifiuto — da parte dell'ufficiale giudiziario — di procedere con il pignoramento, in considerazione dell'assenza di un valido titolo esecutivo, circostanza che consentirebbe al de-

⁽¹¹⁹⁾ In tal senso si veda sempre R. ROSSI, *Clausole abusive e decreto ingiuntivo non opposto: il consumatore alla ricerca del rimedio effettivo*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit.

⁽¹²⁰⁾ Cfr. sempre G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit.

bitore di non subire “concretamente” l’azione esecutiva. Tra l’altro, nella costruzione operata dalle Sezioni Unite, sembra porsi l’ulteriore problema del coordinamento tra la riconduzione dell’esame sull’abusività delle clausole nella sede dell’opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* e la sospensione del processo esecutivo già in corso, laddove, in particolare, si specifica che il giudice dell’esecuzione «fino alle determinazioni del giudice dell’opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell’art. 649 c.p.c., non procederà alla vendita o all’assegnazione del bene o del credito». Come anche osservato da autorevole dottrina, si assiste, in tal modo, alla legittimazione giurisprudenziale di un anomalo arresto della procedura esecutiva, il quale assume le forme di una «paralisi ufficiosa» — in quanto non presupponente alcuna iniziativa di parte — che, oltre a non trovare supporto nel dato normativo, non può nemmeno fregiarsi di una reale valenza cautelare, a causa della impossibilità — dovuta proprio al suo carattere ufficioso — di concreta identificazione dei presupposti del *periculum in mora* e del *fumus boni iuris*. Dunque, seppur il rimedio prospettato dalla Cassazione consenta di sospendere l’esecutività del titolo, appare chiaro come non risolva (se non con la forzatura “creativa” appena menzionata) il problema della sospensione dell’esecuzione già in corso ⁽¹²¹⁾; questione che, al contrario, non si pone relativa-

⁽¹²¹⁾ Cfr. P. FARINA, *Le sezioni unite rispondono alla Corte di giustizia creando un nuovo istituto. L’opposizione ultra-tardiva a decreto ingiuntivo e l’effettività della tutela consumeristica*, in *Foro It.*, 2023, 5, I, 1474 ss.; C. CONSOLO, *Istruttoria monitoria “ricarburata”*, cit. Qui si segnala che, a fronte dell’impossibilità, per il giudice dell’esecuzione, di disporre — salva la necessaria «stasi liquidatoria» — la sospensione del processo esecutivo (attribuita — nella soluzione della Suprema Corte — esclusivamente al giudice di cui all’art. 650 c.p.c.), si potrebbe configurare la circostanza per cui il «pignoramento eseguito dopo la “riqualificazione” della opposizione a precetto, ma prima della sospensione dell’efficacia esecutiva del titolo esecutivo giudiziale, rimanga in vita, e conservi tutti i suoi effetti potenzialmente per tutto il corso dei tre gradi di giudizio in cui si articola la pendenza della opposizione a decreto ingiuntivo». Proprio tale riqualificazione prospettata dalla Suprema Corte, inoltre, solleva dubbi quanto alle conseguenze processuali della (naturale) diversità connotante l’oggetto delle opposizioni, giacché — riprendendo B. CAPPONI, *il g.e. e la Cass.*, *SS.UU.*, 6 aprile 2023, n. 9479, cit. — l’opposizione al precetto «non potrebbe occuparsi dell’intrinseco del titolo», che costituisce invece «oggetto istituzionale» dell’opposizione tardiva. In particolare non è chiaro cosa dovrebbe accadere

mente all'opposizione all'esecuzione, la quale trova un aggancio normativo nell'art. 624 c.p.c., e, oltretutto, consente di evitare le – altrettanto creative – soluzioni della «riqualificazione» e della *translatio iudicii* che la Suprema Corte ha cristallizzato al fine di consentire l'incardinamento della causa dinanzi al giudice di cui all'art. 650 c.p.c. ⁽¹²²⁾. Parimenti centrale, nella presente disamina, si presenta il tema della certezza dei termini entro cui azionare lo strumento processuale. La Corte di Cassazione, in quanto conscia che il termine di cui al terzo comma dell'art. 650 c.p.c. non avrebbe consentito la tutela effettiva della posizione del consumatore (considerato che, come già puntualizzato, il rilievo dell'abusività e, conseguentemente, l'esperibilità del rimedio idoneo, devono essere assicurati «sino al momento della vendita o dell'assegnazione del bene o del credito»), ha ritenuto necessario giungere alla disapplicazione dello stesso, sostituendolo con il diverso termine di quaranta giorni ⁽¹²³⁾, decorrente dall'esito del

qualora, accanto ai motivi riferiti all'abusività delle clausole (proposti con la prima e assorbiti dalla seconda), con l'opposizione al precetto si fossero fatti valere anche motivi «a contenuto strettamente esecutivo». Nell'incertezza, dettata da una mancata pronuncia sulla questione, si dovrebbe optare, a detta dell'autore, per una separazione delle cause, in forza della quale il giudice dell'opposizione a precetto manterrebbe «tutti i suoi poteri, anche inibitori, legati alle contestazioni propriamente esecutive».

⁽¹²²⁾ Nella richiamata pronuncia, infatti, viene specificato che «se il debitore ha proposto opposizione all'esecuzione ex art. 615, primo comma, c.p.c., al fine di far valere l'abusività delle clausole del contratto fonte del credito ingiunto, il giudice adito la riqualificherà in termini di opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. e rimetterà la decisione al giudice di questa (*translatio iudicii*)». Cfr., sul punto, R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C, decreto ingiuntivo non opposto, giurisprudenza euorounitaria e sezioni unite: meta-realtà e diritto a metà*, in *Foro it.*, 2023, 5, I, 1486 ss. Qui, in particolare, vengono messe in luce le criticità legate alla «navigazione tra fori differenti» e all'«artificiosità della separazione dell'eventuale cumulo di motivi di opposizione tra giudici diversi», puntualizzando come la *ratio* ispiratrice di tale «complicazione» — consistente nella «netta e invalicabile separazione di mondo della cognizione e mondo dell'esecuzione» — appartenga ormai ad una realtà superata dagli interventi della Corte di Giustizia, in quanto ostativa alla tutela del consumatore. Per ulteriori approfondimenti cfr. B. SASSANI-R. TISCINI, *A più voci su esecuzione forzata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. 6 aprile 2023, n. 9479*, cit.

⁽¹²³⁾ Questo, precisa la Cassazione, viene ad essere mutuato dal disposto dell'art. 641 c.p.c., con l'intento di assicurare coerenza di sistema nell'utilizzo degli strumenti dell'interpretazione conforme e della disapplicazione.

controllo operato in sede esecutiva. Aspre (e condivisibili) critiche sono state mosse dalla dottrina, non solo con riferimento al — già più volte lamentato — carattere creativo connotante, in questo caso, lo stravolgimento dei termini di operatività disegnati dall'art. 650 c.p.c., ma anche relativamente al contrasto che tale impostazione determinerebbe rispetto alla *ratio* informante il d.l. 3 maggio 2016, n. 59⁽¹²⁴⁾, il quale, modificando il secondo comma dell'art. 615 c.p.c.⁽¹²⁵⁾ e imponendo, quale limite temporale alla proponibilità dell'opposizione, l'udienza di autorizzazione alle operazioni di vendita, sembrerebbe voler soddisfare esigenze di tutela del legittimo affidamento del creditore procedente e dei terzi intervenuti potenziali acquirenti dei beni pignorati⁽¹²⁶⁾, a differenza del rimedio privilegiato dal giudice di legittimità, reo, invece, di aver permesso al consumatore, attraverso una prospettazione più generica del *dies ad quem*, di instaurare il relativo giudizio di cognizione entro un termine più ampio, disattendendo dunque quella logica implicitamente sottesa alla lettera della norma. Dovendo, tuttavia, ragionare obiettivamente, la scelta operata dalle Sezioni Unite — quanto a quest'ultimo profilo — potrebbe trovare giustificazione negli stessi approdi giurisprudenziali della Corte di Lussemburgo. Difatti, la lettura combinata del punto 2 del dispositivo della citata sentenza *Ibercaja Banco*, che già da solo consente di identificare quale termine preclusivo per la rilevazione del carattere abusivo della clausola (e conseguente attivazione rimediale del consumatore) quello corrispondente all'avvenuto trasferimento del bene⁽¹²⁷⁾, e del punto 57 contenuto in

⁽¹²⁴⁾ Poi convertito in l. 30 giugno 2016, n. 119.

⁽¹²⁵⁾ Specificando che «Nell'esecuzione per espropriazione l'opposizione è inammissibile se è proposta dopo che è stata disposta la vendita o l'assegnazione a norma degli articoli 530, 552, 569, salvo che sia fondata su fatti sopravvenuti ovvero l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile».

⁽¹²⁶⁾ In tal senso si veda I. FEBBI, *Impressioni a caldo sulla Sentenza della Corte di Cassazione S.U. 9479/2023*, in *Judicium*, 2023.

⁽¹²⁷⁾ Difatti qui si legge che «l'art. 6, par. 1, e l'art. 7, par. 1, della Dir. 93/13 devono essere interpretati nel senso che essi non ostano a una normativa nazionale che non autorizza un organo giurisdizionale nazionale, che agisce d'ufficio o su domanda del consumatore, a esaminare l'eventuale carattere abusivo di clausole contrattuali quando la

motivazione, che specifica come debba escludersi l'ammissibilità di un esame sul punto che comporti «l'annullamento degli atti di trasferimento della proprietà» e che rimetta in discussione «la certezza giuridica del trasferimento di proprietà già effettuato nei confronti di un terzo», testimonia come il giudice europeo, nel bilanciare la tutela del consumatore esecutato con quella del terzo (acquirente o assegnatario), abbia individuato come limite invalicabile l'esigenza di fare salvi i diritti reali acquistati dai terzi all'esito dell'espropriazione forzata, circostanza che, dunque, ha riconosciuto margine di manovra alla Cassazione, in quanto ipoteticamente idonea a consentire un'operatività del rimedio anche oltre il disposto dell'art. 615 comma 2 c.p.c.; fin quando, cioè, l'effetto traslativo non si sia perfezionato (con il decreto di trasferimento *ex art. 586 c.p.c.* in caso di espropriazione immobiliare, o con l'integrale pagamento del prezzo in caso di espropriazione mobiliare ⁽¹²⁸⁾). E tuttavia, ciò non costituisce — a parere di chi scrive — argomentazione idonea a far preferire lo strumento dell'opposizione tardiva (*ex art. 650 c.p.c.*) a quello dell'opposizione all'esecuzione (*ex art. 615 c.p.c.*); difatti, anche volendo concludere — come fanno le Sezioni Unite — che la carenza dei menzionati requisiti formali del provvedimento monitorio finisca per integrare una «causa non imputabile impeditiva» della tempe-

garanzia ipotecaria sia stata escussa, il bene ipotecato sia stato venduto e i diritti di proprietà relativi a tale bene siano stati trasferiti a un terzo, purché il consumatore il cui bene è stato oggetto di un procedimento di esecuzione ipotecaria possa far valere i suoi diritti in un procedimento successivo, al fine di ottenere il risarcimento, ai sensi della direttiva in parola, delle conseguenze economiche risultanti dall'applicazione di clausole abusive».

⁽¹²⁸⁾ Per un approfondimento sul punto, qui non esaustivamente operabile, cfr. F.D. BUSNELLI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Comm. cod. civ., sub artt. 2919-2921*, VI, Torino, 1980, 309 ss.; S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, XX, Torino, 1985, 237; A. BONSIGNORI, *Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione*, in *Comm. Schlesinger*, Milano, 1988, 34; M.L. SPADA, *L'efficacia traslativa della vendita nel procedimento di espropriazione forzata*, in *Annali del Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: società, ambiente, culture*, Taranto, 2021, 299 ss.; S. LEUZZI, *Il decreto di trasferimento in ambito esecutivo e concorsuale e il tempo non mediato delle cancellazioni*, in *In Executivis*, 2022; P. FARINA, *Il decreto di trasferimento: natura, effetti e profili applicativi*, in *In Executivis*, 2022.

stiva proposizione dell'opposizione a decreto ingiuntivo *ex art.* 645 c.p.c. (in ossequio a quel dovere riequilibrativo del rapporto negoziale gravante sul giudice), consentendo quindi la piena integrità dei presupposti operativi di cui all'art. 650 c.p.c. ⁽¹²⁹⁾, allo stesso modo si potrebbe osservare come tali premesse autorizzerebbero anche l'ammissibilità — ai sensi del secondo comma dell'art. 615 c.p.c. — di un'eccezionale (in quanto successiva alla "disposizione" della vendita o dell'assegnazione) opposizione all'esecuzione, qualora, per l'appunto, «l'opponente dimostri di non aver potuto proporla tempestivamente per causa a lui non imputabile». Tale rimedio, dunque, consentirebbe comunque di estendere — conformemente al limite implicito costituito dell'effettivo trasferimento del diritto reale (oltre il quale può porsi la sola tutela risarcitoria) — il termine della tutela consumeristica "in forma specifica" oltre le udienze di cui agli artt. 530, 552 e 569 c.p.c., e ciò senza mutuare un termine "artificiale" di 40 giorni per l'esperibilità dell'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c.

Quanto finora esposto, dunque, consente di evidenziare la non decisività delle argomentazioni adottate per escludere l'attività — nel rispetto dei connotati strutturali che la legge vi attribuisce — dei rimedi alternativamente rinvenibili nel nostro ecosistema processuale, il quale, a ben vedere, sembra imporre

⁽¹²⁹⁾ Esso prevede al comma 1 che «l'intimato può fare opposizione anche dopo scaduto il termine fissato nel decreto, se prova di non averne avuta tempestiva conoscenza per irregolarità della notificazione o per caso fortuito o forza maggiore». Questi ultimi due presupposti, attraverso il riferimento alla sentenza della Corte Cost., 20 maggio 1976, n. 120, devono essere interpretati — si legge nella pronuncia delle Sezioni Unite — «proprio nel significato di 'causa ... non imputabile' o di 'circostanze non dipendenti dalla ... volontà' impeditive dell'esercizio del diritto di azione e difesa in giudizio»; tuttavia (si eccepisce in E. D'ALESSANDRO, *Dir. 93/13/CEE e decreto ingiuntivo non opposto: le Sez. un. cercano di salvare l'armonia (e l'autonomia) del sistema processuale nazionale attraverso una lettura creativa dell'art. 650 c.p.c.*, in *Giur. It.*, 2023, 5, 1053 ss.), il caso fortuito e la forza maggiore che normalmente soddisfano i presupposti dell'art. 650 c.p.c., sono «eventi esterni al procedimento monitorio», trattandosi invece, nel caso di specie, di un *error*, inteso come «nullità processuale in cui è incorso il giudice del procedimento monitorio».

ulteriori considerazioni critiche riguardanti la soluzione prescelta dalla Suprema Corte.

Problematica, difatti, è la questione relativa alla sussistenza (o meno) di un potere/dovere — in capo al giudice dell'esecuzione — di appurare anche la puntualità della motivazione fornita dal giudice che ha emesso il decreto ingiuntivo, in punto di abusività delle clausole contrattuali ⁽¹³⁰⁾. A tal proposito, la scansione processuale enucleata in sentenza fa dipendere — come si è detto — l'onere di rilievo officioso del giudice della fase esecutiva, dall'assenza di relativa motivazione; circostanza che, sul piano pratico, potrebbe lasciar spazio a dubbi circa il grado di sufficienza richiesto per la stessa (motivazione), tenuto conto che a scontrarsi sono gli obiettivi di celerità della fase monitoria (inconciliabile con i tempi di risposta giudiziaria che occorrerebbero per la redazione di un apparato motivazionale complesso), e la disciplina prevista dall'art. 34 del codice del consumo (che detta il complesso svolgimento del giudizio di vessatorietà delle clausole), il quale, ai sensi del comma 1, impone addirittura, quale criterio ermeneutico cui

⁽¹³⁰⁾ A tal proposito si veda la risposta fornita da B. CAPPONI, *Il g.e. e la Cass.*, *SS.UU.*, 6 aprile 2023, n.9479, in *Judicium*, 2023. Qui si afferma, difatti, che «Il d.i. non opposto deve motivare sulle clausole di protezione, ma non spetta al g.e. il controllo circa la giustizia, la legittimità o la sufficienza della motivazione, se graficamente esistente», essendo addirittura sufficiente una «formula di stile» o «un qualsiasi passaggio che dimostri la consapevolezza del giudice di aver conosciuto delle nullità di protezione». *Contra* F. ASTONE, *Clausole abusive e giudicato implicito*, in AA.VV., *La tutela del consumatore eseguito in prospettiva europea*, cit., il quale sottolinea l'«insufficienza di una formula *standard*» in sede motivazionale, dovendosi garantire l'effettività dell'avvenuto controllo. A detta di chi scrive — come verrà meglio esplicitato nel prosieguo della trattazione — quest'ultima impostazione sembra assecondare maggiormente le esigenze di tutela evidenziate dalla Corte di Giustizia, senza, tuttavia, richiedere un'inaccettabile alterazione del ruolo del g.e. Quest'ultimo, difatti, non sarebbe chiamato a sindacare il merito della motivazione, dovendo esclusivamente verificare se il vaglio del giudice del monitorio vi sia stato, e se esso si sia, dunque, graficamente estrinsecato in una motivazione strutturata e puntuale, che — pur nella consapevolezza della sinteticità connotante il tipo provvedimentale — non può certo ridursi ad un'anemica formula stilistica. Ciò, a ben vedere, risulterebbe anche più coerente con la posizione “presidiale” — nei termini che si vedranno — che la Corte di Giustizia sembra voler attribuire al giudice dell'esecuzione, non limitata — come nell'interpretazione delle Sezioni Unite — alla semplice “segnalazione”, nei confronti del consumatore eseguito, della possibilità di esperire un'opposizione tardiva ai sensi dell'art. 650 c.p.c.

ispirare la valutazione, il riferimento «alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende», presentando profili di complessità innegabili a fronte degli scarni poteri istruttori che, come si è precisato, animano il procedimento monitorio. Auspicabile, quindi, al fine di evitare discrepanze attuative dovute all'ampio margine interpretativo che, inevitabilmente, verrebbe a riconoscersi in talune situazioni (nei termini appena visti), è un intervento legislativo che consenta di dar uniformità al sistema, anche in relazione all'ulteriore nodo problematico ⁽¹³¹⁾ rappresentato dall'integrazione (potremmo dire automatica), in caso di difetto di motivazione del decreto ingiuntivo e di mancata opposizione nei termini da parte del consumatore, dei citati presupposti di operatività del rimedio di cui all'art. 650 c.p.c., così come evincibile dalla sentenza attenzionata.

Quest'ultima, sebbene complessivamente ispirata ad una (creativa seppur non del tutto “cedevole”) volontà di adesione al *dictum* della Corte europea, non sembrerebbe comunque assecondare l'intenzione — ribadita dal giudice europeo ⁽¹³²⁾ — di rendere il giudice dell'esecuzione il prevalente «baluardo della effettività della tutela del consumatore» ⁽¹³³⁾, nelle cui mani si

⁽¹³¹⁾ Si veda I. FEBBI, *Impressioni a caldo sulla Sentenza della Corte di Cassazione S.U. 9479/2023*, cit.; oppure si veda R. METAFORA, *Dalle Sezioni Unite un “vademe-cum” sugli strumenti a tutela del consumatore in caso di vessatorietà delle clausole*, in *IUS-Processo Civile*, 2023.

⁽¹³²⁾ La già citata Corte Giust. UE, 4 maggio 2023, C-200/21, in *IUS-Processo Civile*, 2023, con nota di R. VASTA, *La Corte di Giustizia torna sulla effettività della tutela consumeristica e sulla centralità del ruolo del g.e.*; in *Giustiziainsieme.it*, 2023, con nota di B. CAPPONI, *Nuovi spunti dalla giurisprudenza europea sulla tutela del consumatore (a volte ritornano)*.

⁽¹³³⁾ Autorevole dottrina, difatti, ha individuato in ciò un *vulnus* interpretativo di non marginale rilievo: si veda, a tal proposito, A. CARRATTA, *Le Sezioni Unite della Cassazione tra nomofilachia e nomopoiesi. A proposito della sentenza n. 9479 del 2023*, in *Riv. esec. Forzata*, 2023, 2, 336 ss. ; qui, anche attraverso il richiamo alle precedenti pronunce della Corte di Lussemburgo (tra cui le sentenze «Asturcom, Pannon, Eva Martin Martin, Profi Credit Polska, Kancelaria Medius, Lintner»), si sottolinea l'esigenza che il giudice nazionale «valuti l'abusività delle clausole contrattuali a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine», conseguendone logicamente che, nel momento in cui il g.e. rilevi officiosamente la predetta abusività, egli sia già in

accentrino i poteri di rilievo e declaratoria dell'abusività delle clausole, e il cui ruolo di primo intervento non si riduca — come nel sistema rimediale prefigurato dalle Sezioni Unite — al solo rilievo funzionale a rendere edotto «il debitore esecutato che entro 40 giorni può proporre opposizione a decreto ingiuntivo ai sensi dell'art. 650 c.p.c. per fare accertare (solo ed esclusivamente) l'eventuale abusività delle clausole, con effetti sull'emesso decreto ingiuntivo».

Una risposta, in termini di funzionalità e adeguatezza dell'apparato rimediale risultante dall'intervento nomofilattico della Suprema Corte, deve, tuttavia, esser rimessa ai risvolti applicativi del prossimo futuro, in quanto, così come (scetticamente) osservato da gran parte della dottrina, ad assurgere a banco di prova potranno essere unicamente i rapporti con le future (e ormai presenti) decisioni dei giudici di merito che, in quanto non vincolati formalmente dalla suddetta lettura interpretativa e in quanto consci della discrepanza (negli aspetti già esaminati) che quest'ultima vanta rispetto alla linea adottata dalla giurisprudenza europea⁽¹³⁴⁾, potrebbero discostarsi dalla stessa ed, eventualmente, promuovere un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

possesso dei suddetti elementi e possa quindi già operare quella valutazione (ponendosi, tuttavia, il già affrontato problema correlato al rimedio, concretamente utilizzabile in sede esecutiva, che eviti «di far retrocedere il decreto ingiuntivo non opposto alla fase cognitiva dell'opposizione tardiva»). Secondo alcuni — riprendendo quanto riportato da A. CRIVELLI, *Le Sezioni Unite e il titolo nei confronti del consumatore. Ovvero come il diritto eurounitario trasforma il diritto processuale esecutivo*, in *Riv. esec. Forzata*, 2023, 2, 336 ss. — l'affidamento della questione al giudice di cui all'art. 650 c.p.c., piuttosto che allo stesso g.e., costituirebbe «un suggestivo parallelo tra rimedio e situazione che si sarebbe avuta se i necessari rilievi fossero stati posti in essere dal giudice del monitorio». Tuttavia, come si preciserà in seguito, l'adozione di un approccio “ipotetico-controfattuale” — che dunque consideri la situazione che si sarebbe potuta verificare in assenza di quel *deficit* — dovrebbe essere filtrata dal più incisivo criterio di effettività, il quale esigerebbe un immediato intervento neutralizzante, proprio in considerazione del fatto che, già a monte, il provvedimento non avrebbe dovuto “vedere la luce”.

⁽¹³⁴⁾ La Corte di Giustizia, difatti, ha «il monopolio ermeneutico per il diritto comunitario (art. 267 TFUE) e mette in campo l'autorità di cosa interpretata», sicché la sua interpretazione della norma comunitaria risulta “dichiarativa”. In tal senso, R. PARDOLESI-B. SASSANI, *Clausole abusive nei contratti B2C*, cit.

6. Una proposta ricostruttiva.

Ci sembra che — accogliendo un'interessante provocazione avanzata in dottrina ⁽¹³⁵⁾ — la difficile individuazione di un punto di equilibrio interpretativo, rinvenga la propria ragione ultima nella prospettazione che, della questione, si è operata in sede di rinvio pregiudiziale ⁽¹³⁶⁾, rea di aver instradato la pronuncia della Corte di Giustizia — e prima ancora, le conclusioni dell'Avvocato generale — su un terreno di scontro non necessario, quale risulta essere quello della *res iudicata*; ciò è accaduto, difatti, allorquando ci si è rivolti ai giudici europei per comprendere se il diritto comunitario ostasse ad una normativa nazionale che, «a fronte di un giudicato implicito sulla mancata vessatorietà di una clausola contrattuale», precludesse la rilevabilità di tale vessatorietà in capo al giudice dell'esecuzione. Quello che qui rileva, semmai, è l'astrattezza della fase esecutiva, idonea a inibire un controllo sulla «giustizia» della stessa, a prescindere dai limiti connaturati al titolo esecutivo azionato, potendo questi ultimi, invece, rivestire un ruolo decisivo in sede di opposizione all'esecuzione. Tuttavia, a fronte della menzionata prospettazione, appare chiaro come la Corte europea, pur non spingendosi ad enucleare una teoria del giudicato vera e propria, non abbia potuto far altro — quasi in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato — che ribadire il valore dell'effettività della tutela, anche a scapito di un teorico ridimensionamento dell'autorità del giudicato implicitamente intervenuto, portando a proposte di adeguamento — come quella della Suprema Corte — che, per compiere uno sforzo ripristinatorio della (vulnerata) dualità esistente tra giudizio di cognizione e processo esecutivo, rischiano di incrociare pericolosamente un'altra forma di separazione (costituzionalmente garantita): quella tra poteri dello Stato. Il tentativo di ricostruzione

⁽¹³⁵⁾ Cfr. sempre M. BOVE, *La tutela del consumatore tra esigenze eurolunionali e creatività della nostra Corte di cassazione: una proposta alternativa*, cit.

⁽¹³⁶⁾ Ci si riferisce al rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Milano con ordinanze del 10 agosto 2019 e del 31 ottobre 2019.

che ci viene richiesto, dunque, deve potersi ispirare ad una logica di “minor impatto” sugli assetti processuali esistenti, in modo da soddisfare lo standard di tutela richiesto senza offrire in sacrificio la propria coerenza di sistema; per far ciò, tuttavia, occorre individuare dei punti fermi intorno ai quali edificare. A tal proposito, dovrebbero rappresentare guida interpretativa — in quanto costituenti “margine d’innalzamento” di quel rinnovato standard minimo — sia il virtuoso (nei termini prima indicati) esercizio della funzione giurisdizionale imposto al giudice del monitorio (e conseguentemente al g.e.), sia l’esigenza di “responsabilizzare” il giudice della fase esecutiva, da rendere ora — come si è detto chiaramente in precedenza — «baluardo» di tutela. Da questa prospettiva, dunque, centrale si configura l’esistenza di una regola d’attività in fase monitoria, la cui inosservanza integra un *error in procedendo* invalidante il provvedimento giurisdizionale, ma irrilevante rispetto al suo contenuto, cristallizzato dal giudicato sostanziale⁽¹³⁷⁾; in questo quadro, l’attivabilità officiosa del giudice dell’esecuzione potrebbe giustificarsi — compatibilmente con il sistema processuale nazionale e senza involgere il tema del giudicato — in quanto afferente ad un vizio particolarmente grave del provvedimento, sanzionato con una nullità prevista «a tutela del corretto esercizio della funzione giurisdizionale»⁽¹³⁸⁾, che, presupponendo quel *vulnus* di tutela effettiva, deroghi al principio dell’onere dell’impugnazione di cui all’art. 161 comma

⁽¹³⁷⁾ Cfr. sul punto, senza pretesa di completezza, P. CALAMANDREI, *Vizi della sentenza e mezzi di gravame*, in *Studi sul processo civile*, I, Padova, 1930, 167 ss.; F.P. LUISSO, *Invalidità della sentenza e mezzi di gravame*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, 1, 15 ss. In quest’ultimo contributo, l’autore, riprendendo la ricostruzione di Calamandrei — secondo cui il principio di conversione delle nullità in motivi di impugnazione abbia «la precisa funzione di impedire quelle che sarebbero le conseguenze «naturali» del vizio della sentenza — e, cioè, lo si è già detto, la possibilità di farne valere la inefficacia, come conseguenza della sua invalidità, in qualunque tempo e luogo, da parte di chiunque vi abbia interesse» — specifica che «la «sacralità» del giudicato non è affatto messa in discussione quando la invalidità della sentenza possa essere fatta valere anche al di fuori dei mezzi di impugnazione, secondo i canoni di quell’*actio nullitatis* che, come abbiamo visto, in mancanza di una deroga espressa sarebbe utilizzabile nei confronti dell’invalidità della sentenza».

⁽¹³⁸⁾ In tal senso G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit.

1 c.p.c., per integrare gli effetti propri della fattispecie di cui al comma 2 del medesimo articolo. D'altronde, se si vagliassero le posizioni dottrinali e giurisprudenziali nazionali in tema di difetto di motivazione della sentenza — talune delle quali predicanti (seppur in minoranza) la radicale inesistenza in caso di omissione grafica o «ideologica» della stessa ⁽¹³⁹⁾ — e se si considerasse che l'art. 132 comma 2 n. 4 ⁽¹⁴⁰⁾ — unitamente alle attinenti riflessioni operate per le sentenze — trova applicazione analogica ⁽¹⁴¹⁾ (pur “calmierata” dalla sua connaturata sinteticità) con riferimento alla disciplina del decreto ingiuntivo, allora non dovrebbe considerarsi destabilizzante (o eccessivamente innovativa) una proposta interpretativa di tal fatta. Ci si troverebbe, a ben vedere, dinanzi ad un'omissione inficiante a tal punto la «legalità dell'operato del giudice» ⁽¹⁴²⁾ da implicare un deficit di motivazione insanabile (e non sanato) con il passaggio in giudicato del decreto

⁽¹³⁹⁾ In tal senso, si veda F. LOCATELLI - E. CANALI, *Art. 132 c.p.c.*, in AA. VV., *Codice di procedura civile commentato*, a cura di L.P. Comoglio e R. Vaccarella con la collaborazione di M.C. Giorgetti - G. Finocchiaro - A. Scala, 3° ed., Milano, 2010; per ulteriori approfondimenti sul punto, senza pretesa di completezza, cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, 123; F. SANTANGELI, *L'interpretazione della sentenza civile*, Milano, 1996, 119; A. MENGALI, *La cassazione della sentenza civile non motivata*, Torino, 2020. Per alcuni riferimenti giurisprudenziali sulla questione, si veda Cass., 1° settembre 2006, n.18948, nella quale – richiamando quanto già specificato in suoi precedenti arresti (Cass., 8 ottobre 1985, n. 4881) – si afferma che «la sentenza è costituita essenzialmente dal dispositivo e dalla motivazione che, nella loro intima compenetrazione, concorrono a formare la forza imperativa della decisione, con la conseguenza che, mancando l'uno o l'altra, la sentenza è radicalmente inesistente»; nonché Cass., ord. 24 gennaio 2023, n. 2122, in *Labor-Il lavoro nel diritto*, 2023, con nota di A. PAPPALARDO, *La nullità della sentenza per (sostanziale) assenza di motivazione in una controversia avente ad oggetto un grave demansionamento del lavoratore*. In tale ultimo contributo si segnala come «in alcuni casi, si sono registrati sporadici episodi nei quali si è ritenuto di adottare, per il vizio motivazionale, la più grave sanzione dell'inesistenza».

⁽¹⁴⁰⁾ Il quale prevede che la sentenza debba contenere «la concisa esposizione delle ragioni di fatto e di diritto della decisione».

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. M. ESPOSITO, *Decreto ingiuntivo: la motivazione è elemento indefettibile e l'omissione costituisce figura sintomatica della ingiustizia*, in *Ex Parte Creditoris - www.expartecreditoris.it*, 2020.

⁽¹⁴²⁾ Cfr., *ex multis*, S. EVANGELISTA, *Motivazione della sentenza civile*, in *Enc. dir.*, XXVII, Milano, 1977, 154; M. STELLA, *Il procedimento monitorio nella curvatura delle nullità di protezione consumeristiche*, 2022, 10, 2126.

ingiuntivo, che, dunque, potrebbe dirsi affetto da una nullità assoluta, equiparabile a quella cagionata dalla mancata sottoscrizione del giudice (*ex art. 161 comma 2 c.p.c.*), anch'essa, se proprio si volesse ricercare un'*eadem ratio*, ispirata alla necessità di garantire la presenza — se non dinamica (in termini di attivo presidio), almeno “statica” (in termini di garanzia di provenienza ⁽¹⁴³⁾) — del giudice; e, d'altro canto — confermando come tali operazioni ermeneutiche non siano sconosciute al dibattito processual-civiltistico — non sarebbe la prima volta che si tenta di identificare vizi sottraentisi, per la loro gravità, al principio della conversione in motivi di impugnazione (*ex art. 161 comma 1 c.p.c.*), facendo scuola, difatti, le diverse interpretazioni giurisprudenziali in materia di vizi relativi alla costituzione del giudice (*ex art. 158 c.p.c.*) ⁽¹⁴⁴⁾.

Tanto premesso, appare chiaro come l'attenzione rimediale — allontanandosi dalla vicenda contrattuale — si sposterebbe sul piano dell'(in)idoneità del titolo esecutivo ai fini della prosecuzione del relativo giudizio, garantendo l'impiego di soluzioni processuali già riconosciute nel contesto nazionale. Il riferimento, in particolare, va al principio *nulla executio sine titulo* ⁽¹⁴⁵⁾,

⁽¹⁴³⁾ In tal senso cfr. G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, 6ª ed., vol. 1°, Bari, 2023, 308. Qui l'autore specifica che la sottoscrizione del giudice sia «unico mezzo attraverso il quale è possibile verificare l'effettiva «paternità» della sentenza».

⁽¹⁴⁴⁾ Si veda, ad esempio, Cass., 2 aprile 1992, n. 4025. Qui si specifica che «il motivo di nullità della sentenza costituito dal fatto che la decisione risulta pronunciata da un Collegio giudicante diverso da quello che ha ritenuto la causa a sentenza è assimilabile a quello della mancata sottoscrizione della sentenza medesima e, come tale, rientra nella previsione di cui all'art. 161, comma 2, c.p.c., sottraendosi al principio che traduce i motivi di nullità in motivi di impugnazione». Tuttavia, tali pretese di distinzione nell'alveo dell'art. 158 c.p.c. sono state ritenute da autorevole dottrina (tra tutti, si veda G. BALENA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. 1°, cit., 309) arbitrarie a causa dell'insormontabilità della lettera normativa, la quale fa espressamente «salva la disposizione dell'articolo 161».

⁽¹⁴⁵⁾ Operante in quanto l'irritualità nella costruzione dell'atto (M. BOVE, op. cit.) determinerebbe una nullità che, essendo «veramente assoluta, poiché non sanata dal passaggio in giudicato e rilevabile *sine die*» (G. BALENA, op. cit.), impedirebbe di avere un valido titolo esecutivo *ex art. 474 c.p.c.* Si veda, a tal proposito R. BELLÈ, *Estinzione tipica e chiusura atipica del procedimento esecutivo*, in *Riv. esec. Forzata*, 2007, 3, 433 ss.; qui, difatti, si afferma come «le situazioni che determinano la carenza dei presupposti proces-

il quale consentirebbe al giudice dell'esecuzione di dichiarare l'improcedibilità con un provvedimento di c.d. estinzione atipica, suscettibile di opposizione agli atti esecutivi *ex art. 617 c.p.c.* da parte del creditore, che, alternativamente, potrebbe anche decidere di instaurare *ex novo* un procedimento volto ad accertare — questa volta ritualmente — la propria pretesa. Qualora, invece, il processo esecutivo proseguisse in assenza di tale doveroso rilievo (oppure qualora il soggetto passivo — a fronte del rilievo officioso del giudice — intendesse elidere definitivamente il pericolo di una reiterazione dell'azione esecutiva ⁽¹⁴⁶⁾), si prospetterebbe la possibilità, in capo al consumatore esecutato, di promuovere un'opposizione all'esecuzione, senza che a ciò ostino i limiti temporali di cui all'art. 615 comma 2 c.p.c. Si assisterebbe, dunque, all'operatività — anche nel caso *de quo* — di un «doppio registro» di tutele, in cui la declaratoria officiosa del giudice dell'esecuzione influenzerebbe solo indirettamente l'opposizione *ex art. 615 c.p.c.*, giacché, chiudendo il procedimento pendente con efficacia

suali, che la giurisprudenza della Suprema Corte indica come evenienze che impediscono al processo esecutivo di raggiungere il proprio scopo», facciano eccezione alla regola (*ex art. 157, 1° co., c.p.c.*) per cui la nullità degli atti è rilevabile solo su istanza di parte, esattamente come nella nostra ipotesi. Per un ulteriore approfondimento, senza pretesa di completezza, si veda F.P. LUISO, *Diritto processuale civile*, cit.

⁽¹⁴⁶⁾ In tal senso, cfr. L. BACCAGLINI, *Nullità di protezione, decreto ingiuntivo non opposto e giudicato implicito*, cit. Un diverso orientamento (M. BOVE, op. cit.), in tale ipotesi, predica ugualmente la percorribilità del rimedio di cui all'art. 617 c.p.c., in quanto sarebbe inopportuno ritenere che la medesima fattispecie «sia da trattare nella sede di cui all'art. 617 se sollevato dal creditore e nella sede dell'art. 615 se sollevato dal debitore». Tuttavia, seppur condivisibile possa essere la *ratio* di tale rilievo critico, vi è anche da considerare l'iniziale promessa di massima (possibile) coerenza con gli attuali approdi interpretativi, sicché non si può ignorare come l'*an* della procedura esecutiva, intesa come diritto alla tutela riscontrante il suo fondamento in un titolo esecutivo che deve «preesistere all'inizio dell'esecuzione e permanere fino alla sua conclusione», costituisca pacificamente oggetto di opposizione all'esecuzione. Per completezza espositiva, va tuttavia puntualizzato — come si legge in N. PICARDI, op. cit. — che l'opposizione agli atti esecutivi, nella prassi, ha finito per assumere un carattere residuale che, in virtù di un'applicazione «riservata alle ipotesi in cui non sia espressamente previsto altro mezzo di tutela o il soggetto non abbia altra possibilità di far valere i propri diritti o interessi», ha giustificato una proposizione cumulativa o alternativa dei rimedi di cui agli artt. 615 c.p.c. e 617 c.p.c. Il discrimine tra i due, seppur teoricamente ben distinguibile, diviene dunque più opaco.

ex tunc (con liberazione dei beni dal pignoramento), renderebbe superfluo provvedere sulla istanza di sospensione dell'esecuzione (espressamente prevista, come già evidenziato, dall'art. 624 c.p.c.), ma non sarebbe in grado di pregiudicare l'interesse alla rimozione del potere di agire *in executivis* sotteso all'opposizione stessa, la quale, di conseguenza, potrebbe ugualmente proseguire⁽¹⁴⁷⁾; optando per tale soluzione, a ben vedere, si sarebbe potuto ovviare a quelle — già rappresentate — criticità, riguardanti la sospensione dell'esecuzione in corso, nonché — più generalmente — il (forzato, in quanto “creato”) raccordo tra fase esecutiva e momento di cognizione piena, pur assicurando (potenzialmente) la definitività — rispetto a quel titolo esecutivo viziato — della tutela accordata al consumatore.

Delineati, quindi, i confini di tale spunto ricostruttivo, imperante diviene l'esigenza di un raffronto ermeneutico con la tesi avanzata dal Procuratore Generale presso la Corte di Cassazione, forse la più prossima in termini di premesse sostanziali. Se, difatti, armonica (con quanto finora detto) si presenta l'individuazione — in capo al g.e. e senza limiti temporali — di un potere/dovere di rilievo officioso dell'(in)esistenza del titolo esecutivo, profondamente distanti, tuttavia, risultano essere gli sviluppi procedurali auspicati, in quanto animati dalla volontà di «preservare la sottrazione al giudice dell'esecuzione di ogni ingerenza, anche quale giudice dell'opposizione ad esecuzione, sul titolo giudiziale», privilegiando, al contrario, la mera “indicazione” al consumatore del rimedio dell'*actio nullitatis*, consistente in un'azione — proposta dinanzi al giudice di prime cure ordinariamente competente — avente ad oggetto il carattere abusivo delle clausole, e nella quale potrà conseguirsi — in via cautelare — «la sospensio-

⁽¹⁴⁷⁾ Si veda Cass. (ord.), 22 giugno 2017, n. 15605 in *Riv. dir. proc.*, 6, 2018, 1651 ss., con nota di S. VINCRE, *L'«improcedibilità» dell'espropriazione e l'opposizione all'esecuzione*, nonché in *Giur. it.*, 2017, 11, 2385 ss., con nota di G. FELLONI, *Esecuzione forzata - Interferenze tra improcedibilità dell'esecuzione e sospensione ex art. 624 c.p.c.*; cfr. inoltre, tra le altre, Cass., 24 febbraio 2011, n. 4498; Cass., 10 luglio 2014, n. 15761; Cass. (ord.), 7 settembre 2017, n. 20924; Cass., 14 marzo 2022, n. 8113.

ne (esterna) del titolo giudiziale con efficacia *ex art. 623 c.p.c. sul processo esecutivo*»⁽¹⁴⁸⁾.

Le criticità — almeno alla luce della *ratio* cui è ispirato il nostro approccio — sono evidenti. Non solo tale sviluppo ricostruttivo tradisce quel secondo punto cardine posto a fondamento della nostra disamina, ma finisce anche per mostrarsi contraddittorio rispetto alle stesse (condivisibili) premesse da cui la Procura muove, giacché, se si sostiene che il titolo esecutivo — in quanto inesistente — non sia idoneo a «far stato» in materia di abusività delle clausole, allora non si comprende perché tale accertamento non possa aversi in un giudizio a cognizione piena (come quello di cui all'art. 615 c.p.c.) che avrebbe oggetto identico rispetto a quello connotante un eventuale processo instaurato con la menzionata *actio nullitatis*. Si assisterebbe, ancora una volta, ad un aggravio ingiustificato della procedura, che, oltre a porre nel nulla le immediate esigenze di tutela dell'esecutato — da soddisfare chiudendo l'esecuzione — riproporrebbe, nelle more della pronuncia del provvedimento cautelare da parte del giudice di merito, il (già affrontato) problema della «paralisi ufficiosa» del processo esecutivo.

La proposta interpretativa da noi abbracciata, oltre a dare maggior coerenza al costante richiamo alla centralità eurounionale del giudicato, sembra trovare ulteriore conforto in una (doverosa) prospettiva di pragmatica neutralizzazione della carenza di tutela, volta a selezionare un percorso rimediale in grado di porre il soggetto vulnerato nella medesima condizione in cui si sarebbe trovato qualora quel *deficit* non si fosse concretizzato, e, dunque, qualora il controllo del giudice del monitorio fosse stato operato; in quest'ultimo caso, alla luce di quanto si è detto, il decreto ingiuntivo non sarebbe stato emesso, portandoci a concludere, quindi, che unica opzione “parallela” — in quanto cau-

⁽¹⁴⁸⁾ In tal senso, si veda la requisitoria della Procura Generale presso la Corte di Cassazione, Sez. III, 5 luglio 2022, in *Riv. esec. forzata*, 2022, 3, 699 ss., con nota di A. CRIVELLI, *Appunti sulla requisitoria del P.G. presso la Corte di Cassazione in ordine ai poteri del g.e. rispetto alle clausole abusive nei contratti con i consumatori*.

sativa del medesimo “risultato” — sia quella di considerare come giuridicamente inesistente quel decreto ingiuntivo, e, come tale, giustificante l’immediata caducazione (con efficacia *ex tunc*) del processo esecutivo pendente, «senza che al consumatore possano essere imposti oneri particolari» (149).

Consequenziali considerazioni, inoltre, vengono stimulate da una delle riflessioni preliminari da cui si è partiti: se è vero che l’orientamento europeo sembra sottendere — valorizzando pienamente il principio di effettività — spinte “generalizzatrici” di tutela, palesantesi nella garanzia di un corretto *iter* decisorio (che, dunque, potrebbe trovare applicazione in diversi ambiti normativi), allora ci si può domandare se il *dictum* giurisprudenziale (europeo e nazionale) possa estendersi a diverse categorie considerate “deboli” o in occasione di procedimenti connotati — nel loro concreto estrinsecarsi — da vicende processuali parzialmente differenti, come nel caso in cui il decreto ingiuntivo sia stato già oggetto di opposizione *ex art. 645 c.p.c.*

La risposta al primo interrogativo — a parere di chi scrive — si nutre della soluzione offerta per il secondo. Se — muovendo, ancora una volta, dall’impostazione appena delineata — si ritiene che cuore pulsante del regime protezionistico sia il corretto (ed effettivo) estrinsecarsi della sequenza processuale, la quale deve poter assicurare quell’“attivo presidio” giurisdizionale sin da subito o, in caso di omissione, persino in sede esecutiva, allora ci sembra condivisibile concludere che la cognizione piena realizzantesi già in sede di opposizione (tempestiva) a decreto ingiuntivo — qualora, tuttavia, abbia consentito di affrontare la questione dell’abusività delle clausole (in quanto rilevata officiosamente o eccepita dal consumatore) (150) — sia idonea a sollevare da ogni

(149) In tal senso, cfr. F. ASTONE, *Clausole abusive e giudicato implicito*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit.

(150) In quanto, come già ribadito in precedenza, «il dovere del giudice di applicare la norma sorge a prescindere dall’attività difensiva svolta» (A. GIUSSANI, op. cit.), confermandoci come la preclusione per successive contestazioni del consumatore si potrà formare solo a patto che il controllo sia stato “effettivo” e che, dunque, abbia realmente avuto ad oggetto l’esame delle clausole interessate. È questa, a ben vedere, la medesima

incombenza il giudice dell'esecuzione ⁽¹⁵¹⁾, il cui intervento asurge ad *extrema ratio* e deve mostrarsi, altresì, coerente con il carattere “non assoluto” della tutela consumeristica ⁽¹⁵²⁾. Ma se, come si è detto, il *focus* della materia diviene l'effettività della tutela offerta dall'articolazione processuale, non si capisce perché, a parità di presupposti sostanziali (quali la condizione di «inferiorità» — sia sul piano del potere negoziale, sia su quello informativo — caratterizzante una categoria “debole”), non si possa pensare ad un'applicazione (di tali principi) che strabordi dal recinto strettamente consumeristico, per informare — in ossequio

ratio sottesa alla, già menzionata, «insufficienza di una formula *standard*» (F. ASTONE, op. cit.) in sede di motivazione del provvedimento giurisdizionale.

⁽¹⁵¹⁾ Testimonianze ancora embrionali (e contrastanti) provengono dalla giurisprudenza di merito. Il Tribunale di Ivrea, difatti, con ordinanza del 16 maggio 2023, si è pronunciato nel senso di consentire l'esperibilità dell'opposizione tardiva ex art. 650 c.p.c. (riconoscendo come doveroso, quindi, il funzionale rilievo officioso del g.e.), anche nel caso di intervenuto rigetto in sede di opposizione ex art. 645 c.p.c., qualora qui non fosse stata eccepita l'abusività delle clausole. E, tuttavia, la stessa Suprema Corte, nel dichiarare inammissibile il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis – avanzato dal g.e. del Tribunale di Lodi in data 18 ottobre 2023, per accertare l'estensibilità del *vademecum* di cui alla pronuncia 9479/2023 anche all'ipotesi in cui il decreto ingiuntivo fosse stato già fatto oggetto di opposizione ex art. 645 c.p.c. (dichiarata, in particolare, inammissibile) – ha sottolineato l'estraneità della questione all'ambito applicativo della menzionata pronuncia, sostanzialmente negando la rilevabilità d'ufficio da parte del g.e. In tal senso si è espressa anche parte della dottrina, secondo cui i principi enucleati dalla Cassazione non dovrebbero trovare applicazione nei casi in cui il decreto ingiuntivo sia già stato opposto, anche laddove la conseguente causa non sia stata iscritta a ruolo, oppure laddove essa sia stata dichiarata estinta per inattività, avendo l'ingiunto già “consumato” il proprio “potere di opposizione”. Per approfondimenti sul punto, si veda M. LATINI VACCARELLA - I. FEBBI, *A più voci su esecuzione forzata, decreto ingiuntivo e tutela del consumatore dopo Cass. S.U. 6 aprile 2023, n. 9479*, cit.; M. LATINI VACCARELLA, *La Terza sezione e la rilevabilità d'ufficio delle clausole abusive a tutela del consumatore (a proposito di ord. 29 marzo 2023 n. 8911 e di Sez. Un. 6 aprile 2023 n. 9479)*, in *Judicium*, 2023; ID., *Il giudice di merito e la rilevabilità di ufficio delle clausole abusive del decreto ingiuntivo opposto (a proposito di Tribunale di Ivrea, sentenza 16 maggio 2023)*, in *Giustiziansieme.it*, 2023; B. DE SANTIS, *L'opposizione tardiva “consumeristica” dopo e oltre i dicta delle Sezioni Unite n. 9479/2023 (Tribunale Ivrea, 16 Maggio 2023)*, in *Judicium*, 2023.

⁽¹⁵²⁾ Si veda G. FIENGO, *La completa passività del consumatore quale limite alla superabilità del giudicato da decreto ingiuntivo non opposto*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit.; cfr., inoltre, F. MARA, *Riflessioni a margine della sentenza Corte giust. UE, 17 maggio 2022*, in *La tutela del consumatore esecutato in prospettiva europea*, cit., dove, addirittura, si segnala l'avvenuta creazione di un regime processuale «fin troppo sbilanciato a favore, in questo caso, del consumatore».

alla garanzia di uguaglianza di cui si fa portatore il combinato disposto degli artt. 3 e 24 Cost. — l'ambito di tutela giurisdizionale del lavoratore (ad esempio).

ABSTRACT: Il presente contributo intende sinteticamente evidenziare, tramite lo studio dell'esemplificativa tematica del rilievo officioso delle nullità di protezione in ambito consumeristico, i problematici profili di compatibilità procedimentale che gli approdi giurisprudenziali — europei e nazionali (in particolare, con la sentenza a Sezioni Unite n. 9479/2023) — hanno concorso a determinare, rendendo necessaria una rinnovata analisi dei rapporti insistenti tra istituti processuali (già largamente dibattuti), quali il giudicato “implicito” nel contesto di un procedimento di ingiunzione, e la disciplina “di protezione” enucleata nella direttiva 93/13/CEE. A fronte del rimaneggiamento interpretativo con cui la Suprema Corte, ridisegnando i confini normativi dello strumento di cui all'art. 650 c.p.c., ha tentato di ristabilire l'armonia tra i principi di matrice europea e la disciplina processual-civilistica nazionale, è parso necessario percorrere — nell'ambito della presente trattazione — la via del “tentativo di falsificazione”, in modo da verificare se una soluzione maggiormente conservativa degli equilibri processuali interni — nei margini di azione riservati all'autonomia procedimentale statale — avrebbe potuto trovare applicazione.

ABSTRACT: *This contribution aims to succinctly highlight, through the study of the illustrative issue of the ex officio recognition of protective nullities in the consumer protection context, the problematic profiles of procedural compatibility that jurisprudential developments—both European and national (in particular, the recent decision of the Joint Sections No. 9479/2023)—have contributed to shaping. These developments necessitate a renewed analysis of the interplay between procedural institutions (already widely debated), such as the “implicit” res judicata in the context of an injunction proceeding, and the “protective” framework delineated in Directive 93/13/EEC. In light of the interpretative reshaping undertaken by the Supreme Court, which, by redefining the regulatory boundaries of the instrument under Article 650 of the Italian Code of Civil Procedure, has sought to restore harmony between European principles and national civil procedural law, this discussion has opted for a “falsification attempt” approach. This method aims to assess whether a more conservative solution, preserving internal procedural balances within the scope of discretion afforded to national procedural autonomy, could have been adopted.*

dialoghi con la giurisprudenza

Tribunale di Catania, Sez. VI, sentenza 4 marzo 2024,

Dott. S. Centaro

Curatela Fallimento J.&M. International s.r.l. c. J.A. F.

L'inesistenza della notifica del pignoramento determina l'inesistenza del pignoramento medesimo, mancando un elemento strutturale del pignoramento — id est la notificazione, imposta dall'art. 2471 c.c. — che impedisce il perfezionamento della fattispecie. Tale deficienza è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento esecutivo e la sua deducibilità sopravvive al termine indicato dall'art. 617 cod. proc. civ. per l'opposizione agli atti esecutivi, che non decorre né dal compimento dell'atto di pignoramento, né, qualora avvenga la successiva costituzione del debitore nel processo esecutivo, dal momento della stessa, ferma restando la salvezza della disposizione dell'art. 2929 cod. civ. sulla inopponibilità della nullità degli atti del processo esecutivo all'acquirente o all'assegnatario ed ai creditori diversi da quello procedente (1).

(1) In tema di notifica inesistente di pignoramento di quote di una s.r.l. a cittadino americano.

SOMMARIO: 1. La fattispecie all'esame del Giudice. — 2. Difesa del debitore esecutato. — 3. Difesa del creditore procedente. — 4. Sulla notifica a cittadino americano. — 5. Il tema controverso e la soluzione offerta dal Giudice.

1. La fattispecie all'esame del Giudice.

La decisione del 4 marzo 2024 del Giudice del Tribunale di Catania, sezione VI civile, che si annota è di particolare interesse

in materia di notifica di pignoramento di quote di società a responsabilità limitata italiana intestate a un cittadino americano residente negli Stati Uniti d'America e della sua opposizione oltre il termine di venti giorni fissato dall'art. 617 c.p.c.

Un imprenditore americano, fra i più importanti nel settore della produzione di pane congelato negli USA, mosso esclusivamente dal desiderio affettivo e familiare di aiutare a intraprendere e gestire un'attività imprenditoriale di un nipote italiano, costituisce con questi una società che gestisce due piccoli punti vendita di articoli sportivi in due diversi paesi in Sicilia. L'americano si limita a finanziare la società. Non sottoscrive alcun contratto. Non intrattiene rapporti con dipendenti, fornitori e/o istituti bancari. Non si reca nei punti vendita. Il nipote è l'amministratore unico e gli preclude deliberatamente ogni forma di controllo. La società fallisce e il Tribunale di Catania accoglie integralmente la domanda proposta dalla curatela di condanna dell'amministratore unico al risarcimento del danno causato al fallimento.

Essendo l'amministratore di diritto nullatenente, la curatela agisce giudizialmente nei confronti dell'americano e socio finanziatore, sostenendo che egli dagli USA sarebbe stato l'amministratore di fatto della società che gestiva i punti vendita. Unica prova le dichiarazioni di due consulenti fiscali creditori della società fallita.

La giurisprudenza di merito ha accolto la tesi della curatela. Ha però condannato il socio finanziatore al risarcimento dei danni causati al fallimento in misura minore rispetto alla condanna dell'amministratore unico. La Suprema Corte ha ammesso il ricorso dell'americano. La causa è pendente.

Nelle more, la curatela procede a pignorare all'imprenditore americano le quote di una società italiana a responsabilità limitata dallo stesso detenute. Il creditore procedente sostiene di aver notificato al debitore esecutato la sentenza del Tribunale di Catania di condanna al pagamento in favore della procedura concorsuale in uno con l'atto di precetto, contestualmente all'istanza di autorizzazione a procedere ad esecuzione immediata *ex art. 482 c.p.c.* e al provvedimento autorizzativo.

Il Giudice dell'Esecuzione rileva la mancanza dell'avviso di ricevimento attestante il perfezionamento della notifica dell'atto di pignoramento delle quote societarie e la necessità di acquisirlo, e dispone che la curatela lo depositi. La curatela non provvede al deposito dell'avviso e, con note autorizzate, insiste sulla richiesta di vendita della quota pignorata, chiedendo, in subordine, termine per la rinnovazione della notifica dell'atto di pignoramento.

Il Giudice ritenendo opportuna la comparizione delle parti per l'instaurazione di un legittimo contraddittorio sul punto, fissa udienza assegnando il termine al creditore procedente per la notifica.

Il debitore esecutato non riceve alcuna notifica né del pignoramento né della fissazione dell'udienza per la comparizione delle parti. Nell'ambito dell'attività sociale della società italiana le cui quote sono oggetto del pignoramento, a seguito della lettura di visura camerale nel Registro delle imprese, apprende però del pignoramento, e quindi del giudizio. Si costituisce pertanto in opposizione all'esecuzione.

2. Difesa del debitore esecutato.

Il debitore esecutato chiede al Giudice la dichiarazione dell'inesistenza della notifica del titolo esecutivo e per l'effetto di dichiarare improcedibile e/o estinta la procedura esecutiva in quanto effettuata in violazione delle norme che regolano la notificazione degli atti giudiziari all'estero e in particolare negli Stati Uniti (art. 6 del Capitolo 1, l. 6 febbraio 1981, n. 42 e art. III, lettera A, Guida alla notifica all'estero degli atti giudiziari ed *extra* giudiziari in materia civile e commerciale, redatta dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale). In alternativa, chiede di rilevare ai sensi dell'art. 497 c.p.c. che il pignoramento ha perso efficacia essendo, dall'avvio dell'esecuzione, trascorsi oltre quarantacinque giorni senza che sia stata richiesta la vendita delle quote sociali e/o di dichiarare che il creditore procedente ha iscritto il pignoramento successivamente al deposito dell'istanza di vendita determinandosi una situazione di improcedibilità o di estinzione cd. atipica od anticipata del processo.

3. Difesa del creditore procedente.

La curatela insiste sulla regolarità della notifica dell'atto di pignoramento e richiama l'orientamento giurisprudenziale ⁽¹⁾ per il quale l'inesistenza della notificazione è configurabile nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione. Eccepisce la tardività e pertanto l'inammissibilità della opposizione per non avere rispettato il termine perentorio di venti giorni *ex art. 617 c.p.c.*

Oietta che l'art. 2471 c.c. non indica alcun termine per l'iscrizione del pignoramento e giustifica l'iscrizione del pignoramento successiva al deposito dell'istanza di vendita per cause imputabili ai tempi di notifica al debitore esecutato da parte del Consolato Generale d'Italia negli USA.

4. Sulla notifica a cittadino americano.

La normativa in materia di notifica a un cittadino americano è di individuazione non immediata.

L'art. 6 del Capitolo 1, l. 6 febbraio 1981, n. 42 di ratifica ed esecuzione della convenzione relativa alla notifica all'estero di atti giudiziari ed extragiudiziari in materia civile o commerciale, adottata a L'Aja il 15 novembre 1965, sancisce tassativamente che: «[1] L'Autorità centrale dello Stato richiesto o ogni autorità che esso abbia designato a tal fine, redige un'attestazione secondo la formula modello allegata alla presente Convenzione. [2] L'attestazione dà atto dell'esecuzione della richiesta; indica la forma, il luogo e la data dell'esecuzione nonché la persona alla quale l'atto è stato consegnato. Se del caso, precisa il fatto che ne ha impedito l'esecuzione. [3] Il richiedente può chiedere che l'attestazione

⁽¹⁾ Cass., Sez. Un., 20 luglio 2016, n. 14916: «L'inesistenza della notificazione del ricorso per cassazione è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, oltre che in caso di totale mancanza materiale dell'atto, nelle sole ipotesi in cui venga posta in essere un'attività priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione, ricadendo ogni altra ipotesi di difformità dal modello legale nella categoria della nullità».

che non sia redatta dall’Autorità centrale o da un’autorità giudiziaria venga vistata da una di queste autorità. [4] L’attestazione è direttamente indirizzata al richiedente» (2).

Inoltre, nel caso in specie, essendo il debitore esecutato cittadino americano, trova applicazione la Guida alla notifica all’estero degli atti giudiziari ed *extra* giudiziali in materia civile e commerciale, redatta dal Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale, che prevede all’art. III, lettera A, fra i requisiti generali indispensabili per il perfezionamento della procedura la traduzione degli atti nel caso in cui il destinatario non sia cittadino italiano (3).

5. Il tema controverso e la soluzione offerta dal Giudice.

Dall’esame della cartolina e del *report* di spedizione il Giudice evince che l’atto di pignoramento, spedito al debitore dal Consolato Generale d’Italia in Boston, è stato inoltrato ad un indirizzo diverso dalla residenza indicata dall’esecutato nei propri atti. Diversamente da quanto sostenuto dal creditore procedente,

(2) In merito la Suprema Corte (Cass., 28 settembre 2015, n. 19166): «Tale attestazione svolge la medesima funzione della relazione di notificazione prevista dall’art. 148 c.p.c., facendo piena prova, fino a querela di falso, dell’avvenuta consegna dell’atto nelle forme prescritte, e quindi del perfezionamento del procedimento notificatorio (cfr. Cass., 28 maggio 1984, n. 3257), e la sua mancanza alla quale non può sopperirsi mediante il ricorso ad altri elementi di prova, non determina la mera nullità della notifica [...] ma l’inesistenza della stessa, non sanabile ai sensi dell’art. 156 c.p.c., comma 3, per effetto del raggiungimento dello scopo dell’atto (cfr. Cass., 18 settembre 2007, n. 19358; Cass., 25 giugno 2004, n. 11853; Cass., 5 luglio 2003, n. 10636) [...] ai fini dell’instaurazione del procedimento esecutivo si renderà necessario procedere ad una nuova notificazione del provvedimento, dovendosi ritenere tamquam non esset quella effettuata [...]».

(3) In tema di notificazione, la Corte di Appello di Catania 1441/2020, Repertorio n. 1380/2020 del 4 agosto 2020, ha statuito: «è inesistente quando l’atto esorbiti completamente dallo schema legale, sia cioè, privo degli elementi costitutivi essenziali capaci di rendere riconoscibile e qualificabile l’atto stesso come notificazione sia pure invalida ovvero quando non sussista alcun collegamento tra il destinatario e il luogo in cui la notifica è stata effettuata». Sempre sull’inesistenza della notificazione, Cass. (ord.), 26 maggio 2023, n. 14692: «è configurabile, in base ai principi di strumentalità delle forme degli atti processuali e del giusto processo, nel caso in cui la relativa attività sia del tutto mancante ovvero sia priva degli elementi costitutivi essenziali idonei a rendere riconoscibile un atto qualificabile come notificazione».

il Giudice rileva dagli atti processuali che il Consolato ha restituito all'U.n.e.p. della Corte di Appello di Catania l'attestazione dell'omessa notifica al destinatario.

Giudica la notificazione inesistente ciò determinando l'inesistenza dello stesso pignoramento e l'improcedibilità dell'intera procedura esecutiva, non essendo ai sensi di legge pervenuta al destinatario l'ingiunzione di cui all'art. 492 c.p.c. con l'effetto del venir meno del requisito essenziale della conoscenza dell'obbligo di astenersi da ogni atto pregiudiziale sancito dalla stessa norma. Con la conseguenza, in virtù del disposto dell'art. 491 c.p.c., che l'azione esecutiva non è mai tecnicamente iniziata.

Vane peraltro le argomentazioni in opposizione del creditore procedente che eccepisce la tardività e inammissibilità dell'opposizione dell'americano in quanto proposta successivamente al termine di venti giorni fissato dall'art. 617 c.p.c.

Per il Giudice, la notifica della procedura esecutiva, statuita dall'art. 2471 c.c., è un elemento strutturale del pignoramento che impedisce il perfezionamento dello stesso. Trattandosi nella fattispecie in esame di notifica inesistente, la proposta opposizione non ha comportato alcuna sanatoria del vizio per raggiungimento dello scopo né può disporsi la rinnovazione di un atto inesistente. L'omissione dell'ingiunzione è rilevabile in ogni stato e grado del procedimento esecutivo e la sua deducibilità sopravvive al termine fissato dall'art. 617 c.p.c.

Da qui la decisione dell'improcedibilità della procedura esecutiva e la disposizione della cancellazione dell'atto di pignoramento delle quote societarie dal Registro delle imprese.

LINKA ZANGARA

ABSTRACT: Il contribuente affronta la delicata questione della notifica di pignoramento di quote di società a responsabilità limitata italiana intestate a un cittadino americano residente negli Stati Uniti d'America e della sua opposizione oltre il termine di venti giorni fissato dall'art. 617 c.p.c.

ABSTRACT: *The author analyzes the issue of the notification of seizure of shares of Italian limited liability companies, owned by an American citizen resident in the United States of America and of his opposition beyond the twenty-day deadline set by the art. 617 c.p.c.*

Corte di Cassazione, decreto pres. 14 febbraio 2024,

n. 4121

Primo Pres. M. Cassano

(...) Motivi della decisione. 1. Il Tribunale di Napoli Nord, in un giudizio civile ordinario avente ad oggetto un'azione revocatoria fallimentare esperita nei confronti dell'amministratrice unica della fallita, per pagamenti di compensi maturati e ricevuti nel periodo sospetto di cui all'art. 67, comma 2, l.fall., formulata l'eccezione di intervenuta decadenza dalla curatela per decorrenza del termine triennale dall'apertura del concorso, ex art. 69 bis, comma 1, l.fall. (scadente in data 19 aprile 2020, in piena emergenza Covid), ha sollevato ai sensi dell'art. 363 bis c.p.c. la seguente questione pregiudiziale:

“Dica la Corte di Cassazione se l'art. 83, secondo comma, d.l. “Cura Italia”, nella misura in cui dispone, per il periodo che va dal 9 marzo al 15 aprile 2020, poi esteso sino al giorno 11 maggio 2020 (c.d. “fase 1” dell'emergenza epidemiologica da Covid-19) che “...è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali” debba essere inteso nel senso che debbano ritenersi sospesi, per il medesimo periodo, anche i termini di decadenza di cui all'art. 69 bis l.fall. o debba invece essere interpretato nel senso che detti termini di decadenza abbiano continuato a decorrere anche nel

predetto periodo emergenziale”.

2. *L’ordinanza di rimessione della sollevata questione pregiudiziale chiama in causa i primi due commi dell’art. 83 del d.l. 17 marzo 2020, n. 18 (“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19”), convertito con modificazioni con l. 24 aprile 2020, n. 27, alla cui stregua:*

“Art. 83 - Nuove misure urgenti per contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare.

1. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d’ufficio a data successiva al 15 aprile 2020. 2. Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l’adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l’inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l’udienza o l’attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto. Si intendono altresì sospesi, per la stessa durata indicata nel primo periodo, i termini per la notifica del ricorso in primo grado innanzi alle Commissioni tributarie e il termine di cui all’articolo 17-bis, comma 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546. Per il periodo compreso tra il 9 marzo 2020 e l’11 maggio 2020 si considera sospeso il decorso del termine di cui all’articolo 124 del codice penale”.

Medio tempore il d.l. 8 aprile 2020, n. 23 ha disposto (con l’art. 36, comma 1) che “Il termine del 15 aprile 2020 previsto dall’articolo 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020,

n. 18 è prorogato all'11 maggio 2020".

Nella versione finale della norma, inoltre, al comma 6, si è previsto che per il periodo dal 12 maggio al 30 giugno 2020 (così ridotto dall'iniziale 31 luglio 2020, a seguito del d.l. 30 aprile 2020, n. 28, convertito con modificazioni dalla L. 25 giugno 2020, n. 70), c.d. Fase 2, "i capi degli uffici giudiziari, sentiti l'autorità sanitaria regionale, per il tramite del Presidente della Giunta della Regione, e il Consiglio dell'ordine degli avvocati, adottano le misure organizzative, anche relative alla trattazione degli affari giudiziari, necessarie per consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie fornite dal Ministero della salute" con lo scopo di "evitare assembramenti all'interno degli uffici giudiziari e contatti ravvicinati tra le persone". Il comma 7 ha elencato quali misure organizzative era possibile adottare.

Il comma 8 ha inoltre previsto, a seguito di modifiche, che "Per il periodo di efficacia dei provvedimenti di cui al comma 7 che precludano la presentazione della domanda giudiziale è sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza dei diritti che possono essere esercitati esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti medesimi".

Il rinvio pregiudiziale proposto chiama, altresì, in causa, l'art. 1 della legge n. 742 del 1969, in tema di sospensione feriale dei termini processuali, più volte citato nella stessa ordinanza di rinvio:

Art. 1 Il decorso dei termini processuali relativi alle giurisdizioni ordinarie ed a quelle amministrative è sospeso di diritto dal 1° al 31 agosto di ciascun anno, e riprende a decorrere dalla fine del periodo di sospensione. Ove il decorso abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo.

La stessa disposizione si applica per il termine stabilito dall'articolo 201 del codice di procedura penale.

3. Si deve rilevare come, in relazione ai requisiti indicati nell'art. 363 bis c.p.c., sussista quello di necessità dovendo risolversi il dubbio interpretativo esposto ai fini della decisione e quello relativo alla natura esclusivamente di diritto del quesito

sottoposto all'esame della Corte.

4. Deve tuttavia dubitarsi della configurabilità degli altri due: la gravità interpretativa della questione e la sua reiterabilità non occasionale ma seriale.

4.1. Quanto al primo requisito, il rimettente evidenzia una perplessità interpretativa che non trova riscontro in un contrasto di giurisprudenza o nell'esistenza effettiva di un dibattito interpretativo al riguardo, non potendo essere sufficiente l'astratta individuazione di diverse opzioni interpretative.

Viene, infatti, dato lealmente atto che i precedenti conosciuti sono univoci nel ritenere che il termine di decadenza non sia scalfito dalla normativa processuale emergenziale giustificata dall'emergenza Covid, perché di natura sostanziale.

Può aggiungersi che la giurisprudenza di legittimità, sia pure con riferimento ad altre fattispecie caratterizzate dall'applicazione di termini di decadenza, ha qualificato come sostanziali tali termini (Cass. 18058 del 2012, in relazione al termine annuale per la azione di reintegrazione nel possesso; 9681 del 2011 in relazione al termine biennale di decadenza per la proposizione dell'azione di responsabilità civile dei magistrati, attualmente non più vigente).

5. Nel recente decreto di questa Corte, n. 350657 del 3 novembre 2023, che ha dichiarato l'inammissibilità della questione sollevata per l'assenza "della gravità della difficoltà interpretativa" è stata posta in luce l'esigenza, propria del nuovo strumento di nomofilachia preventiva, di evitare che il giudice operi rinvii puramente esplorativi o ipotetici, richiamandolo a "un approfondito esame di tutte le alternative interpretative che possono porsi", nonché la necessità, ai fini del vaglio di ammissibilità, di indicare specificamente le diverse interpretazioni possibili, perché la grave difficoltà nell'ermeneusi "non può derivare ... dalla mera "scelta tra due soluzioni contrapposte".

Così operando si finirebbe con l'inaridire il compito d'interpretare la legge che è dovere indeclinabile del giudice, e di limitare, ingiustificatamente, la formazione progressiva e dialettica del procedimento interpretativo mediante il contributo della giu-

risdizione nei suoi diversi gradi e della dottrina.

Proprio per scongiurare il rischio di appiattimento dell'esercizio ermeneutico da parte dei giudici remittenti, il rinvio pregiudiziale è stato assoggettato a condizioni precise. Di esse la gravità interpretativa e la diffusività del contrasto sono di primario rilievo, perché direttamente incidenti sull'effetto virtuoso del non rallentamento della tutela giudiziale dei diritti cui è finalizzata la giurisdizione civile. Questa finalità, tuttavia, non si attaglia ad un ogni dubbio interpretativo.

6. Nella specie, infine, il segmento temporale limitato di applicazione della normativa emergenziale oggetto del rinvio porta anche ad escludere il rischio della diffusività e della riproducibilità su larga scala dell'ipotetico consolidarsi delle due diverse opzioni ermeneutiche ipotizzate dal rimettente.

7. Ne consegue che il rinvio pregiudiziale non può essere ammesso (1).

(1) Osservazioni sui primi (e significativi) irrigidimenti del «filtro» presidenziale di ammissibilità del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione.

SOMMARIO: 1. La questione interpretativa e il decreto presidenziale d'inammissibilità. — 2. Brevi note introduttive: la giurisprudenza «presidenziale» ridimensiona alcuni iniziali timori sul rinvio pregiudiziale. — 3. La «gravità» del dubbio interpretativo e la «serialità» quali argini alle rimessioni «esplorative» (o «ipotetiche») e contrappeso benefico al temporaneo rallentamento del giudizio *a quo*. — 4. Conclusioni: la centralità del «filtro» presidenziale nella definizione dei corretti contorni del rinvio pregiudiziale.

1. La questione interpretativa e il decreto presidenziale d'inammissibilità.

L'incidente interpretativo, a cui il decreto presidenziale ha sbarrato la strada verso il Collegio della Corte di Cassazione, era stato avviato da un'ordinanza di rinvio del Tribunale di Napoli Nord nell'ambito di un giudizio ordinario di cognizione avente ad oggetto una revocatoria fallimentare promossa da una curatela *ex*

art. 67, comma secondo, L.F. *ratione temporis* vigente.

Il giudice *a quo* aveva chiesto alla Corte di Cassazione di esprimersi sulla seguente questione esclusivamente di diritto: «Dica la Corte di Cassazione se l'art. 83, secondo comma, D.L. "Cura Italia", nella misura in cui dispone, per il periodo che va dal 9 marzo al 15 aprile 2020, poi esteso sino all'11 maggio 2020 (c.d. "fase" 1 dell'emergenza epidemiologica da Covid-19), che "... è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali" debba essere inteso nel senso che debbano ritenersi sospesi, per il medesimo periodo, anche i termini di decadenza di cui all'art. 69 bis l. fall. o debba invece essere interpretato nel senso che detti termini di decadenza abbiano continuato a decorrere anche nel predetto periodo emergenziale».

Il dubbio ermeneutico prospettato, dunque, cadeva sull'art. 83 del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18 (c.d. «Cura Italia»), e specificamente sul comma secondo di detta disposizione in rapporto ai successivi commi settimo e (soprattutto) ottavo del medesimo art. 83 cit. con riferimento alla incidenza della complessiva disciplina emergenziale *de qua* sulla sospensione dei termini di prescrizione e di decadenza.

Il giudice rimettente aveva dato atto di un orientamento in via di progressivo consolidamento presso lo stesso ufficio giudiziario, secondo cui la maturazione dei termini di prescrizione e di decadenza, la cui scadenza si era verificata nel periodo compreso tra il 9 marzo 2020 e il 15 aprile 2020 (poi esteso fino all'11 maggio 2020), non sarebbe stata impedita dalla disciplina emergenziale impartita dal comma secondo dell'art. 83 del Cura Italia. Il giudice *a quo* aveva anche spiegato i motivi addotti a fondamento di tale orientamento del Tribunale partenopeo: in primo luogo tale

sospensione avrebbe riguardato i soli termini processuali, mentre quelli di prescrizione e di decadenza sono termini pacificamente sostanziali; in secondo luogo il comma secondo dell'art. 83 cit. — afferendo alla sospensione dei soli termini processuali — non avrebbe precluso il compimento dell'attività processuale in quanto tale (impedimento possibile, invece, alla luce, e alle condizioni, dei successivi commi settimo e ottavo) e, dunque, non sarebbe stata ostativa al promovimento dell'azione giudiziale necessaria ad impedire l'effetto decadenziale.

Il giudice di merito, però, aveva opposto a detto orientamento un'altra e diversa ipotesi interpretativa, a cui l'ordinanza di rinvio aveva dedicato un certo sforzo argomentativo, la quale conduceva all'estensione della sospensione di cui all'art. 83, comma secondo, del Cura Italia anche ai termini di prescrizione e di decadenza scaduti nel periodo tra il 9 marzo 2020 e l'11 maggio 2020.

La questione esclusivamente di diritto era stata descritta quale necessaria alla definizione, anche parziale, del giudizio perché, se risolta nel diverso senso indicato dal giudice rimettente, avrebbe provocato il rigetto della domanda proposta dalla curatela fallimentare in ragione della intervenuta decadenza di cui all'art. 69-bis, comma primo, L.F. *ratione temporis* vigente.

L'ordinanza di rinvio, dichiarata la sospensione del giudizio *a quo* e trasmessi gli atti alla Corte di Cassazione, giungeva al vaglio della Prima Presidente, la quale, con il decreto del 14 febbraio 2024, ne ha dichiarato l'inammissibilità ai sensi dell'art. 363-bis, comma terzo, c.p.c. per la non ricorrenza dei presupposti applicativi di cui ai numeri 2) e 3) del primo comma dell'art. 363-bis cit.

2. Brevi note introduttive: la giurisprudenza «presidenziale» ridimensiona alcuni iniziali timori sul rinvio pregiudiziale.

Dai primi commenti all'art. 363-bis c.p.c., era emerso — neanche troppo velato — il timore che il rinvio pregiudiziale potesse, da un lato, deresponsabilizzare il giudice di merito — sollecitandolo ad autoassolversi dal dovere di decidere — e, dall'altro

lato, inaridire alla fonte la formazione orizzontale e dialogica del diritto mediante il contributo della giurisdizione nei suoi diversi gradi a vantaggio di una concezione gerarchica della giustizia ⁽¹⁾. Si era inoltre criticato — oltre all'effetto vincolante della decisione interpretativa della Corte di Cassazione e alla conseguente possibile violazione del principio della soggezione del giudice soltanto alla legge *ex art. 101, comma secondo, Cost.* ⁽²⁾ — il sacrificio imposto allo *ius litigatoris* a beneficio dello *ius constitutionis* per via della sospensione (automatica, anche se impropria perché il processo, pur se con limitato riferimento alla questione interpretativa, prosegue) del processo *a quo* ⁽³⁾.

Quelle diffidenze, pur autorevolmente argomentate, presentavano, a mio avviso, il problema di confondere i pericoli di un uso distorto del nuovo strumento processuale con effettive carenze genetiche dell'istituto perché ⁽⁴⁾: altro è dire che il giudice di merito, confidando nel rinvio pregiudiziale, possa sentirsi autorizzato a decidere di non decidere e così spogliarsi del fondamentale dovere che gli incombe istituzionalmente; altro è dire che il legislatore non abbia preconizzato quei pericoli e che non abbia approntato adeguati presidi contro le possibili derive auto-assolutorie. Nel primo caso, saremmo, per l'appunto, al cospetto di un impiego abusivo della rimessione anticipata *ex art. 363-bis c.p.c.* da parte di chi ha la legittimazione a servirsene, contegno

⁽¹⁾ Cfr. B. CAPPONI e A. PANZAROLA, *Questioni e dubbi sulle novità del giudizio di legittimità secondo gli emendamenti governativi al d.d.l. n. 1662/S/XVIII (breve contributo al dibattito)*, in *Giust. ins.*, 21 maggio 2021; G. CASABURI, *Un utile irrocervo: la domanda cumulativa di separazione e divorzio (art. 473 bis.49 c.p.c.)*, in *Foro it.*, 6, 2023, 1937 ss., spec. 1946; V. CAPASSO, *Il rinvio pregiudiziale e il «vincolo» di troppo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2022, 589, spec. nota 10.

⁽²⁾ Cfr. G. SCARSELLI, *Note sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione di una questione di diritto da parte del giudice di merito*, in *Giust. ins.*, 5 luglio 2021, § 4.

⁽³⁾ Cfr. G. SCARSELLI, *Note sul rinvio*, op.cit., § 9; cfr. V. CAPASSO, *Il rinvio*, op.cit., 604-605. Cenni all'argomento anche in E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in questa *Rivista*, 1, 2023, 66.

⁽⁴⁾ Lo avevo già osservato, se si vuole, in A. CAROSI, *Il rinvio pregiudiziale alla Corte di cassazione e il fondamento dell'efficacia vincolante della decisione interpretativa*, in *Giust. proc. civ.*, 2024, 2, 606.

individuale certamente non condivisibile, ma non ascrivibile a difetto d'origine del mezzo processuale; nel secondo caso, invece, saremmo davanti ad un legislatore che non ha adeguatamente soppesato gli effetti dell'introduzione dell'istituto.

Tuttavia, non è quest'ultimo il caso del rinvio pregiudiziale.

Credo, al contrario, che il legislatore — forte anche di altre esperienze straniere o sovranazionali ⁽⁵⁾ — abbia pesato con estrema attenzione sia l'inserimento di uno strumento di nomofilachia preventiva sia le conseguenze che ne ha voluto far derivare: tra queste ultime le più rilevanti appaiono essere senz'altro l'intervento anticipato della Corte di Cassazione con effetto vincolante per il giudice rimettente (*rectius*, per tutti i giudici del processo *a quo* e per tutti i futuri giudici di un eventuale nuovo giudizio tra le stesse parti sulla stessa domanda) e la sospensione impropria del processo *a quo* in funzione di una decisione interpretativa la cui forza persuasiva dovrebbe generare il benefico effetto deflattivo dei contenziosi vertenti su questione analoga. Qui sta il fulcro sui cui, nel rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione, poggia la

(5) È sin troppo noto il parallelismo tra il rinvio pregiudiziale nostrano e la *saisine pour avis* della *Cour de cassation* di cui agli artt. L.441-1 ss. del *code de l'organisation judiciaire*, introdotta nell'ordinamento francese dalla legge 15 maggio 1991, n. 491. Parallelismo affermato dalla stessa relazione della Commissione «Luiso», par. 4.2, consultabile in https://www.giustizia.it/cmsresources/cms/documents/commissione_LUISO_relazione_finale_24mag21.ppd. Cfr. in dottrina F.S. DAMIANI, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione*, in *Giust. proc. civ.*, 1, 2023, 58-59 e V. CAPASSO, *Il rinvio*, op.cit., 590. In senso parzialmente critico sul parallelismo in questione cfr. B. CAPPONI, *È opportuno attribuire nuovi compiti alla Corte di Cassazione?*, in *Giust. ins.*, 19 giugno 2021; in senso critico cfr., se si vuole, anche A. CAROSI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 587-591. Un altro parallelismo proposto – cfr. F. BARBIERI, *Brevi considerazioni sul rinvio pregiudiziale in Cassazione: il giudice di merito superiorem non recognoscens*, in *Nuov. leg. civ. com.*, 2, 2022, 384-385; F. SANTAGADA, *Rinvio pregiudiziale in Cassazione (art. 363-bis c.p.c.)* in AA.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2023, 528 e in nota 12; *contra* il parallelismo in questione A. CARRATTA, *Il rinvio pregiudiziale alla Cassazione e la decisione “soggettivamente complessa”*, in *Giur. it.*, 2, 2023, 469 – è stato quello tra il nostro rinvio pregiudiziale e il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ex art. 267 TFUE. Su quest'ultimo istituto eurounionale cfr. A. BRIGUGLIO, *Pregiudiziale comunitaria e processo civile*, Padova, 1996 e cfr. anche E. D'ALESSANDRO, *Il procedimento pregiudiziale interpretativo dinanzi alla Corte di giustizia. Oggetto e limiti della pronuncia*, Torino, 2012.

leva che ha ai due estremi lo *ius litigatoris* e lo *ius constitutionis*.

Che il legislatore avesse molto ponderato la propria decisione affiora evidentemente dall'architettura dell'art. 363-*bis* c.p.c.: da un lato, il comma primo della norma in questione ha posto le condizioni applicative del rinvio pregiudiziale, elencate nei tre numeri del comma, sulle quali l'ordinanza del giudice rimettente ha l'onere di motivare; dall'altro lato, ne ha affidato il vaglio di ricorrenza al presidente della Corte di Cassazione, il quale o «assegna la questione alle sezioni unite o alla sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto» o «dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma».

La struttura stessa dell'art. 363-*bis* c.p.c. mostra la centralità del ruolo ritagliato per il presidente della Corte di Cassazione perché sarà proprio la sua discrezionalità, benché orientata dalla *ratio* fondativa del nuovo istituto e dai presupposti applicativi che quella *ratio* presidiano, a plasmare via via i requisiti applicativi del rinvio pregiudiziale e ad arginare l'eventuale abuso di esso da parte dei giudici del merito ⁽⁶⁾.

«Via via» perché c'è da immaginare — ed è ciò che in effetti mi sembra stia accadendo — che tanto meno i giudici del merito si mostreranno parsimoniosi e cauti nell'impiego della rimessione pregiudiziale, tanto più il ruolo presidenziale sarà chiamato in causa e le maglie del suo filtro si inspessiranno ⁽⁷⁾. D'altra parte, se è innegabile che un primo esame della prassi applicativa denunci un qualche eccesso da parte dei giudici del merito (tradotto:

⁽⁶⁾ Cfr. al riguardo sempre A. CAROSI, *Il rinvio pregiudiziale*, cit., 606. Per un esame delle prime esperienze applicative in punto di «filtro» presidenziale, A. BRIGUGLIO, *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. - Prima Puntata*, in www.judicium.it, 6 giugno 2023; ID., *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. - Seconda Puntata*, *ivi*, 14 giugno 2023; ID., *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. - Terza Puntata*, *ivi*, 6 luglio 2023; ID., *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. - Quarta Puntata*, *ivi*, 1° dicembre 2023; ID., *Esperienze applicative del rinvio pregiudiziale interpretativo ex art. 363 bis c.p.c. - Quinta Puntata*, *ivi*, 22 dicembre 2023.

⁽⁷⁾ Cfr. quanto osserva A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntata*, cit., § 1.

troppi rinvii pregiudiziali in poco più di un anno) ⁽⁸⁾, è parimenti certo che il vaglio del Primo Presidente vi stia ponendo adeguatamente rimedio proprio mediante la pratica di un crescente rigore.

Il decreto che qui si commenta in breve ne è un esempio.

3. La «gravità» del dubbio interpretativo e la «serialità» quali argini alle rimessioni «esplorative» (o «ipotetiche») e contrappeso benefico al temporaneo rallentamento del giudizio a quo.

La Prima Presidente della Corte di Cassazione — pur giudicando esistenti i presupposti della decisività della problematica ai fini della definizione del giudizio e della sua natura esclusivamente giuridica — ha disatteso l'ordinanza del giudice rimettente e l'ha valutata inammissibile per carenza delle condizioni applicative di cui ai numeri 2) e 3) dell'art. 363-*bis*, comma primo, c.p.c.

Il presupposto applicativo di cui al n. 2) del primo comma dell'art. 363-*bis* cit. è quello della grave difficoltà interpretativa.

Rispetto ad esso prime e significative indicazioni erano giunte già da un precedente decreto presidenziale di inammissibilità datato 3 novembre 2023 (numero di raccolta generale 30657/2023) ⁽⁹⁾: lì, infatti, veniva affermato che la grave difficoltà interpretativa non può dirsi sostanziata dalla semplice «scelta tra due soluzioni contrapposte, benché implicanti operazioni ermeneutiche differenti» perché, se così fosse interpretabile quella condizione applicativa, «ogni questione interpretativa dovrebbe dirsi passibile di essere sottoposta, tramite l'istituto di cui all'art. 363-*bis* cod. proc. civ., alla decisione della Corte di Cassazione, finendo con l'inaridire il compito di interpretare la legge, che è dovere indeclinabile di ogni giudice». Quel decreto presidenziale di inammissibilità del 3 novembre 2023 aveva pure posto l'accento sull'assenza «di specifiche decisioni da parte della giurisprudenza

⁽⁸⁾ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntata*, cit., § 1.

⁽⁹⁾ Cfr. per un commento al decreto presidenziale in questione A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntata*, cit.

di merito», ritenuta indice significativo della carenza dei requisiti della grave difficoltà interpretativa e della diffusività del problema ermeneutico. Mi sembra che il concetto possa essere così sintetizzato: se una stessa questione di diritto è stata dibattuta in un numero rilevante di processi e se ad essa sono state date soluzioni frequentemente difformi, allora è verosimile che quel problema giuridico presenti in effetti una grave difficoltà interpretativa ⁽¹⁰⁾.

Il decreto presidenziale che qui si annota ribadisce l'orientamento preso con il precedente provvedimento del 3 novembre 2024.

La Prima Presidente, infatti, ha sanzionato con l'inammissibilità l'ordinanza di rimessione perché il giudice *a quo* vi aveva posto a fondamento una astratta perplessità interpretativa basata su due diverse soluzioni del medesimo quesito giuridico, rispetto alla quale non è stato riscontrato, però, un contrasto di giurisprudenza o la reale esistenza di un dibattito ermeneutico, tale da far intendere conseguita la condizione applicativa di cui all'art. 363-bis, comma primo, n. 2), c.p.c.

Ne esce confermata l'indicazione che l'esistenza di una pregressa esperienza giurisprudenziale sulla questione di diritto, connotata dalla reale contrapposizione tra orientamenti alternativi, è indice rilevante della grave difficoltà interpretativa ⁽¹¹⁾. Ma ne esce ribadita anche un'altra importante indicazione, ossia che il giudice rimettente ha il dovere (*rectius*, l'onere, se vuole scansare lo stigma dell'inammissibilità dell'ordinanza di rinvio) di richiamare quei contrapposti indirizzi giurisprudenziali, di illustrarli e di spiegarne le ragioni, insieme con le differenti e corrispondenti soluzioni interpretative, in modo tale da far affiorare con pienezza «la profondità della difficoltà interpretativa» ⁽¹²⁾ e far cogliere

⁽¹⁰⁾ È verosimile che sia così, ma non certo. Cfr. A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntata*, op. cit., il quale definisce infatti la pregressa esperienza giurisprudenziale quale «sintomo (non imprescindibile ma significativo) dei requisiti di “numerosità” e “grave difficoltà».

⁽¹¹⁾ Cfr. sul punto C. SGROI, *Il rinvio pregiudiziale in Cassazione* in AA.Vv., *La Cassazione civile riformata*, a cura di PIETRO CURZIO Bari, 2023, 27.

⁽¹²⁾ Questa è la pregnante indicazione che, a proposito della grave difficoltà inter-

perché l'una soluzione potrebbe in astratto essere preferita all'altra e viceversa ⁽¹³⁾.

Mi pare se ne possa ricavare poi, sempre in termini generali, che, se quel contrasto giurisprudenziale o quell'effettivo dibattito interpretativo difettano, si è piuttosto al cospetto di una via interpretativa che il giudice di merito contrappone:

- a) o ad un opposto orientamento giurisprudenziale già affermatosi, che il giudice stesso, non vigendo nel nostro ordinamento giuridico il principio dello *stare decisis*, si pone legittimamente il dubbio se disattendere o meno (*i.e.* astratta opzione interpretativa formulata dal giudice di merito vs un orientamento giurisprudenziale già formato);
- b) o ad un'altra e diversa astratta opzione interpretativa, neanche emergente da un indirizzo giurisprudenziale, essendo la questione giuridica del tutto nuova perché mai postasi in precedenza o perché è nuova la disciplina (*i.e.* astratta opzione interpretativa formulata dal giudice di merito vs altra astratta opzione interpretativa formulata dal giudice di merito).

Sia nel caso sub a) sia nel caso sub b) il dubbio interpretativo non è di regola suscettibile di approdare anticipatamente alla Corte di Cassazione perché è il giudice di merito che deve cavalcare le diverse tesi, sciogliere il nodo e formare il proprio convincimento in ossequio al potere-dovere che egli ha di decidere ⁽¹⁴⁾.

In altri termini, quel che il giudice di merito ha la facoltà di fare mediante il rinvio pregiudiziale è di interrogare preventivamente la Corte di Cassazione affinché il giudice della nomofilachia formuli in anticipo un principio di diritto su un grave dubbio ermeneutico, che affondi le radici in un effettivo dibattito giurisprudenziale e (eventualmente) anche dottrinale, di cui il ri-

pretativa, giunge dal precedente decreto presidenziale del 3 novembre 2023, consultabile sul sito istituzionale della Corte di Cassazione in https://www.cortedicassazione.it/resources/cms/documents/Rg.18326_2023_Decreto_PP_inammissibilit.pdf.

⁽¹³⁾ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntata*, cit., §§ 3.2. e 3.3.

⁽¹⁴⁾ Tuttavia, sull'incertezza interpretativa cadente su norma nuova destinata ad agire in settore o in materia intrinsecamente seriale cfr. le precisazioni *infra*.

mettente è onerato di dare compiutamente conto nei termini che ho poc' anzi espresso. Quel che al giudice del merito è precluso, invece, è il rendersi protagonista di un rinvio puramente ipotetico o esplorativo, ossia basato sulla astratta individuazione di diverse soluzioni interpretative, al solo fine di munire la propria decisione dell'avallo ermeneutico preventivo e vincolante della Corte di Cassazione ⁽¹⁵⁾.

Un altro dato di rilievo è il legame che il decreto presidenziale in commento — come già quello del 3 novembre 2023 — intravede, neanche troppo velatamente, tra il requisito della grave difficoltà interpretativa e quello della serialità.

Quella connessione già era venuta a galla con il decreto presidenziale del 3 novembre 2023 perché lì si descriveva la mancanza di una pregressa esperienza giurisprudenziale quale sintomatica non solo della non serietà del dubbio ermeneutico, ma anche della sua non diffusività. Volendo anche qui sintetizzare il concetto: se la questione non si è posta in un numero rilevante di processi di merito e non è stata ivi decisa, è verosimile che essa non abbia il connotato della serialità.

Con il decreto in commento, invece, la Prima Presidente pone il nesso tra grave difficoltà interpretativa e serialità su una diversa dimensione, cioè sul primato che, tra le altre condizioni applicative (cfr., cioè, anche il numero 1)), quelle di cui ai numeri 2) e 3) dell'art. 363-*bis* c.p.c. esplicano per l'operatività concreta del rinvio pregiudiziale, anche in relazione alla sua *ratio* acceleratoria e deflattiva. Il decreto presidenziale in commento afferma infatti che tra i presupposti applicativi «la gravità interpretativa e la diffusività del contrasto sono di primario rilievo, perché direttamente incidenti sull'effetto virtuoso del non rallentamento della tutela giudiziale dei diritti cui è finalizzata la giurisdizione civile».

⁽¹⁵⁾ Nel decreto presidenziale del 3 novembre 2023, su cui cfr. *retro*, nota 11, si legge che «Sarebbe, infatti, improprio l'utilizzo del rinvio pregiudiziale da parte del giudice del merito ove rivolto unicamente a conseguire un avallo interpretativo dalla Corte di Cassazione diretto a preservare la propria decisione da una diversa lettura ed applicazione delle norme ad opera del giudice dell'impugnazione».

Il principio che se ne coglie è che l'interesse generale alla deflazione e all'accelerazione della giustizia civile è conseguibile per il tramite del rinvio pregiudiziale solo se l'intervento anticipato della Corte di Cassazione è sollecitato con riguardo a questioni interpretative davvero complesse e diffuse, tali cioè da impegnare seriamente (*i.e.* complessità) un numero elevato di giudici di merito (*i.e.* diffusività). Solo al ricorrere di queste condizioni l'affermazione preventiva di un principio di diritto — vincolante per i giudici del processo *a quo* e (auspicabilmente) persuasivo negli altri processi su questione analoga — potrà al contempo soddisfare l'interesse generale alla deflazione e all'accelerazione della giustizia civile e far apparire meno penoso il sacrificio inflitto al diritto in contesa per il mezzo della sospensione impropria del processo *a quo*.

Ma il decreto in esame predica anche altro perché arricchisce la serialità di un'ulteriore sfumatura.

Il decreto del 3 novembre 2023 — come già più sopra rimarcato — aveva rifiutato la diffusività del contrasto ponendo l'accento sull'assenza di una pregressa esperienza giurisprudenziale su di esso.

Quello in commento, invece, ha negato la serialità per via della limitatezza del segmento temporale di applicazione della normativa emergenziale di cui all'art. 83, comma secondo, del Cura Italia, il quale «porta ad escludere il rischio della diffusività e della riproducibilità su larga scala dell'ipotetico consolidarsi delle due diverse opzioni ermeneutiche ipotizzate dal rimettente».

Questa affermazione induce, a mio avviso, una nota a margine. Infatti, che una questione interpretativa non sia destinata a porsi su larga scala solo perché la normativa su cui la grave perplessità cade ha coperto un limitato arco temporale è conclusione forse troppo affrettata e sommaria. Il postulato avrebbe forse meritato di essere meglio puntualizzato e posto in stretta relazione con la normativa oggetto del rinvio pregiudiziale nel caso di specie. La Prima Presidente, invece, lo ha risolto con poche battute, che rischiano di generalizzare un principio che andrebbe

invece calato di volta in volta nella realtà della normativa oggetto dell'incertezza ermeneutica.

In altri termini, va bene il filo che lega grave difficoltà interpretativa e serialità, ma i due presupposti applicativi non devono giocoforza mancare entrambi per la declaratoria di inammissibilità del rinvio pregiudiziale. Nulla vieta che un problema interpretativo sia al contempo diffuso (per cui ricorrerebbe il presupposto di cui al n. 3) del comma prima dell'art 363-*bis* c.p.c.) e non grave perché su di esso il pur corposo orientamento pretorio è consolidato in una data direzione (per cui difetterebbe la condizione di cui al n. 2) del comma primo dell'art. 363-*bis* cit., pur esistendo quella di cui al n. 3)). E tanto basterebbe a colpire d'inammissibilità l'ordinanza di rinvio tenuto conto che le condizioni applicative di cui all'art. 363-*bis*, comma primo, c.p.c., per quanto suscettibili di essere elasticamente intese ⁽¹⁶⁾, sono poste dalla legge come necessariamente concorrenti per il superamento del vaglio presidenziale.

Segnalo, *per incidens*, che il *fil rouge* tra grave difficoltà interpretativa e diffusività del contrasto può essere esaminato anche da un altro e diverso punto di vista, cioè dall'angolo dell'incertezza interpretativa su una norma di nuova introduzione ⁽¹⁷⁾. È evidente che, in un caso del genere, una pregressa esperienza giurisprudenziale non vi sia e che un contrasto interpretativo sia, al più, preconizzabile. Si potrebbe tranquillamente affermare (e nessuno potrebbe opinare granché) che, in una simile ipotesi, la remissione preventiva alla Corte di Cassazione non sia ammissibile per mancanza della condizione applicativa della grave difficoltà interpretativa. Tuttavia, potrebbe darsi che la disciplina neo introdotta – per il settore (si pensi ad una nuova norma processuale) o per la materia (si può pensare alla materia assicurativa o a quella dei rapporti bancari o a quella consumeristica o a quella della responsabilità medica o a quella della circolazione

⁽¹⁶⁾ Cfr. sul punto *infra*.

⁽¹⁷⁾ Cfr. sul punto le osservazioni di A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntatacit.*, § 2. e poi § 3.3.

dei veicoli) in cui agisce – sia destinata a trovare applicazione in un numero rilevante di futuri contenziosi. In una ipotesi del genere, la prospettica diffusività del contrasto è certa, mentre il grave contrasto interpretativo sarebbe solo ipotizzabile. In linea generale, il ricorso all'art. 363-*bis* c.p.c. dovrebbe continuare a dirsi inammissibile: vi è la serialità (certa o ragionevolmente tale, per quanto prospettica), manca la grave incertezza interpretativa (solo astrattamente predicabile). Tuttavia, non si può escludere un'altra soluzione, manifestazione di un approccio meno formalistico all'istituto *de quo*. Ossia, nulla vieta che si possa alludere alla grave difficoltà interpretativa e alla serialità come nozioni relativamente elastiche per cui, a seconda dei casi, all'espansione dell'una possa corrispondere l'arretramento dell'altra. Se così fosse, il rinvio pregiudiziale dovrebbe valutarsi ammissibile anche quando il dubbio interpretativo afferisca ad una norma nuova in settore o in materia intrinsecamente seriale. La rilevanza della grave difficoltà interpretativa, d'altronde, non potrebbe essere elisa del tutto, ma al massimo affievolita nel senso che il giudice *a quo* conserverebbe – a mio avviso – l'onere di dare adeguatamente conto: (i) del perché quella norma nuova ponga una seria incertezza ermeneutica; (ii) di quali sarebbero le diverse possibili letture; e (iii) del motivo per il quale ciascuna di quelle ipotetiche letture assurga al rango di alternativa degna di astratta preferenza. Quel che mi sembra impossibile da ipotizzare, invece, è una completa retrocessione della condizione applicativa della gravità del dubbio interpretativo a tutto beneficio della serialità⁽¹⁸⁾.

A questa soluzione meno rigoristica corrisponderebbe, con ogni evidenza, l'accentuazione della funzione deflattiva del rinvio pregiudiziale rispetto a quella nomofilattica⁽¹⁹⁾, la quale non sarebbe comunque né pretermessa né svilita, restando anch'essa

⁽¹⁸⁾ A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntata*, cit., § 2.1., pur facendo intendere di ritenere possibile un'importante attenuazione del rilievo della gravità dell'incertezza ermeneutica, pone la condizione che «la nuova disposizione si presti ad un ragionevole, anche se non particolarmente difficile, dubbio interpretativo».

⁽¹⁹⁾ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quinta puntata*, cit., § 2.1. e § 3.4.

ben presente nell'affermazione anticipata di un principio di diritto la cui forza persuasiva dovrebbe o scoraggiare il futuro contenzioso (*i.e.* efficacia deflattiva) o più rapidamente orientare i giudici che ne fossero investiti verso la decisione (*i.e.* efficacia acceleratoria).

Insomma, ci troveremmo al cospetto di uno scenario del tutto compatibile con la *ratio* del rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, che è istituito al contempo di giurisdizione decisoria e di nomofilachia preventiva con funzione, per l'appunto, deflattiva ed acceleratoria.

4. Conclusioni: la centralità del «filtro» presidenziale nella definizione dei corretti contorni del rinvio pregiudiziale.

La prassi applicativa del primo anno di vita del rinvio pregiudiziale offre tutto sommato risposte rasserenanti alle iniziali preoccupazioni. Un qualche eccesso da parte dei giudici del merito era un dazio forse scontato e pronosticabile all'atto dell'introduzione dell'istituto *de quo*. Tuttavia, si può osservare che i requisiti applicativi *ex art. 363-bis*, comma primo, c.p.c., da un lato, e la giurisprudenza presidenziale intorno ad essi, dall'altro lato, stiano arginando bene l'impatto di questo modesto abuso. Al punto tale che si può anche immaginare che tale abuso sia destinato ad un progressivo ridimensionamento.

Annoto infine che, con decreto del 7 settembre 2023 (numero di raccolta generale 15340/2023) ⁽²⁰⁾, la Prima Presidente della Corte di Cassazione aveva rimesso alle sezioni unite un rinvio pregiudiziale proveniente dal Tribunale di Salerno. Il giudice *a quo*, a monte dell'esercizio della facoltà di cui all'*art. 363-bis c.p.c.*, non aveva attuato il contraddittorio tra le parti, così contravvenendo alla diversa indicazione dell'*art. 363-bis*, comma primo, c.p.c. L'errore procedurale era stato addirittura segnalato alla Prima Presidente da una delle parti del giudizio di provenienza con una nota scritta contenente la richiesta di declaratoria della nul-

⁽²⁰⁾ Cfr. su di esso il commento di A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quarta puntata*, cit.

lità dell'ordinanza stessa. Così, alla questione interpretativa posta dal giudice rimettente (le conseguenze scaturenti dalla omessa indicazione, all'interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione "composto" degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del tasso annuo nominale (TAN), nonché della modalità di ammortamento "alla francese"), se ne era aggiunta un'altra relativa agli effetti della omessa previa sollecitazione alle parti a contraddire sul rinvio pregiudiziale. Su quest'ultima questione, ovvero se il previo contraddittorio sia o non sia condizione di ammissibilità ulteriore rispetto a quelle testuali di cui ai numeri da 1) a 3) del comma primo dell'art. 363-*bis* c.p.c. e se la sua mancanza sia poi sanabile *ex post* dinanzi al collegio della Corte di Cassazione, la Prima Presidente, pur fornendo indicazioni nel secondo senso, aveva ritenuto di non statuire e di investire della rimessione pregiudiziale le sezioni unite «anche per l'intreccio con il problema della sorte dell'ordinanza di rinvio senza aver sentito le parti, un ambito normativamente assegnato al vaglio, sostanzialmente esclusivo, del Collegio allargato della nomofilachia».

L'incidente interpretativo è stato definito con la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione 29 maggio 2024, n. 15130, la quale ha pronunciato anche sul dubbio ermeneutico caduto sull'istituto di nomofilachia accelerata, concludendo per la rimediabilità del mancato contraddittorio iniziale nella successiva fase della discussione del rinvio pregiudiziale in pubblica udienza dinanzi al Collegio e, più nel dettaglio, al momento delle memorie *ex art.* 378 c.p.c. Quel rinvio pregiudiziale, chiuso dalla appena citata sentenza delle Sezioni Unite, ha in realtà diversi profili di notevole interesse, anche a prescindere dal principio di diritto enunciato dal *plenum*, tra i quali vi sono: quello che vede il presidente della Corte di Cassazione abilitato, entro certi limiti, ad intervenire sull'ordinanza di rimessione al fine di ampliare e/o precisare il quesito interpretativo da trasferire al Collegio; e quello che vede il Collegio poter ritornare sul, e in caso sovvertire

il, giudizio presidenziale di ammissibilità ⁽²¹⁾. Nel caso in questione, poi, l'intervento presidenziale ha assunto un significato particolare perché non si è limitato a mettere a punto il quesito interpretativo posto dal giudice di merito, ma ha arricchito il *thema decidendum* del rinvio pregiudiziale, avendone determinato l'estensione alle conseguenze del mancato ossequio al «sentite le parti» di cui al comma primo dell'art. 363-*bis* c.p.c. Si è trattato, insomma, di un rinvio pregiudiziale sul rinvio pregiudiziale (o, a dir diversamente, di «quaestio iuris interpretativa sullo stesso nuovo istituto processuale» ⁽²²⁾, rimesso dalla Prima Presidente al Collegio della Corte di Cassazione.

ALESSIO CAROSI

ABSTRACT: L'Autore commenta un decreto emanato dal presidente della Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 363-*bis*, comma terzo, c.p.c. Egli, all'inizio del suo lavoro, richiama l'attenzione del lettore sulle critiche che il rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione aveva suscitato nei commenti immediatamente successivi alla sua introduzione nel codice di procedura civile. Prendendo spunto da quell'atteggiamento di iniziale scetticismo e dalle ragioni che lo avevano sostenuto, la nota prosegue evidenziando l'importanza del compito assegnato al presidente della Corte di Cassazione dall'art. 363-*bis* c.p.c., al quale la legge ha demandato il controllo *prima facie* dell'ammissibilità del rinvio pregiudiziale praticato dal giudice di merito. L'Autore tenta di dimostrare con propri argomenti come la fondamentale funzione di primo controllo da parte del presidente della Corte di Cassazione ed il modo in cui il suo esercizio si sta via via delineando nella prassi consentono di risolvere positivamente molti degli iniziali dubbi. Nell'ultima parte del commento, l'Autore concentra la sua attenzione su due tra le condizioni applicative del rinvio pregiudiziale alla Corte di Cassazione, che sono quella della gravità del dubbio interpretativo e quella della sua capacità di porsi in numerosi giudizi, ponendo in risalto la relazione di elastica connessione che tra di esse può intercorrere.

⁽²¹⁾ Questa interessante sentenza delle Sezioni Unite è stata commentata da A. CAROSI, *La prima pronuncia interpretativa (delle sezioni unite) ... sul rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: il contraddittorio omissso dal giudice a quo non è motivo di nullità insanabile dell'ordinanza di rinvio*, in corso di pubblicazione in *Riv. dir. proc.*, 2025, 2.

⁽²²⁾ Cfr. A. BRIGUGLIO, *Esperienze, quarta puntata*, cit., § 4.

ABSTRACT: *The Author comments a decree of the president of the Court of Cassation issued pursuant to Article 363-bis, par. 3, of the Code of Civil Procedure. He, at the very beginning of its work, catches the attention of the reader on the criticisms that came from the first commentators after the introduction of the preliminary ruling of the Court of the Cassation in the Code of Civil Procedure. Starting from that initial skepticism and from the reasons at its basis, the article continues highlighting the importance of the role entrusted to the President of the Court of Cassation pursuant to Article 363-bis, par. 3, of the Code of Civile Procedure, to whom the law has assigned the prima facie supervision on the admissibility of the preliminary ruling requested by the territorial Court. The Author tries to demonstrate, with his own arguments, how the first check by the President of the Court of Cassation and the way in which it's exercised in practice allows to solve positively many of the initial doubts. In the last part of the comment, the Author focuses its analysis on two among the requirements set forth by the law to apply the preliminary ruling of the Supreme Court of Cassation, which are the importance of the interpretative doubt on the one hand, and its suitability to occur in a multitude of cases on the other, highlighting the relationship of elastic connection that there may be between the two.*

Corte di Cassazione, Sez. V pen., sentenza 17 marzo 2023,
n. 11459

Pres. R. Catena – Rel. R. Sessa

Le dichiarazioni rese al curatore fallimentare, in quanto acquisite al di fuori del procedimento penale, non sono soggette alle norme del codice di procedura penale. Si esclude, quindi, l'operatività del diritto al silenzio in funzione delle dichiarazioni rilasciate al curatore della liquidazione giudiziale, utilizzabili come materiale probatorio preconstituito nel successivo procedimento penale per il reato di bancarotta (1).

(1) Diritto al silenzio e procedure di liquidazione giudiziale, tra riconoscimenti europei e resistenze operative.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il ruolo del curatore fallimentare; evoluzioni e ricadute giurisprudenziali. — 2.1. Il contenuto ibrido della relazione del curatore fallimentare *ex art. 130, comma 4, CCII*. — 3. Presidi di tutela dello *ius tacendi* tra fonti costituzionali e sovranazionali. — 4. Il diritto al silenzio nella pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea e nel giudizio della Corte costituzionale. — 5. Le interpretazioni del giudice di legittimità, tra “idoli” della procedura e vecchi criteri interpretativi.

1. Premessa.

La sentenza in commento respinge l'operatività del diritto al silenzio nell'ambito delle procedure di liquidazione giudiziale, sostenendo che le dichiarazioni rese al curatore fallimentare siano utilizzabili nel successivo procedimento penale di bancarotta, non potendo opporsi il principio difensivo del *nemo tenetur se*

detegere.

Nel merito, si afferma che la disciplina prevista dal codice di rito sul diritto a non autoincriminarsi operi limitatamente al procedimento penale e alle procedure amministrative di stampo punitivo; e pertanto si ritiene che anche le relative garanzie probatorie non siano estensibili a qualsiasi procedimento extrapenale. Ed infatti, le dichiarazioni rese in quest'ultimo, ad avviso della Corte, non saranno «utilizzabil(i) ai fini punitivi ove ottenut(e) mediante costrizione (e ciò a prescindere dalla ricorrenza dei presupposti per la operatività dello statuto penale delle garanzie)» (1).

La pronuncia scinde, quindi, il profilo delle ripercussioni processual-penalistiche che possono derivare a chi rilasci dichiarazioni in altra sede procedimentale, da quello relativo alle modalità con le quali esse sono ottenute. Soltanto l'eventuale uso di una coercizione concretizza una lesione dell'essenza del diritto al silenzio; per contro, il solo fatto che le dichiarazioni possano avere un risvolto penale non è idoneo a far scattare la tutela dello *ius tacendi*.

Deve trattarsi, tra l'altro, non di una qualsiasi coartazione volta a rompere il silenzio serbato, bensì di una modalità che sia tale da minare realmente la scelta locutoria, poiché «solo una modalità imperiosa che ne pretenda l'ottenimento dietro, ad esempio, la minaccia di una sanzione in caso di reticenza, è suscettibile di intaccare l'essenza del diritto al silenzio [...]» (2).

Conclusione, questa, che viene raggiunta pur nella consapevolezza delle prese di posizione intervenute con sentenza sia della Corte di giustizia dell'Unione europea, sia del giudice delle leggi (3), tendenti a fortificare la logica operativa del diritto a non collaborare, attraverso una lettura che ne permetta l'estensione ap-

(1) Punto 2.1.3.c) della sentenza in commento.

(2) Punto 2.1.3.b) della sentenza in commento.

(3) Si fa riferimento alle già note, Corte giust. UE, Sed. Plen., 2 febbraio 2021, *D.B. c. Consob*, c-481/19, in <https://curia.europa.eu/juris/document/>; Corte cost., sent. 30 aprile 2021, n. 84, in <https://www.cortecostituzionale.it/>.

plicativa anche in procedimenti extrapenali che inevitabilmente si ripercuotono su quello penale; la sentenza commentata non si mostra sensibile a questa nuova presa di coscienza, amputando in tal modo il perimetro del principio di diritto espresso.

Il giudice nomofilattico, infatti, ritiene che tali problematiche esulino dall'ambito di operatività della procedura di liquidazione giudiziale, che considera del tutto estranea tanto alle dinamiche penalistiche quanto a quelle amministrative. Facendo leva sulle diverse funzioni e finalità proprie dei procedimenti penali, amministrativi e fallimentari, la pronuncia individua nel controllo sulla gestione del patrimonio dell'imprenditore-fallito e sulla soddisfazione delle ragioni creditorie la *ratio* dell'investigazione finalizzata alla liquidazione giudiziale, che non riguarda invece indagini volte all'accertamento di illeciti — amministrativi o penali — il cui espletamento impone il confronto obbligato con la disposizione di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p.; norma, questa, a cui si nega operatività nell'ambito fallimentare.

In tale contesto la sentenza delinea il ruolo del curatore, che non svolge attività d'ispezione amministrativa né di tipo inquirente propria della polizia giudiziaria ma, piuttosto, tramite la relazione di cui all'art. 33 l. fall. (ora art. 130, Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza ⁽⁴⁾) è preposto ad accertare la consistenza del patrimonio dell'imprenditore-fallito ed a provvedere

(4) La riforma in ambito d'impresa e fallimento di cui al d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14 è entrata in vigore il 15 luglio 2022, a seguito di modifica attuata con d.l. n. 36 del 30 aprile 2022, (salvo gli artt. 27, comma 1, 350, 356, 357, 359, 363, 364, 366, 375, 377, 378, 379, 385, 386, 387 e 388 d.lgs. n. 14/2019 che sono entrati in vigore il 16 marzo 2019). Con tale novella legislativa il legislatore modifica il titolo della procedura, sostituendo il termine "fallimento" con "liquidazione giudiziale" sotto un profilo non solo lessicale, dal momento che vuole riscattare la mancata riuscita dell'attività imprenditoriale dal consolidato stigma che l'accompagna assoggettando «un evento che può interessare un'attività intrinsecamente connotata dal rischio economico» a considerazioni che si limitano esclusivamente ad un giudizio d'incapacità imprenditoriale o di attività eseguita in frode alla legge. Così apporta una nuova definizione della procedura fallimentare che «muove dal presupposto che il fallimento ha perso negli anni la sua connotazione di strumento volto essenzialmente ad espellere dal mercato l'imprenditore insolvente, gravato anche dal marchio della colpevole incapacità di corretta gestione degli affari», come si legge nell'art. 121 del Titolo V, Capo I, Sez. I della *Relazione illustrativa* al decreto legislativo.

alla sua ricostruzione.

Il principio di diritto enunciato ammette, dunque, che le dichiarazioni rese al curatore della liquidazione giudiziale in assenza delle garanzie sullo *ius tacendi* siano utilizzabili nel conseguente procedimento penale di bancarotta, dal momento che il complesso di valori che compongono il diritto al silenzio è esclusivo appannaggio del procedimento penale e del procedimento amministrativo quando siano irrogabili sanzioni assimilabili a quelle penali per afflittività.

Non è controvertibile che si tratti di un tema di fondamentale importanza nel nostro ordinamento, nonché presidio di diritti che orbitano nella sfera del giusto processo ⁽⁵⁾. E nonostante con esso si voglia cristallizzare un modello di garanzia imprescindibile nello schema di accertamento processual-penalistico ⁽⁶⁾, il suo

⁽⁵⁾ Si vuole fare riferimento al principio di eguaglianza *ex art.* 3 Cost., al diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost., all'art. 27 Cost. sulla presunzione di non colpevolezza ed ai principi di legalità, ragionevole durata del processo e contraddittorio nella formazione della prova contenuti nella nozione di giusto processo cui fa riferimento l'art. 111 Cost. Sul tema si voglia confrontare, tra tanti, A. CERRI, *Spunti in tema di eguaglianza e di giusto processo a proposito di una (non condivisa) sentenza della Corte costituzionale sul regime delle notifiche in ipotesi del litisconsorzio nelle fasi di gravame*, in *Giur. cost.*, I, 1988, 725-729. Per una articolata rassegna della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, M. CECCHETTI, voce *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 2001, 595 ss.; E. AMODIO, *Giusto processo, procès équitable e fair trial: la riscoperta del giusnaturalismo processuale in Europa*, in E. AMODIO, *Processo penale, diritto europeo e common law, dal rito inquisitorio al giusto processo*, Milano, 2003, 141; P. FERRUA, *Il 'giusto processo' in Costituzione. Rischio contraddizione sul neo-contraddittorio*, in *Dir. e giust.*, 2000, 1, 5. Per l'individuazione di un modello internazionale del giusto processo, L.P. COMOGLIO, *I modelli di garanzia costituzionale del processo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1991, 689.

⁽⁶⁾ Per un approfondimento della materia cfr., C. CONTI, *L'imputato nel procedimento connesso. Diritto al silenzio e obbligo di verità*, Padova, 2003, 225 ss.; V. PATANÈ, *Il diritto al silenzio dell'imputato*, Torino, 2006, 3, 13 e 77-78 ss.; G. ILLUMINATI, *Nemo tenetur se detegere: il pilastro dell'autodifesa nel pensiero di Vittorio Grevi*, in *Riv. dir. proc.*, 2012, 1258; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato e alternative al silenzio*, Torino, 2000, 6 ss. Si veda anche, in giurisprudenza, C. cost., ord. 20 novembre 2002, n. 485/2002, in <https://giurcost.org/>, punto 7 del *Considerato che*, che, in ordine agli artt. 197, 197 bis e 210 c.p.p., ha ritenuto non fondata la questione di legittimità costituzionale nella parte in cui riconoscono il diritto al silenzio dell'imputato c.d. connesso che abbia reso dichiarazioni *erga alios* nel corso delle indagini preliminari. La Corte ha ritenuto non sorgesse un contrasto con gli artt. 3 e 111 Cost. dato che è «frutto delle scelte discrezio-

avanzamento applicativo ha trovato, ed è chiaro che trova tutt'ora, ostacoli di forma e resistenze interpretative.

2. Il ruolo del curatore fallimentare; evoluzioni e ricadute giurisprudenziali.

La presa di posizione giurisprudenziale non sembra cogliere che le decisioni della Corte di giustizia e della Corte costituzionale impongono un nuovo criterio esegetico per la risoluzione del problema dell'operatività del diritto al silenzio nelle procedure extrapenali. Prima di entrare nel dettaglio di tale tema, occorre evidenziare come lo *ius tacendi*, in ambito fallimentare, sia stato caratterizzato da alterne fortune.

Confrontandosi, infatti, con le risposte giurisprudenziali ricevute sino ad oggi, si è riscontrato, in un primo momento, un atteggiamento favorevole a sanzionare con l'inutilizzabilità le dichiarazioni rese dal fallito al curatore.

Il giudice costituzionale affermava infatti che: «la questione sul se contrasti con gli artt. 3 e 24, comma secondo, Cost. l'art. 49 R.D. 16 marzo 1942 n. 267 nella parte in cui non prevede che il curatore fallimentare, nel procedere all'interrogatorio del fallito, debba osservare le garanzie previste per l'imputato dal codice di procedura penale, sebbene l'interrogatorio miri ad acquisire dati che possono rilevare anche al fine dell'accertamento di eventuali responsabilità penali, è da giudicare infondata perché basata su di una identità di posizione tra l'imputato e il fallito (e l'amministratore di società fallita, cui l'art. 146 R.D. 267/1942 estende l'art. 49) che non sussiste perché l'interrogatorio del fallito opera fuori dell'istruzione penale, per la quale il comma quarto dell'art. 304, novellato con la riforma del 1969, non manca di avvertire che nel corso dell'istruzione formale le dichiarazioni rese in assenza del difensore prima dell'assunzione, da parte dell'interrogato, della

nali, non irragionevolmente esercitate, con cui il legislatore ha individuato, in ossequio al principio *nemo tenetur se detegere*, situazioni nelle quali il diritto al silenzio (...) va garantito malgrado dal suo esercizio possa conseguire l'impossibilità di formazione della prova testimoniale».

qualità di imputato non possono essere utilizzate. Se tali dichiarazioni non possono essere utilizzate, a fortiori non debbono essere utilizzate le dichiarazioni rese dal fallito (sia esso imputato oppure) al curatore» (7).

A tale presa di posizione faceva seguito la Corte di cassazione, la quale affermava che, nel vigore del precedente codice di rito, «il curatore fallimentare deve considerarsi pubblico ufficiale per quanto attiene all'esercizio delle sue funzioni, come quella di riferire al giudice delegato sulle cause e circostanze del fallimento. Tale relazione, pertanto, assume i caratteri di un vero e proprio rapporto di denuncia che, per quanto riguarda le operazioni compiute e le dichiarazioni ricevute dal curatore ha il valore probatorio di un processo verbale ai sensi dell'art. 155 cod. proc. pen.» (8).

Tuttavia, tale orientamento non ha trovato seguito, essendosi la giurisprudenza successiva orientata e consolidata in senso contrario.

Ed infatti l'attuale indirizzo nomofilattico è costante nel qualificare l'attività ricognitiva del curatore fallimentare come extrapenale, considerando utilizzabili nel processo penale gli atti da cui emerga una responsabilità a carico della persona esaminata proprio in forza delle dichiarazioni da questa rese al curatore. Conseguenza è che la relazione formata ai sensi dell'art. 130 CCII acquista la natura di documento, e come tale risulta utilizzabile come prova in ambito penale ai sensi dell'art. 234 c.p.p. (9).

In particolare, la Consulta si è espressa sul punto sostenendo che «la relazione non ha origine nel processo penale e non è finalizzata ad esso, diretta, come risulta, al giudice delegato e non al pubblico ministero; cosicché, anche se può contenere indicazioni utili ai fini delle determinazioni inerenti all'esercizio dell'azione penale, non costituisce di per sé una notizia di reato e, dun-

(7) In tal senso v. Corte cost., 14 marzo 1984, n. 69, in <https://www.cortecostituzionale.it/>, punto 5.

(8) Così, Cass. pen., Sez. V, sent. 1 febbraio 1988, n. 1348, in *Cass. Pen.*, 1989.

(9) Cfr. le decisioni citate in nota 19.

que, non può essere disciplinata come tale»⁽¹⁰⁾. Ed in forza dello stesso ragionamento si è detta contraria ad applicare la disciplina dell'inutilizzabilità delle dichiarazioni rese nel corso del procedimento di cui all'art. 62 c.p.p. alle dichiarazioni rilasciate al curatore, sul rilievo che «è sicuramente da escludere (cfr. la più volte ricordata sentenza n. 69 del 1984) che le dichiarazioni destinate al curatore possano considerarsi rese nel corso del procedimento penale, non potendo certo sostenersi che la procedura fallimentare sia preordinata alla verifica di una *notitia criminis*»⁽¹¹⁾. Qui il Giudice delle leggi omette, tuttavia, di considerare che la pronuncia costituzionale n. 69 del 1984 cui fa riferimento, nel riconoscere che le dichiarazioni rilasciate al curatore trovano un'iniziale sede al di fuori dell'istruzione penale, individua nella rilevanza strumentale di tali dichiarazioni, che potenzialmente confluiranno invece nella sede d'istruzione penale, la necessità che operi il limite dell'inutilizzabilità, così come avviene per l'indagato sottoposto ad interrogatorio senza la dovuta assistenza del difensore.

D'altronde, quello dell'utilizzabilità nel processo penale delle dichiarazioni rese al curatore è un approccio esegetico largamente condiviso anche dal giudice di legittimità, che in più occasioni ha osservato che tali dichiarazioni non sono soggette alla disciplina di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p. dal momento che il curatore, per quanto ricopra il ruolo di pubblico ufficiale nell'esercizio delle sue funzioni, non rientra nella categoria della polizia giudiziaria o dell'autorità giudiziaria, e la sua attività non è riconducibile

⁽¹⁰⁾ In questa direzione, Corte cost., sent. del 27 aprile 1995, n. 136, in <https://giurcost.org/>, punto 7.

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte cost., sent. n. 136/1995, cit., che richiama a sostegno argomentativo un'altra decisione dello stesso organo giudicante, sent. n. 237 del 13 maggio 1993, sempre in <https://giurcost.org/>. Si veda anche, Cass., Sez. V pen., 9 marzo 2016, n. 30895, in *Ced Cass. pen.*, 2016, quando statuiva che «il divieto di testimonianza previsto dall'art. 62 cod. proc. pen. opera solo in relazione alle dichiarazioni rese nel corso del procedimento all'autorità giudiziaria, alla polizia giudiziaria e al difensore nell'ambito dell'attività investigativa e, pertanto, restano escluse da tale divieto le dichiarazioni, anche se a contenuto confessorio, rese dall'imputato o dall'indagato ad un soggetto non rivestente alcuna di tali qualifiche»; negli stessi termini, v. Cass., Sez. V pen., sent. 17 maggio 2019, n. 38475, in *Ced Cass. pen.*, 2019, Rv. 2777093.

alle previsioni di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p. ⁽¹²⁾. Tale norma, regolando attività ispettive e di vigilanza ⁽¹³⁾, permette che le medesime vengano compiute con l'osservanza delle garanzie previste dal codice di rito, in considerazione del compimento di atti definiti a finalità mista ⁽¹⁴⁾, ossia non qualificabili a priori.

2.1. Il contenuto ibrido della relazione del curatore fallimentare ex art. 130, comma 4, CCII.

Le conclusioni proposte dalla giurisprudenza avrebbero potuto prestare una maggior attenzione alla dimensione finalistica del diritto al silenzio, senza optare per momenti applicativi attraverso i quali tale diritto viene privato del suo contenuto.

Si consenta a questo punto di osservare più da vicino la disciplina in esame, essendo dovere dell'interprete misurarsi con l'evoluzione normativa e valutarne gli effetti.

Ed invero già da un primo sguardo alla norma di cui all'art. 130, comma 4, CCII, si nota come le informazioni raccolte nella relazione del curatore siano evidentemente limitrofe rispetto al procedimento penale, in quanto la relazione e gli allegati verbali di audizione sono destinati a condizionare l'esercizio dell'azione

⁽¹²⁾ La giurisprudenza afferma in maniera consolidata la non applicabilità dell'art. 220 disp. att. c.p.p. all'attività del curatore fallimentare, v. da ultimo, Cass., Sez. V pen., sent. n. 17828/23, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 24781/2017, Rv. 270599-01, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 12338/2017, Rv. 272664-01, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. 11 luglio 2016, n. 41429, in *Il fallimentarista.it*, 2016; Cass., Sez. V pen., sent. 23 giugno 2015, n. 44575, in *Dir. e Giust.*, 2015; Cass., sez. V pen., sent. 20 giugno 2013, n. 35347, in *Guida dir.*, 2013; Cass., Sez. V pen., sent. 18 gennaio 2013, n. 13285, Rv. 255063, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 39001/2004, Rv. 22933, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>.

⁽¹³⁾ Cfr. Cass., S.U. pen., sent. n. 45477 del 2001, in *Cass. Pen.*, 2002, §1304, dove vengono distinti gli atti ispettivi, comprensivi di inchieste, verifiche e qualsiasi «operazione riconducibile ad un rapporto istituzionalizzato di sovraordinazione gerarchica tra organo ispettore e titolare della posizione di soggezione», e atti di vigilanza che si sostanziano nell'«esercizio di pubblici poteri di sorveglianza sul rispetto di leggi e regolamenti da parte di soggetti che vi sono, a qualsiasi titolo, obbligati».

⁽¹⁴⁾ V. M. NOBILI, *Atti di polizia amministrativa utilizzabili nel processo penale e diritto di difesa: una pronuncia marcatamente innovativa*, in *Foro.it*, 1984, § I, 375 ss.; A. FURGIUELE, *Le investigazioni extrapenali di natura "mista"*, in *Pre-investigazioni. (Esperienti e mezzi)*, a cura di A. SCALFATI, Torino, 2020, 141-162.

penale ⁽¹⁵⁾.

Seppur poi la Corte costituzionale avesse avuto modo di escludere che la relazione *ex art. 33 l. fall.* previgente potesse integrare una *notitia criminis* ⁽¹⁶⁾, è ad ogni modo innegabile che l'attività del curatore risulti volta — a maggior ragione oggi ai sensi del novellato testo legislativo ⁽¹⁷⁾ — anche a rilevare elementi utili ai fini delle indagini preliminari ⁽¹⁸⁾.

Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale ancora prevalente esclude, come si è visto, l'inutilizzabilità in sede penale delle dichiarazioni rese dall'imprenditore in liquidazione giudiziale, *ex* "fallito". In particolare, si osserva che il curatore, non essendo un ufficiale di polizia giudiziaria, non è tenuto a rivolgere gli avvisi previsti dagli artt. 63 e 64 c.p.p.; conseguentemente non agisce

⁽¹⁵⁾ Il curatore, ai sensi del comma 4, art. 130 CCII, è tenuto a presentare al giudice delegato, entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo, una relazione particolareggiata «in ordine al tempo e alle cause dell'insorgere della crisi e del manifestarsi dell'insolvenza del debitore, sulla diligenza spiegata dal debitore nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del debitore o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale». La relazione disciplinata secondo il previgente art. 33. L. fall. doveva riferire «sulle cause e sulle circostanze del fallimento, sulla diligenza spiegata dal fallito nell'esercizio dell'impresa, sulla responsabilità del fallito o di altri e su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale».

⁽¹⁶⁾ Cfr. la già citata Corte cost., sent. n. 136/1995.

⁽¹⁷⁾ La riforma intervenuta con d.lgs. del 12 gennaio 2019, n. 14 prescrive una disciplina dove le funzioni del curatore sono maggiormente connesse con l'attività del giudice delegato e del pubblico ministero in termini di obblighi informativi, che permettono di fatto a questi ultimi di conoscere i risultati d'indagine del curatore in termini molto più brevi rispetto alla precedente normativa. Non a caso la disciplina di cui all'art. 130 CCII prevede ben tre incombenze gravanti sul curatore mediante i commi 1 (presentare al giudice delegato un'informativa entro trenta giorni dalla dichiarazione di apertura della liquidazione giudiziale), 4 (presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata entro sessanta giorni dal deposito del decreto di esecutività dello stato passivo) e 7 (trasmettere le relazioni al pubblico ministero entro cinque giorni dal loro deposito); la vecchia norma di cui all'art. 33 l. fall. ne richiedeva due, ai commi 1 (presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento), e 4 (trasmettere copia della relazione al pubblico ministero, senza requisiti di termine). Cfr. anche le note 23 e 24 sulla nuova declinazione della normativa.

⁽¹⁸⁾ Si consideri d'altronde che il reato di bancarotta si qualifica come reato proprio, motivo per il quale l'imprenditore-fallito è destinatario primo ed obbligato dell'incriminazione di bancarotta che deriva dalle indagini espletate dal curatore fallimentare. Si denota così un percorso procedimentale preordinato nei confronti dell'imprenditore.

il connesso divieto di testimonianza *de auditu* di cui all'art. 62 c.p.p., trattandosi di dichiarazioni non emesse nel corso del procedimento. Ed infine, forzandosi esegeticamente la disciplina di acquisizione della prova documentale, si estende arbitrariamente tale possibilità anche ai contenuti dichiarativi (del fallito o di terzi non indagati) contenuti nella relazione, con conseguente utilizzabilità ai fini della prova del reato poi contestato ⁽¹⁹⁾.

Di qui si comprende la non trascurabile ripercussione che ricade sul principio di legalità della prova, in conseguenza della mancata comprensione che anche in segmenti extra-penalistici debba trovare tutela il diritto al silenzio ⁽²⁰⁾.

Tali approdi esegetici appaiono tuttavia destinati ad un profondo ripensamento a seguito della modifica legislativa che ha interessato il comma primo dell'art. 33 l. fall. (*ex art. 3 del d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169*), ai sensi del quale il curatore deve presentare una relazione «su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale» ⁽²¹⁾; nonché anche in forza della successiva riforma di cui al d.lgs. n. 14/2019, che ha rinnovato l'intero articolo rafforzando la connessione investigativa tra curatore e pubblico ministero, nel senso di un ampliamento dei doveri informativi del primo verso il secondo.

Ed infatti, la nuova disciplina prescrive, attraverso i commi 2

⁽¹⁹⁾ In questo senso, v. Cass., Sez. V pen., sent. n. 46422 del 25/09/2013, Rv. 257584, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>; Cass., Sez. V pen., sent. n. 13285/2013, cit. V. anche Corte cost., sent. n. 136/1995, cit., oltre alla sentenza in commento.

⁽²⁰⁾ Seguendo infatti questa presa di posizione, è consequenziale che la relazione faccia il suo ingresso nel procedimento penale come documento ai sensi dell'art. 234 c.p.p. Il materiale così raccolto in sede fallimentare assume il contenuto di prova precostituita, la cui ammissione ai sensi del 495 c.p.p. permette di inserirlo tra gli atti del fascicolo per il dibattimento già utilizzabili ai fini della decisione, senza la necessità che sia avallato dal preventivo esame testimoniale del curatore ai sensi dell'art. 511 c.p.p. Si elude in tal modo il principio del contraddittorio nella formazione della prova, permettendo l'acquisizione unilaterale delle dichiarazioni rese dall'imputato, mediante una *fictio iuris* che lede, di fatto, il nucleo di principi posti a tutela della dialettica probatoria.

⁽²¹⁾ Il vecchio testo, antecedente al d.lgs. n. 169/2007, prevedeva un riferimento meno specifico all'attività penale d'indagine, prescrivendo che «Il curatore, entro sessanta giorni dalla dichiarazione di fallimento, deve presentare al giudice delegato una relazione particolareggiata [...] e su quanto può interessare anche ai fini dell'istruttoria penale».

e 7 dell'art. 130 CCII, un dovere informativo da parte del curatore della liquidazione giudiziale alla pubblica accusa ben più stringente rispetto a quanto previsto con l'art. 33 l. fall. In particolare, s'impone all'organo del fallimento d'informare senza indugio il pubblico ministero nel caso di mancato deposito di documentazione da parte del debitore o degli amministratori ⁽²²⁾, e di trasmettere nel termine di cinque giorni, oltre che al giudice delegato, anche all'organo di pubblica accusa, le tre relazioni che riguardano l'«informativa sugli accertamenti compiuti e sugli elementi informativi acquisiti relativi alle cause di insolvenza e alla responsabilità del debitore ovvero degli amministratori e degli organi di controllo della società»; la relazione particolareggiata di cui al comma 4; e quella di cui al comma 5 riguardante l'ente-debitore ⁽²³⁾.

La novità legislativa non manca, ad ogni modo, di dimostrare di aver inteso avvalorare il legame con l'attività di indagine; il riferimento puntuale a quest'ultima rimane, difatti, intatto nel testo del comma 4, art. 130 CCII, così come già disciplinava il comma 1 dell'art. 33 l. fall. laddove richiedeva che la relazione particolareggiata riportasse quanto d'interesse ai fini delle indagini penali. Il legislatore ha dunque mantenuto tale linea informativa tra curatore e pubblico ministero ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ Così statuisce il comma 2, art. 130 CCII: «Se il debitore o gli amministratori non ottemperano agli obblighi di deposito di cui all'articolo 49, comma 3, lettera c), e se il debitore non ottempera agli obblighi di cui all'articolo 198, comma 2, il curatore informa senza indugio il pubblico ministero.

In tal caso o quando le scritture contabili sono incomplete o comunque risultano inattendibili, il curatore, con riguardo alle operazioni compiute dal debitore nei cinque anni anteriori alla presentazione della domanda cui sia seguita l'apertura della liquidazione giudiziale, oltre alle ricerche effettuate ai sensi dell'articolo 49, comma 3, lettera f), può chiedere al giudice delegato di essere autorizzato ad accedere a banche dati, ulteriori rispetto a quelle di cui all'articolo 49 e specificamente indicate nell'istanza di autorizzazione».

⁽²³⁾ L'ultimo periodo dell'art. 33, comma 4, l. fall. come sostituito *ex art.* 29 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, disponeva che «copia della relazione, nel suo testo integrale, è trasmessa al pubblico ministero». La norma ora in vigore al comma 7, art. 130 CCII, testualmente stabilisce che «le relazioni di cui ai commi 1, 4 e 5 sono trasmesse in copia integrale entro cinque giorni dal deposito al pubblico ministero».

⁽²⁴⁾ All'art. 130, comma 4, ultimo periodo, CCII, si legge negli stessi termini «su quanto può interessare anche ai fini delle indagini preliminari in sede penale».

Scelta, questa, che conferma la rilevanza come atto d'indagine penale della relazione del curatore; del resto, l'obbligo di trasmissione della stessa trova il suo fondamento nell'esigenza di rendere il pubblico ministero edotto di fatti che possano eventualmente costituire notizia di reato o idonei a rendere ancor più fondata una notizia di reato già acquisita, rappresentando così il vero e proprio avvio dell'attività investigativa.

Ne dovrebbe perciò derivare il superamento delle prese di posizione giurisprudenziali in forza delle quali la relazione del curatore avrebbe natura meramente documentale *ex art. 234 c.p.p.*, essendo formata al di fuori del perimetro del procedimento penale ed essendo destinata esclusivamente al giudice delegato.

Le modifiche normative in questione confermano come la relazione del curatore sia finalizzata anche a supportare atti d'indagine penale, e non più esclusivamente a gestire il patrimonio del fallito; si delinea, piuttosto, un atto dal contenuto ibrido che può assimilarsi, almeno sotto il profilo dell'identità di *ratio*, all'atto di indagine ⁽²⁵⁾.

E, quindi, in relazione allo stesso non si trovano ragioni per cui non debbano applicarsi quelle regole di garanzia e quegli avvisi che il codice prescrive per gli atti del procedimento penale. Regole ed avvisi sono previsti nel plesso normativo di cui agli artt. 62, 63 e 64 c.p.p., che costituisce il nucleo minimo ed indefettibile delle garanzie processuali previste per il dichiarante e lo scudo avverso forme di conoscenza processuale illegittime, anche perché acquisite attraverso il *passe-partout* della prova documentale in modo unilaterale ed in violazione del metodo del contraddittorio per la formazione della prova ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ Oltretutto si vuole evidenziare che con il termine di cinque giorni previsto dall'art. 130, comma 7 CCII per la trasmissione al pubblico ministero delle relazioni svolte, si delinea un dovere informativo non tanto distante da quello dovuto dalla polizia giudiziaria sempre nei confronti del pubblico ministero ai sensi dell'art. 347 c.p.p., seppur con modulazioni applicative diverse.

⁽²⁶⁾ Come rilevato dalla Suprema Corte nella sua massima composizione, con la riforma in discorso, «imputato e testimone non figurano dunque più come soggetti concettualmente alternativi sul piano processuale, essendosi coniate — in un ordito davvero complesso — figure 'intermedie', fino a pervenire alla 'confusione' soggettiva, nei casi in cui l'imputato,

Ed è lo stesso insegnamento della Corte di cassazione che, in tema di verifiche della Guardia di Finanza, ha ripetutamente affermato che «il processo verbale di constatazione... in quanto atto amministrativo extraprocessuale, costituisce prova documentale; tuttavia, qualora emergano indizi di reato, occorre procedere secondo le modalità previste dall'art. 220 disp. att. c.p.p., giacché altrimenti la parte del documento redatta successivamente a detta emersione non può assumere efficacia probatoria e, quindi, non è utilizzabile» (27).

L'utilizzabilità di tale documento risulta pertanto preclusa laddove dalla verifica fiscale emergano elementi di reato a carico del contribuente, in applicazione del disposto di cui all'art. 220 disp. att. c.p.p.

A tale conclusione sono pervenute le Sezioni Unite della Cassazione, secondo cui: «gli atti di inchiesta amministrativa, svolta senza le garanzie difensive, non sono utilizzabili nei procedimenti penali [nel caso, la Corte ha annullato senza rinvio, perché il fatto non sussiste, la condanna fondata sulla testimonianza di ispettore del lavoro, che aveva riferito che l'imputato aveva ammesso la sua responsabilità, senza le garanzie di difesa]» (28).

previamente avvisato a norma dell'art. 64 c.p.p., comma 3, lett. c), è chiamato ad assumere la figura ed il ruolo del testimone su fatti che concernono la responsabilità di altri», cfr. Cass., S.U. pen., sent. del 29.7.2015, n. 33583, in https://archivioldpc.dirittopenaleuomo.org/upload/1438243565Cass_SU_2015_33583.pdf. Si supera tra l'altro anche quell'argomentazione per la quale il diritto al silenzio costituirebbe strumento di ostruzione al diritto alla prova, attraverso il quale verrebbero ampliati i criteri di inutilizzabilità probatoria con risvolti irresponsabili rispetto al principio di tassatività; ragionamento per il quale il diritto alla prova «non deve essere compresso creando ipotesi di inutilizzabilità che non trovano sicuro ancoraggio nella norma processuale e non può ignorarsi che nella relazione del curatore possono confluire anche accertamenti analoghi agli atti irripetibili della polizia giudiziaria o del pubblico ministero che se la relazione non potesse essere acquisita non avrebbero modo di essere utilizzati a fini probatori», così C. cost., sent. n. 136/1995, in <https://giurcost.org/>.

(27) Cfr. *ex pluribus*, Cass., Sez. III pen., sent. del 9 febbraio 2011, n. 28053, in <https://www.italgiure.giustizia.it/>.

(28) Cfr. Cass., S.U. pen., sent. del 28 novembre 2001, n. 45477, Rv. 220291, in *CED Cass. Pen*, la quale specifica che l'espressione «quando... emergano indizi di reato» contenuta nell'art. 220 disp. att. c.p.p., deve intendersi nel senso che presupposto dell'operatività della norma sia la sussistenza della mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona

Dunque, l'identità di *ratio* tra l'attività svolta dal curatore fallimentare ed i correlativi obblighi di trasmissione — *ope legis* — all'organo di accusa, impongono un'interpretazione rispettosa delle garanzie difensive analoga a quella seguita in tema di accertamenti della Guardia di finanza; del resto, come si è visto, l'art. 220 disp. att. c.p.p. fissa un nucleo minimo di presidi difensivi destinati ad operare allorché nel corso di attività ispettive o di vigilanza si profilino indizi di reato.

3. Presidi di tutela dello *ius tacendi* tra fonti costituzionali e sovranazionali.

Constato un panorama interpretativo poco rassicurante in termini di garanzie riconosciute in situazioni di fatto indagabili, ma non formalmente indagate, che precedono la *notitia criminis*, occorre prestare attenzione ai messaggi provenienti dal versante costituzionale e da quello sovranazionale, col proposito di giungere ad una applicazione più osservante⁽²⁹⁾ del diritto a rimanere in silenzio.

L'innegabile rilevanza assunta dal principio *nemo tenetur se ipsum accusare* quale valore imprescindibile dell'ordinamento risulta, tuttavia, non compiutamente avvalorata da un esplicito riconoscimento in Costituzione⁽³⁰⁾; vanta, all'opposto, un'origine di stampo etico-sociale condivisa al punto da colmare un'esigenza di positivizzazione e da essere ancorata a plurimi principi fondamentali.

Attraverso la consapevolezza di dover tutelare dignità umana e libertà di autodeterminazione — maturata per merito degli illu-

determinata. Si veda, in continuità di vedute, da ultimo, Cass., Sez. III pen., sent. del 11.06.2024, n. 36477, in https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento?idData-bank=3&idDocMaster=10998917&idUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&isCorrelazioni-Search=true, chiamata a pronunciarsi in ordine all'utilizzabilità delle dichiarazioni dei ricorrenti trasfuse nel processo verbale di contestazione, in quanto rese dopo l'emersione di indizi a loro carico e in difetto delle norme poste a presidio della piena esplicazione dei diritti della difesa, a partire dagli artt. 62 e 63 c.p.p.

⁽²⁹⁾ Sulle implicazioni del dovere di osservanza delle norme giuridiche, cfr. F. CORDERO, *Gli osservanti. Fenomenologia delle norme*, Torino, 2008, 3.

⁽³⁰⁾ È stata, ad esempio, ritenuta implicita nel concetto di giusto processo l'incoercibilità delle scelte difensive; in questi termini v. O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato nel suo procedimento*, Milano, 2004, 63.

ministri, che per primi denunciarono il carattere *contra naturam* delle dichiarazioni autoincriminanti e l'immoralità degli strumenti d'interrogatorio ⁽³¹⁾ — è risultata evidente la necessità di un sicuro criterio cui appellarsi in chiave difensiva quando assoggettati ad una posizione potenzialmente vulnerabile.

Di qui il radicamento del diritto al silenzio nella tutela del diritto di difesa di cui all'art. 24, secondo comma, Cost. ⁽³²⁾.

Vedendo in tale norma il fondamento costituzionale della facoltà di non fornire elementi in proprio danno ⁽³³⁾, il diritto al silenzio è stato parimenti accolto dalla giurisprudenza costituzionale quale «corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa» ⁽³⁴⁾. Difesa che deve conoscere un'esplicazione tanto in senso attivo quanto in senso passivo, affinché il processo penale non consista, piuttosto, in una sopraffazione. Ed in questi termini l'imputato, quale partecipante processuale, può esercitare un'autodifesa che si esprime anche nel rimanere in silenzio.

Occorre tuttavia precisare — ed è proprio il termine *autodifesa* che dovrebbe indurre ad un simile ragionamento — che per essere realmente una difesa autodeterminata e personalmente contemplata, la scelta del silenzio deve, necessariamente, essere un'opzione conosciuta o conoscibile dal cittadino; non è sufficiente il ricono-

⁽³¹⁾ Icasticamente, CESARE BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, capitoli XI e XII, 1764, quando coglie nel giuramento imposto all'imputato «una contraddizione fra le leggi e i sentimenti naturali all'uomo», commentando sul punto «quasi che l'uomo potesse giurar daddovero di contribuire alla propria distruzione».

⁽³²⁾ Per una ricostruzione dello sviluppo legislativo in questi termini si rimanda alla *Relazione del Guardasigilli sul progetto del codice di proc. pen.*, 1905, Capitolo LXXIII, in *Atti parlam. 1904-1905. Camera dei deputati n. 266. Progetto del codice di procedura penale per il Regno d'Italia*, parte I, Roma, 1905, 334 ss.; A. STOPPATO, *Relazione della Commissione della Camera dei deputati sul progetto del codice di proc. pen.*, 1912, par. 77, in *Commento al codice di proc. pen.*, vol. III, Torino, 1915, 274; e per tutti si rimanda a V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, in *Studi di diritto processuale penale*, raccolta da G. CONSO, Milano, 1972, in particolare 30 ss.

⁽³³⁾ Cfr. L. PALADIN, *Autoincriminazioni e diritto di difesa*, in *Giur. Cost.*, 1965, 312.

⁽³⁴⁾ Corte cost., ord. del 10 maggio 2019, n. 117, in <https://giurcost.org/>, punto 7.1; anche, precedentemente, Corte cost., ord. n. 291 del 2002, e Corte cost., ord. n. 485 del 2002, entrambe in <https://giurcost.org/>.

scimento di un diritto se non lo si rende concretamente accessibile ed esercitabile, rimanendo altrimenti un contenitore vuoto.

Non a caso l'ordinamento disciplina con l'art. 64, comma 3, c.p.p. il dovere informativo sul diritto a rimanere in silenzio attraverso degli avvertimenti che sono, dunque, costitutivi del diritto stesso ⁽³⁵⁾.

Come anticipato, il principio in esame costituisce un cardine dell'ordinamento, rinvenendo la sua *ratio* anche nella presunzione di non colpevolezza *ex* art. 27, comma 2, Cost., nonché nel principio del contraddittorio nella formazione della prova di cui all'art. 111, comma 4, Cost.

La presunzione d'innocenza ⁽³⁶⁾ richiede infatti che l'onere probatorio gravi sull'autorità procedente e non si possa pretendere dall'imputato un contributo conoscitivo alle indagini o una collaborazione che potenzialmente consenta la costruzione della propria accusa; l'imputato vanta un diritto a non contribuire al raggiungimento di tale obiettivo ⁽³⁷⁾, ed un analogo *status* deve estendersi alla persona indagata in forza dell'art. 111 Cost. che ha trovato, sotto questo profilo, esplicito riconoscimento nel codice di rito ai sensi dell'art. 61 c.p.p.

Altro riferimento fondamentale del diritto al silenzio si ravvisa, non casualmente, nell'art. 111 della Carta dei valori, che riconosce un procedimento equo nella misura in cui l'imputato

⁽³⁵⁾ Tale attenzione dell'ordinamento emerge anche da ulteriori previsioni che tutelano il diritto di difesa dell'imputato e, indirettamente o direttamente, la consequenziale scelta del silenzio: l'art. 62 c.p.p. come regola di esclusione probatoria *de relato*; l'art. 63 c.p.p. tutela in forma anticipata il diritto al silenzio, rimediando al caso di un'inconsapevole collaborazione confessoria; l'art. 198, comma 2, c.p.p. disciplina il *privilege against self-incrimination*; l'art. 199 c.p.p. prevede che attraverso il segreto familiare, i congiunti dell'imputato siano informati della facoltà di astenersi dal deporre nei suoi confronti. Proseguendo si menzionano soltanto gli artt. 197, 197 *bis*, 210 comma 6, 274, 350 c.p.p., l'art. 220 disp. att., oltre all'art. 384, comma 2, c.p. che esclude la punibilità per chi abbia commesso una delle fattispecie tassativamente previste di falso, senza essere stata rispettata la sua incompatibilità a testimoniare o la sua facoltà di astenersi.

⁽³⁶⁾ Si rinvia a G. ILLUMINATI, *La presunzione di innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, 5 ss.; P. PAULESU, *La presunzione di non colpevolezza dell'imputato*, Torino, 2009, 32 ss.

⁽³⁷⁾ V. già V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 74 ss.

abbia la capacità di orientare consapevolmente la propria condotta e, dunque, la possibilità d'intervenire con libertà nella dialettica processuale ⁽³⁸⁾.

Indagando, poi, nella produzione normativa transfrontaliera, il diritto al silenzio ha trovato plurimi riconoscimenti.

La Corte di Strasburgo identifica nell'art. 6 CEDU, che disciplina "diritto alla libertà e alla sicurezza", la fonte del *right to silence* e del diritto di difesa da eventuali coartazioni ⁽³⁹⁾, ricordando così l'originaria funzione del diritto al silenzio quale limite allo strapotere giudiziario ⁽⁴⁰⁾. Rientra infatti in tale ricostruzione

⁽³⁸⁾ Brevemente, si ricorda che la ragione storica della riforma del 1999 sulla norma costituzionale trova fondamento nella disparità di potere riservata al pubblico ministero, in "posizione di vantaggio", ed alla difesa dell'imputato; sul punto, Corte cost., sent. n. 98 del 1994, in <https://giurcost.org/>. In particolare era il contraddittorio a venir leso quando, nella formazione delle prove processuali, si consentiva di acquisire come prove anche le dichiarazioni precedentemente rese da chi poi, nel corso del processo, decideva di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande poste dalla difesa dell'imputato; in merito si veda Corte cost., sent. n. 361 del 1998, in <https://giurcost.org/>. La riforma dell'art. 111 Cost. è stata quindi disposta con l. cost. n. 2 del 23 novembre 1999 (Inserimento dei principi del giusto processo nell'articolo 111 della Costituzione), attuata con l. n. 35 del 25 febbraio 2000 ("Conversione in legge, con modificazioni, del d.l. 7 gennaio 2000 n. 2, recante disposizioni urgenti per l'attuazione dell'art. 2 della legge costituzionale 23 novembre 1999 n. 2, in materia di giusto processo"). In dottrina, si veda per un confronto, P. PEDERZOLI, *Corte costituzionale e parlamento: il confronto sul giusto processo*, in *Giusto processo?*, a cura di D. GUARNIERI e F. ZANOTTI, Padova, 2006, 115 ss.; F. CORDERO, *Procedura penale*, VIII ed., Milano, 2006, 1312.

⁽³⁹⁾ Si segnalano alcune delle sentenze più significative della Corte EDU, tra cui sent. del 13 settembre 2016, *Ibrahim e altri c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 21 dicembre 2000, *Quinn c. Irlanda*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 2 maggio 2000, *Condron c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 20 ottobre 1997, *Serves c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, Grande Camera, sent. del 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, Grande Camera, sent. 8 febbraio 1996, *John Murray c. Regno Unito*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>; Corte EDU, sent. del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng/>.

V. anche P. MOSCARINI, *Il silenzio dell'imputato sul fatto proprio secondo la Corte di Strasburgo e nell'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, 611 ss.

⁽⁴⁰⁾ Per un confronto anche storico sul punto si rimanda a C.J.A. MITTERMAIER, *Trattato della prova in materia penale*, ed. it. a cura di C. ATTANASIO, Napoli, 1850, 295 ss.; G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, Torino, 2022, 237 ss.

interpretativa il diritto a non autoincriminarsi e a non collaborare con l'autorità, oltre che il dovere di quest'ultima di compiere le funzioni accertative senza appellarsi a forme di coercizione della volontà dell'indagato-imputato (41).

Vengono quindi in considerazione l'art. 14 del Patto internazionale sui diritti civili e politici (PIDCP) dove il diritto al silenzio trova esplicita regolamentazione (42), e gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nei quali la giurisprudenza della Corte di giustizia UE ha radicato i principi della presunzione d'innocenza, dell'equo processo e, pertanto, del *right not to incriminate oneself* (43).

Infine, completa il quadro positivo europeo l'esplicito riconoscimento espresso dalla Corte di giustizia nel rinvenire che la *ratio* contenuta negli artt. 47-48 CDFUE è la stessa ricavabile dalla direttiva 2003/6/UE e dal regolamento n. 596/2014, nel senso che: «tanto l'articolo 14, paragrafo 3, della direttiva 2003/6 quanto l'articolo 30, paragrafo 1, lettera b), del regolamento n. 596/2014 si prestano ad una interpretazione conforme agli artico-

(41) Uno studio sull'evoluzione del diritto al silenzio in ambito europeo viene da E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio*, in *Studi di diritto penale costituzionale ed europeo*, Milano, 2022, 5 e 23.

(42) Di seguito il comma 2 dell'art. 14, PIDCP: «Ogni individuo accusato di un reato ha il diritto di essere presunto innocente sino a che la sua colpevolezza non sia stata provata legalmente», ed il comma 3, lett. g: «Ogni individuo accusato di un reato ha diritto, in posizione di piena eguaglianza, come minimo, alle seguenti garanzie: [...] g) a non essere costretto a deporre contro se stesso o a confessarsi colpevole».

(43) Dal momento che la Carta di Nizza ha assunto dal 2009 lo stesso valore giuridico dei Trattati dell'Unione europea, ed il suo contenuto costituisce quindi norma direttamente applicabile e vincolante ai sensi degli artt. 11 e 117 Cost., ne discende l'obbligatoria applicazione anche del diritto al silenzio così come interpretato alla luce della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Per un inquadramento della tutela del diritto a non autoincriminarsi negli artt. 47 e 48 CDFUE si veda, Corte giust. UE, Sed. Plen., 6 ottobre 2020, *La Quadrature du Net e a. contro Premier ministre e a.*, in <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-511/18&language=it>; Corte giust. UE, Sed. Plen., 17 dicembre 2020, *Centraal Israëlitisch Consistorie van België e a.*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/GA/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0336>; Corte Giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit.; Corte giust. UE, Sed. Plen., 21 maggio 2019, *Commissione c. Ungheria*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX:62017CA0235>.

li 47 e 48 della Carta, in virtù della quale essi non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale» (44).

Tale impostazione è stata poi consacrata tramite la direttiva 2016/343/UE, con la quale si riconosce espressamente il diritto al silenzio, concretizzandosi a livello di fonte derivata il principio ricavato dagli artt. 47 e 48 CDFUE (45); ciò anche in forza della clausola di non regressione di cui all'art. 13 della direttiva, per la quale «nessuna disposizione della presente direttiva può essere interpretata in modo tale da limitare o derogare ai diritti e alle garanzie procedurali garantiti dalla Carta, dalla CEDU, da altre pertinenti disposizioni di diritto internazionale o dal diritto di qualsiasi Stato membro che assicurino un livello di protezione più elevato».

4. Il diritto al silenzio nella pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea e nel giudizio della Corte costituzionale.

Emerge quindi un quadro di disciplina a fronte del quale l'interprete non può rimanere fermo sulle vecchie conclusioni esege-

(44) In questi termini, Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 55.

(45) Il considerando n. 27 della direttiva 2016/343/UE definisce che: «Il diritto al silenzio e il diritto di non autoincriminarsi implicano che le autorità competenti non dovrebbero costringere indagati o imputati a fornire informazioni qualora questi non desiderino farlo. Per determinare se il diritto al silenzio o il diritto di non autoincriminarsi sia stato violato, è opportuno tener conto dell'interpretazione del diritto a un equo processo ai sensi della CEDU data dalla Corte europea dei diritti dell'uomo». Cfr. sull'argomento D. FANCIULLO, *La direttiva (UE) 2016/343 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, in *www.rivista.eurojus.it*, 2016; E. VALENTINI, *La presunzione d'innocenza nella Direttiva n. 2016/343/UE: per aspera ad astra*, in *Proc. pen. giust.*, 2016, 193. In toni più critici v., J. DELLA TORRE, *Il paradosso della direttiva sul rafforzamento della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo: un passo indietro rispetto alle garanzie convenzionali?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2016, 1835 ss.; O. MAZZA, *Una deludente proposta in tema di presunzione d'innocenza*, in *Arch. pen.*, 2014, 6.

tiche.

E ciò tanto più alla luce di quella decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea ⁽⁴⁶⁾ che, in un dialogo sollecitato dalla Corte costituzionale ⁽⁴⁷⁾, è stata chiamata ad esprimersi sulla forza espansiva del diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi, quando il rifiuto di rispondere all'autorità competente potesse determinare una sanzione amministrativa particolarmente gravosa. Ciò in particolare nell'evenienza in cui, rispondendo, possano emergere informazioni autoindizianti che secondo l'ordinamento interno possono refluire nel procedimento penale ⁽⁴⁸⁾.

⁽⁴⁶⁾ Il riferimento è alla già citata, Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, la cui pronuncia trae origine dallo svolgimento parallelo, tipico del c.d. doppio binario sanzionatorio, di un procedimento amministrativo per abuso d'informazioni privilegiate e di un procedimento penale riguardante le medesime condotte. L'indagato, a fronte di richieste investigative da parte della Consob, si rifiutava di rilasciare dichiarazioni e ciò comportava l'irrogazione di una sanzione pecuniaria particolarmente afflittiva, contro cui l'interessato proponeva ricorso per il contrasto emerso tra la disciplina sanzionatoria di origine amministrativa e l'esercizio del diritto al silenzio. La Corte di cassazione civile sollecitava incidentalmente la Corte costituzionale per la lesione dello *ius tacendi*, così come accolto dall'art. 24, comma 2, Cost., dall'art. 14 PIDCP, dall'interpretazione del giudice europeo ex art. 6 CEDU e dagli artt. 47 e 48 CDFUE. Di qui il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea, la cui sentenza denota un'armonia di vedute rispetto all'ordinanza di rimessione della Consulta. Ed invero, le Corti si confrontano sul tema del significato del diritto al silenzio, dal punto di vista prettamente processuale. Con rilevanza più, ma non esclusivamente, sostanziale, ragionano sulla *vis espansiva* di tale diritto ad ogni procedura che, seppur formalmente non sia penale, consenta l'irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali secondo i crismi delineati dagli *Engel criteria*; o in ogni caso conduca i medesimi fatti all'apertura di un procedimento penale in senso stretto. Tale presa di posizione ha, successivamente, propagato i suoi effetti sul piano interno, trovando ulteriore riscontro nella dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies*, d.lgs. n. 58 del 1998 intervenuta subito dopo con C. cost., sentenza n. 84/21, cit.

⁽⁴⁷⁾ V. Corte cost., ord. n. 117/2019, cit.

⁽⁴⁸⁾ Per un raffronto sul rapporto tra illeciti penali e amministrativi, che esamina le conseguenze in tema di *bis in idem*, cfr. G.M. FLICK, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?* («Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse), in *Riv. soc.*, 2014, 953; A. NATALINI, *Lungo i confini (incerti) del market abuse - Duplicazioni sanzionatorie a rischio caos - Dagli ermellini un criterio discrezionale che aiuta a fare chiarezza*, in *Dir. giust.*, 2006, 96.

In ambito giurisprudenziale nazionale si rimanda al noto caso Eternit, Corte cost., sent. n. 200/2016, in <https://giurcost.org/decisioni/2016/0200s-16.html>. Per un confronto in sede europea v., dal lato della "grande Europa", Corte EDU, 30 luglio 1998, *Oliveira c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, § 26, dove si abbandona la nozione di "same

Nel merito, la Corte di giustizia riconosce indefettibilmente l'estensione del *nemo tenetur se detegere* alle procedure di stampo amministrativo dalle quali possano derivare sanzioni amministrative sostanzialmente punitive⁽⁴⁹⁾, determinando una svolta fondamentale nell'applicazione della *matière pénale*⁽⁵⁰⁾. Non a

conducts", inizialmente abbracciata, in favore di quella di "same offence"; Corte EDU, Grande Camera, 10 febbraio 2009, *Sergey Zolotukhin c. Russia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, § 82; Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A. & B.*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, §§ 123-130. Cfr. anche, *ex pluribus*, Corte giust. UE, Sez. V, 7 gennaio 2004, *Aalborg Portland, C-204/00 P e a.*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, 338; Corte giust. UE, Sez. II, sent. 9 marzo 2006, *Van Esbroek*, C-436/04, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, 36; Corte giust. UE, Sed. Plen., 14 febbraio 2012, C-17/10, *Toshiba*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, §§ 81-83 e 97; Corte giust. UE, Sed. Plen., 20 marzo 2018, *Menci*, C-524/15, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>; Corte Giust. UE, 20 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, C-537/16, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>; Corte giust. UE, Sed. Plen., 20 marzo 2018, *Di Puma*, C-596/16 e C-597/16, in <https://www.giurisprudenzapenale.com/wp-content/uploads/2018/03/Scarica-la-Sentenza-Di-Puma.pdf>; e da ultimo Corte giust. UE, Sed. Plen., 22 marzo 2022, *b Post*, C-117/20, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/TX-IT/?uri=CELEX%3A62020CJ0117>, §§ 33-35, dove l'autorità postale belga aveva irrogato una sanzione, successivamente annullata con sentenza definitiva, per la medesima condotta che veniva sanzionata anche dall'autorità *antitrust* del medesimo Stato; Corte giust. UE, Sed. Plen., 22 marzo 2022, *Nordzucker*, C-151/20, in <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=it&td=ALL&num=C-151/20>, §§ 38-40.

⁽⁴⁹⁾ I criteri di riferimento sono tre e consistono nella qualificazione giuridica dell'illecito secondo il diritto interno, nella natura dell'illecito e nel grado di severità della sanzione; v., in tal senso, Corte EDU, Grande Camera, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>; cui seguì Corte EDU, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng>. Si ricorda anche, dal lato della "piccola Europa", Corte giust. UE, sent. del 2 marzo 2018, *Garlsson Real Estate e a.*, cit., punto 28; Corte giust. UE, sent. del 26 febbraio 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, EU:C:2013:105, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, punto 35; Corte giust. UE sent. del 5 giugno 2012, *Bonda*, C-489/10, EU:C:2012:319, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/it/>, punto 37. In Italia la dottrina aveva già evidenziato la necessità di accogliere alcune delle garanzie proprie del diritto penale nell'ambito della disciplina generale delle sanzioni amministrative, sull'argomento v. M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983, 82.

⁽⁵⁰⁾ Sul punto giova ricordare che si è affermata un'esigenza di modulare il riconoscimento delle garanzie del diritto interno nell'ambito della *matière pénale*, dal momento che rimane riservata all'apprezzamento di ciascun Stato l'estensione o meno delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale. Si identifica, infatti, un c.d. nucleo duro del diritto penale, che si differenzia da quell'ambito di materia dove le garanzie convenzionali subiscono un approccio graduale, o meglio definito "a fisarmonica" da — e per una disamina sull'argomento — C. BONZANO, *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta*

caso si evidenzia il conflitto nel quale l'indagato si troverebbe ad operare scelte autodifensive dal momento che, a fronte di una minaccia di subire una sanzione per rifiuto di rispondere, dovrebbe affrontare una penosa alternativa in cui «o depone [autoincriminandosi] o viene punito per essersi rifiutato di deporre»⁽⁵¹⁾. Si configurerebbe, in tal modo, una situazione giuridica in frizione con i principi costituzionali, secondo cui l'imputato non può essere costretto ad essere fonte di verità anche a scapito della propria intimità psichica⁽⁵²⁾.

Ad ogni modo, e contrariamente a quanto sostenuto dalla giurisprudenza in commento, la pronuncia del Giudice europeo non si ferma qui⁽⁵³⁾.

Ed è un dovere esegetico rilevare che, tra le argomentazioni, la sentenza eurounitaria considera l'ampiezza applicativa del diritto al silenzio con riguardo a qualsiasi informazione che possa avere effetto sulla sanzione o, a maggior ragione, incidere sulla

mette un punto fermo...o quasi, in *Diritto penale e processo*, 2022. Rimanendo sull'argomento, una parte della dottrina ha evocato il concetto di *criministrative law* (*criminal-administrative*) e di *right to a fairly trial*, criticando un recepimento timido delle tutele processuali alla materia penale allargata attraverso i criteri *Engel*, v. in tal senso V. MANES - M. CAIANIELLO, *Introduzione al diritto penale europeo*, Milano, 2020, 176 e 253, con riferimento a A. BAILLEUX, *The fiftieth shade of gray – Competition law, criministrative law and fairly fair trial*, in AA. VV., *Do labels still matter? Blurring boundaries between criminal and administrative law. The influence of the EU* a cura di A. WEYEMBERGH - F. GALLI, Bruxelles, 2014, 137 ss.

⁽⁵¹⁾ Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 39.

⁽⁵²⁾ V. in questi termini G.U. SABATINI, *Principi di dir. proc. pen. it.*, Tipografia dell'«Unione arti grafiche», Città di Castello 1931, 75 s.; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere* cit., 74 ss. Ammoniva P. CALAMANDREI quando affermava che il disconoscimento del diritto al silenzio «port[a] a fil di logica a legittimare la tortura», *Postilla a Francesco Carnelutti. A proposito di tortura*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, I, 239.

⁽⁵³⁾ Per una ricostruzione critica sull'argomento, C. BONZANO, *Nemo tenetur se detegere e procedimento amministrativo: per la Consulta, la sanzione "punitiva" impone il due process of law*, in *Proc. pen. e giust.*, 2019. Sempre sul tema, G. SPANGHER, *Nel dialogo tra le Corti si consolida il diritto al silenzio*, in *Giur. Cost.*, 2021, § 2, 1046 ss.; G. FARES, *Diritto al silenzio, soluzioni interpretative e controlimiti: la Corte costituzionale chiama in causa la Corte di giustizia*, in *dirittifondamentali.it*, 2020, 1, 59. Esaminando anche le nuove realtà tecnologiche cfr. A. MANGIARACINA, *Nuove fisionomie del diritto al silenzio. Un'occasione per riflettere sui vuoti domestici...e non solo*, in *Proc. pen. e giust.*, 2021.

condanna stessa. Si affranca con ciò il contenuto del diritto al silenzio che «non può ragionevolmente essere limitato alle confessioni di illeciti o alle osservazioni che chiamino direttamente in causa la persona interrogata, bensì comprende anche le informazioni su questioni di fatto che possano essere successivamente utilizzate a sostegno dell'accusa ed avere così un impatto sulla condanna o sulla sanzione inflitta a tale persona»⁽⁵⁴⁾.

Emerge così una nuova consapevolezza sul perimetro del diritto al silenzio, che oltrepassa i limiti propri del dato formale per recepirne il suo ruolo funzionale; non rileva infatti il solo dato cronologico che misura la rilevanza probatoria delle dichiarazioni rilasciate in base a quando il soggetto sia indagato o imputato nell'ambito del procedimento, ma la circostanza che quel soggetto non debba trovarsi in un futuro procedimento penale a “fare i conti” con le proprie dichiarazioni.

Ed allo stesso modo è necessario adottare — come la Corte suprema nella sua massima composizione ha già correttamente stabilito⁽⁵⁵⁾ — un criterio sostanziale per identificare la veste processuale dell'indagato al momento dell'esplicazione di un atto; anche qui si deve prescindere dall'assunzione di una posizione formale, in quanto il ruolo nel procedimento di un soggetto indagabile, ma non ancora, o non necessariamente indagato, richiede pari ed equa tutela⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁴⁾ Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 40. Vedi, anche, in tal senso, Corte EDU, 17 dicembre 1996, *Saunders c. Regno Unito*, cit.; C. EDU, 19 marzo 2015, *Corbet e altri c. Francia*, cit.

⁽⁵⁵⁾ Cass., Sez.Un. pen. “Mills”, sent. del 25 febbraio 2010, n. 15208, in *Dir. pen. proc.*, 2010, rileva come spetti al giudice, allorché venga in rilievo la veste che può assumere il dichiarante, il potere di verificare in termini sostanziali, e quindi al di là del riscontro di indici formali — come sia, ad esempio, l'iscrizione nel registro delle notizie di reato — l'attribuibilità al dichiarante della qualità di indagato guardando al momento in cui le dichiarazioni stesse vengano rese.

⁽⁵⁶⁾ Stesso criterio sostanziale viene invocato con riferimento alla disciplina della responsabilità da reato degli enti da F.R. DINACCI, *La dimensione probatoria e del diritto al silenzio nella disciplina della responsabilità da reato degli enti. Verso letture “osservanti” dei principi*, in *Arch. Pen.*, fascicolo 1/2022. Si osserva, infatti, come all'ente si applichino le disposizioni processuali relative all'imputato ai sensi della previsione di cui all'art. 35, d.lgs. n. 231/01, senza tuttavia ricomprendere le garanzie difensive che spetta-

Ed allora, per usare il linguaggio della sentenza annotata, anche semplici “questioni di fatto”, che solo indirettamente possono incidere sulla prova della responsabilità, devono essere presidiate dal diritto al silenzio.

Il valore da tutelare, infatti, non può essere circoscritto a dichiarazioni espressamente autoincriminanti o confessorie. L’esperienza dimostra come spesso, proprio le rappresentazioni storiche, anche se solo indirettamente collegate al tema di prova, possono costituire una fonte d’accusa con cui il dichiarante si trova a doversi confrontare in un eventuale successivo procedimento a proprio carico.

Diversamente ragionando si consideri come qualsiasi informazione ottenuta in ambito extrapenale dall’autorità preposta possa fondare le basi per ricercare ulteriori elementi di prova della condotta incriminata nell’ambito del successivo procedimento penale, in tal modo annichilendo la disciplina dei divieti probatori in ordine ai quali — secondo tali considerazioni — non si consente l’estensione alle procedure extrapenali (57).

no al soggetto sottoposto a procedimento. Nella considerazione che l’ente può partecipare al processo solo attraverso il suo rappresentante, l’Autore censura la scelta legislativa che costringe a testimoniare chi rappresenta l’ente nel processo, rappresentandosi una situazione che «è parificabile a quella in cui si obbliga l’imputato a testimoniare sul fatto proprio. Né, al riguardo, pare assumere contenuto concreto l’affermazione secondo cui la parificazione all’imputato “viene effettuata con riferimento all’ente e non al rappresentante legale”. Si tratta all’evidenza di un rilievo che non coglie, o non vuole cogliere, la realtà della situazione giuridica caratterizzata da identità di interessi processuali. Di qui il ricorso ad incomprensibili sofismi interpretativi», così, *ibidem*, 24.

(57) Come è stato evidenziato, «il rispetto della normativa pattizia dovrebbe indurre quantomeno a impedire che gli elementi autoindizianti resi dall’indagato all’autorità amministrativa possano trovare ingresso nel processo penale [...] Andrebbero quindi reputate inammissibili tanto l’acquisizione, quale documento, del verbale redatto dall’autorità amministrativa quanto la testimonianza indiretta di quest’ultima. Né sembrerebbe rilevare la distinzione fra dichiarazioni rilasciate a seguito d’espresa domanda e dichiarazioni rese spontaneamente nel corso dell’inchiesta amministrativa dalla persona successivamente indagata: anche in questa seconda evenienza, con il loro uso si avallerebbe una rinuncia al silenzio inconsapevole. Infatti, l’interessato, nel momento in cui rende le dichiarazioni, non è avvertito della portata futura delle sue dichiarazioni e del loro possibile impiego in un – non ancora prevedibile – processo penale», in questi termini G. UBERTIS - F. VIGANÒ, *Corte di Strasburgo*. cit., 242; F. ZACCHÈ, *Gli effetti della giurisprudenza europea in tema di privilegio contro l’autoincriminazione e diritto al silenzio*, in A. BALSAMO - R. E. KOSTORIS, *Giurisprudenza europea e processo penale*, Torino, 2008, 189

Non a caso il Giudice delle leggi, nell'ordinanza di rinvio pregiudiziale n. 117/2019, condivide le motivazioni a sostegno dell'incidente di costituzionalità proposto dalla Corte di cassazione rilevando come «a fronte di simili scenari sanzionatori, secondo la Corte di cassazione parrebbe plausibile il riconoscimento, in favore di chi sia incolpato di un tale illecito, dei medesimi diritti di difesa che la Costituzione italiana riconosce alla persona sospettata di avere commesso un reato, e in particolare del diritto a non essere costretto — sotto minaccia di una pesante sanzione pecuniaria, come quella applicata al ricorrente nel giudizio a quo — a rendere dichiarazioni suscettibili di essere utilizzate successivamente come elementi di prova a proprio carico. E ciò anche in relazione al rischio che, per effetto dell'obbligo di cooperazione con l'autorità di vigilanza attualmente sancito dal diritto derivato dell'Unione europea, il sospetto autore di un illecito amministrativo avente natura “punitiva” possa altresì contribuire, di fatto, alla formulazione di un'accusa in sede penale nei propri confronti»⁽⁵⁸⁾. E sul punto è utile rilevare che il principio espresso dal Giudice delle leggi si fonda sul presupposto che «per quanto nell'ordinamento italiano non sia consentito utilizzare nel processo penale le dichiarazioni rese all'autorità amministrativa senza le garanzie del diritto di difesa, tra cui segnatamente l'avvertimento circa la facoltà di non rispondere, è ben possibile che tali dichiarazioni — ottenute dall'autorità amministrativa mediante la minaccia di sanzione per il caso di mancata cooperazione — possano in concreto fornire all'autorità stessa informazioni essenziali in vista dell'acquisizione di ulteriori elementi di prova della condotta illecita, destinati a essere utilizzati anche nel successivo processo penale contro l'autore della condotta»⁽⁵⁹⁾.

ss. In ogni caso si è correttamente puntualizzato che riconoscere il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi dal carattere penale non significa riconoscere alle dichiarazioni ivi rese «una patente di circolazione probatoria tra i giudizi», così G. CANESCHI, *La Corte di giustizia sul diritto al silenzio: un primo passo verso il “giusto procedimento” amministrativo punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 589.

⁽⁵⁸⁾ Si rimanda al punto 7.1., Corte cost., ordinanza n. 117/2019, cit.

⁽⁵⁹⁾ *Ibidem*, punto 7.1 dell'ordinanza.

A tale conclusione giunge anche la Corte di giustizia quando, evidentemente consapevole di tale realtà, riconosce che: «anche supponendo che, nel caso di specie, le sanzioni in questione nel procedimento principale inflitte a DB dall'autorità di vigilanza non dovessero presentare carattere penale, la necessità di rispettare il diritto al silenzio nell'ambito di un procedimento di indagine condotto da detta autorità potrebbe risultare altresì dal fatto, evidenziato dal giudice del rinvio, che, in base alla normativa nazionale, gli elementi di prova ottenuti nell'ambito di tale procedura sono utilizzabili, nell'ambito di un procedimento penale intentato nei confronti di questa stessa persona, al fine di dimostrare la commissione di un illecito penale» (60).

È qui che si riscontra la vera novità introdotta dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, la quale riconosce la tutela del diritto al silenzio con riferimento alle dichiarazioni rese in procedure extrapenali ogniqualvolta nell'ordinamento interno sia previsto un travaso probatorio di quelle dichiarazioni nel processo penale. E sul punto è sufficiente rilevare come il codice di rito preveda una molteplicità di modi acquisitivi di prove da altro procedimento (61) che, come si è visto, vengono puntualmente utilizzati con riferimento alle dichiarazioni rese al curatore della liquidazione giudiziale, attraverso la produzione e la conseguente acquisizione in dibattimento della relazione del medesimo.

Il messaggio del giudice europeo è chiaro nel voler definire il perimetro applicativo del diritto al silenzio al di fuori di confini formali. Sembra di fatto superarsi l'esigenza di qualificare la procedura, assumendo invece rilevanza l'afflittività della sanzione irrogata e la proiezione processuale delle dichiarazioni rese, che deve essere assistita da quel sistema di garanzie e diritti entro cui il cittadino può agire consapevolmente.

Si correrebbe altrimenti il rischio di subordinare la sfera ope-

(60) Corte giust. UE, Sed. Plen., *D.B. c. Consob*, cit., punto 44.

(61) Basti pensare all'acquisizione di verbali di prove di altri procedimenti ai sensi dell'art. 238 c.p.p., alla prova per sentenze *ex art. 238-bis* c.p.p., alla dilatazione interpretativa della prova documentale di cui all'art. 234 c.p.p.

rativa del diritto al silenzio all'iniziativa delle autorità amministrative o del pubblico ministero; in tal modo, con specifico riferimento al regime d'inutilizzabilità di cui all'art. 63, comma 2, c.p.p., la Corte nomofilattica denunciava già nel 2010 come «si finirebbe col fare assurgere la condotta del pubblico ministero a requisito positivo di operatività della disposizione, quando sarebbe invece proprio la omissione antidoverosa di quest'ultimo ad essere oggetto del sindacato in vista della dichiarazione di inutilizzabilità» (62).

Nella stessa direzione si è orientato, non casualmente, il Giudice delle leggi quando ha posto l'attenzione su concrete questioni di fatto quali, tra le tante, le generalità e i precedenti penali, protagonisti della recente declaratoria d'illegittimità costituzionale che, nel rilevare un *vulnus* all'art. 24 Cost., ha coinvolto l'art. 64, c. 3, c.p.p. e l'art. 495 c.p. (63).

(62) Cass., Sez. Un. pen. "Mills", cit. precisa inoltre che «la ricerca dell'esatta individuazione dei confini assegnati al potere del giudice in ordine alla qualifica soggettiva da attribuire al dichiarante chiama in causa i presupposti applicativi non solo dell'art. 210 c.p.p., ma anche dell'art. 63, comma 2, c.p.p., ad essa collegata sul piano sistematico; come chiarito infatti, da ultimo, nella ordinanza n. 280 del 2009 della Corte Costituzionale "l'art. 63, comma secondo, c.p.p. attua una tutela anticipata delle incompatibilità con l'ufficio di testimone previste dall'art. 197, comma primo, lettere a) e b), c.p.p. nei confronti dell'imputato in un procedimento connesso o di un reato collegato: incompatibilità che, a loro volta, impongono che l'esame del soggetto avvenga nelle forme dell'art. 210"». Precedentemente, nel medesimo senso, cfr., Cass., Sez. VI pen., sent. del 9 giugno 2009, n. 23776, Pagano ed altri, rv. 244360, in *Dir. pen. proc.*; Cass., Sez. II pen., sent. del 24 aprile 2007, n. 26258, Pavan, rv. 237264, in *Dir. pen. proc.*; Cass., Sez. VI pen., sent. del 20 maggio 1998, n. 7181, Villani, rv. 211130, in *Dir. pen. proc.* In senso contrario, v., Cass., Sez. VI pen., sent. del 20 giugno 2007, n. 40512, Amodeo ed a., rv. 237988, in *Dir. pen. proc.*; Cass., Sez. II pen., sent. del 14 ottobre 2003, n. 47088, Di Capua, rv. 227730, in *Dir. pen. Proc.*

(63) Corte. cost., sent. del 5 giugno 2023, n. 111, in <https://www.cortecostituzionale.it/ECLI:IT:COST:2023:111>, nella quale si dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 64, comma 3, c.p.p., nella parte in cui non prevede che gli avvertimenti ivi indicati siano rivolti alla persona sottoposta alle indagini o all'imputato prima che vengano loro richieste le informazioni di cui all'art. 21 delle norme di attuazione del codice di procedura penale, ed anche l'illegittimità costituzionale dell'art. 495, primo comma, c.p., nella parte in cui non esclude la punibilità della persona sottoposta alle indagini o dell'imputato che, richiesti di fornire le informazioni indicate nell'art. 21 norme att. c.p.p. senza che siano stati loro previamente formulati gli avvertimenti di cui all'art. 64, comma 3, c.p.p. abbiano reso false dichiarazioni.

In quella sede, il giudizio della Corte veniva sollecitato in ordine alla compatibilità costituzionale degli artt. 66 c.p.p. e 21 disp. att. c.p.p., dai quali derivava uno sviluppo applicativo poco rispettoso delle garanzie dovute al cittadino.

Infatti, dopo un primo invito a dichiarare le proprie generalità, accompagnato dall'ammonimento circa le conseguenze cui si espone chi rifiuti di darle *ex* artt. 495 e 651 c.p., l'autorità procedente invitava, ai sensi dell'art. 21 disp. att. c.p.p., a fornire informazioni circa il possesso di soprannomi e pseudonimi, beni patrimoniali e condizioni di vita, o sulla eventuale soggezione ad altri procedimenti penali o a condanne già definite; il tutto senza preventivi avvertimenti circa la facoltà di non rispondere, nonostante si profilassero, rispondendo, indicazioni potenzialmente autoincriminanti.

La censura giungeva, dunque, spontanea, nel rilevare che ottenere tali informazioni in mancanza di un preventivo avvertimento ai sensi dell'art. 64, comma 3, c.p.p. determinasse «una situazione di insufficiente tutela del diritto al silenzio»⁽⁶⁴⁾. Una lacuna simile non consentirebbe all'ordinamento di rispettare il valore difensivo proprio dello *ius tacendi*, che dev'essere, all'opposto, ricompreso tra quel novero di diritti inalienabili della persona umana che caratterizzano l'identità costituzionale italiana⁽⁶⁵⁾.

E ragionevolmente il Giudice delle leggi, non mancando di rammentare l'insegnamento della Consulta già investita sul tema⁽⁶⁶⁾,

(64) Corte cost., sent. n. 111/2023, cit., punto 3.5.2.

(65) V., *ex pluribus*, Corte. cost., ordinanza n. 117/2019, cit.; Corte. cost., sent. n. 238 del 2014, in <https://giurcost.org/decisioni/>, che annoverava tra i “principi supremi” dell'ordinamento costituzionale l'art. 24 Cost.; Corte cost., sent. n. 18 del 1982, in <https://giurcost.org/decisioni/>; nonché, sull'effettività del diritto di difesa nei suoi vari corollari, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 10 del 2022, in <https://giurcost.org/decisioni/>, punto 9.2.; Corte cost., sent. n. 18 del 2022, in <https://giurcost.org/decisioni/>, punti 4.3. e 4.4.2.; Corte cost., sent. n. 157 del 2021, in <https://giurcost.org/decisioni/>, punto 8.1.

(66) La Consulta aveva, infatti, ritenuto già dal 1976 non essere dubbio «che, se l'imputato, alla domanda rivoltagli dall'inquirente sui suoi precedenti penali risponde in modo contrario al vero, egli incorre nelle sanzioni previste dall'art. 495 del codice penale. Ma non è esatto che, a tale domanda, egli sia tenuto a rispondere, essendo certo che può rifiutarsi di fornire le notizie, che in proposito gli vengano richieste, senza incorrere in alcuna responsabilità penale», e che, in base alla normativa allora vigente (art. 25 disp. att. c.p.p.), in effetti, «l'imputato, solo alla richiesta delle proprie generalità è tenuto a fornire risposta,

avvalora il contributo investigativo che informazioni riguardanti la propria persona e i precedenti penali producono in danno del soggetto non debitamente avvertito delle garanzie difensive, che considera, rapportandosi proprio alla Corte di giustizia prima indicata, «circostanze che, pur non attenendo direttamente al fatto di reato, possano essere successivamente utilizzate contro di lei [persona sospettata o imputata] nell'ambito del procedimento o del processo penale, e siano comunque suscettibili di avere «un impatto sulla condanna o sulla sanzione» che le potrebbe essere inflitta (Corte di giustizia, sentenza D. B. contro Consob, paragrafo 40)»⁽⁶⁷⁾.

5. Le interpretazioni del giudice di legittimità, tra “idoli” della procedura e vecchi criteri interpretativi.

L'orientamento espresso dalla giurisprudenza della Corte di cassazione delinea un perimetro d'azione poco armonioso, dal momento che svislisce i contenuti delle pronunce⁽⁶⁸⁾ emanate dalla Corte di Lussemburgo e dalla Consulta⁽⁶⁹⁾.

In particolare la sentenza che si annota, affermando che la decisione della Corte di giustizia si limita solamente a riconoscere l'operatività del diritto a rimanere in silenzio in procedimenti suscettibili di irrogare sanzioni sostanzialmente penali da una parte, e a constatare l'illegittimità di norme che prevedano una minaccia di sanzione a fronte della mancata cooperazione da parte dell'imputato dall'altra, mostra, di fatto, di non voler uniformarsi al principio di diritto enunciato in sede europea, nonostante questo consista in un vincolo

incurrendo in responsabilità penale qualora si rifiuti di rispondere, o dia false generalità», dovendosi intendere per generalità soltanto il nome, il cognome, la data e il luogo di nascita, v. Corte cost., sent. n. 108 del 1976, in <https://giurcost.org/decisioni/1976/0108s-76>, punto 4, richiamata dalla stessa Corte cost., sent. n. 111/23 cit., al punto 3.4.1.

⁽⁶⁷⁾ Già, Corte cost., sent. n. 111/23 cit., al punto 3.5.1.

⁽⁶⁸⁾ Nella stessa direzione esegetica si veda, anche, Cass., Sez. V pen., sent. n. 17828/23 in www.cortedicassazione.it.

⁽⁶⁹⁾ Sul tema si rimanda, da ultimo, a V. PATANÈ, *Nemo tenetur se detegere: coordinate europee e parametri costituzionali del diritto a non collaborare dell'imputato*, in *Cass. pen.*, 2024, 1999 ss.

precettivo e malgrado gli accorti moniti della dottrina ⁽⁷⁰⁾.

Occorre invero ricordare che le pronunce interpretative della Corte di giustizia vantano valore cogente all'interno dell'ordinamento — al pari delle norme dotate di diretta applicabilità ⁽⁷¹⁾ — in forza di due pronunciati della Corte costituzionale ⁽⁷²⁾ che affidano al giudice nazionale il ruolo di garante dell'applicazione del diritto comunitario e di necessario tramite tra la tutela giuri-

⁽⁷⁰⁾ Sulla pronuncia, v. M. CASTELLANETA, *Market abuse, il diritto al silenzio deve essere assicurato se la sanzione applicata può avere natura penale*, in *Guida dir.*, 2021, n. 9, 104 ss.; L. MARIN, *Tradizioni costituzionali comuni costruite dal basso: la sentenza D.B. c. Consob sul diritto al silenzio*, in *Quaderni costituzionali*, 2021, n. 1, 227 ss.; G. NATALI, *Nemo tenetur se detegere: la Corte di giustizia Ue rafforza le garanzie difensive nell'ambito dei procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva"*, in *Riv. Corte conti*, 2021, n. 1, V, 271 ss.; M. ARANCI, *Diritto al silenzio e illecito amministrativo punitivo: la risposta della Corte di giustizia*, in *Sist. pen.*, 2021, n. 2, 73 ss.

⁽⁷¹⁾ Queste sono i regolamenti e, in via eccezionale, le direttive quando non siano state recepite o siano state recepite in modo errato nell'ordinamento nazionale, o quando soddisfano i requisiti di chiarezza e precisione per essere recepite, o infine quando le disposizioni della direttiva conferiscono diritti ai singoli; l'applicazione di tali fonti non è subordinata, pertanto, ad interventi normativi di recepimento da parte dello Stato.

⁽⁷²⁾ Cfr. Corte cost., sent. n. 113/1985, in <https://giurcost.org/> nella quale si afferma che le pronunce interpretative della Corte di giustizia non sono: «insuscettibili di immediata applicazione da parte dei nostri giudici. [...] La conclusione ora enunciata discende dalla sistemazione che la sentenza n. 170 del 1984 ha dato ai rapporti tra diritto comunitario e legge nazionale. La normativa comunitaria — si è detto in quella pronuncia — entra e permane in vigore, nel nostro territorio, senza che i suoi effetti siano intaccati dalla legge ordinaria dello Stato; e ciò tutte le volte che essa soddisfa il requisito dell'immediata applicabilità. Questo principio, si è visto sopra, vale non soltanto per la disciplina prodotta dagli organi della C.E.E. mediante regolamento, ma anche per le statuizioni risultanti, come nella specie, dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia». Ed anche Corte cost., sent. n. 389 del 1989 in <https://giurcost.org/>, che precisa: «Poiché ai sensi dell'art. 164 del Trattato spetta alla Corte di giustizia assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del medesimo Trattato, se ne deve dedurre che qualsiasi sentenza che applica e/o interpreta una norma comunitaria ha indubbiamente carattere di sentenza dichiarativa del diritto comunitario, nel senso che la Corte di giustizia, come interprete qualificato di questo diritto, ne precisa autoritariamente il significato con le proprie sentenze e, per tal via, ne determina, in definitiva, l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative. Quando questo principio viene riferito a una norma comunitaria avente <effetti diretti> — vale a dire a una norma dalla quale i soggetti operanti all'interno degli ordinamenti degli Stati membri possono trarre situazioni giuridiche direttamente tutelabili in giudizio — non v'è dubbio che la precisazione o l'integrazione del significato normativo compiute attraverso una sentenza dichiarativa della Corte di giustizia abbiano la stessa immediata efficacia delle disposizioni interpretate».

sdizionale europea ed il cittadino ⁽⁷³⁾).

Così facendo, la pronuncia ignora non solo il *diktat* europeo, bensì anche la logica che risiede nell'invito rivolto dalla Corte costituzionale del 2021 al legislatore per «una più precisa declinazione delle ulteriori modalità di tutela di tale diritto [al silenzio] — non necessariamente coincidenti con quelle che vigono nell'ambito del procedimento e del processo penale — rispetto alle attività istituzionali della Banca d'Italia e della Consob, in modo da meglio calibrare tale tutela rispetto alle specifiche dei procedimenti che di volta in volta vengono in considerazione nel rispetto dei principi discendenti dalla Costituzione, dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dal diritto dell'Unione europea» ⁽⁷⁴⁾. Una calibratura della tutela del diritto al silenzio che la Consulta sollecita sulla base dei principi indefettibili nazionali e comunitari, e della normativa primaria; ciò denota una volontà

⁽⁷³⁾ Si veda sul punto la Corte giust. UE, Sed. Plen. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedwx GmbH & co. H-KG*, in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/>, quando afferma che: «spetta ai giudici nazionali assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle norme del diritto dell'Unione e garantire la piena efficacia». Si riserva un argomento a parte per i c.d. contro-limiti, che sono principi cardine che appartengono alla struttura dello Stato stesso e perciò rimangono estranei all'attività di disapplicazione delle norme interne confliggenti con il diritto comunitario; si veda nel merito la nota vicenda del caso Taricco, Corte cost., ord. n. 24 del 2017, in <https://giurcost.org/decisioni/>, e Corte cost., sent. n. 115 del 2018, in <https://giurcost.org/decisioni/>. In dottrina cfr., E. ALBANESI, *Che cosa il caso Taricco ha insegnato alla Corte Costituzionale. Un nuovo rinvio pregiudiziale a fronte dei controlimiti*, in *Giur. cost.*, 2020, 425; C. AMALFITANO (a cura di), *Primato del diritto dell'Unione Europea e controlimiti alla prova della "Saga Taricco"*, Milano, 2018, 3 ss.; A. ANZON DEMMING, *La Corte Costituzionale è ferma sui controlimiti, ma rovescia sulla Corte Europea di Giustizia l'onere di farne applicazione, bilanciando esigenze Europee e istanze identitarie degli Stati Membri*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 507; M. LUCIANI, *Intelligenti Pauca. Il Caso Taricco Torna (catafratto) a Lussemburgo*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2017, 535; A. CELOTTO - T. GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2004, 1309.

⁽⁷⁴⁾ Corte cost., sent. n. 84/21, cit., punto 5. Si rinvia sull'argomento a E. BASILE, *La Corte di giustizia riconosce il diritto al silenzio nell'ambito dei procedimenti amministrativi «punitivi»*, in *Sist. pen.*, 2021; L. CATTELAN, *Corte di Giustizia e principio del nemo tenetur se detegere: risvolti in tema di doppia pregiudizialità*, in *Ilpenalista.it*, 2021; A. MARCHESSELLI, *Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria*, in *Consulta online*, 2021, n. 2, 454 ss.; C. BONZANO, *Matière pénale e diritto al silenzio: la Consulta mette un punto fermo...o quasi*, cit.

di colmare il diritto a non autoincriminarsi di un contenuto che va al di là di quanto si possa ricavare da un approccio di stampo formale, restituendo alle previsioni del codice di rito quel ruolo il cui scopo è finalizzare principi di rilievo costituzionale e, di conseguenza, espanderne la portata ovunque possano concretizzarsi potenziali sbocchi per una responsabilità dal carattere penale ⁽⁷⁵⁾.

Tuttavia, nel riconoscere una lesione del diritto a non collaborare unicamente quando le modalità con cui si ottengono le dichiarazioni siano «imperiose» ⁽⁷⁶⁾, il giudice nomofilattico esula dai confini di un esercizio legittimo e consapevole del diritto, per coniare in esso, piuttosto, una scelta dichiarativa dovuta unicamente a pressioni esterne, e oltretutto subordinata al grado d'intensità inquisitoria di chi, quel silenzio, cerca di scardinare.

Né, sul punto, l'argomentazione criticata parrebbe trovare una fonte di legittimazione sulla base di quella sentenza della Corte EDU che negava la sussistenza di una violazione dell'art. 6 CEDU, nonostante la minaccia di sanzioni sostanzialmente penali volte a reperire documenti bancari ⁽⁷⁷⁾. Nella fattispecie concre-

⁽⁷⁵⁾ Si noti come al par. 2.2. Corte cost., sent. n. 84/2021, cit., il giudice definisce «decisivo il rilievo che il diritto al silenzio è qui invocato dal giudice rimettente quale garanzia in capo a colui che possa essere successivamente accusato di avere commesso anche solo un illecito amministrativo, ma suscettibile di dar luogo all'applicazione di una sanzione amministrativa dal carattere punitivo. Indipendentemente, dunque, dalla eventualità che nei suoi confronti venga effettivamente contestata la commissione di un reato». A maggior ragione, allora, il diritto al silenzio dovrebbe operare anche quando dall'indagine amministrativa possano derivare investigazioni che portino ad una contestazione dal carattere penale.

⁽⁷⁶⁾ Punto 2.1.3.b) sentenza in commento, dove il carattere d'imperiosità è collegato alla minaccia di una sanzione.

⁽⁷⁷⁾ Corte EDU, Sez. IV, 4 ottobre 2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, in <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-219556%22%5D%7D>. Cfr. sulla decisione giurisprudenziale, G. DE MARZO, *La voce del silenzio*, in *Foro.it*, 2022, 11, §4, 509-512. Si tratta, tra l'altro, di una circostanza isolata in considerazione delle specifiche circostanze del caso concreto. Per soluzioni normalmente adottate a fronte di minacce di sanzioni sostanzialmente penali, dove si riconosce la violazione dell'art. 6 CEDU, v., *ex pluribus*, Corte EDU, sent. del 5 luglio 2012, *Chambaz c. Svizzera*, in <https://hudoc.echr.coe.int/tpk197/view>, la cui vicenda sorgeva nell'ambito di un'indagine per evasione fiscale e si negava l'utilizzabilità delle informazioni fornite nel corso di una procedura puramente fiscale, così al punto 56 della pronuncia: «*De surcroît, la Cour constate que l'article 183 de la loi fédérale sur l'impôt fédéral direct a été modifié au 1er janvier 2008, de manière à donner aux personnes faisant l'objet d'une enquête fiscale des garanties suffisantes, dont la garantie que les informations*

ta, infatti, si controverte in merito all'acquisizione di documenti già esistenti e ottenuti forzosamente nella misura in cui sussisteva un provvedimento del giudice civile che ne richiedeva il deposito obbligatorio. Quindi, secondo la Corte di Strasburgo, un'acquisizione indipendente dalla volontà del soggetto e che non viola l'art. 6 CEDU: «*evidence that, although obtained by compulsion, has an existence independent of the will of the accused*» (78). Difficile ricondurre tale situazione giuridica al tema del diritto al silenzio, e comunque si deve evidenziare come il giudice di Strasburgo nulla menzioni sulla modalità o sul grado di coercizione che dovrebbe ledere il diritto a non autoincriminarsi (79).

Sembra, quindi, essersi al cospetto di una forzatura interpretativa, in cui si tende a ricavare argomenti contrari al riconoscimento del diritto al silenzio da situazioni che con quest'ultimo hanno poco a che vedere.

E infatti, non a caso, l'impostazione qui criticata conduce ad un corto circuito applicativo nella misura in cui non precisa, né è in grado di precisare, quando e come il cittadino possa riconoscere uno zelo investigativo eccessivo, a fronte del quale si stabilisca il confine tra un esercizio legittimo o meno del silenzio difensivo.

Inoltre, la sentenza in commento non sembra considerare adeguatamente la gravità degli effetti che derivano dalla condizione

fournies lors d'une procédure purement fiscale ne seront pas utilisées au cours de l'enquête pour soustraction d'impôts»; Corte EDU, sent. del 3 maggio 2001, *J.B. c. Svizzera*, cit.; Corte EDU, sent. del 25 febbraio 1993, *Funke c. Francia*, cit.

(78) Corte EDU, Sez. IV, 4 ottobre 2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, punto 2.3.3., cit. L'argomento si basa su giurisprudenza consolidata in sede europea nel diversificare *will-dependent material* e *will-independent material* da una parte, e *recognition of the existence* di tale materiale probatorio dall'altro, per cui: «*The point of law complaint is that it follows from the ECtHR's case-law that the nemo tenetur principle also applies to documents the handing over of which implies recognition of their existence*».

(79) L'unica coartazione cui si fa riferimento è quella utilizzata per reperire documentazione già esistente e richiesta dal giudice civile olandese, l'ottenimento della quale esula dalla volontà del custode; si veda sempre Corte EDU, sez. IV, 4 ottobre 2022, *De Legé c. Paesi Bassi*, cit., punto 2.3.3.: «*In [Saunders, cited above] the ECtHR held that the prohibition of forced self-incrimination is connected to the right to remain silent, which entails that this prohibition does not extend to the use in criminal proceedings of evidence that, although obtained by compulsion, has an existence independent of the will of the accused*».

dello *status* di debitore-fallito. Infatti, nonostante con d.lgs. n. 14/19 si sia voluto accantonare la connotazione totalmente negativa dell'insolvenza per una interpretazione libera da pregiudizi culturali e maggiormente consapevole del naturale rischio sotteso all'attività di impresa ⁽⁸⁰⁾, il panorama sanzionatorio che il debitore deve sostenere è ugualmente gravoso. Si prevede, infatti, la comminazione di pene detentive, pene accessorie interdittive e sospensive, oltre all'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni ⁽⁸¹⁾. Circostanze, queste, che indiscutibilmente hanno una funzione punitiva e dissuasiva; e quindi, di fatto, si è in presenza di elementi strutturali che connotano una sanzione penale secondo i criteri stabiliti dalla giurisprudenza europea.

Anche a prescindere da tale considerazione, preme evidenziare come la sentenza in commento ometta di confrontarsi con quel motto precettivo della Corte di giustizia nel punto in cui stabilisce la vigenza del diritto al silenzio anche con riferimento a dichiarazioni rese al di fuori del procedimento penale, purché il sistema probatorio del Paese interno ne consenta un recupero incriminatorio.

E non varrebbe neanche obiettare che la Corte di Lussemburgo si sia pronunciata solo con riferimento a procedure ammini-

⁽⁸⁰⁾ Nel senso di una riforma volta a rendere la procedura meno invasiva nelle realtà aziendali v. S. AMBROSINI, *Il codice della crisi dopo il d. lgs. n. 83/2022: brevi appunti su nuovi istituti, nozione di crisi, gestione dell'impresa e concordato preventivo*, in *Quaderni di Ristrutturazioni Aziendali*, 2, 2022; S. LEUZZI, *Il volto nuovo del concordato preventivo in continuità aziendale. Studi sull'avvio del Codice della crisi*, in <https://dirittodellacrisi.it/>, 2022, 12 ss. Si rinvia anche a L. DE SIMONE, *L'accesso "con riserva" al procedimento unitario*, in <https://dirittodellacrisi.it/>, 2022, dove l'autrice evidenzia il *favor* perseguito per soluzioni di negoziazione.

⁽⁸¹⁾ Nel merito, guardando in particolare le fattispecie di bancarotta fraudolenta di cui all'art. 322, bancarotta semplice ex art. 323 e ricorso abusivo al credito secondo l'art. 325 CCII, si sanziona con pena detentiva (fino ad un massimo di dieci anni per la fattispecie più grave); pene accessorie interdittive e sospensive ai sensi del Capo III, Titolo II, Libro I c.p.; «l'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e l'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa fino a dieci anni» ex comma 4, art. 322 CCII, la stessa inabilitazione e incapacità di esercizio fino a due anni ai sensi del comma 3, art. 323 CCII, e fino a tre anni come statuito dal comma 3, art. 325 CCII. Un prospetto punitivo, questo, quanto meno devastante in termini economici, lavorativi, sociali.

strative; si è infatti visto come la procedura fallimentare, comunque, riconduca a situazioni non dissimili da quelle sanzionatorie contemplate dalle procedure amministrative di vigilanza. Sarebbe pertanto irragionevole ipotizzare un diverso regime di tutela del diritto a non autoincriminarsi con riferimento alle dichiarazioni rese nell'una o nell'altra fattispecie.

Ad ogni modo, occorre considerare che la Corte di giustizia ha accolto una nozione finalistica di *ius tacendi*, tutelando e rendendo effettiva la *ratio* della disciplina, laddove evita che il soggetto interrogato e poi incriminato debba trovarsi a difendersi dalle sue stesse dichiarazioni.

Si tratta di una indicazione cogente, che impone di ragionare in termini sostanziali e finalistici affinché lo schema delle invalidità processuali possa svolgere la funzione di salvaguardare la legittimità del procedimento da circostanze patologiche⁽⁸²⁾; in particolare, è nella tutela o nella lesione del diritto di difesa che ci si dovrebbe orientare⁽⁸³⁾.

Ed è forse proprio questa consapevolezza che manca in sede operativa, resistente a cogliere quella che sembra essere una nuova primavera del diritto al silenzio.

In tale contesto il giudice nazionale rimane fermo, ricco solo

(82) Sul tema cfr. F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, in particolare 16 e ss. e 55 e ss.; R. ORLANDI, *Atti e informazioni della autorità amministrativa nel processo penale. Contributo allo studio delle prove extracostituite*, Milano, 1992, 177-178; G. CANESCHI, *La Corte di giustizia sul diritto al silenzio*, cit., 595 ss.; M. BONTEMPELLI, *L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale*, Milano, 2009, 290 ss.; L. MARAFIOTI, *Scelte autodifensive dell'indagato*, cit., 417; L. LUPARIA, *La confessione dell'imputato nel sistema processuale penale*, Milano, 2006, 169, favorevole ad applicare la disciplina dell'inutilizzabilità ex art. 63 c.p.p. anche in ambito extrapenale, qualsiasi sia l'autorità dinanzi alla quale siano state rilasciate dichiarazioni.

(83) Esplicativo sul punto O. MAZZA, *L'interrogatorio e l'esame dell'imputato*, cit., 384. L'imputato è, infatti, un soggetto innocente fino a prova contraria e non può più, indiscutibilmente, essere considerato alla stregua di un mero oggetto di prova. Si rinvia in tal senso a E. FLORIAN, *Delle prove penali*, vol. II, Milano, 1924, 21 ss.; V. GREVI, *Nemo tenetur se detegere*, cit., 8. Perché oltretutto, è dovere istituzionale rasserenare l'atmosfera entro cui l'imputato deve orientarsi al fine di offrirgli una opportunità di difesa; d'altronde «l'imputato, che si sente circondato dell'inimicizia, ci chiede, prima di tutto e soprattutto, un atto di amicizia. Ci chiede di dividere la sua sofferenza. Ci chiede di aiutarlo a portare la croce. Non è comodo il mestiere del Cireneo», così F. CARNELUTTI, in difesa di Piccioni nel processo Montesi del 1957.

di vecchi insegnamenti.

Dunque, dopo le prese di posizione della Corte costituzionale e della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'interprete ha l'obbligo di misurarsi col diritto a rimanere in silenzio in senso "dinamico". L'individuazione del suo perimetro applicativo non può essere fondata su vecchi schemi esegetici, in condivisione del fatto che «l'accertamento dell'innocenza è una posta troppo importante, per essere sacrificata agli idoli della procedura»⁽⁸⁴⁾.

L'esigenza è, dunque, quella di tesaurizzare la *vis expansiva* del diritto al silenzio, e che questo venga inteso un tutt'uno con gli oneri informativi che lo costellano, affinché possa svolgere una effettiva funzione nel suo ruolo di guardiano del giusto processo, e non venga ridotto ad un simulacro.

MARIA CRISTINA DINACCI

ABSTRACT: La Corte di cassazione afferma di non riconoscere l'operatività del diritto al silenzio in funzione delle dichiarazioni rilasciate al curatore della liquidazione giudiziale, utilizzabili come materiale probatorio preconstituito nel successivo procedimento penale per il reato di bancarotta. La questione non sembra cogliere la logica finalistica dello *ius tacendi* e delle relative garanzie informative, ancor più in considerazione della nuova evoluzione esegetica intrapresa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e dalla Corte costituzionale, e della recente riforma legislativa che ha interessato la procedura fallimentare.

ABSTRACT: *The Court of Cassation affirms that it does not recognise the operativeness of the right to silence as a function of the statements made to the receiver in the judicial liquidation, which can be used as pre-constituted evidentiary material in the subsequent criminal proceedings for the offence of bankruptcy. The issue does not seem to grasp the finalistic logic of the ius tacendi and the related information guarantees, even more so in view of the new exegetical evolution undertaken by the Court of Justice of the European Union and the Constitutional Court, and the recent legislative reform affecting bankruptcy proceedings.*

⁽⁸⁴⁾ F. CORDERO, *Prove illecite*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano 1963, 171.

Corte di Cassazione, Sez. Un., ordinanza 12 ottobre 2022,

n. 8153

Pres. A. Spirito – Est. M. Falabella

V.M. c. L.M.

Con particolare riguardo alle decisioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, l'eccesso di potere giurisdizionale per invasione della sfera di attribuzioni riservata al legislatore è configurabile solo qualora il giudice speciale abbia applicato non la norma esistente, ma una norma da lui creata, esercitando un'attività di produzione normativa che non gli compete; esso non ricorre, invece, quando il giudice si sia limitato al compito interpretativo che gli è proprio, anche se tale attività ermeneutica abbia dato luogo ad un provvedimento abnorme o anomalo, ovvero abbia comportato uno stravolgimento delle norme di riferimento, atteso che in questi casi può profilarsi, eventualmente, un error in iudicando, ma non una violazione dei limiti esterni della giurisdizione. Infatti, non rileva la gravità o intensità del presunto errore di interpretazione, il quale rimane confinato entro i limiti interni della giurisdizione amministrativa, considerato che l'interpretazione delle norme costituisce il proprium distintivo dell'attività giurisdizionale (1).

(1) L'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato per sconfinamento nell'attività del legislatore e l'idealtipo del “giudice Ercole”.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La vicenda processuale e la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per motivi di giurisdizione pronunciata dalla Corte di Cassa-

zione. — 3. Le ragioni della natura sfuggente dell'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'attività del legislatore. — 4. Lo sconfinamento osservato dalla prospettiva del rapporto tra giudice e legislatore: dalla discrezionalità interpretativa alla "normazione giudiziaria". — 5. Il bilanciamento come aspetto caratteristico della "normazione giudiziaria". — 6. La "normazione giudiziaria" come risultato di un bilanciamento tra interessi nelle sentenze "gemelle" dell'adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime. — 7. L'ulteriore *self-restraint* della Cassazione nella sentenza n. 32559 del 2023. — 8. Conclusioni.

1. Premessa.

L'individuazione dell'eccesso di potere giurisdizionale costituisce, ancora oggi, una delle questioni più controverse e dibattute del diritto processuale amministrativo (1). Oltre all'ambiguità

(1) La letteratura sull'eccesso di potere giurisdizionale è amplissima; tra i contributi successivi all'entrata in vigore della Costituzione e senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. C. VITTA, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle giurisdizioni amministrative*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, 46 ss.; C. LAVAGNA, *In tema di eccesso di giurisdizione del Consiglio di Stato*, in *Foro Amm.*, 1951, pt. II, 142 ss.; A. TORRENTE, *Il ricorso alle Sezioni Unite della Cassazione contro le decisioni del Consiglio di Stato per motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954, 252 ss.; F. PAPARELLA, *Il difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Ann. Fac. Giur. Bari*, 1962, 171 ss.; Id., *Note in tema di conflitto fra autorità amministrativa ed autorità giurisdizionale*, in *Ann. Fac. Giur. Bari*, 1963, 217 ss.; M.A. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 464 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sui motivi attinenti alla giurisdizione*, in *Foro Amm.*, 1963, 315 ss.; C. CERETI, *Impugnabilità in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato per i motivi inerenti alla giurisdizione (art. 111 u.c. Costituzione)*, in *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. I, Milano, 1965, 297 ss.; C. FERRI, *Limiti del controllo in Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 356 ss.; V. CAIANIELLO, *Il cosiddetto limite esterno della giurisdizione amministrativa ed i poteri della Cassazione*, in *Giur. it.*, 1977, pt. IV, 23 ss.; G. ROEHRSEN, *Considerazioni sui conflitti di giurisdizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1986, 4, 1093 ss.; I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici 'speciali' (Sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Costituzione)*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, vol. II, Milano, 1993, 1383 ss., ora in A. BARONE (a cura di), *Ignazio Maria Marino, Scritti Giuridici*, Tomo II, Napoli, 2015, 889 ss.; F. CIPRIANI, *Sul difetto di giurisdizione nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Foro. it.*, 1999, pt. I, 2009 ss.; V. OTTAVIANO, *Rilievi in tema di c.d. conflitti fra amministrazione e giudice amministrativo (1979)*, in Id., *Scritti giuridici*, vol. I, Milano, 1992, 173 ss.; V.M. FERRONI, *Il ricorso in Cassazione avverso le decisioni del Consiglio di Stato*, Padova, 2005; F. OLLA, *Il sindacato della Corte di Cassazione sui limiti esterni della giurisdizione amministrativa e l'interpretazione della legge*, in *Giust. civ.*, 2008, 1548 ss.; I. ZINGALES, *Pubblica amministrazione e limiti della giurisdizione tra principi costituzionali e strumenti processuali*, Milano, 2007, spec. 135 ss.; F. GAVERINI, *Il controllo della Corte di cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato ex 111 cost. ed il principio di effettività della tutela, tra limite interno ed esterno del-*

delle formule normative, che certamente ha agevolato la formazione di prassi giurisprudenziali non sempre lineari, la ragione principale delle incertezze deriva dal rapporto tra Cassazione e Consiglio di Stato, di cui l'eccesso di potere giurisdizionale appare il riflesso più concreto.

Dedicare uno studio a questo tema significa indagare, innanzitutto, la natura di quel rapporto e le evoluzioni che esso ha subito nel tempo. Se è vero, infatti, che l'art. 111, comma 8, Cost. limita il ricorso per cassazione contro le sentenze dei giudici speciali ai «soli motivi inerenti alla giurisdizione», non va tuttavia trascurato che il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato è stato esteso proprio grazie ad una lettura «dinamica» della norma costituzionale. Con la conseguenza che può essere utile osservare le «questioni di giurisdizione» anche attraverso la lente delle esigenze di tutela che sono venute in rilievo nel rapporto tra cittadino e amministrazione, delle quali la Cassazione si è fatta, di volta in volta, portavoce (2).

L'attualità e l'importanza della questione sono, del resto, confermate dall'attenzione crescente manifestata dagli studiosi soprattutto negli ultimi anni (3). Essa è in larga parte scaturita da discussi

la giurisdizione, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 82 ss.; L. VERRIENTI, *Conflitti di attribuzione e di giurisdizione (giustizia amministrativa)*, in *Dig. disc. pubbl.*, agg., 2011, 388 ss.

(2) Per un inquadramento storico del sistema di tutele giudiziali nei confronti dell'amministrazione e della sua evoluzione, cfr. V. BACHELET, *La giustizia amministrativa nella Costituzione italiana*, Milano, 1966; M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, 1970, 245 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Giustizia amministrativa*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, 1991, 508 ss.; C.E. GALLO, *Giudizio amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, 238; F. SATTA, *Giustizia amministrativa*, in *Enc. dir.*, agg., vol. VI, 2002, 408 ss.; C. FRANCHINI, *L'evoluzione del sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 557 ss.

(3) Tra gli studi più recenti, cfr. M. MAZZAMUTO, *L'eccesso di potere giurisdizionale del giudice della giurisdizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1677 ss.; C.E. GALLO, *L'impugnazione in Cassazione delle decisioni del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 557 ss.; G. VERDE, *La Corte di Cassazione e i conflitti di giurisdizione (appunti per un dibattito)*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, 367 ss.; R. VILLATA, «Lunga marcia» della Cassazione verso la giurisdizione unica (dimenticando l'articolo 103 della Costituzione), in *Dir. proc. amm.*, 2013, 324 ss.; ID., *Sui «motivi inerenti la giurisdizione»*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 632 ss.; ID., *Giustizia amministrativa e giurisdizione unica*, in *Riv. dir.*

indirizzi giurisprudenziali, caratterizzati da un attivismo della Corte di Cassazione nel ridefinire le maglie del proprio controllo e dal contestuale tentativo di circoscrivere la portata dell'art. 111, comma 8, Cost. da parte della Corte costituzionale (4).

proc., 2014, 285 ss.; ID., *La giurisdizione amministrativa e il suo processo sopravvivranno all'apocalisse?*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 106 ss.; A. CORPACI, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 341 ss.; A. LAMORGESE, *La giurisdizione contesa. Cittadini e pubblica amministrazione*, Torino, 2014, spec. 62 ss.; E. FOLLIERI, *Il sindacato della corte di cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in *Giustamm.it*, 2015, 5; R. DE NICTOLIS, *L'eccesso di potere giurisdizionale (tra ricorso per i soli motivi attinenti alla giurisdizione e ricorso per violazione di legge)*, in www.giustizia-amministrativa.it; A.M. SANDULLI, *A proposito del sindacato della Corte di Cassazione sulle sentenze dei giudici amministrativi*, in www.giustizia-amministrativa.it; P. PATRITO, *I «motivi inerenti alla giurisdizione» nell'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato*, Napoli, 2016; G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale. Una ricerca sul vizio della funzione e sul suo giudice*, Napoli, 2017; A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, 2, 635 ss.; ID., *Art. 110*, in G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCHETTI (diretto da), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, Milano, 2021, 110 ss.; G. TROPEA, *Aree di non sindacabilità e principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa*, in *Dir. cost.*, 2018, 3, 129 ss.; R. MANFRELOTTI, *La Corte di Cassazione e la Volpe del Deserto. Il ricorso per motivi inerenti la giurisdizione ex art. 111, ultimo comma, della Costituzione e la violazione del diritto dell'Unione europea*, in P. CARNEVALE - E. CASTORINA - G. GRASSO (a cura di), *L'Europa dei tre disincanti. Liber amicorum per Giovanni Cocco*, Napoli, 2021, 619 ss.; N. FRAGALE, *Il controllo della Corte di Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato: aggiornare o superare la teoria dello sconfinamento in danno di altri poteri?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 2, 326 ss.

(4) Tra quelle più significative, cfr. Cass., Sez. Un., 18 settembre 2020, n. 19598. Per un commento alla pronuncia, si rinvia ai contributi di A. TRAVI, *La Cassazione sottopone alla Corte di Giustizia il modello italiano di giustizia amministrativa*, in *Foronews (Foro it.)*, 12 ottobre 2020; G. TROPEA, *Il Golem europeo e i «motivi inerenti alla giurisdizione» (Nota a Cass., sez. un., ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in Giustiziainsieme.it, 7 ottobre 2020; B. NASCIBENE - P. PIVA, *Il rinvio della Corte di Cassazione alla Corte di giustizia: violazioni gravi e manifeste del diritto dell'Unione Europea?*, in Giustiziainsieme.it, 24 novembre 2020; M.A. SANDULLI, *Guida alla lettura dell'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n. 195898 del 2020*, in Giustiziainsieme.it, 30 novembre 2020; M. LIPARI, *Il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato per i soli motivi inerenti alla giurisdizione tra l'art. 111, co. 8, della Costituzione e il diritto dell'Unione Europea: la parola alla Corte di Giustizia. Nota critica all'ordinanza delle Sezioni Unite della Corte di cassazione 18 settembre 2020, n. 19598*, in Giustiziainsieme.it, 11 dicembre 2020; G. GRECO, *La violazione del diritto dell'Unione europea come possibile difetto di giurisdizione*, in *Eurojus*, 2020, 4; F. FRANCIARIO, *«Quel pasticciaccio» della questione di giurisdizione*, in Federalismi.it, 2020, 34; ID., *Quel pasticciaccio brutto di piazza Cavour, piazza del Quirinale e piazza Capodiferro (la questione di giurisdizione)*

In un simile contesto la figura dell'eccesso di potere ai danni del legislatore spicca, all'opposto, per il suo carattere recessivo e per essere raramente oggetto di accertamento da parte delle Sezioni Unite. Questo la rende una figura per alcuni aspetti misteriosa ed in attesa di una chiara sistemazione concettuale, per altri un'ipotesi al limite del surreale, essendo difficile immaginare casi in cui il giudice si faccia produttore ed applicatore di una norma del tutto estranea all'ordinamento. Se anche potessero immaginarsi ipotesi astratte, la pervasività dell'attuale disciplina dell'azione amministrativa — anche “per principi” — rende difficilmente ipotizzabili lacune che legittimerebbero, in concreto, un arbitrario intervento “normativo” del giudice.

L'ordinanza che si annota interessa proprio perché prende posizione in tema e consente qualche riflessione aggiuntiva in materia.

Partendo dalla vicenda processuale e dalla dichiarazione di inammissibilità di un ricorso per cassazione per sconfinamento del Consiglio di Stato nell'attività del legislatore, pronunciata

zione), in *Questione giustizia*, 2020; M. MAZZAMUTO, *Le Sezioni Unite della Cassazione garanti del diritto UE?*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 675 ss.; R. BIN, *È scoppiata la terza guerra tra le Corti?*, in *Federalismi.it*, 2020, 32; S. BARBARESCHI - L.A. CARUSO, *La recente giurisprudenza costituzionale e la Corte di Cassazione «fuori contesto»: considerazioni a prima lettura di ord. Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 1 ss.; B. CARAVITA, *La Cassazione pone in discussione la Costituzione davanti al diritto europeo? Postilla*, in *Federalismi.it*, 2020, 30, 20 ss.; G. COSTANTINO - A. CARRATTA - G. RUFFINI, *Limiti esterni e giurisdizione: il contrasto fra Sezioni Unite e Corte Costituzionale arriva alla Corte UE. Note a prima lettura di Cass. SS.UU. 18 settembre 2020, n. 19598*, in *Questione giustizia*, 2020; G. CUSENZA, *Il sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato al vaglio della Corte di giustizia: dubbi e criticità*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 135 ss.; R. CARBONE, *Ricorsi reciprocamente escludenti, ricorso per motivi di giurisdizione e obbligo di rinvio pregiudiziale: lo scambio dialettico tra Corte costituzionale, Corte di Cassazione, Consiglio di Stato e Corte di Giustizia*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 2021, 1, 201 ss.; G. TESAURO, *La Corte costituzionale e l'art. 111, ult. comma: una preclusione impropria al rinvio pregiudiziale obbligatorio*, in *Federalismi.it*, 2020, 34; P.L. TOMAUOLI, *Il rinvio pregiudiziale per la pretesa ma in-costituzionale giurisdizione unica (nota a Cass., Sezioni Unite, ord. 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giurcost.org*, 2020, 3, 698 ss.

Si veda, più di recente, Cass., Sez. Un., 18 gennaio 2022, n. 1454. Per un commento alla pronuncia, cfr. F. LORENZETTI, *Il sindacato della Cassazione sulle pronunce del Consiglio di Stato per «i soli motivi inerenti alla giurisdizione»*, in *Il Processo*, 2022, 1, 155 ss.

dalle Sezioni Unite della Cassazione, l'indagine si propone di verificare se effettivamente si tratti di una figura più mitologica che reale e di stabilire quando l'esercizio della discrezionalità interpretativa celi una (illegittima) "normazione giudiziaria".

2. La vicenda processuale e la dichiarazione di inammissibilità del ricorso per motivi di giurisdizione pronunciata dalla Corte di Cassazione.

L'ordinanza della Cassazione interviene all'esito di una vicenda processuale alquanto complessa, riguardante la regolarità del procedimento elettorale per la designazione del Sindaco di un Comune.

Il candidato L.M., Sindaco uscente, perdeva le elezioni all'esito del turno di ballottaggio per appena due voti e impugnava dinnanzi al T.A.R. il verbale di proclamazione degli eletti unitamente ad un altro candidato iscritto nelle liste elettorali del Comune. In particolare, i ricorrenti lamentavano la mancanza di un riscontro delle dichiarazioni giurate dei rappresentanti di lista nei verbali delle operazioni elettorali relative alle singole sezioni.

In applicazione dell'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a., il T.A.R. ordinava con decreto ai ricorrenti di perfezionare, entro dieci giorni, la notifica del ricorso proposto e del decreto di fissazione dell'udienza alle parti che potevano avere interesse e di depositare, nei dieci giorni successivi, la copia con la prova dell'avvenuta notifica. I ricorrenti vi ottemperavano solo parzialmente, omettendo la notifica ad alcuni consiglieri comunali nonostante fossero parti interessate.

Il candidato V.M., neoeletto Sindaco, si costituiva in giudizio eccependo l'inammissibilità del ricorso per violazione dei termini di cui all'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a. e proponendo un ricorso incidentale avverso i risultati elettorali nella parte in cui non gli era stato attribuito un voto per la presenza di un segno di riconoscimento.

Dopo aver disposto alcuni adempimenti istruttori, il T.A.R. accoglieva il ricorso incidentale, rigettava, nel merito, il ricorso

principale proposto da L.M. e dall'altro candidato e correggeva i risultati delle operazioni elettorali aumentando di tre voti il divario con il resistente vincitore ⁽⁵⁾.

L.M. impugnava la sentenza del T.A.R. dinnanzi al Consiglio di Stato, contro la quale V.M. proponeva appello incidentale, chiedendo (ancora una volta) la declaratoria di inammissibilità del ricorso per lo stesso motivo dedotto in primo grado.

Il Consiglio di Stato respingeva l'appello incidentale con una motivazione lapidaria, affermando che per l'osservanza del termine perentorio di dieci giorni, decorrente dalla data di comunicazione del decreto presidenziale che fissa l'udienza di discussione, «non è necessaria la notifica nei confronti di tutti gli eventuali contraddittori, ma è sufficiente che sia avvenuta nei confronti di almeno uno dei controinteressati ai sensi dell'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a.» ⁽⁶⁾.

Accoglieva, invece, l'appello principale, giacché a seguito di nuovi adempimenti istruttori il divario tra i due candidati si era nuovamente ridotto a due schede, che venivano attribuite al ricorrente L.M., Sindaco uscente. Avendo quindi riportato entrambi lo stesso numero di voti, era proclamato eletto L.M. sulla base del criterio della maggiore cifra elettorale complessiva e su quello residuale dell'età anagrafica, in conformità a quanto previsto dall'art. 72, comma 9, d.lgs. n. 267 del 2000 (c.d. Testo Unico sull'ordinamento degli Enti Locali o TUEL).

Contro la sentenza del Consiglio di Stato, V.M. presentava ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione, articolando tre motivi di censura.

Con il primo si lamentava la violazione dell'art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a. e l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'area riservata al legislatore, in quanto il ricorso e il decreto di fissazione dell'udienza non erano stati notificati alle parti che vi avevano interesse che, nel caso di specie, erano identificabili nel candidato Sindaco e nei consiglieri eletti.

⁽⁵⁾ T.A.R. Campania, 17 marzo 2021, n. 1788.

⁽⁶⁾ Cons. Stato, 13 ottobre 2021, n. 6881, par. 4.5. del considerato in diritto.

Con il secondo si denunciava la violazione degli artt. 24, 101, comma 2, 111, comma 2, Cost. e dell'art. 6 CEDU, l'eccesso di potere giurisdizionale per violazione del principio di imparzialità e terzietà del giudice e l'eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'attività legislativa. Secondo i ricorrenti, il Consiglio di Stato, nell'espletamento dell'istruttoria e nella valutazione degli elementi di fatto, non si sarebbe limitato alla verifica della correttezza delle operazioni elettorali, ma avrebbe attribuito a una parte processuale una posizione di privilegio nei confronti dell'altra.

Con il terzo e ultimo motivo, in via subordinata, si sollevava una questione di legittimità costituzionale dell'art. 72, comma 9, del TUEL per violazione dell'art. 3, comma 1, Cost., nella parte in cui tale norma prevede il criterio di anzianità per la scelta tra i candidati che abbiano riportato lo stesso numero di voti, a differenza di quanto previsto per le elezioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica.

La Cassazione dichiarava il ricorso inammissibile e la questione di legittimità costituzionale irrilevante.

Ad avviso della Corte, la fattispecie non configurava un caso di eccesso di potere giurisdizionale per sconfinamento nell'attività del legislatore, il quale ricorreva solo nelle ipotesi di (illegittima) produzione normativa da parte del giudice speciale.

La questione di legittimità costituzionale veniva giudicata irrilevante ai fini della risoluzione della controversia, giacché la Cassazione non poteva conoscere il modo in cui il Consiglio di Stato era pervenuto alla correzione dei risultati elettorali.

3. Le ragioni della natura sfuggente dello sconfinamento del giudice amministrativo ai danni del legislatore.

Come si è anticipato, il dibattito relativo ai limiti del sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato deriva in larga parte dall'ambiguità delle formule normative ⁽⁷⁾, che non

(7) L'art. 111, comma 8, Cost. usa la formula «soli motivi inerenti alla giurisdizione», ripresa alla lettera dall'art. 110 c.p.a. e in parte dagli artt. 360, comma 1, n. 1 e 362,

precisano quali siano i motivi di giurisdizione e che, negli anni, hanno agevolato la formazione giurisprudenziale di un catalogo di vizi-motivi delle sentenze suscettibili di ricorso per cassazione.

Si ritiene, ormai unanimemente, che l'eccesso di potere giurisdizionale si verifichi nei seguenti casi: *a*) quando il giudice amministrativo invada la sfera di attribuzioni riservata al legislatore o all'amministrazione (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per invasione o sconfinamento); *b*) quando il giudice amministrativo neghi la propria giurisdizione sull'erroneo presupposto che la materia non possa essere oggetto in modo assoluto di funzione giurisdizionale o che non possa essere oggetto della funzione giurisdizionale propria dell'organo investito della domanda (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per arretramento); *c*) quando il giudice amministrativo affermi la propria giurisdizione su materia attribuita ad altra giurisdizione o, al contrario, la neghi sull'erroneo presupposto che appartenga ad altri giudici (c.d. difetto relativo di giurisdizione).

Il catalogo è stato elaborato dalla Cassazione sulla nota distinzione tra c.d. limiti esterni e interni della giurisdizione. Il sindacato per motivi di giurisdizione investe solo il controllo sul rispetto dei limiti esterni, ossia il «mantenimento dell'organo giurisdizionale *nei*, o l'esorbitanza di esso *dai*, confini tracciati dalla legge all'attività esteriore di tale organo», riguardando anzitutto «la determinazione della *materia* che la legge assegna all'esame dell'organo, la individuazione delle *controversie* di cui può conoscere, il *contenuto finale* dell'atto che definisce il procedimento giurisdizionale (giurisdizione di legittimità o di merito)» (8).

Ne deriva, per converso, la preclusione per la Cassazione di estendere il sindacato sul rispetto dei limiti interni, e dunque sulle

comma 1, c.p.c., che si riferiscono ai «motivi attinenti alla giurisdizione»; diversamente, l'art. 41, comma 1, c.p.c. menziona le «questioni di giurisdizione» e gli artt. 9 c.p.a. e 37 c.p.c. il «difetto di giurisdizione». Sulla diversità dei lessemi impiegati dalle disposizioni normative, cfr. già M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 4^a ed. a cura di E. Cardi e A. Nigro, Bologna, 2002, 177.

(8) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 177-178.

«questioni relative a violazioni di legge dipendenti da erronea o falsa applicazione di norme giuridiche, da vizi del processo logico della decisione, da manchevole valutazione delle prove e da inosservanza delle norme che regolano lo svolgimento del processo» (9). In sostanza, la preclusione comprende tutte le ipotesi di *errores in procedendo* e *in iudicando* derivanti dalla violazione delle norme sostanziali e processuali da parte del giudice amministrativo, trattandosi di «questioni attinenti al modo di “esercizio” della funzione e non alla “essenza” della stessa» (10).

Nonostante l'elaborazione pretoria di una serie di «crittotipi» (11), persistono ancora incertezze sull'uso del rimedio e sull'ampiezza del controllo della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato (12).

Di regola, la Cassazione è stata adita quando le interpretazioni fornite dal giudice amministrativo delle norme sostanziali sull'attribuzione del potere all'amministrazione o sulle modalità del suo esercizio oppure delle norme regolanti lo svolgimento del processo amministrativo impedivano, di fatto, l'accesso alla tutela giurisdizionale.

Ne sono emblema le pronunce di accoglimento dei ricorsi proposti contro le decisioni del Consiglio di Stato che dichiaravano inammissibili le domande di risarcimento dei danni autonome, senza cioè la previa o contestuale azione di annullamento del

(9) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 178.

(10) M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., *ibidem*.

(11) Nel lavoro di A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 643, si parla di «crittotipi» per identificare i singoli vizi-motivi delle sentenze del Consiglio di Stato impugnabili con ricorso per cassazione. Sul concetto di «crittotipo» l'A. rinvia agli studi di R. SACCO, *Crittotipo*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, vol.V, Torino 1989, 39 ss., e Id., *Introduzione al diritto comparato*, 5ª ed., Torino, 1992, 125 ss., dove si afferma che il termine viene impiegato da linguisti e giuristi per indicare quelle regole che esistono e sono rilevanti, ma che l'operatore non formula (e che, anche volendo, non saprebbe formulare).

(12) Individua il filo conduttore della giurisprudenza sull'eccesso di potere giurisdizionale nella «ricerca di una soddisfacente soluzione alla multiforme richiesta di garanzia, che può derivare soltanto dall'esercizio di una funzione giurisdizionale che sia esente da vizi», G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 209-210.

provvedimento lesivo⁽¹³⁾. Con la pregiudiziale amministrativa, il giudice amministrativo aveva creato una norma che non esisteva e che, peraltro, contrastava col principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.⁽¹⁴⁾, nella misura in cui impediva al privato l'accesso alla tutela risarcitoria nel caso di provvedimento divenuto inoppugnabile o in mancanza di un interesse all'annullamento, con grave lesione del suo interesse legittimo. In quell'occasione, il ricorso era stato accolto dalla Cassazione non per eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato ai danni del legislatore, bensì per “rifiuto di giurisdizione”⁽¹⁵⁾.

⁽¹³⁾ Il riferimento è alle note ordinanze “gemelle”: Cass., Sez. Un. (ord.), 13 giugno 2006, n. 13659, in *Foro it.*, 2007, 3181 ss., con note di R. DE NICTOLIS, *In difesa della «pregiudizialità»*, e A. LAMORGESE, *Esercizio del potere e risarcimento del danno: le sezioni unite «creano» una nuova giurisdizione esclusiva*; in *Dir. proc. amm.*, 2006, 1007 ss., con commento di S. MALINCONICO - M. ALLENA, *Risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi: riparto di giurisdizione e rapporto tra tutela demolitoria e risarcitoria. In particolare il caso dell'occupazione illegittima. La questione della pregiudizialità amministrativa: riparto di giurisdizione e nomofilachia*; (ord.), 13 giugno 2006, n. 13660, in *Giur. it.*, 2007, 11, 2477 ss., con nota di G. GANDOLFI; (ord.), 15 giugno 2006, n. 13911. Per una ricostruzione del rifiuto di giurisdizione nella giurisprudenza della Cassazione, cfr. G. COCOZZA, *Il percorso conformativo dell'eccesso di potere giurisdizionale*, cit., 178 ss.

⁽¹⁴⁾ Sul principio di effettività della tutela giurisdizionale nel processo amministrativo prima e dopo l'entrata in vigore del c.p.a., tra i numerosi contributi, cfr. C. FRANCHINI, *Giustizia e pienezza della tutela nei confronti della pubblica amministrazione*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, 165 ss.; A. TRAVI, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in L. BENVENUTI - M. CLARICH (a cura di), *Il diritto amministrativo alle soglie del nuovo secolo. L'opera scientifica di Fabio Merusi*, Pisa, 2010, 51 ss.; L. MARUOTTI, *La giurisdizione amministrativa: effettività e pienezza della tutela*, in *Giustamm. it.*, 2010; R. CHIEPPA, *Il Codice del processo amministrativo alla ricerca dell'effettività della tutela*, in *Giustamm.it.*, 2010; G. COCOZZA, *Effettività della tutela e giudizio di ottemperanza. Nuove prospettive alla luce del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1321 ss.; R. CAPONIGRO, *Il principio di effettività della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 1707 ss.; M.A. SANDULLI, *L'introduzione delle asteintes nel processo amministrativo: tra effettività e incertezza*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 883 ss.; Id., *Principio di legalità e effettività della tutela: spunti di riflessione alla luce del magistero scientifico di Aldo M. Sandulli*, in *Dir. e soc.*, 2015, 649 ss.; M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4.

⁽¹⁵⁾ Osserva, in proposito, A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 111 ss., spec. 1124, *sub* nota 29, che la conclusione della Cassazione sulla giurisdizione appariva un'evidente forzatura, con tutta probabilità, legit-

A partire da quel momento, la figura del rifiuto di giurisdizione ha assolto una duplice funzione, che viene in particolare rilievo anche ai fini del tema in esame.

Innanzitutto, è diventata una sorta di “scudo” usato dalla Cassazione per evitare di sindacare (e dichiarare) lo sconfinamento “puro” del giudice amministrativo nell’attività del legislatore, rimasta una figura di rilievo meramente teorico, poiché l’errore di interpretazione, per quanto grave, è difficilmente riconducibile ad un fenomeno di invasione delle prerogative proprie del legislatore, considerato il carattere naturalmente creativo dell’interpretazione giudiziaria ⁽¹⁶⁾.

In secondo luogo, ha consentito alla Cassazione di estendere l’area del sindacato sulle decisioni del Consiglio di Stato, sia perché esponeva, almeno astrattamente, qualsiasi statuizione di inammissibilità di una domanda non condivisa dalla stessa ad es-

timata dalla (ulteriore) forzatura del Consiglio di Stato sulla pregiudiziale amministrativa.

⁽¹⁶⁾ Nelle sentenze di rigetto e nelle ordinanze di inammissibilità figurano motivazioni di analogo tenore, nelle quali si legge che l’eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore ha rilievo meramente teorico, presupponendo l’applicazione da parte del giudice non di una norma esistente, ma di una norma da lui creata, e perciò potendo configurarsi solo a condizione di poter distinguere un’attività di produzione normativa inammissibilmente esercitata dal giudice da un’attività interpretativa. Tra le più recenti e significative, cfr. Cass., Sez. Un. (ord.), 14 febbraio 2023, n. 4591, dove si precisa che «l’ipotesi non ricorre quando il giudice speciale si sia attenuto al compito interpretativo che gli è proprio, ricercando la *voluntas legis* applicabile nel caso concreto, anche se l’abbia desunta non dal tenore letterale delle singole disposizioni, ma dalla *ratio* che il loro coordinamento sistematico disvela, potendo tale operazione ermeneutica, tutt’al più, dar luogo ad un *error in iudicando*, non alla violazione dei limiti esterni della giurisdizione speciale»; in senso conforme, Cass., Sez. Un. (ord.), 20 ottobre 2022, n. 30965; Sez. Un. (ord.), 19 ottobre 2022, n. 30769; Sez. Un. (ord.), 26 novembre 2021, n. 36899; Sez. Un. (ord.), 25 novembre 2021, n. 36593, dove, in applicazione di tale principio, si conferma la decisione del Consiglio di Stato che, in assenza di una specifica disposizione sul soggetto competente all’irrogazione delle sanzioni per violazione dell’art. 53, comma 16-ter, d.lgs. n. 165 del 2021, riguardante il divieto di *pantouflage* o *revolving doors*, ha individuato tale autorità nell’Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), mediante un’operazione interpretativa di raffronto tra la *ratio* del divieto e la funzione istituzionale dell’autorità indipendente; Cass., Sez. Un. (ord.), 3 novembre 2021, n. 31541; Sez. Un. (ord.), 11 giugno 2021, n. 16489; Sez. Un. (ord.), 29 luglio 2020, n. 16260; Sez. Un., 30 marzo 2017, n. 8282; Sez. Un., 16 febbraio 2017, n. 4095; Sez. Un., 21 novembre 2011, n. 24411; Sez. Un., 15 luglio 2003, n. 11091.

sere letta nei termini di un rifiuto di esercitare la giurisdizione, sia perché finiva per trasformare una violazione di legge in questione di giurisdizione, svuotando così il valore della garanzia sancita dall'art. 111, comma 8, Cost. (17).

Il rifiuto di giurisdizione ha continuato a fungere da “scudo” al sindacato sullo sconfinamento “puro” del giudice amministrativo ai danni del legislatore anche nella giurisprudenza successiva (18), e addirittura dopo l'intervento della Corte costituzionale che, dichiarando la “concezione funzionale” della giurisdizione contraria alla lettera e allo spirito della norma costituzionale, ha riportato il sindacato della Cassazione sul crinale dei limiti esterni della giurisdizione (19).

(17) A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit., 1124.

(18) Emblematica, in tal senso, è una pronuncia di qualche anno successiva, sempre in tema di pregiudiziale, nella quale si afferma che, quando la violazione di legge pone in discussione «i tratti essenziali» della forma di tutela, sono superati anche i limiti della giurisdizione e si configura sempre una questione di giurisdizione: cfr. Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 460 ss., con commento di G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell'interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, e con nota di I. PAGNI, *La responsabilità della pubblica amministrazione e l'assetto dei rapporti tra tutela specifica e tutela risarcitoria dopo l'intervento delle sezioni unite della Cassazione*, in *Foro it.*, 2009, pt. I, 2721. Inoltre, non vanno dimenticate le pronunce che hanno esteso il sindacato della Cassazione sulle decisioni del Consiglio di Stato viziate da *errores in procedendo* e in *iudicando* talmente gravi da sfociare in decisioni anomale o abnormi oppure frutto di un radicale stravolgimento delle norme di riferimento, anche sovranazionali: cfr., in tema di rapporto fra ricorso principale e ricorso incidentale “escludente”, Cass., Sez. Un., 6 febbraio 2015, n. 2242, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1647, e in *Dir. proc. amm.*, 2015, 826 ss., con commento di R. VILLATA, *Finale di partita?*; Cass., Sez. Un., 29 dicembre 2017, n. 31226, in *Il Processo*, 2018, 3, 217 ss., con nota di A. BARONE, *Un caso “estremo” di diniego di giurisdizione per radicale stravolgimento del diritto dell'Unione Europea*; in *Foro it.*, 2018, pt. I, 1709 ss., con nota di G. SIGISMONDI, *Questioni di giurisdizione “in senso dinamico” e nuovi limiti all'impugnazione delle sentenze del Consiglio di Stato con ricorso per Cassazione: una via percorribile?*.

(19) Corte cost., 18 gennaio 2018, n. 6, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1102 ss., con commento di A. TRAVI, *Un intervento della Corte costituzionale sulla concezione 'funzionale' delle questioni di giurisdizione accolta dalla Corte di cassazione*, cit.; in *Giur. it.*, 2018, 3, 704 ss., con commento di M. MAZZAMUTO, *Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*; in *Giur. cost.*, 2018, 122 ss., con commento di G. SIGISMONDI, *Questioni di legittimità costituzionale per contrasto con le sentenze della Corte EDU e ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione contro le sentenze dei giudici speciali: la Corte costituzionale pone altri punti fermi*; in *Il processo*, 2019, 1, 113, con commento

Al di là dell'impatto della sentenza costituzionale, che certamente ha riequilibrato il sistema dei rapporti tra giurisdizione ordinaria e speciale, è dunque possibile concludere che la particolare configurazione dello sconfinamento del giudice amministrativo ai danni del legislatore e la sua rilevanza ai fini del ricorso per cassazione sono state, quasi certamente, le ragioni principali della forte ritrosia dei giudici a sindacare tale vizio.

L'attività interpretativa del giudice amministrativo è stata, infatti, contestata quando ha impedito al privato leso l'accesso alla tutela giurisdizionale; così il ricorso per cassazione è stato utilizzato per reagire a pronunce di inammissibilità del giudice amministrativo derivanti da una peculiare interpretazione delle norme sostanziali e processuali che, di fatto, frustravano la tutela giurisdizionale della situazione soggettiva lesa ⁽²⁰⁾. Ciò spiega

di A. POLICE - F. CHIRICO, «*I soli motivi inerenti la giurisdizione*» nella giurisprudenza della Corte costituzionale. Tra i commenti alla sentenza si vedano anche M. BRANCA, *L'esecuzione della sentenza CEDU e la riapertura del processo civile o amministrativo: Corte cost. n. 123 del 2017, n. 6 e 23 del 2018*, in *Giur. cost.*, 2018, 1521 ss.; F. DAL CANTO, *Il ricorso in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione dinanzi alla Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1537 ss.; F. DEODATO, *I limiti "esterni" della giurisdizione interpretati dalla più recente giurisprudenza della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione*, in www.ildirittoamministrativo.it; P. TOMAUOLI, *L'"altolà" della Corte Costituzionale alla giurisdizione dinamica (a margine della sentenza n. 6 del 2018)*, in *Consulta Online*, 2020, III, 1 ss. Prima dell'intervento della Corte costituzionale, la problematica era già stata puntualmente inquadrata da I.M. MARINO, *Corte di Cassazione e giudici "speciali" (sull'interpretazione dell'ultimo comma dell'art. 111 Cost.)*, cit., 889 ss.; E. FOLLIERI, *La giustizia amministrativa nella costituente, tra unicità e pluralità delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 911 ss.; V. CERULLI IRELLI, *La giurisdizione amministrativa nella Costituzione*, in www.astrid.eu; G. VERDE, *L'unità della giurisdizione e la diversa scelta del costituente*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 363 ss.; A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione*, in *Dir. pubbl.*, 1998, 2, 371 ss., e in *Jus*, 2011, 3, 363 ss.

⁽²⁰⁾ Cfr., tra le più significative, Cass., Sez. Un., 23 dicembre 2016, n. 26899, relativa ad una controversia in cui i ricorrenti non avevano impugnato tempestivamente il progetto preliminare di un'opera strategica di interesse nazionale, da realizzarsi su immobili di loro proprietà, poiché l'amministrazione, in sede di pubblicazione degli atti, non aveva identificato la localizzazione dell'intervento, né indicato i nominativi dei destinatari. Il ricorso proposto contro il progetto definitivo era stato, perciò, dichiarato inammissibile per tardività in prime cure e in appello. La declaratoria di inammissibilità veniva contestata nella parte in cui il Consiglio di Stato, in violazione degli artt. 24 e 113 Cost. e degli artt. 6, 13, 14 e 17 CEDU, unitamente all'art. 1 del protocollo addizionale sulla protezione della proprietà privata, «avrebbe invaso la sfera di attribuzioni propria del legislatore, di fatto

perché la Cassazione si sia concentrata sulla definizione del “contenuto” della tutela, piuttosto che del confine tra discrezionalità interpretativa e “normazione giudiziaria”.

Per individuare quel confine, occorrerà innanzitutto comprendere perché, nello Stato costituzionale contemporaneo, il giudice amministrativo abbia dismesso le vesti di mero attuatore della legge, per assumere il ruolo di “costruttore” della regola da applicare al caso concreto, sia pur nel perimetro definito dall’art. 101, comma 2, Cost. ⁽²¹⁾; saranno poi definiti i casi e le modalità attraverso cui viene “costruita” la regola del caso; da ultimo, si procederà all’individuazione dei limiti, superati i quali la discrezionalità interpretativa si trasforma, inevitabilmente, in “normazione giudiziaria”.

4. Lo sconfinamento osservato dalla prospettiva del rapporto tra giudice e legislatore: dalla discrezionalità interpretativa alla “normazione giudiziaria”.

Il rapporto tra giudice e legislatore è definito, come noto, dall’art. 101, comma 2, Cost. nei termini di primato della legge sulla giurisdizione. Sul significato di questa formula si sono confrontati autorevoli studiosi, i cui lavori, per quanto risalenti, rimangono riferimenti imprescindibili per comprendere le dinamiche di questo rapporto, quali sono le evoluzioni che ha subito nel tempo, a causa della trasformazione della funzione del giudice nella società contemporanea, e quali sono le ricadute sul principio della separazione dei poteri ⁽²²⁾.

opponendo la radicale inaccessibilità alla giustizia amministrativa da parte dei proprietari espropriandi nelle ipotesi previste e disciplinate dal d.lgs. n. 190 del 2002 tutte le volte in cui l’autorità amministrativa abbia omesso di identificare in sede di pubblicazione degli atti la localizzazione dell’intervento ed i nominativi dei destinatari».

⁽²¹⁾ Il riferimento al giudice amministrativo quale «costruttore» e «coautore» dell’ordine giuridico era già presente in M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, pt. V, 161 ss., 164.

⁽²²⁾ Sul tema del rapporto tra attività creativa del giudice con il principio della separazione dei poteri, cfr. già D. DONATI, *Il problema delle lacune dell’ordinamento giuridico* (1910), ora in *Id.*, *Scritti di diritto pubblico*, Padova, 1966. Sul principio di separazione dei

Già Nigro notava come il ruolo e la funzione del giudice ordinario e amministrativo si fossero profondamente trasformati negli anni, giacché da meri attuatori della legge e garanti di un ordine di valori preesistente erano diventati, insieme al legislatore, creatori di quell'ordine, ponendosi al centro della società, e non più al suo esterno ⁽²³⁾.

poteri e sulle sue ricadute, cfr. F. BASSI, *Il principio della separazione dei poteri (evoluzione problematica)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1965, 17 ss.; G. SILVESTRI, *Poteri dello Stato (divisione dei)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 670 ss.; ID., *Separazione dei poteri e indirizzo politico*, in *Enc. dir.*, I Tematici, V, Milano, 2023, 1122 ss.; G. GRASSO - R. MANFRELLOTTI, *Poteri e funzioni dello Stato: una voce per un dizionario di storia costituzionale*, in *Historia constitucional*, 2007, 8, 143 ss.; P. PASQUINO, *La separazione dei poteri. Prologo nel XVIII secolo: da Montesquieu a Madison*, 3 ss.; G. D'AMICO - D. TEGA, *La Costituzione italiana e la separazione dei poteri: le scelte dell'Assemblea costituente tra modelli storici e contesto politico*, 89 ss.; S. SPUNTARELLI, *Il Parlamento amministratore*, 121 ss.; L. CASINI, *Il Governo legislatore*, 149 ss.; N. PALAZZO, *La Corte costituzionale legislatore*, 189 ss.; S. DEL GATTO, *Il principio di separazione dei poteri alla prova degli organi ausiliari. Il ruolo del Consiglio di Stato e della Corte dei conti nell'equilibrio tra poteri*, 219 ss.; G. VOSA - M. CECILI, *La funzione normativa dell'ordine giudiziario*, 255 ss.; L. SALTARI, *I giudici amministratori*, 293 ss.; F. CORTESE, *Le Regioni co-legislatori e co-amministratori: ambizioni originarie, oscillazioni attuative, potenziali traguardi*, 335 ss.; G. REPETTO, *La tensione essenziale. Governo, amministrazione e separazione dei poteri*, 363 ss.; A. MOLITERNI, *Discrezionalità amministrativa e separazione dei poteri*, 393 ss.; R. MORGANTE - G. NAPOLITANO - G. MOCAVINI - G. BUTTARELLI, *Autorità indipendenti e separazione dei poteri: un'analisi empirica delle nomine e dei mandati*, 441 ss.; tutti pubblicati nel numero monografico della *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2023, 1, da ultimo, M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, sulla quale si vedano le recensioni di A. CASSATELLA, *Separazione dei poteri, ruolo della scienza giuridica, significato del diritto amministrativo e del suo giudice. Osservazioni a margine di "Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri" di Massimo Luciani*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 1, 235 ss., e di C. PINELLI - MASSIMO LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto. Restaurare l'ordine costituzionale dei poteri*, Milano, 2023, in *Diritto pubblico*, 2024, 2, 453 ss..

⁽²³⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit., 161. Con riguardo al giudice ordinario, l'A. avvertiva come il mutamento del suo ruolo era stato reso plasticamente nella dottrina civilistica, prima ancora che dalla più che nota formula della «risoluzione della giurisdizione in giustizia», dal passaggio, che segna la fine di un'epoca, dalla definizione di processo come strumento di attuazione della volontà concreta della legge (G. CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I. *I concetti fondamentali. La dottrina delle azioni*, Napoli 1933, 32 ss.) a quella di processo come strumento di composizione di una lite, la quale non è altro che un conflitto di interessi qualificato dalla resistenza alla pretesa (F. CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, Milano, 1925, 172). Si veda anche M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, 1371 ss., ora in *Scritti giuridici*, vol. II, Milano, 1996, 1069 ss.

Questa trasformazione toccava tre diversi ambiti: l'individuazione della regola del giudizio, l'oggetto del giudizio e la pronuncia del giudice.

Con il declino del positivismo giuridico, il giudice diveniva "costruttore" della regola da applicare al caso concreto, in conseguenza dell'interpretazione e integrazione dei precetti normativi.

Questo processo di creazione avveniva nell'ambito di un giudizio che, sempre più spesso, derivava da istanze di tutela di diritti e di interessi collegati ad esigenze di vasta dimensione sociale (ad esempio, di assistenza, di tutela della salute collettiva prima che individuale, di protezione dell'ambiente e del consumatore, di utilizzazione delle conquiste della scienza e, insieme, di contenimento dei suoi pericoli, ecc.). Anche la pronuncia del giudice risentiva profondamente di questa trasformazione: se, infatti, nel giudizio ordinario, la tutela costitutiva perdeva il carattere di eccezionalità, affiancandosi alla sentenza di condanna, al contrario, nel giudizio amministrativo, all'azione di annullamento si aggiungevano ulteriori forme di tutela delle situazioni sostanziali.

La descritta "costruzione" giudiziale del diritto rimanda alla figura del "giudice Ercole" teorizzato da Dworkin, ossia ad un giudice ideale dotato dello straordinario potere di accedere a tutte le informazioni, conoscere ogni cosa riguardante il diritto, le leggi, i precedenti giurisprudenziali e interpretarli alla luce di principi giuridici e valutazioni etiche che egli riesce a ridurre a giudizi oggettivamente validi ⁽²⁴⁾.

Per comprendere come avviene il processo di "costruzione" giudiziale della regola e quali sono le sue conseguenze, bisogna partire dai caratteri dello Stato costituzionale contemporaneo. Zagrebelsky li individua, emblematicamente, nel trittico composto da separazione tra legge, come regola posta dal legislatore; diritti umani, come pretese soggettive assolute, valide di per sé, indi-

⁽²⁴⁾ R. DWORKIN, *Justice in Robes* (2006), trad. it., a cura di S.F. Magni, *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2006. Per un'analisi dei contenuti epistemologici della teoria del "giudice Ercole" nell'ambito dell'interpretazione giuridica, cfr. R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, 2ª ed., Milano, 2014, 17 ss.

pendentemente dalla legge; giustizia, come insieme di principi materiali, determinati attraverso norme costituzionali e perseguiti dai pubblici poteri, che contrastano la forza disaggregante dei diritti di libertà individuali e, attraverso l'integrazione economica e sociale, promuovono un ordine generale giusto ⁽²⁵⁾.

Entrambe le separazioni dalla legge — dei diritti e della giustizia — hanno inciso profondamente sulla struttura del diritto, che risulta ora composto sia da regole che da principi. Le regole, ancorché scritte nella Costituzione, sono leggi rinforzate dalla loro forma speciale; esauriscono in se stesse la loro portata, nel senso che non hanno alcuna forza costitutiva di qualcosa ⁽²⁶⁾. I principi, invece, svolgono un ruolo propriamente costituzionale, ossia “costitutivo” dell'ordine giuridico ⁽²⁷⁾.

In questa chiave di lettura, solo le regole potrebbero essere oggetto dell'interpretazione giuridica. Esse prescrivono criteri di azione, indicando come si deve o non si deve agire in determinate e specifiche situazioni dalle stesse previste, e dunque imponendo di stabilire con precisione i precetti contenuti negli enunciati normativi ⁽²⁸⁾. Al contrario, i principi sono espressione di valori cui l'ordinamento aderisce, non hanno un significato determinabile in astratto e non sono suscettibili di interpretazione. La funzione dei principi è di fornire criteri per prendere posizione rispetto a situazioni non determinabili in astratto, quando esse si verificano nel concreto ⁽²⁹⁾.

⁽²⁵⁾ Così, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, spec. 57 ss. e 123 ss. Sui caratteri dello Stato costituzionale contemporaneo e sulle implicazioni teoriche derivanti dalla sua diffusione, dapprima nel continente europeo, poi gradualmente su scala mondiale, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, 1989; ID., *Il diritto come sistema di garanzie*, in *Ragion pratica*, I, 1993, 143 ss.; G. PINO, *Il costituzionalismo dei diritti. Struttura e limiti del costituzionalismo contemporaneo*, Bologna, 2017; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma* (2006), trad. it. a cura di M. Zezza, *Norme, giudici, Stato costituzionale. Frammenti di un modello giuridico*, Torino, 2020.

⁽²⁶⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 148.

⁽²⁷⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, *ibidem*.

⁽²⁸⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, 149.

⁽²⁹⁾ G. ZAGREBELSKY, *op. cit.*, *ibidem*.

Al giudice spetterebbe allora la funzione di ricomporre ad unità la separazione tra legge, diritti e giustizia, e tra regole e principi. Il processo interpretativo ha inizio con la ricerca della norma adeguata al caso e all'ordinamento. Il caso dà impulso e direzione all'interprete, che si rivolge al diritto per interrogarlo e avere una risposta. Si tratta di un processo circolare che si conclude nel momento in cui le esigenze del caso e le pretese delle regole giuridiche combaciano.

Il quadro delineato si applica, con minime variazioni, al processo amministrativo. La funzione del processo quale strumento per assicurare tutela alle situazioni soggettive dei privati e la struttura del sindacato di legittimità in termini di «controllo parametrico dell'azione amministrativa» condizionano fatalmente l'esercizio della giurisdizione e il suo rapporto con la legge⁽³⁰⁾.

Il giudice deve, innanzitutto, ricercare nell'ordinamento i parametri normativi in base ai quali verificare la legittimità della singola decisione amministrativa. Il sistema normativo non si compone, però, di sole leggi, ma anche di principi generali, cui egli fa ricorso sia per integrare le lacune, conformemente all'art. 12 delle preleggi, sia per sopperire all'ambiguità o vaghezza di alcune disposizioni⁽³¹⁾.

(30) Sulla configurazione del sindacato di legittimità quale «controllo parametrico dell'azione amministrativa», che implica «la necessità di stabilire la conformità o difformità della singola decisione amministrativa rispetto a regole di condotta logicamente e temporalmente preesistenti alla sua formazione, e tali, dunque, da porsi *ex ante* come parametro di riferimento per l'attività dei singoli funzionari», A. CASSATELLA, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema di giustizia amministrativa*, cit., 661-662.

(31) Sempre più spesso, infatti, al giudice amministrativo è richiesta un'attività di integrazione di precetti normativi vaghi, senza per questo comportare una (illegittima) invasione nella sfera riservata al legislatore; così A. CASSATELLA, *Il giudice amministrativo quale "inventore" del diritto*, in M. SAVINO, D. VITIELLO (a cura di), *Asilo e immigrazione tra tentativi di riforma e supplenza dei giudici: un bilancio*, Atti del V Convegno dell'Accademia di Diritto e Migrazioni (ADiM), 17 e 18 novembre 2022, Napoli, 2023, 225 ss., spec. 229 ss. La stessa Cassazione, peraltro, ha ritenuto legittima l'attività interpretativa del giudice amministrativo volta ad integrare le lacune (cfr., tra le tante, Cass., Sez. Un., 7 luglio 2021, n. 19244, che aveva rigettato il ricorso proposto contro una sentenza del Consiglio di Stato, che, ritenendo implicitamente abrogata la disciplina legislativa in materia di elezioni del Parlamento europeo, aveva "riempito la lacuna" rinviando a quella riguardante le elezioni della Camera dei deputati).

L'attività di integrazione del diritto coinvolge l'esercizio di una libertà interpretativa che, se contenuta entro certi limiti, contribuisce allo sviluppo dell'ordinamento. Va infatti considerato che molti istituti del diritto amministrativo sono frutto dell'attività pretoria e solo in seguito "consolidati" dal legislatore⁽³²⁾. La sua matrice giurisprudenziale è, da sempre, considerata un importante fattore di innovazione, idoneo a garantire la flessibilità e finanche la stabilità del sistema di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione.

L'attitudine creativa della giurisprudenza amministrativa viene ormai presentata come dato incontestabile; sicché, negli ultimi anni, lo sforzo degli studiosi si è concentrato sulla critica delle sue derive patologiche, più che sulla negazione della sua ammissibilità⁽³³⁾.

Attraverso i principi generali il giudice amministrativo ha costruito, negli anni, un sistema di garanzie del privato nei confronti dell'autorità amministrativa, proteggendolo dall'uso arbitrario del potere. Pressoché scontati i richiami al principio di proporzionalità, divenuto criterio — non scritto — di esercizio dell'azione amministrativa solo dopo che il giudice amministrativo ha iniziato ad annullare i provvedimenti che imponevano ai destinatari sacrifici eccessivi⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI - A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; Id., *Problemi delle ideologie dei giudici*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 413 ss.; conformemente, cfr. R. FERRARA, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e "funzione definitoria" della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 4, 651 ss.

⁽³³⁾ P.L. PORTALURI, *La cambiale di Fortshoff. Creazionismo giurisprudenziale e diritto al giudice amministrativo*, Napoli, 2021; F. SAITTA, *Interprete senza spartito? Saggio critico sulla discrezionalità del giudice amministrativo*, Napoli, 2023.

⁽³⁴⁾ Sul principio di proporzionalità nel diritto amministrativo cfr. almeno A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa: ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità: profili di teoria generale e analisi sistematica*, Torino, 2011; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità: profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; S. DE NITTO,

I principi generali perfezionano quell'operazione di adattamento "sartoriale" della regola alla fattispecie concreta, consentendo al giudice di integrare i precetti normativi e, in alcuni casi, di mitigarne la rigidità, alla ricerca di un "diritto giusto" che aumenti la fiducia dei consociati nelle istituzioni. Attraverso un'applicazione combinata di regole e principi, il giudice ricompone la relazione tra individui e autorità pubbliche, spezzata a causa del cattivo esercizio del potere, e dunque la separazione tra legge, diritti e giustizia.

Preme osservare come questa attività si svolga talvolta mediante un bilanciamento di interessi che ha dei significativi tratti in comune con quello effettuato dal legislatore o dall'amministrazione nell'esercizio di un potere discrezionale. Ad esso occorre dedicare una particolare attenzione.

5. Il bilanciamento come aspetto caratteristico della "normazione giudiziaria".

Il bilanciamento di interessi è un'operazione tipica di un sistema in cui diritti e interessi in conflitto non hanno un ordine gerarchico ⁽³⁵⁾. Si può discutere se sia interpretazione o rappresenti

La proporzionalità nel diritto amministrativo, Torino, 2023.

⁽³⁵⁾ Il bilanciamento è una tecnica di composizione di diritti o interessi in conflitto di rango costituzionale affidato agli organi della giustizia costituzionale, che per tale ragione appare strettamente connesso al tema della garanzia giurisdizionale della Costituzione (A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. dir., Ann.*, tomo II, 2008, 185 ss., spec. 185). Se la legge esprime un bilanciamento nella misura in cui è frutto di un compromesso politico-parlamentare, attraverso il controllo di costituzionalità quel bilanciamento «può essere doppiato e, quindi, rivisto dai tribunali costituzionali per finalità di garanzia della Costituzione» (A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit., 186). La tecnica in questione consente alla Corte costituzionale di sindacare la "ragionevolezza" della disciplina legislativa, esercitando un controllo che si articola nelle tre fasi della necessità, sufficienza e proporzionalità. La decisione sul bilanciamento svolto dal legislatore non è qualificabile in termini di decisione di composizione del conflitto secondo una soluzione di equilibrio, ma di determinazione di un ordine di priorità assiologica e mobile tra i diritti o interessi in conflitto (R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 230). Il contenuto di tale determinazione costituisce la "regola del conflitto", ossia la disciplina dei presupposti e delle condizioni che rendono possibile, in termini di legittimità costituzionale, la relazione di precedenza posta tra beni confliggenti.

qualcosa di diverso. Non è certamente questa la sede per prendere posizione sui profili teorico-generalisti del problema, mentre preme chiarire come il bilanciamento operi nell'ambito del sindacato giurisdizionale, ossia in un'attività che — a differenza di quella compiuta dal legislatore o dall'amministrazione che bilanciano interessi — interviene quando una decisione è stata già assunta, ed una prima comparazione e graduazione di interessi sono già state svolte ⁽³⁶⁾.

Da questa prospettiva il bilanciamento compiuto dal giudice è operazione interna al giudizio di ragionevolezza, inteso a propria volta come «un giudizio di merito che riguarda il contenuto delle scelte politico-legislative» ⁽³⁷⁾.

Di questa tecnica di sindacato può normalmente avvalersi solo la Corte costituzionale, in quanto titolare del compito adeguare costantemente e progressivamente l'ordinamento nel suo complesso alle norme costituzionali; un compito che implica l'esercizio di un'attività che «va oltre la mera applicazione di un parametro normativo, che è in larga misura politica perché tiene conto di considerazioni di natura non esclusivamente giuridica» ⁽³⁸⁾. Non appartiene agli strumenti interpretativi a disposizione

⁽³⁶⁾ Già secondo R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine: una prospettiva "quantistica"*, cit., 103, «[c]hiedersi se il giudizio di ragionevolezza o il bilanciamento degli interessi sia o meno parte dell'interpretazione giuridica non è una domanda sensata».

⁽³⁷⁾ Ancora A. MORRONE, *op. cit.*, 199; più diffusamente, Id., *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001, 437 ss., per il quale l'essenza del bilanciamento priva di significato il divieto di «ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull'uso del potere discrezionale del Parlamento», contenuto nell'art. 28 l. 11 marzo 1953, n. 87, che, del resto, è solo retoricamente evocato nelle premesse di quasi ogni decisione della Corte costituzionale riguardante il ragionevole bilanciamento di interessi. Sulla funzione di supplenza della Corte costituzionale, nella quale si riflette il suo ruolo di custode della ragionevolezza, cfr. E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2011, nonché, più risalente, Id., *Il giudice delle leggi. La Corte costituzionale nella dinamica dei poteri*, Bologna, 1999.

⁽³⁸⁾ R. MANFRELOTTI, *Giustizia della funzione normativa e sindacato diffuso di legittimità*, Napoli, 2008, 268, cui si rinvia per un'analitica disamina del contenuto e della natura del sindacato di costituzionalità nell'ordinamento costituzionale vigente. Più di recente, Id., *La problematica della causa dell'atto nella dottrina della funzione pubblica*, Napoli, 2023, spec. 182, che assimila il sindacato di ragionevolezza della Corte costitu-

dei giudici comuni, «ai quali è consentito soltanto “filtrare” queste esigenze tramite il meccanismo dell’incidente di costituzionalità, in modo da consentire poi alla Corte costituzionale di effettuare il bilanciamento» (39).

Nella pratica, operazioni di bilanciamento sono tuttavia compiute anche dal giudice amministrativo. Si pensi ai casi in cui deve farsi carico delle conseguenze economiche e sociali delle pronunce di annullamento o interpretative. Il giudice mitiga le conseguenze pregiudizievoli che potrebbero derivare da un annullamento retroattivo dell’atto impugnato o da un’interpretazione normativa diversa da quella seguita sino a quel momento, quando dall’annullamento il ricorrente non conseguirebbe l’utilità cui aspira o il mutamento di interpretazione pregiudicherebbe situazioni giuridiche ormai consolidate (40).

zionale alla categoria dell’eccesso di potere legislativo, sul presupposto che «ogni qual volta vi è deviazione, nell’esercizio concreto della discrezionalità, dallo scopo della funzione legislativa, vi è un vizio della causa dell’atto».

Sui rapporti tra giudice costituzionale e legislatore, si vedano anche l’editoriale di G. DE VERGOTTINI, *La Corte costituzionale tra riaccentramento e riequilibrio del sistema*, I ss., spec. XI, e i contributi di M. RUOTOLO, *Oltre le ‘rime obbligate’?*, 54 ss., D. TEGA, *La Corte costituzionale alla ricerca di legittimazione*, 64 ss., N. ZANON, *I rapporti tra la Corte costituzionale e il legislatore alla luce di alcune recenti tendenze giurisprudenziali*, 86 ss., S. STAIANO, *Corte costituzionale e giudici comuni. La congettura del riaccentramento*, 100 ss., T. GROPPI, *Il ri-accentramento nell’epoca della ri-centralizzazione. Recenti tendenze dei rapporti tra Corte costituzionale e giudici comuni*, 128 ss., B. RANDAZZO, *Il ‘riaccentramento’ del giudizio costituzionale nella prospettiva di un sistema integrato di giustizia costituzionale*, 144 ss., G. PITRUZZELLA, *L’interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell’interpretazione della legge*, 161 ss., tutti pubblicati in *Federalismi.it*, 2021, 3, che raccoglie gli atti del Convegno webinar ‘Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del giudice delle leggi, tra Corti europee e giudici comuni’, organizzato il 13 novembre 2020 dall’Università degli Studi di Roma La Sapienza.

(39) E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell’Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, in *Dir e soc.*, 2021, 3, 476.

(40) Definito dalla dottrina uno strumento di «ingegneria processuale» (E. FOLLIERI, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, in *Giur. it.*, 2012, 438 ss.), il potere di modulare gli effetti delle proprie decisioni è stato riconosciuto per la prima volta dalla VI sezione del Consiglio di Stato nella sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, avente ad oggetto l’annullamento di un piano faunistico per difetto di preventiva valutazione ambientale strategica (VAS). In quella occasione, si affermò che, a fronte delle caratteristiche dell’interesse ad agire dell’associazione ambientalista ricorrente, oltre che delle pecu-

Nel caso della sentenza costitutiva, il giudice bilancia gli effetti retroattivi della pronuncia, connaturati alla tutela costitutiva, con l'utilità conseguibile dal ricorrente e i danni che potrebbero derivare all'interesse pubblico tutelato dall'atto impugnato. Nel caso, invece, delle sentenze interpretative, oggetto del bilanciamento è l'impatto del mutamento interpretativo sulle situazioni ormai consolidate nel tempo, protette dal principio di certezza del diritto ⁽⁴¹⁾.

liarità della fattispecie, l'illegittimità del piano faunistico non potesse comportare la sua integrale caducazione, giacché il vuoto regolativo che sarebbe derivato da essa avrebbe rischiato di compromettere la tutela degli interessi diffusi e pubblici rilevanti nella fattispecie. Ne era derivata una limitazione degli effetti della sentenza alla sola efficacia conformativa del giudicato, che, nel caso di specie, comportava l'obbligo di adottare un nuovo piano faunistico preceduto dalla VAS illegittimamente omessa. Per un commento alla sentenza, si rinvia a C.E. GALLO, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 280 ss.; A. GIUSTI, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1, 293 ss.; A. TRAVI, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, in *Urb. e app.*, 2011, 927 ss. Le critiche all'uso di questa tecnica si sono polarizzate, essenzialmente, intorno a tre argomenti: l'interesse pubblico deve restare fuori dalle valutazioni del giudice amministrativo; deve essere rispettato il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; deve essere osservato il contenuto "tipico", costituzionalmente garantito, dell'azione di annullamento. Oltre agli autori già citati, cfr. R. VILLATA, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1516 ss.; F.G. SCOCCA, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, in *Corr. giur.*, 2011, 989 ss.; L. BERTONAZZI, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 3, 1128 ss.; R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione: la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273 ss.; M. MACCHIA, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove di imitazione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2011, 12, 1310 ss.; C. FELIZIANI, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2, 427 ss.; M. FORNACIARI, *Ultimissime dal Consiglio di Stato: l'annullamento... che non annulla!*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1662 ss.

⁽⁴¹⁾ Sulla configurazione di un generale potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni (di annullamento o interpretative) del giudice amministrativo, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 13, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 3, 1133 ss., con commento di A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: un'innovazione necessaria? Nota a Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13*; in *Riv. giur. ed.*, 2018, 4, 1022 ss., con note di F. APERIO BELLA, *La tutela del paesaggio "piega" le regole procedurali. Riflessioni a margine dell'Adunanza Plenaria n. 13/2017*, e C. PAGLIAROLI, *L'Adunanza plenaria interviene*

Ancor più di recente, operazioni di bilanciamento sono state compiute durante l'emergenza Covid-19 per valutare la legittimità degli atti con cui alcune Aziende Sanitarie Locali avevano dato attuazione all'obbligo vaccinale imposto dalla legge a medici e infermieri (42).

L'art. 4 del d.l. n. 44 del 2021 aveva previsto un procedimento per accertare l'esistenza delle condizioni e portare ad esecuzione l'obbligo vaccinale di competenza delle ASL, che si concludeva con l'emanazione di atti a contenuto vincolato. Pertanto, i ricorrenti chiedevano al giudice amministrativo di sollevare l'incidente di costituzionalità contro l'art. 4 citato per contrasto con l'art. 32 Cost., giacché la procedura di autorizzazione "condizionata" del vaccino contro il virus Sars-CoV-2 non consentiva di garantirne la sicurezza e l'efficacia richiesta per imporre un trattamento sanitario obbligatorio.

Il Consiglio di Stato non ravvisava gli estremi per sollevare l'incidente di costituzionalità, concludendo per la conformità alla Costituzione della norma contestata. Nella motivazione, ampia e articolata, si leggeva: «in fase emergenziale, di fronte al bisogno pressante di tutelare la salute pubblica contro il dilagare del contagio, il principio di precauzione, che trova applicazione anche in ambito sanitario, opera in modo inverso rispetto all'ordinario e, per così dire, controintuitivo, perché richiede al decisore pubbli-

*sull'efficacia delle proposte di dichiarazione di notevole interesse pubblico in funzione nomopoietica. Sul principio di certezza del diritto, cfr. almeno M. CORSALE, *Certezza del diritto e crisi di legittimità*, Milano, 1979; A. PIZZORUSSO, *Certezza del diritto*, in *Enc. giur.*, vol. VI, Roma, 1988; G. GOMETZ, *La certezza giuridica come prevedibilità*, Torino, 2002; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006; C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Dirittoestoria.it*, 2016, 14; L. LONGHI, *Certezza del diritto e diritto vivente*, in *Federalismi.it*, 2018, 5; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. dir.*, 1951, 146 ss.; G. TAGLIANETTI, *Il processo amministrativo tra giustizia e certezza. Le regole dell'equilibrio tra l'effettività della tutela giurisdizionale e la stabilità delle decisioni pubbliche*, Milano, 2023, spec. 115 ss.*

(42) Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Giustiziainsieme.it*, con osservazioni di S. CAGGEGI, *Premesse alla lettura della sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021 n. 7045 sull'obbligo vaccinale*, e di F. GAMBARDELLA, *Obbligo di vaccinazione e principi di precauzione e solidarietà. Nota a Consiglio di Stato, sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045*.

co di consentire o, addirittura, imporre l'utilizzo di terapie che, pur sulla base di dati non completi (come è nella procedura di autorizzazione condizionata), assicurino più benefici che rischi, in quanto il potenziale rischio di un evento avverso per il singolo individuo, con l'utilizzo di quel farmaco, è di gran lunga inferiore del reale nocimento per una intera società senza l'utilizzo di quel farmaco»⁽⁴³⁾. In realtà, più che un'applicazione "controintuitiva" del principio di precauzione, il giudice amministrativo ha "mitigato" la rigidità del parametro precauzionale, che guida le decisioni del legislatore e dell'amministrazione in presenza di incertezza scientifica, con il principio costituzionale di solidarietà, che, all'esito di una comparazione, consente di giustificare le scelte — legislative, amministrative e giudiziarie — che accollano al singolo il peso di un sacrificio in vista del bene generale da raggiungere.

L'art. 4 citato esprimeva, infatti, una precisa scelta valoriale del legislatore che, all'esito del bilanciamento tra libertà di autodeterminazione, consenso informato, diritto alla salute del singolo e tutela della salute della collettività, aveva ritenuto prevalente quest'ultima nel contesto pandemico. Grazie al principio di solidarietà usato come "correttivo", il giudice amministrativo ha evitato di sollevare l'incidente di costituzionalità, concludendo per la legittimità costituzionale di una scelta legislativa che, in un contesto emergenziale, ha ritenuto prevalente la tutela della salute collettiva rispetto a quella individuale.

Sempre durante il periodo pandemico il giudice amministrativo ha compiuto un'operazione di bilanciamento ancora più "spinta" rispetto a quella precedente per consentire l'impugnazione dei decreti cautelari monocratici, nonostante l'art. 56, comma 2, c.p.a. ne escluda espressamente l'appellabilità.

Come è noto, il decreto cautelare monocratico può essere richiesto quando ragioni di estrema gravità e urgenza non consentono al ricorrente di attendere la fissazione della camera di

⁽⁴³⁾ Cons. Stato, 20 ottobre 2021, n. 7045, par. 30.7 del considerato in diritto.

consiglio. In questi casi, la disposizione prevede la possibilità di derogare al principio di collegialità e di chiedere al Presidente del T.A.R. competente l'adozione di misure cautelari provvisorie prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio. Tale decreto ha una funzione «strettamente interinale» e produce effetti fino alla camera di consiglio, «che costituisce la giusta sede per l'esame della domanda cautelare» (44).

Ancor prima della pandemia, alcuni orientamenti del Consiglio di Stato avevano ammesso l'impugnazione del decreto monocratico per tutelare una situazione di fatto del ricorrente che, altrimenti, sarebbe diventata irreversibile a causa del tempo intercorrente tra la data di emanazione del decreto appellato e la data fissata per l'esame della domanda cautelare (45). Ma è solo durante l'emergenza Covid-19 che si è assistito ad una proliferazione di pronunce che consentivano l'impugnazione di decreti monocratici resi sulle ordinanze contingibili e urgenti delle Regioni. In quell'occasione, si è chiarito che l'appello è ammissibile solo quando essi comportano la perdita definitiva e irreversibile del bene della vita, che corrisponde a un diritto costituzionalmente tutelato dell'interessato (46). Si tratta dei casi in cui il decreto è

(44) Così Cons. Stato, 19 luglio 2017, n. 3015.

(45) Cons. Stato, 7 dicembre 2018, n. 5971; 11 dicembre 2014, n. 5650. In dottrina, M. ALLENA, *Articolo 56*, in G. FALCON - F. CORTESE - B. MARCHETTI (dir. da), *Commentario breve al Codice del processo amministrativo*, cit., 568 ss., 572. A. DE SIANO, *Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio*, in *Federalismi.it*, 2020, 1, 60 ss.

(46) Cons. Stato, 30 marzo 2020, n. 1553. Il caso di specie riguardava la richiesta di sospensione cautelare della quarantena obbligatoria con sorveglianza sanitaria e isolamento presso la propria residenza presentata da un bracciante agricolo che si era allontanato dalla propria abitazione per andare a lavorare nei campi. Pur riconoscendo in questi casi l'appellabilità del decreto monocratico, il Consiglio di Stato aveva, tuttavia, rigettato la domanda sul presupposto che il danno individuale lamentato dal ricorrente non potesse derogare, limitare o comprimere l'interesse nazionale al contenimento del contagio. In senso conforme, Cons. Stato, 31 marzo 2020, n. 1611; 23 aprile 2020, n. 2129, ove si è precisato che l'appello avverso il decreto monocratico è ammesso solo se sia dimostrato il pericolo concreto di una perdita irreversibile di un bene della vita, tutelato da norme costituzionali. Presupposto che, tuttavia, non era stato ravvisato nel caso di specie. Per un'analisi delle pronunce emanate durante la pandemia, cfr. I. GENUESI, *Sull'appellabilità del decreto cautelare monocratico: tra esigenze di tutela conseguenti alla pandemia e orientamenti giurisprudenziali contrastanti*, in *Giustiziansieme.it*, 20 aprile 2021.

qualificabile solo formalmente come tale, ma nella sostanza presenta un contenuto decisorio ⁽⁴⁷⁾; ad esempio, quando la camera di consiglio per l'esame della domanda cautelare sia fissata talmente in là nel tempo rispetto alla data di emanazione del decreto monocratico, da privare di qualsiasi utilità la successiva pronuncia collegiale con incidenza sul merito del giudizio, determinando un pregiudizio irreversibile, al massimo riparabile con la sola tutela risarcitoria ⁽⁴⁸⁾.

Per ammettere l'impugnazione del decreto monocratico, il giudice amministrativo ha compiuto un'operazione di bilanciamento, entrando nel merito delle scelte valoriali espresse dalle norme processuali. Non si è trattato, infatti, di colmare una lacuna, di integrare una disposizione vaga o di praticare un'interpretazione costituzionalmente orientata, ma di definire diversamente la gerarchia di valori alla base della disposizione che esclude espressamente l'impugnazione del decreto monocratico ⁽⁴⁹⁾.

Generalizzando la questione, si può concludere che il giudice amministrativo ricorre alla tecnica del bilanciamento quando un'applicazione troppo rigida della regola al caso concreto può comportare una lesione a uno o più beni fondamentali protetti dalla Costituzione, dai Trattati europei o dalle Carte dei diritti. In questi casi, egli dovrebbe limitarsi a praticare interpretazioni con-

⁽⁴⁷⁾ Cons. Stato, 27 aprile 2020, n. 2294; 3 marzo 2021, n. 1031; 11 gennaio 2021, n. 18; 15 febbraio 2021, n. 749.

⁽⁴⁸⁾ Cons. Giust. amm. Sic., 25 gennaio 2021, n. 61, che però esclude l'impugnazione del decreto monocratico per ragioni testuali, oltre che sistematiche, giacché l'appello non risulta previsto né configurabile in via distinta e autonoma ai sensi dell'art. 56, comma 2, c.p.a. e gli artt. 62 e 100 c.p.a. consentono l'appello unicamente nei confronti di sentenze e ordinanze, senza menzionare i decreti. In senso conforme, più di recente, Cons. Giust. amm. Sic., 20 marzo 2021, n. 199; Cons. Stato, 29 aprile 2022, n. 1962; 4 luglio 2022, n. 3114; Cons. giust. amm. Sic., 18 dicembre 2023, n. 414. Conformemente, in dottrina, E. FOLLIERI, *Le novità del codice del processo amministrativo sulle misure cautelari*, in *Dir. e proc. amm.*, 2011, 3, 743; M.A. SANDULLI, *La fase cautelare*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 4, 1159.

⁽⁴⁹⁾ Emblematico Cons. Giust. amm. Sic., 18 dicembre 2023, n. 414, secondo cui «attesa la chiarezza del dato normativo, non sono possibili interpretazioni che consentano, sia pure in casi eccezionali, l'appellabilità del decreto cautelare, potendo solo sollevarsi la questione di legittimità costituzionale della norma dinanzi alla Corte costituzionale».

formi alla Costituzione o, quantomeno, ricorrere a orientamenti consolidati della Corte costituzionale per definire la gerarchia dei valori e, ove non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Se ciò non accade, ossia se il giudice “usa” il caso e, per risolverlo, entra nel merito delle scelte valoriali compiute in sede politica, ridefinendo l’assetto di interessi al di fuori del circuito rappresentativo e compiendo nella sentenza un bilanciamento che non gli è consentito (e che andrebbe riservato alla legge), la discrezionalità interpretativa si trasforma, inevitabilmente, in illegittima “normazione giudiziaria”.

6. La “normazione giudiziaria” come risultato di un bilanciamento tra interessi nelle sentenze “gemelle” dell’adunanza plenaria sulle concessioni demaniali marittime.

Un caso recente di “normazione giudiziaria” nei termini che si sono appena descritti è rappresentato dalle pronunce n. 17 e 18 del 2021 rese dall’adunanza plenaria del Consiglio di Stato sulla questione della proroga delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁵⁰⁾ In *Foro it.*, 2022, 3, 152 ss., con nota di A. TRAVI. Tra i numerosi commenti alle pronunce, si vedano almeno A.M. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle “concessioni balneari” alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell’Adunanza Plenaria*, 331 ss.; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione europea e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, 359 ss.; G. MORBIDELLI, *Stesse spiagge, stessi concessionari?*, 385 ss.; M. GOLA, *Il Consiglio di Stato, l’Europa e le “concessioni balneari”: si chiude una – annosa – vicenda o resta ancora aperta?*, 401 ss.; R. DIPACE, *L’incerta natura giuridica delle concessioni demaniali marittime: verso l’erosione della categoria*, 419 ss.; M. CALABRÒ, *Concessioni demaniali marittime ad uso turistico-ricreativo e acquisizione al patrimonio dello Stato delle opere non amovibili: una riforma necessaria*, 441 ss.; E. LAMARQUE, *Le due sentenze dell’Adunanza plenaria... le gemelle di Shining?*, cit., 473 ss.; R. ROLLI - D. SAMMARRO, *L’obbligo di “disapplicazione” alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio di Stato (Adunanza Plenaria)*, 489 ss.; E. ZAMPETTI, *La proroga delle concessioni demaniali con finalità turistico-ricreativa tra libertà d’iniziativa economica e concorrenza. Osservazioni a margine delle recenti decisioni dell’Adunanza Plenaria*, 507 ss.; G. IACOVONE, *Concessioni demaniali marittime tra concorrenza e valorizzazione*, 529 ss.; M. RAGUSA, *Demanio marittimo e concessione: quali novità dalle pronunce del novembre 2021?*, 545 ss.; P. OTRANTO, *Proroga ex lege delle concessioni balneari e autotutela*, 583 ss.; B. CARAVITA DI TORITTO - G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime*.

Intervenute nell'ambito di una vicenda complessa che non è possibile ricostruire in questa sede ⁽⁵¹⁾, le sentenze hanno ribadito che il diritto europeo è sovraordinato rispetto a quello nazionale e che la direttiva 2006/123/CE è dotata di effetto diretto, stabilendo conseguentemente l'obbligo per i giudici e le amministrazioni di disapplicare le norme interne che prevedono la proroga *ex lege* delle concessioni già rilasciate fino al 31 dicembre 2033 ⁽⁵²⁾. Tuttavia, a causa del «notevole impatto (anche sociale ed economico) che tale immediata non applicazione può comportare» e «della necessità di assicurare alle amministrazioni un ragionevole lasso di tempo per intraprendere sin d'ora le operazioni funzionali all'indizione di procedure di gara», i giudici decidono di modulare gli effetti temporali della sentenza, differendoli al 31 dicembre 2023.

In altri termini, di regola la legge nazionale sulla proroga del-

Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma, 621 ss., tutti pubblicati in *Diritto e società*, 2021, 3, numero speciale su *La proroga delle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*; M.P. CHITI, "Juger l'administration c'est aussi légiférer? L'Adunanza Plenaria sulle concessioni demaniali marittime", in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2021, 5-6, 869 ss.; A. SQUAZZONI, *Un caso di "normazione giurisprudenziale": l'interpretazione e l'applicazione della legge come risultato di un (diverso) bilanciamento degli interessi in gioco*, in *Riv. reg. merc.*, 2022, 1, 292 ss.; E. LUBRANO, *Le concessioni demaniali marittime ieri, oggi e domani. La tutela dei diritti fondamentali di tutti gli operatori del settore, mediante l'applicazione delle regole sulla concorrenza, secondo i principi del diritto europeo (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 9 novembre 2021, nn. 17 e 18)*, in *Dirittifondamentali.it*, 2022, 1, 157 ss.; A. COSSIRI, *L'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si pronuncia sulle concessioni demaniali a scopo turistico-ricreativo. Note a prima lettura*, in *Diritto Pubblico Europeo - Rassegna online*, 2021, 2, 232 ss.

⁽⁵¹⁾ Per la quale, tra i contributi più recenti, si rinvia a D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità*, in *Federalismi.it*, 2023, 26, 169 ss.; A. COSSIRI (a cura di), *Coste e diritti. Alla ricerca di soluzioni per le concessioni balneari*, Macerata, 2022; A. LUCARELLI - B. DE MARIA - M.C. GIRARDI (a cura di), *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, 2021; M. TIMO, *Le concessioni balneari alla ricerca di una disciplina fra normativa e giurisprudenza*, Torino, 2020.

⁽⁵²⁾ Si fa riferimento all'art. 1, commi 682 e 683, l. 30 dicembre 2018, n. 145 e all'art. 182, comma 2, d.l. 19 maggio 2020, n. 34, che aveva disposto la prosecuzione dei rapporti concessori in essere al momento dell'entrata in vigore della normativa per far fronte alle conseguenze economiche della pandemia Covid-19.

le concessioni demaniali marittime andrebbe disapplicata immediatamente per dare spazio alla direttiva europea dotata di effetti diretti, con conseguente (e altrettanto immediata) decadenza delle concessioni in atto, comprese quelle di cui sono titolari le parti dei giudizi amministrativi in corso. Tuttavia, considerazioni legate a ragioni di giustizia sociale, e comunque estranee al vigente quadro normativo, suggeriscono di rinviare questo effetto a una data futura, che l'adunanza plenaria sceglie di fissare al 31 dicembre 2023.

La plenaria ricorre alla modulazione temporale degli effetti delle sentenze amministrative. Per giustificare tale esito, viene richiamata la sentenza n. 13 del 2017, con cui la stessa plenaria aveva individuato un generale potere di modulazione temporale degli effetti delle decisioni del giudice amministrativo, sia che avessero ad oggetto l'annullamento dell'atto impugnato, sia che dichiarassero un principio di diritto che, a norma dell'art. 99 c.p.a., stabiliva pur sempre i parametri di legittimità dell'azione amministrativa in un periodo anteriore o successivo alla stessa pronuncia della plenaria. Ripercorrendo i passaggi essenziali della motivazione, il potere di graduazione temporale degli effetti delle sentenze amministrative discendeva da un principio di diritto affermato dalla Corte di giustizia UE⁽⁵³⁾, e positivamente riconosciuto dall'art. 264 TFUE⁽⁵⁴⁾. Inoltre, la stessa giurisprudenza della Corte costituzionale aveva ammesso la possibilità di modulare gli effetti delle proprie pronunce di accoglimento, limitandone la retroattività⁽⁵⁵⁾. Su questo sfondo, si era individuato il tratto

⁽⁵³⁾ Tra le pronunce più significative, cfr. Corte Giust. UE, Sed. Plen., 15 marzo 2005, C-209/03 (*Bidar c. London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*). Per un esame del sistema di tutele vigente nell'ordinamento europeo, si rinvia a B. MARCHETTI, *Il sistema integrato di tutela*, in L. DE LUCIA - B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione europea e le sue regole*, Bologna, 2015, 200 ss.

⁽⁵⁴⁾ Il quale dispone che: «Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto impugnato che devono essere considerati definitivi».

⁽⁵⁵⁾ Veniva richiamata la sentenza della Corte costituzionale, 11 febbraio 2015, n. 15, che, dopo aver riconosciuto il principio della natura intrinsecamente retroattiva delle

comune e peculiare delle sentenze dell'adunanza plenaria nell'enunciazione del principio di diritto funzionale alla soluzione di controversie di particolare complessità o di questioni ampiamente dibattute. Da ciò derivava il carattere essenzialmente interpretativo di tali pronunce, che le rendeva assimilabili alle sentenze con cui la Corte di giustizia accoglieva le questioni oggetto di rinvio pregiudiziale.

In sostanza, la retroattività delle sentenze interpretative non derivava dalla necessità di rimuovere gli effetti della lesione causata dal provvedimento illegittimo al ricorrente, bensì dalla natura dichiarativa delle stesse, funzionale ad accertare il significato originario delle disposizioni rilevanti per la soluzione dei casi concreti. Per questa ragione, la deroga alla naturale retroattività delle sentenze interpretative non era supportata dall'esigenza di effettività della tutela, ma dalla necessità di garantire la certezza del diritto rispetto a situazioni consolidate in un momento anteriore al c.d. *prospective overruling* impresso dalla plenaria all'interpretazione di questioni controverse.

sentenze dichiarative dell'incostituzionalità di una legge e accolto la questione di legittimità di una disposizione che introduceva un'addizionale all'imposta sul reddito delle società per talune imprese (c.d. Robin Tax), aveva affermato che l'efficacia della pronuncia di accoglimento decorresse dal giorno successivo alla sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale, per mitigare l'impatto economico delle restituzioni dei versamenti tributari effettuati in applicazione della legge costituzionalmente illegittima. La Corte aveva precisato il carattere eccezionale della graduazione degli effetti nel tempo della pronuncia di accoglimento, ammessa solo in presenza di due condizioni: *a)* l'impellente necessità di tutelare uno o più principi costituzionali che, altrimenti, sarebbero stati compromessi da una decisione di mero accoglimento; *b)* la circostanza che la compressione degli effetti retroattivi fosse limitata a quanto strettamente necessario per assicurare il temperamento dei valori in gioco. L'uso di questa tecnica non era, tuttavia, "a costo zero": disponendo che la declaratoria di incostituzionalità valesse solo per il futuro, e non già retroattivamente, la Corte aveva escluso, per la prima volta nella storia della giustizia costituzionale italiana, di potere spiegare i propri effetti nello stesso giudizio *a quo*. Su questo profilo, si rinvia alle considerazioni critiche di R. ROMBOLI, *Natura incidentale del giudizio costituzionale e tutela dei diritti: in margine alla sentenza n. 10 del 2015*, in *Quad. cost.*, 2015, 607 ss., 614, il quale osserva come, in questo modo, la Corte avesse violato gravemente le regole del processo costituzionale e determinato «un totale svuotamento del significato e della *ratio* sottesa alla via incidentale, con conseguente stravolgimento delle finalità ad essa sottese».

La tecnica della graduazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative non opera, tuttavia, in tutti i casi in cui vi sia un mutamento di indirizzo giurisprudenziale, ma solo se ricorrono congiuntamente le seguenti condizioni: *a)* l'obiettiva e rilevante incertezza della portata delle disposizioni da applicare; *b)* l'esistenza di un orientamento prevalente contrario all'interpretazione adottata; *c)* la necessità di tutelare uno o più principi costituzionali, o comunque di evitare gravi ripercussioni socio-economiche.

Tralasciando le obiezioni e le riserve che questa soluzione ha generato nella dottrina più autorevole⁽⁵⁶⁾, risulta evidente che il riferimento al potere di modulazione degli effetti delle sentenze interpretative, nell'alveo dei principi enunciati dall'adunanza plenaria n. 13 del 2017, non è assolutamente pertinente per giustificare l'esito cui pervengono le sentenze "gemelle" n. 17 e 18 del 2021. L'ultimo principio di diritto, infatti, enuncia testualmente che «le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023». In questo modo, le pronunce stabiliscono un nuovo termine di efficacia della proroga e differiscono l'applicazione della direttiva europea al 1° gennaio 2024.

L'esito appare illogico per più di una ragione.

Innanzitutto, è del tutto fuori luogo l'applicazione della modulazione temporale degli effetti delle sentenze interpretative a decisioni che nulla hanno di interpretativo, riguardando piuttosto la soluzione di un contrasto tra una direttiva europea dotata di effetto diretto e una legge nazionale adottata in palese violazione di essa. Non si tratta di differire l'applicazione di un indirizzo giurisprudenziale ad una certa data in poi, a tutela dei rapporti giuridici costituiti in buona fede sulla base dell'interpretazione della normativa seguita sino a quel momento, quanto piuttosto di accertare quel contrasto e, in caso positivo, disapplicare la legge nazionale, nel rispetto degli artt. 101, comma 2, e 11 Cost. La na-

⁽⁵⁶⁾ A. CASSATELLA, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo*, cit., 1148 ss., cui si rinvia per un'accurata disamina delle criticità insite nei fondamenti del percorso seguito e nelle sue implicazioni.

tura decisoria delle pronunce emerge, infatti, dalla loro idoneità ad incidere, anche sotto il profilo sostanziale, (quantomeno) sulle posizioni delle parti in causa ⁽⁵⁷⁾.

La seconda criticità, strettamente dipendente dalla prima, è che, dopo aver accertato l'esistenza effettiva del contrasto, la plenaria decide di prorogare le concessioni in essere fino al 31 dicembre 2023 e di sospendere l'applicazione della direttiva europea sino a quella data. Il termine di proroga iniziale non era volto a recuperare o perpetuare il regime concorrenziale più volte censurato, ma a consentire il processo di adattamento dell'ordinamento nazionale alle nuove regole di matrice europea ⁽⁵⁸⁾. Il legislatore nazionale aveva, infatti, individuato il termine a seguito di un'operazione di bilanciamento *inter*-valoriale tra l'obbligo dell'ordinamento nazionale di adeguarsi al diritto europeo, l'affidamento dei concessionari uscenti nella stabilità di rapporti costituiti sulla base di una normativa decennale, la stabilità economica in un periodo di crisi, la necessità di organizzare gare pubbliche e di garantire il buon andamento dell'azione amministrativa e, infine, l'esigenza di prevenire pericolosi vuoti normativi ⁽⁵⁹⁾. In sede politico-parlamentare tali interessi sono stati, infatti, graduati secondo un preciso ordine di priorità, che esprime la preferenza del legislatore verso la tutela dell'affidamento dei concessionari e la stabilità economica rispetto agli obblighi di derivazione europea. Riducendo la durata

⁽⁵⁷⁾ In questi termini, A.M. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, cit., 345.

⁽⁵⁸⁾ Come rilevato da D. VITALE, *La vexata quaestio delle concessioni demaniali marittime nella crisi della legalità*, cit., 196.

⁽⁵⁹⁾ A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, cit., 191-192, precisa, a proposito dei conflitti *inter*-valori rilevanti nelle operazioni di bilanciamento eseguite dalla Corte costituzionale, che, di regola, presuppongono diritti o interessi ascrivibili al contenuto di valori costituzionali eterogenei, ma possono declinarsi in diversi modi: ad esempio, conflitti tra situazioni giuridiche soggettive eterogenee; conflitti tra situazioni soggettive e interessi obiettivi dell'ordinamento; conflitti tra beni costituzionali diversi; conflitti tra soggetti e organi nelle controversie intersoggettive o interorganiche, e tra diritti fondamentali o interessi di enti territoriali o di poteri dello Stato, come accade spesso nei giudizi su attribuzioni costituzionali.

della proroga iniziale, la plenaria stabilisce, attraverso un nuovo bilanciamento, un ordine di priorità di quegli interessi diverso da quello deciso dal legislatore, facendo retrocedere gli affidamenti e la stabilità economica a favore dell'obbligo di dare attuazione alla direttiva europea. In sostanza, il giudice amministrativo ha "usato" il caso e, attraverso il ricorso ai principi generali, è entrato nel merito delle scelte valoriali compiute dal legislatore, incorrendo nel vizio di eccesso di potere giurisdizionale. In questo caso, la strada percorribile dalla plenaria sarebbe stata la rimessione alla Corte costituzionale di una questione di costituzionalità, consentendo ad essa di sindacare la discrezionalità del legislatore e modulare gli effetti di una eventuale pronuncia di accoglimento.

7. L'ulteriore *self-restraint* della Cassazione nella sentenza n. 32559 del 2023.

La sentenza n. 18 del 2021 dell'adunanza plenaria è stata impugnata in cassazione per motivi di giurisdizione. Limitatamente a quanto d'interesse in questa sede, nel ricorso veniva denunciato l'eccesso di potere giurisdizionale per diversi profili: innanzitutto, per aver disconosciuto la rilevanza sostanziale e processuale dell'interesse di un'associazione di categoria, il cui intervento era stato dichiarato inammissibile (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per arretramento); in secondo luogo, perché la pronuncia conteneva «una vera e propria nuova disciplina delle concessioni balneari e compiendo apprezzamenti politici del tutto estranei allo statuto costituzionale della funzione giurisdizionale» (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per invasione o sconfinamento nell'attività del legislatore); da ultimo, poiché ritenendo «sempre e comunque certo l'interesse transfrontaliero per ciascuna concessione», unitamente al «requisito della "scarsità" della risorsa naturale», aveva sconfinato nel merito dell'attività amministrativa (c.d. difetto assoluto di giurisdizione per invasione nell'attività dell'amministrazione).

Con sentenza n. 32559 del 2023, le Sezioni Unite della Cassazione accolgono il ricorso per difetto assoluto di giurisdizione

per arretramento, dichiarando assorbiti gli altri motivi ⁽⁶⁰⁾. In realtà, la prospettazione di tale vizio costituisce la via di accesso al ricorso per cassazione, che era stato proposto da un'associazione di categoria estromessa dal giudizio davanti alla plenaria, senza però l'impugnazione della parte principale. In questo caso, i giudici ribadiscono il proprio orientamento che nega all'interventore adesivo un'autonoma legittimazione ad impugnare «salvo che l'impugnazione sia limitata alle questioni specificamente attinenti alla qualificazione dell'intervento o la condanna alle spese imposte a suo carico» ⁽⁶¹⁾. Tuttavia, lo rivedono nella parte in cui nega l'esistenza, in capo a tale soggetto, di «un interesse concreto ed attuale all'impugnazione di affermazioni pregiudizievoli contenute nella sentenza favorevole, qualora svolte in via incidentale e sprovviste della forza vincolante del giudicato» ⁽⁶²⁾. In questo modo, la Cassazione accoglie il ricorso proposto dall'associazione di categoria per diniego di giurisdizione, riconoscendo l'esistenza di una posizione soggettiva qualificata e idonea a ricevere tutela attraverso il processo e, al contempo, ammette la possibilità di estendere il rimedio del ricorso per motivi di giurisdizione anche alle sentenze interpretative dell'adunanza plenaria, che non sempre hanno contenuto decisorio e sono idonee a divenire giudicato. A quest'ultimo riguardo, sulla base di una lettura combinata dei commi 7 e 8 dell'art. 111 Cost., i giudici concludono che tutte le sentenze sono ricorribili per cassazione, a prescindere dal loro carattere decisorio ⁽⁶³⁾.

Superando alcuni precedenti sul requisito della decisorietà, la

⁽⁶⁰⁾ Cass., Sez. Un., 23 novembre 2023, n. 32559, sulla quale si vedano le osservazioni di A. CASSATELLA, *Gli incerti confini di arretramento di giurisdizione: sabbie mobili?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 3, 759 ss.; R. TISCINI, *Cass. civ., Sez. un., 23 novembre 2023, n. 32559 e i motivi inerenti alla giurisdizione*, in *Giur. it.*, 2024, 4, 830 ss.

⁽⁶¹⁾ Cass., Sez. Un., 29 novembre 2019, n. 31266; in senso analogo, Cass., 6 febbraio 2018, n. 2818; 8 luglio 2012, n. 16930; Sez. Un., 17 aprile 2012, n. 5992. Nella giurisprudenza amministrativa, cfr. Cons. Stato, 5 giugno 2018, n. 3409; 22 febbraio 2016, n. 724; 13 febbraio 2017, n. 614; 6 agosto 2013, n. 4121.

⁽⁶²⁾ Ancora Cass., Sez. Un., 29 novembre 2019, n. 31266.

⁽⁶³⁾ Aderendo all'orientamento già espresso da Cass., Sez. Un., 25 luglio 2023, n. 22423.

pronuncia compie alcuni passi avanti nel sindacato sull'eccesso di potere giurisdizionale dopo la chiusura della Corte costituzionale. Ciò nonostante, essa rappresenta l'ennesima conferma della ritrosia della Cassazione a sindacare lo sconfinamento ai danni del legislatore. Se si aderisce alla tesi prospettata, che vede nell'uso dei principi generali e nell'aderenza al caso i confini dei bilanciamenti consentiti al giudice amministrativo, e quindi della discrezionalità interpretativa, non si può non criticare l'atteggiamento di eccessiva cautela mantenuto dai giudici nel cassare la sentenza della plenaria per un motivo diverso rispetto allo sconfinamento. Così come non si può rimanere perplessi di fronte all'ulteriore occasione mancata per allargare le maglie del sindacato sulle sentenze del Consiglio di Stato, rimanendo però nel perimetro tracciato dall'art. 111, comma 8, Cost.

9. Conclusioni.

Prima di concludere lo studio, è opportuno ricapitolare i principali passaggi argomentativi utili a formulare alcune riflessioni finali.

Si sono prese le mosse da un'ordinanza della Cassazione che aveva dichiarato inammissibile un ricorso proposto per motivi di giurisdizione, ritenendo insussistente l'eccesso di potere giurisdizionale del Consiglio di Stato ai danni del legislatore; si è preso atto della ritrosia della Cassazione a sindacare tale vizio e, in particolare, a individuare il confine tra discrezionalità interpretativa e "normazione giudiziaria"; si è visto che, nelle pronunce di rigetto e di inammissibilità, tale reticenza sia stata giustificata con motivazioni di analogo tenore, essenzialmente accomunate dal carattere naturalmente creativo dell'attività interpretativa del giudice; attraverso l'esame della prassi giurisprudenziale, si è verificato che lo sconfinamento del Consiglio di Stato nell'attività del legislatore non costituisce affatto una figura meramente teorica, ma che si è configurata in più di un caso; proprio a partire da questi casi, si è accertato che la Cassazione, invece di delineare i contenuti e i contorni di questa figura, abbia preferito ricorrere al

vizio di rifiuto di giurisdizione, ampliando le maglie dell'eccesso di potere giurisdizionale attraverso una lettura evolutiva dell'art. 111, comma 8, Cost., poi disattesa dalla Corte costituzionale.

Su queste premesse, si è poi proposta una ricostruzione della figura dello sconfinamento nell'attività legislativa partendo dal rapporto tra giudice e legislatore, che l'art. 101, comma 2, Cost. definisce nei termini di primato della legge sulla giurisdizione, e dal modo in cui questo rapporto si è evoluto nel tempo, a causa della trasformazione della funzione del giudice nella società contemporanea.

Si è visto che, con il superamento del positivismo giuridico, il giudice si è trasformato da mero attuatore della legge a "costruttore" della regola da applicare al caso concreto, in conseguenza dell'interpretazione e integrazione dei precetti normativi. Si è descritto il processo di "costruzione" della regola partendo dai caratteri dello Stato costituzionale, individuati nella separazione tra legge, diritti e giustizia, da un lato, e regole e principi, dall'altro. Si è dimostrato che al giudice spetta ricomporre ad unità questa duplice separazione.

Si è visto anche che, nel processo amministrativo, il giudice deve ricercare nell'ordinamento i parametri normativi in base ai quali verificare la legittimità della singola decisione amministrativa. Sempre più spesso egli deve colmare le lacune oppure integrare precetti normativi ambigui o vaghi attraverso il ricorso ai principi generali. Tali principi perfezionano l'operazione di "costruzione" della regola da applicare al caso concreto, integrandola e mitigandone la rigidità alla ricerca di un "diritto giusto". In questo modo, il giudice ricompone quella separazione tra legge, diritti e giustizia attraverso un'applicazione combinata di regole e principi.

Si è ascritta questa operazione entro la tecnica di bilanciamento di cui il giudice amministrativo si avvale quando una rigida applicazione del parametro normativo al caso concreto può comportare una lesione a uno o più beni fondamentali protetti dalla Costituzione, dai Trattati europei o dalle Carte dei diritti. In

questi casi, il giudice dovrebbe limitarsi a praticare interpretazioni conformi alla Costituzione o, quantomeno, ricorrere a orientamenti consolidati della Corte costituzionale per definire la gerarchia dei valori e, ove non sia possibile, sollevare la questione di legittimità costituzionale. Se ciò non accade, ossia se il giudice “usa” il caso e, per risolverlo, entra nel merito delle scelte valoriali compiute in sede politica, ridefinendo l’assetto di interessi al di fuori del circuito rappresentativo e compiendo nella sentenza un bilanciamento che non gli è consentito (e che andrebbe riservato alla legge), la discrezionalità interpretativa si trasforma, inevitabilmente, in illegittima “normazione giudiziaria”.

Così ricostruita la figura dell’eccesso di potere giurisdizionale ai danni del legislatore, è ora possibile svolgere alcune considerazioni sull’ordinanza della Cassazione dalla quale ha avuto origine lo scritto. La dichiarazione di inammissibilità è un riflesso dell’orientamento restrittivo seguito dalla giurisprudenza a partire dalla sentenza n. 6 del 2018 della Corte costituzionale, che, come si è visto, è intervenuta a circoscrivere la portata dell’art. 111, comma 8, Cost. Ciò non toglie che la Cassazione abbia perso l’ennesima per precisare i contenuti del vizio, soprattutto nell’ambito di una vicenda dove vengono chiaramente in rilievo il contenuto e i confini dell’attività ermeneutica del giudice amministrativo.

Pur attenendo a questioni interpretative, i vizi denunciati rivelano, da un lato, il bisogno di tutela delle situazioni soggettive lese, che i precedenti gradi di giudizio non sono riusciti ad assicurare, dall’altro, i limiti del sindacato della Cassazione, ulteriormente ristretto dall’intervento della Corte costituzionale.

Per quanto riguarda la violazione dell’art. 130, comma 3, lett. c), c.p.a. nella parte in cui la notifica del ricorso e del decreto di fissazione dell’udienza non era stata perfezionata nei confronti di alcuni consiglieri eletti, è evidente che il Consiglio di Stato non tiene conto dei criteri enunciati dall’art. 12 disp. prel. c.c., che obbligano il giudice a non attribuire al testo normativo altro senso che quello fatto palese dal significato proprio delle parole secondo la connessione di esse e della *ratio legis*. Tale norma

esprime una chiara preferenza valoriale per il diritto di elettorato attivo e passivo sancito dagli artt. 48 e 51, comma 1, Cost., che tutela, sul piano processuale, stabilendo che gli interessati, ossia gli eletti, siano tutti posti nella condizione di conoscere eventuali contestazioni degli esiti elettorali. Ciò trova conferma nella scelta del legislatore di inserire l'inciso «alle altre parti che vi hanno interesse» prima della formula classica «e comunque ad almeno un controinteressato», che compare anche nell'art. 41, comma 2, c.p.a., proprio per segnare una distinzione fra le due norme, in ragione della specialità del rito elettorale rispetto a quello ordinario.

Ritenendo sufficiente la notifica ad almeno un controinteressato, il Consiglio di Stato ha finito per interpretare la disposizione alla luce dei principi generali in tema di notifica del ricorso nel rito ordinario, senza tenere conto della specialità del rito elettorale.

Per quanto riguarda, invece, gli errori nella conduzione dell'istruttoria e il travisamento delle risultanze probatorie, è innegabile che si traducano in un diniego di giustizia, considerato che allo stato attuale manca un terzo grado di giudizio nel sistema di giustizia amministrativa.

Il problema di fondo è che un ricorso per Cassazione limitato «ai soli motivi inerenti alla giurisdizione», per il modo in cui si è andato configurando negli anni, non sempre appare idoneo ad assicurare, sul piano della tutela, agli interessi legittimi e ai diritti soggettivi quella pari dignità che la Costituzione attribuisce ad essi sul piano sostanziale.

VIVIANA DI CAPUA

ABSTRACT: L'eccesso di potere giurisdizionale costituisce, ancora oggi, una delle questioni più controverse e dibattute del diritto processuale amministrativo. Oltre all'ambiguità delle formule normative, che certamente ha agevolato la formazione di prassi giurisprudenziali non sempre lineari nell'individuazione delle sue varie manifestazioni, la ragione principale delle incertezze deriva dal rapporto tra Corte di Cassa-

zione e Consiglio di Stato, di cui l'eccesso di potere giurisdizionale appare il riflesso più concreto. Tra le varie manifestazioni di eccesso di potere giurisdizionale che sono state catalogate dalla giurisprudenza della Cassazione, lo sconfinamento del giudice amministrativo nella sfera di attribuzioni riservata al legislatore appare quasi avvolta da un alone di mistero. Qualificata spesso come un'ipotesi quasi surreale, la figura non è mai stata precisata nei contenuti, rivelando una forte ritrosia della Cassazione a stabilire i confini della discrezionalità interpretativa del giudice amministrativo. Partendo da un'ordinanza di inammissibilità di un ricorso per cassazione per sconfinamento del Consiglio di Stato nell'attività del legislatore, l'indagine si propone di verificare se effettivamente si tratti di una figura più mitologica che reale e di stabilire quando la discrezionalità interpretativa celi una (illegittima) "normazione giudiziaria".

ABSTRACT: *Excess jurisdictional power constitutes, even today, one of the most controversial and debated issues in administrative procedural law. In addition to the ambiguity of the normative formulas, which has certainly facilitated the formation of jurisprudential practices that are not always linear in the identification of its various manifestations, the main reason for the uncertainties stems from the the nature and dynamics of the relationship between the Supreme Court and the Council of State, of which excess of jurisdictional power appears to be the most concrete reflection. Among the various manifestations of excess of jurisdictional power that have been catalogued by the jurisprudence of the Supreme Court, the encroachment of the administrative judge into the sphere of attributions reserved for the legislature appears almost shrouded in a halo of mystery. Often qualified as an almost surreal hypothesis, the figure has never been specified in content, revealing a strong reluctance of the Supreme Court to establish the boundaries of the administrative judge's interpretive discretion. Starting from an order of inadmissibility of a cassation appeal due to the Council of State's encroachment on the activity of the legislature, the investigation aims to ascertain whether it is indeed a more mythological than real figure and to establish when interpretive discretion conceals an (illegitimate) "judicial normalization".*

Dimensione individuale, collettiva e politica del processo civile per i danni ambientali e climatici

di FILOMENA SANTAGADA

SOMMARIO: 1. Gli elementi di disciplina del danno ambientale. — 2. Il danno da cambiamento climatico e il ruolo del processo. — 3. La *climate change litigation*. — 4. Il ruolo degli strumenti di tutela collettiva nell'ambito della *climate change litigation*. — 5. L'utilizzabilità dell'azione di classe risarcitoria per i danni ambientali e per i danni climatici.

1. Gli elementi di disciplina del danno ambientale.

La crescente consapevolezza dell'emergenza climatica in atto sollecita la riflessione del giurista sotto più punti di vista. Nell'ottica dello studioso di diritto civile, uno dei temi di particolare interesse in questo ambito è quello della individuazione del meccanismo di tutela più efficace per reagire ai danni derivanti dal cambiamento climatico ⁽¹⁾.

In assenza di una disciplina specifica sul punto, occorre prendere le mosse dalla legislazione dettata in materia ambientale e dalla cospicua elaborazione dottrinale e giurisprudenziale in materia, che rappresentano un imprescindibile parametro di riferimento, pur nella consapevolezza dell'impossibilità di una mera sovrapposizione tra danno da cambiamento climatico e danno ambientale, tenuto conto delle specificità del primo rispetto al secondo ⁽²⁾. Basti solo riflettere sul fatto che la rilevanza globale

⁽¹⁾ In generale sulla centralità odierna dei temi dell'ambiente e del clima v. N. LIPARI, *Premesse per un diritto civile dell'ambiente*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 209 ss.

⁽²⁾ Su questi profili, senza pretesa di completezza, cfr. M. MAGRI, *Il 2021 è stato l'anno della "giustizia climatica"?*, in *Ambientediritto.it*, 2021, 4, 4, che parla di "emanipazione" della questione climatica da quella ambientale, stante la gravità dell'emergen-

dei cambiamenti climatici rispetto a quella meramente locale del degrado ambientale implica il coinvolgimento di interessi e posizioni giuridiche diversificate, con conseguente incidenza sulle regole in materia di legittimazione ad agire (oltre che di legittimazione passiva) e sui rimedi esperibili.

Partiamo dall'elemento noto, il danno ambientale ⁽³⁾, cioè il danno che afferisce al «bene immateriale unitario» ambiente, così come definito dalla giurisprudenza costituzionale ⁽⁴⁾, che consi-

za e la minaccia per la sopravvivenza; C. TENELLA SILLANI, *Il danno climatico e ambientale tra tutela individuale e collettiva*, in *Cambiamento climatico, sostenibilità e rapporti civili. Atti del 17° Convegno Nazionale della AISDC*, Napoli, 2024, 207 ss. D. PORENA, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, 2023, 3, 192 s., per il quale il diritto ambientale e la giustizia climatica appartengono ad ambiti concettuali diversi, seppur legati tra loro. Secondo l'A., al concetto di ambiente viene di norma associata l'idea di *habitat* naturale in cui vive l'uomo. Alla nozione di danno ambientale si attribuisce il significato di «danno, oggettivo e misurabile, localizzato in una o più delle sue componenti ..., [e, avente, sotto il profilo temporale,] requisiti di attualità e concretezza». Il clima, invece, costituisce un insieme di fenomeni naturali, che, complessivamente considerati, svolgono una «funzione di regolazione delle interrelazioni ecosistemiche ... distribuita lungo lo svolgersi del tempo e il danno ad essa causato ... [sfugge] a esatte delimitazioni territoriali [e] non può che essere rilevato lungo una prospettiva necessariamente diacronica»; M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della "giustizia climatica"*, in *DPCE online*, n. 2020, 2, 1346 ss.; F. FRANCESCHELLI, *L'impatto dei cambiamenti climatici nel diritto internazionale*, Napoli, 2019, 29; F. FONTANAROSA, *Climate Changes Damages: una analisi comparativa del diritto al clima tra ipotesi di responsabilità e fattispecie risarcitorie*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2020, 2, 55 (disponibile anche su <https://doi.org/10.13135/1128-322X/6136>); M.C. ZARRO, *Danno da cambiamento climatico e funzione sociale della responsabilità civile*, Napoli, 2022, 54.

⁽³⁾ Corrispondente a quello che la dottrina francese chiama «*préjudice écologique pur*»: su tale aspetto, senza pretesa di completezza, si rimanda a C. HUGLO, *La notion de réparation du préjudice écologique à l'épreuve du droit administratif*, in *Énergie – Environnement – Infrastructures*, 2016, n. 11, *étude* 21; L. NEYRET, *Introduction de la problématique. Le préjudice écologique: hier, aujourd'hui, demain*, in *Environnement*, 2014, n. 10, dossier 4.

⁽⁴⁾ V. Corte cost. 30 dicembre 1987, n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, 694 ss., con nota di F. GIAMPIETRO, *Il danno all'ambiente innanzi alla Corte costituzionale*, ove si afferma che l'ambiente costituisce un «bene immateriale unitario, sebbene a varie componenti, ciascuna delle quali può anche costituire, isolatamente e separatamente, oggetto di cura e di tutela; ma tutte, nell'insieme, sono riconducibili ad unità. Il fatto che l'ambiente possa essere fruibile in varie forme e differenti modi, così come possa essere oggetto di varie norme che assicurano la tutela dei vari profili in cui si estrinseca, non fa venir meno e non intacca la sua natura e la sua sostanza di bene unitario che l'ordinamento prende in considerazione. L'ambiente è protetto come elemento determinativo della qualità della vita. La sua protezione non persegue astratte

ste, secondo quanto previsto dall'art. 300, co. 1, c. amb. (d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152), sulla falsariga delle indicazioni provenienti dalla direttiva 2004/35/CE ⁽⁵⁾, in «*qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima*» ⁽⁶⁾.

A fronte di un danno ambientale, il codice dell'ambiente prevede un regime di tutela dualistico, distinguendo tra le misure (amministrative) di ripristino ambientale (artt. 305 ss.) e le azioni risarcitorie in forma specifica davanti al giudice ordinario ⁽⁷⁾

finalità naturalistiche o estetizzanti, ma esprime l'esigenza di un habitat naturale nel quale l'uomo vive ed agisce e che è necessario alla collettività e, per essa, ai cittadini, secondo valori largamente sentiti; è imposta anzitutto da precetti costituzionali (artt. 9 e 32 Cost.), per cui esso assurge a valore primario ed assoluto». In ragione di ciò, l'ambiente, pur qualificandosi come diritto fondamentale della persona e interesse fondamentale della comunità, non può essere oggetto di una situazione sostanziale di tipo appropriativo; esso piuttosto va ricondotto sotto le insegne dei beni collettivi, fruibili da tutti *uti cives*. In dottrina, favorevoli a una concezione unitaria dell'ambiente cfr. P. PERLINGIERI, *Presentazione*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, Napoli, 1991, 5; L. BIGLIAZZI GERI, *L'art. 18 della legge n. 349 del 1986 in relazione all'art. 2043 ss. c.c.*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale*, cit., 80 ss.; C. TENELLA SILLANI, *Responsabilità per danno ambientale*, *Dig. disc. priv., Sez. civ.*, XVII, Torino, 1998, 383. In senso diverso, favorevoli ad una concezione pluralistica dell'ambiente, M.S. GIANNINI, *Ambiente: saggio sui diversi significati giuridici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1973, 15 e 36; M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno ambientale*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale*, cit., 29; S. GRASSI, *Ambiente e Costituzione*, in *Riv. quadr. dir. amb.*, 2017, 8 s.

⁽⁵⁾ La Direttiva richiamata nel testo è stata recepita nel nostro ordinamento con il d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152 (Codice dell'ambiente).

⁽⁶⁾ Il co. 2 dell'articolo richiamato nel testo precisa ulteriormente che «*Ai sensi della direttiva 2004/35/CE costituisce danno ambientale il deterioramento, in confronto alle condizioni originarie, provocato: a) alle specie e agli habitat naturali protetti dalla normativa nazionale e comunitaria ...; b) alle acque interne, mediante azioni che incidano in modo significativamente negativo su: 1) lo stato ecologico, chimico o quantitativo o il potenziale ecologico delle acque interessate ... oppure; 2) lo stato ambientale delle acque marine interessate ...; c) alle acque costiere ed a quelle ricomprese nel mare territoriale mediante le azioni suddette, anche se svolte in acque internazionali; d) al terreno, mediante qualsiasi contaminazione che crei un rischio significativo di effetti nocivi, anche indiretti, sulla salute umana a seguito dell'introduzione nel suolo, sul suolo o nel sottosuolo di sostanze, preparati, organismi o microrganismi nocivi per l'ambiente*».

⁽⁷⁾ Coerentemente con gli obiettivi perseguiti dalla direttiva 2004/35/CE, i rimedi risarcitori hanno una funzione essenzialmente riparatoria, finalizzata al recupero e al ripristino dello stato dei luoghi, ovvero all'introduzione di utilità sostitutive di quelle perdute: U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 254.

(art. 311), entrambe attribuite all'iniziativa del Ministro dell'ambiente. Questi ha l'alternativa tra l'azione giudiziale per il risarcimento del danno ambientale, in sede civile o in sede penale, e l'emanazione di un'ordinanza immediatamente esecutiva, con la quale il responsabile viene intimato a provvedere al ripristino ambientale, entro un termine prefissato, a titolo di risarcimento in forma specifica ⁽⁸⁾. Qualora il responsabile non provveda in tal senso, il Ministro dell'ambiente determina i costi delle attività necessarie a conseguire la completa attuazione delle misure di ripristino non realizzate e, al fine di procedere alla realizzazione delle stesse, con ordinanza ingiunge il pagamento delle somme corrispondenti. Entrambe le ordinanze possono essere impugnate davanti al giudice amministrativo. L'art. 315 c. amb. ha cura di precisare che l'adozione dell'ordinanza di ripristino ambientale da parte del Ministro impedisce a quest'ultimo di proporre o di procedere ulteriormente nel giudizio per il risarcimento del danno

⁽⁸⁾ Si segnala che, nella formulazione originaria, dell'art. 311, co. 2, c. amb., erano previste, oltre alle azioni risarcitorie in forma specifica, anche quelle risarcitorie per equivalente, utilizzabili, come misura sostitutiva, qualora l'effettivo ripristino o l'adozione di misure di riparazione, complementare o compensativa, fossero in tutto o in parte omessi, impossibili o eccessivamente onerosi ai sensi dell'art. 2058 c.c., o comunque attuati in modo incompleto o difforme rispetto a quanto prescritto. A seguito di due procedure di infrazione che la Commissione europea ha avviato, rispettivamente nel 2007 e nel 2012, nei confronti dello Stato italiano, poiché non aveva adeguatamente inteso la Direttiva 2004/35/CE (su cui si rimanda, per maggiori dettagli, a M.C. ZARRO, *Danno da cambiamento climatico*, cit., 67 ss.), il riferimento al risarcimento per equivalente patrimoniale contenuto nell'art. 311 c. amb. è stato eliminato (art. 25, l. 6 agosto 2013, n. 97) e il testo della disposizione è stato conformato al dettato della Direttiva del 2004, il cui Allegato 2 (punti 1.2.3.) stabilisce che «*Se non è possibile usare, come prima scelta, i metodi di equivalenza risorsa-risorsa o servizio-servizio, si devono utilizzare tecniche di valutazione alternative. L'autorità competente può prescrivere il metodo, ad esempio la valutazione monetaria, per determinare la portata delle necessarie misure di riparazione complementare e compensativa. Se la valutazione delle risorse e/o dei servizi perduti è praticabile, ma la valutazione delle risorse naturali e/o dei servizi di sostituzione non può essere eseguita in tempi o a costi ragionevoli, l'autorità competente può scegliere misure di riparazione il cui costo sia equivalente al valore monetario stimato delle risorse naturali e/o dei servizi perduti*». In questo contesto, il criterio della monetizzazione è utilizzato soltanto come strumento per identificare le misure volte alla riparazione complementare e compensativa riparatorie, ma non per calcolare il *quantum* del risarcimento per equivalente.

ambientale, residuando soltanto la possibilità dell'intervento nel giudizio penale in qualità di persona offesa dal reato.

A fronte della legittimazione ad agire riservata all'autorità governativa, onde semplificare e rendere più efficiente l'operazione rimediabile, l'art. 309 c. amb. attribuisce agli enti territoriali, che, ai sensi del previgente art. 18, co. 3, l. 8 luglio 1986, n. 349, erano dotati anch'essi, unitamente allo Stato, della legittimazione ad agire per il risarcimento del danno, la legittimazione a presentare denunce e osservazioni concernenti qualsiasi caso di danno ambientale o di assoluta minaccia, richiedendo l'intervento statale, e, a protezione della propria collettività, la legittimazione ad agire in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti o dei provvedimenti illegittimi o contro il silenzio-inadempimento del Ministro dell'ambiente e per il risarcimento del danno subito, non già a causa dell'illecito ambientale, ma per effetto del ritardo, da parte del Ministro medesimo, nell'attivazione delle misure di precauzione, di prevenzione o di contenimento del danno ambientale. (art. 310 c. amb.) ⁽⁹⁾.

Quanto alle associazioni ambientaliste, l'art. 18 l. n. 349/1986 nel testo attualmente vigente, riconosce loro, se rispondenti ai requisiti previsti dalla legge ⁽¹⁰⁾, la possibilità di intervenire nei

⁽⁹⁾ Sul cambio di rotta avvenuto nel Codice dell'ambiente rispetto alla previgente disciplina (l. 8 luglio 1986, n. 349), da un sistema di tutela giurisdizionale diffusa, essendo riconosciuta l'azione di risarcimento anche agli enti territoriali sui quali incidessero i beni oggetto del fatto lesivo, ad un sistema di tutela esclusivo, si rimanda alle considerazioni svolte da M. COLLEVECCHIO, *Danno ambientale e misure di tutela*, in B. CARAVITA L. CASSETTI A. MORRONE (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Bologna, 2016, 338 ss. Sulle ragioni sottese a tale mutamento, cfr. Corte cost. 1° giugno 2016, n. 126, in *Foro it.*, 2016, 3409 ss., secondo cui, stante la scelta di attribuire alla sola amministrazione statale le funzioni amministrative al fine di assicurare che l'esercizio dei compiti di prevenzione e riparazione del danno ambientale risponda a criteri di uniformità e unitarietà, atteso che il livello di tutela ambientale non può variare da zona a zona e considerato anche il carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici, «all'esigenza di unitarietà della gestione del bene "ambiente" non può... sottrarsi la fase risarcitoria. Essa, pur non essendo certo qualificabile come amministrativa, ne costituisce il naturale completamento, essendo volta a garantire alla istituzione su cui incombe la responsabilità del risanamento, la disponibilità delle risorse necessarie, risorse che hanno appunto questa specifica ed esclusiva destinazione».

⁽¹⁰⁾ Si tratta delle associazioni di protezione ambientale a carattere nazionale e quelle presenti in almeno cinque regioni individuate con decreto del Ministro dell'am-

giudizi per danno ambientale promossi dallo Stato, in virtù di una legittimazione propria ⁽¹¹⁾, e di ricorrere in sede di giurisdizione amministrativa per l'annullamento degli atti illegittimi.

Infine, tenuto conto del fatto che la lesione del bene ambiente può dar luogo a una condotta plurioffensiva ⁽¹²⁾, suscettibile di ledere non solo l'integrità dell'ambiente naturale, ma anche diritti soggettivi la cui utilità riposi su di essa, l'art. 313, co. 7, c. amb. fa salvo il diritto dei «*soggetti danneggiati dal fatto produttivo di danno ambientale nella loro salute o nei beni di loro proprietà*» di agire in giudizio nei confronti del responsabile a tutela dei diritti o degli interessi lesi ⁽¹³⁾. A tal proposito, peraltro, è stata rilevata l'ambiguità della norma che, da un lato, estende l'ambito della tutela dei privati dai diritti soggettivi agli interessi, e dall'altro, accoglie un principio di segno opposto, nella misura in cui circoscrive o tipizza il danno ingiusto a posizioni garantite dall'ordinamento, quali la proprietà e la salute ⁽¹⁴⁾.

biente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna: art. 13, co. 1, l. n. 349/1986.

⁽¹¹⁾ V. le considerazioni svolte con riguardo alla previgente disciplina consumistica da E. BATELLI, *Intervento adesivo delle associazioni dei consumatori, quali enti esponenziali d'interessi collettivi e diffusi*, in *Società*, 2016, 1022 ss., esportabili in questo contesto, secondo cui le associazioni ambientaliste godrebbero di una legittimazione propria, autonoma, conferita dalla legge. Tali enti esponenziali, secondo l'A., sarebbero titolari del solo «*diritto giudiziario di azione*».

⁽¹²⁾ In tal senso v. E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, 1109; G. BONATO, *La tutela dell'ambiente secondo la l. n. 349 del 1986*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003, 314 ss.

⁽¹³⁾ V. in argomento A. GIUSSANI, *Giustizia civile e tutela dell'ambiente: una pagina ancora da scrivere?*, in M.A. LUPOI (a cura di), *Emergenze ambientali e tutela giuridica*, Santarcangelo di Romagna, 2017, 191 ss., secondo cui tale residua interferenza della giurisdizione civile si rende necessaria tutte le volte in cui vi sia «una condotta plurioffensiva, tale da ledere, oltre all'integrità dell'ambiente naturale, diritti soggettivi la cui utilità su di essa riposi».

⁽¹⁴⁾ U. SALANITRO, *Danni temporanei all'ambiente e tutela degli interessi privati: un problema di ingiustizia del danno*, in *Danno e resp.*, 2008, 418. Il medesimo A., in altra sede, precisa che gli interessi cui fa riferimento la disposizione richiamata nel testo, risarcibili secondo le regole generali della responsabilità civile, sono gli «interessi privati». E il «danno ambientale» ivi richiamato non consiste in un danno all'ambiente, ma in un «danno ad interessi privati derivante dall'ambiente (ovverosia dall'alterazione

Peraltro, prendendo le mosse dalla richiamata disposizione, è stato sollevato il dubbio se, attraverso la dilatazione del diritto alla salute fino alla tutela del diritto all'ambiente salubre⁽¹⁵⁾, sia possibile consentire l'attivazione della tutela risarcitoria anche in assenza di una lesione alla salute dell'individuo, alla sola condizione che sia degradata la salubrità dell'ambiente di vita e di lavoro⁽¹⁶⁾. E ancora, se la sfera tutelata riguardi solo le ipotesi in cui l'illecito ambientale abbia determinato un pregiudizio al godimento della sfera esclusiva del soggetto, ovvero ricomprenda anche i casi in cui si lamenti specificamente la perdita di salubrità di ambienti non esclusivi⁽¹⁷⁾.

Proprio facendo leva sulla possibilità da ultimo menzionata, la giurisprudenza ha riconosciuto il risarcimento del danno non patrimoniale – consistente nel patema d'animo e nella sofferenza interna – ai soggetti vittime del disastro ambientale di Seveso⁽¹⁸⁾,

dell'ambiente) con riferimento al quale nel sistema della responsabilità civile si pongono peculiari problemi attinenti al nesso causale e all'imputazione della responsabilità»: ID., *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, 8.

⁽¹⁵⁾ Su tale concetto, per tutti, si rimanda ai tradizionali studi di G. ALPA, *Il diritto soggettivo all'ambiente salubre: nuovo diritto o espediente tecnico?*, in L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, cit., 3 ss.; F. GIAMPIETRO, *Diritto alla salubrità dell'ambiente*, Milano, 1980, *passim*. Per una rinnovata riflessione su questo concetto alla luce della modifica degli artt. 9 e 41 Cost., cfr. U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 241 ss.

⁽¹⁶⁾ Così U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, cit., 250 ss., evocando un modello che sembra trovare riscontro nell'esperienza sovranazionale della Corte di Strasburgo, tramite il ricorso allo schermo del diritto alla vita privata e familiare, ai sensi dell'art. 8 CEDU (Corte EDU, Sez. II, 10 gennaio 2012, Di Sarno e altro c. Italia, in *Riv. giur. amb.*, 2012, 407 ss.).

⁽¹⁷⁾ In termini, cfr. Cass., Sez. un., 28 giugno 2013, n.16304, in *Riv. giur. amb.*, 2014, I, 45 ss., in una fattispecie in cui il privato lamentava, a causa del mancato prelievamento dei rifiuti nelle vicinanze della propria abitazione, di essere costretto «a convivere con zanzare tigre e a rinunciare a lunghe passeggiate, recarsi in piazza e alle celebrazioni religiose e quindi a cambiare abitudini di vita, anche per lo stazionamento di cani randagi»; Cass., Sez. Un., 23 giugno 1989, n. 2999, in *Giur. it.*, 1990, I, 1, 817 ss., ove venivano richiesti interventi a tutela della salute da coloro che lamentavano l'insalubrità del vicino mercato rionale e immissioni intollerabili. Per un'analisi della giurisprudenza relativa al caso richiamato nel testo si rimanda a B. VERRI, *Responsabilità civile e profili risarcitori del danno da illecito ambientale: il caso Seveso*, in M.A. LUPOI (a cura di), *Emergenze ambientali e tutela giuridica*, cit., 225 ss.

⁽¹⁸⁾ V. Cass., Sez. Un., 21 febbraio 2002, n. 11059, in *Riv. giur. amb.*, 2002, 947

i quali, pur senza conseguenze per la salute, sono stati costretti a sottoporsi per anni a controlli medici periodici, a causa della relazione con i luoghi interessati dall'evento dannoso, con timori per la propria salute, incertezza sulle conseguenze dell'esposizione e remore e difficoltà a sviluppare relazioni con altri soggetti non colpiti dall'evento. E, qualche anno più tardi, anche a coloro che, pur senza un danno apparente alla salute, sono stati esposti a emissioni elettromagnetiche entro gli standard legali, ma al di sopra degli *standard* di precauzione ⁽¹⁹⁾.

Muovendosi lungo questa traiettoria, una parte della dottrina, relativamente a un'ipotesi di confine tra il danno alle utilità collettive, oggetto della disciplina della responsabilità ambientale (lesione di interessi pubblici), e il danno alle utilità individuali, oggetto della disciplina della responsabilità civile ⁽²⁰⁾ (lesione di interessi privati) ⁽²¹⁾, si è interrogata in ordine alla riconducibilità

ss., con nota di B. Pozzo; e in *Corr. giur.*, 2002, 461 ss., con nota di G. DE MARZO; Cass. 13 maggio 2009, n. 11059, in *Giust. civ.*, 2010, 93 ss., con nota di P. FIMIANI; e in *Riv. giur. amb.*, 2009, 1008 ss., con nota di E. POMINI, che ha ammesso la risarcibilità del danno non patrimoniale, ravvisato nel patema d'animo e nella sofferenza interna indotti a ciascun cittadino dalla preoccupazione per il proprio stato di salute dopo la consumazione di un reato di disastro ambientale.

⁽¹⁹⁾ Trib. Venezia, 19 febbraio 2008, n. 441, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 1064 ss., con nota di R. GELLI.

⁽²⁰⁾ F.G. TRÉBULLE, *La consécration de l'accueil du préjudice écologique dans le Code civil*, in *Énergie – Environnement – Infrastructures*, 2016, n. 1, étude 20, § 7.

⁽²¹⁾ La distinzione tra danno individuale e quota individuale del danno comune è semplice in presenza di un danno alla salute o di un danno materiale a cose oggetto di un proprio diritto, cagionato direttamente e parallelamente al danno ai beni ambientali. Risulta invece problematica quando vi sia il pregiudizio all'esercizio di un'attività economica che abbia una speciale relazione con il sito inquinato: così, ad esempio, nel caso di diminuito flusso turistico e di conseguente danno per alberghi e ristoranti della zona. In situazioni del genere, il danno all'attività dell'albergo o del ristorante non deriva direttamente dall'azione illecita, ma è una conseguenza del danno all'ambiente. Si tratta di una conseguenza ulteriore, rispetto alla quale rileva sia l'esigenza di porre un limite a una moltitudine di pretese, sia quella di evitare che, data la limitazione della capacità patrimoniale del danneggiante, il concorso con un gran numero di danneggiati "di rimbalzo" ponga in pericolo l'effettivo risarcimento del danno immediato e diretto dell'ente pubblico portatore dell'interesse collettivo e dei soggetti che hanno subito un danno fisico a persone o cose. La formula della legge, che consente l'esercizio di azioni di responsabilità civile solo ai soggetti danneggiati nella salute o nella proprietà (art. 313, co. 7, cod. amb.), sembra escludere, secondo P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile: atti, illecito, rischio*

all'una o all'altra disciplina della «*quota individuale del danno collettivo*» (22), ossia quel danno derivante dalla perdita di utilità collettive, che non deriva direttamente dall'azione illecita, ma è mediato dal danno all'ambiente (23).

Se si ammette che il diritto alla vita privata e familiare possa essere leso dal degrado dell'ambiente esterno alla propria dimora (24), non si può non riconoscere – secondo la richiamata dottrina – la risarcibilità del danno patrimoniale causato agli operatori, ad esempio, quelli ittici o turistici, dal degrado delle risorse naturali (25). In entrambe le vicende ricorrono i medesimi presupposti: vi è una lesione esterna alla sfera di godimento esclusivo del singolo, cionondimeno la perdita di utilità ambientali (collettive) non determina un vero e proprio pregiudizio, quanto piuttosto il venir meno di externalità positive, di vantaggi — derivanti, in via riflessa, dalla lesione di altro bene e dalla perdita dell'utilità che la risorsa lesa ha offerto a tutta la collettività — di cui il singolo ha fino a quel momento goduto senza sostenere alcun costo specifico (26). In situazioni del genere, in assenza di una disciplina della responsabilità ambientale, sarebbe ragionevole tutelare chi non ha una posizione di godimento esclusivo — cioè gli interessati al godimento delle utilità ambientali — al fine di evitare che la per-

danno, Milano, 2021, 62 s., la risarcibilità del danno subito nell'esercizio di un'attività che abbia una speciale relazione con l'illecito ambientale.

(22) Per tale definizione si rimanda a P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 62.

(23) Ad esempio, il danno derivante a un albergo o a un operatore ittico rispettivamente dal diminuito flusso turistico o dalla minore pescosità del mare, a causa della vicinanza a un sito inquinato a causa di un illecito ambientale.

(24) V. *supra* nt. 13.

(25) Così, ad esempio, nel caso in cui i turisti siano dissuasi a frequentare l'albergo a causa delle cattive condizioni di balneabilità delle acque dovute all'illecito ambientale.

(26) Cfr. U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, cit., 263 s.; ID., *L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei: profili sistematici della responsabilità per danno ambientale*, in *Nuove leggi civili. comm.*, 808 ss.; ID., *Danni temporanei all'ambiente e tutela degli interessi privati*, cit., 418, con riferimento ad una vicenda giurisprudenziale in cui si dibatteva in ordine all'ascrivibilità della perdita temporanea delle utilità assicurate dalle risorse naturali tra le voci risarcibili come danno ambientale e alla rilevanza, sotto il profilo dell'ingiustizia, del danno patrimoniale subito da un privato. a un bene in proprietà o ad un'attività economica, a causa della stessa perdita temporanea di utilità ambientali.

dita delle utilità derivanti dalle risorse ambientali resti non risarcita, e riconoscere l'azionabilità della quota individuale del danno collettivo da parte degli enti esponenziali della collettività (27) e/o dei singoli secondo la disciplina generale della responsabilità civile (art. 2043 c.c.) (28), ottenendo anche un effetto deterrente nei confronti dei potenziali autori di illeciti ambientali (29). Tenuto conto, però, che nel nostro ordinamento è vigente un modello di responsabilità ambientale che obbliga l'autore dell'illecito alla riparazione tanto delle risorse naturali quanto delle utilità che da tali risorse trae la collettività (30), che soddisfa l'interesse della collettività di avvalersi delle esternalità positive prodotte dal bene ambientale, viene meno l'esigenza di applicare le regole generali della responsabilità civile in relazione ai danni subiti dai fruitori delle medesime utilità, stante la pervasività e l'esclusività della disciplina della responsabilità ambientale. Tale soluzione, secondo la richiamata dottrina, ha il pregio di scongiurare il rischio di incapacienza del patrimonio dell'autore dell'illecito per coprire il costo del ripristino di quella risorsa che può restituire alla collettività il godimento delle utilità ambientali, a causa della concorrenza della pluralità di domande di coloro che hanno perduto il godimento delle utilità ambientali derivanti dalla risorsa naturale

(27) I quali, come si è detto, a seguito dell'attuazione della direttiva europea, vedono circoscritto il proprio ruolo alla fase inibitoria, all'intervento davanti al giudice penale e all'azione davanti al giudice amministrativo per l'annullamento degli atti illegittimi.

(28) In questo senso v. M. LIBERTINI, *La nuova disciplina del danno all'ambiente e i problemi generali del diritto all'ambiente*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 570 ss., per il quale la disciplina generale della responsabilità civile legittima chi ha subito perdite patrimoniali o non patrimoniali ad agire per il risarcimento del danno quando l'autore dell'illecito abbia violato le normative poste a tutela dell'ambiente.

(29) Così U. SALANITRO, *L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei*, cit., 810.

(30) La distruzione delle utilità ambientali è riparata con misure che tengono conto degli interessi delle diverse categorie di fruitori dell'ambiente, secondo un modello di riparazione adeguato alla perdita di valori non appropriabili in maniera esclusiva: cfr. U. SALANITRO, *L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei*, cit., 810 ss., per il quale «se la diminuzione di pescosità delle acque viene compensata introducendo utilità sostitutive a favore della comunità dei pescatori, si soddisfa quell'esigenza, che trova fondamento nelle stesse discipline ambientali, di riconoscere tutela all'interesse della collettività di avvalersi delle esternalità prodotte dal bene ambientale».

(³¹), e di evitare la duplicazione del risarcimento, laddove la perdita delle utilità ambientali venga risarcita una prima volta alla collettività nel suo complesso e una seconda volta ai singoli componenti della collettività (³²).

Al di là dell'articolato dibattito dottrinario e giurisprudenziale, ciò che si ricava dal dato normativo è che l'azione giudiziale per il risarcimento del danno ambientale, volta a ristorare un'utilità aggregata e non divisibile, è appannaggio esclusivo dello Stato, in persona del Ministro dell'ambiente (³³), sia perché tecnicamente più adatto a valutare le priorità e la diversa rilevanza degli interessi lesi, sia perché esso può anche intraprendere, in alternativa alla via giudiziaria, quella amministrativa, adottando un'ordinanza immediatamente esecutiva. Tale attribuzione trova il suo fondamento, secondo la Corte costituzionale (³⁴), (i) «nella funzione dello Stato a tutela della collettività», (ii) nella circostanza che l'esercizio dei compiti di prevenzione e di riparazione del danno deve rispondere a «criteri di uniformità e unitarietà» (³⁵), e ancora (iii) nel fatto che la gestione unitaria del danno ambientale è resa necessaria alla luce del «carattere diffusivo e transfrontaliero dei problemi ecologici» (³⁶).

Un simile assetto suscita peraltro valutazioni divergenti.

C'è chi ritiene che la scelta del legislatore di circoscrivere la legittimazione ad agire per il risarcimento dei danni ambientali in capo allo Stato trovi «serie giustificazioni» (³⁷). E chi, invece, è dell'avviso

(³¹) P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 62 s.

(³²) U. SALANITRO, *L'evoluzione dei modelli di tutela dell'ambiente alla luce dei principi europei*, cit., 811 s.

(³³) Cfr. A. GIUSSANI, *Giustizia civile e tutela dell'ambiente: una pagina ancora da scrivere?*, cit., 191, che segnala il carattere spiccatamente pubblicistico della tutela ambientale, ricollegandolo alla «insuscettibilità del bene di formare oggetto di appropriazione esclusiva».

(³⁴) Così Corte cost., 1° giugno 2016, n. 126, cit.

(³⁵) Corte cost., 23 luglio 2009, n. 235, in *Giur. cost.*, 2009, 2895 ss.

(³⁶) Corte cost., 23 luglio 2009, n. 235, cit.

(³⁷) Ciò in quanto, «in relazione al danno alle risorse, il proprietario non è sempre interessato alla ricostituzione dell'ambiente e, in relazione al danno alle utilità, occorre evitare che il concorso di una molteplicità di pretese, derivanti dal medesimo fatto dannoso, possa non consentire — ad es. per la insufficiente capienza del patrimonio dell'autore dell'illecito — allo Stato di soddisfare l'esigenza, che appare primaria per la collettività,

che non sia del tutto conforme con i principi e valori costituzionali, poiché «se l'ambiente è aspetto essenziale dello sviluppo della persona e se ciascuno ha diritto a un *habitat* che garantisca la qualità della vita, a ciascuno va riconosciuto il diritto di agire affinché ciò si realizzi»⁽³⁸⁾, tenuto altresì conto che è alquanto artificiosa la distinzione tra risarcimento del danno ambientale in sé — appannaggio esclusivo del Ministro dell'ambiente — e risarcimento del danno cagionato all'interesse di ciascuno a vivere in un ambiente salubre, trovando, quest'ultimo, il suo fondamento nelle medesime disposizioni costituzionali del primo (artt. 2, 9, 32, 41, co. 2, Cost.)⁽³⁹⁾.

2. Il danno da cambiamento climatico e il ruolo del processo.

Venendo ora al danno da cambiamento climatico, a parte la nozione contenuta nella Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992⁽⁴⁰⁾, secondo cui esso consiste

di riparare la risorsa naturale lesa»: in termini, cfr. U. SALANITRO, *Tutela dell'ambiente e strumenti di diritto privato*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 2, 8 s.

⁽³⁸⁾ Così P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale. Attività e responsabilità*, IV, Napoli, 2020, 334 s.

⁽³⁹⁾ Per tali considerazioni si rimanda a M.C. ZARRO, *Danno da cambiamento climatico*, cit., 75.

⁽⁴⁰⁾ Si tratta di una delle tre convenzioni ambientali multilaterali adottate durante la Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 e ha rappresentato la prima risposta globale alla sfida dei cambiamenti climatici (in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L. 33 del 7 febbraio 1994). In essa per la prima volta è stata riconosciuta l'origine antropogenica delle principali cause del cambiamento climatico, senza peraltro prevedere specifici obblighi di riduzione delle attività inquinanti in capo agli Stati parti (più ampiamente su questo profilo v. A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici ed europei*, Napoli, 2022, 120 ss.; G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, 3, 569, *ivi*, nt. 12). Essa è entrata in vigore, sul piano internazionale, il 21 marzo del 1994 e prevede un'estesa partecipazione da parte degli Stati contraenti. Solo a partire dal Protocollo di Kyoto dell'11 dicembre 1997, in *Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L. 130 del 15 maggio 2002 (entrato in vigore il 16 febbraio 2005), sono stati introdotti meccanismi *ad hoc* per la gestione e la limitazione delle emissioni inquinanti da parte degli Stati contraenti. In particolare, tale accordo vincola gli Stati industrializzati a ridurre in maniera significativa le emissioni dei gas ad effetto serra rispetto all'epoca preindustriale (il 1990), che sono stati individuati dalla comunità scientifica come i maggiori responsabili dell'aumento della temperatura del pianeta (A. PISANÒ, *Il diritto al clima*, cit., 129 ss.). Tali impegni sono stati ulteriormente rafforzati attraverso l'Accordo di Parigi del 12 dicembre 2015 (*Gazz. Uff. Com. eur.*, n. L. 282 del 19 ottobre 2016), entrato

in un «*cambiamento del clima che sia attribuibile direttamente o indirettamente ad attività umane, che alterino la composizione dell'atmosfera planetaria e che si aggiunge alla naturale variabilità climatica osservata su intervalli di tempo analoghi*», non esiste una disciplina specifica sul punto, né in tema di definizione di danno né in ordine alle sue modalità di tutela, non solo in ambito nazionale, ma anche a livello globale.

Ciò che emerge dall'osservazione della realtà è che la acquisita consapevolezza di un nesso tra emissioni antropogeniche di gas serra, eventi meteorologici estremi e danni a persone e proprietà⁴¹ ha stimolato una serie di iniziative sul piano internazionale volte a ridurre le emissioni dei gas climalteranti e a promuovere politiche di resilienza intese a minimizzare gli effetti del cambiamento climatico in corso (le cc.dd. misure di mitigazione e adattamento) (42).

Tuttavia, stante l'assenza di meccanismi legali coercitivi,

in vigore sul piano internazionale il 4 novembre 2016. Con tale accordo gli Stati maggiormente sviluppati si sono vincolati a ridurre le emissioni di gas nocivi per l'atmosfera in percentuali diverse. In un primo momento gli Stati si sono impegnati a limitare l'aumento della temperatura terrestre entro un massimo di due gradi; successivamente, sulla scorta di alcuni rapporti scientifici, si sono accordati sul principio di limitare l'aumento della temperatura entro il livello di 1,5 gradi entro la fine del secolo. Per raggiungere questo obiettivo, secondo i richiamati rapporti è necessario ridurre le emissioni di gas nocivi per l'atmosfera di una percentuale che si aggira intorno al 40%, rispetto all'epoca preindustriale, entro il 2030. In funzione del raggiungimento di tale risultato, tutti gli Stati, a scadenze regolari, devono sottoporre dei piani per illustrare come intendono perseguire l'obiettivo di riduzione fissato a livello nazionale (i cc.dd. *NDCs, Nationally Determined Contributions*): per maggiori riferimenti sulle richiamate normative v. E. BENVENUTI, *Climate change litigation e diritto internazionale privato dell'Unione Europea: quale spazio per la tutela collettiva?*, in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 2023, 848; M. MONTINI, *Riflessioni critiche sull'Accordo di Parigi sui cambiamenti climatici*, *ibidem*, 2017, 719 ss.; G. D'ANDREA, *La lotta ai cambiamenti climatici*, in R. GIUFFRIDA F. AMABILI (a cura di), *La tutela dell'ambiente nel diritto internazionale ed europeo*, Torino, 2018, 242 s.

(41) Sull'origine antropogenica dei cambiamenti climatici v. *l'Ipcc 2014 Report* (<https://www.ipcc.ch/>). L'Ipcc è l'*Intergovernmental Panel on Climate Change* ed è stato fondato nel 1988 dall'*UN Environment Programme* e dalla *World Meteorological Organisation*.

(42) V. B. MAYER, *International Law Obligations on Climate Change Mitigation*, Oxford, 2022, *passim*; Å. PERSSONA. DZEBO, *Exploring global and transnational governance of climate change adaptation*, in *Int. Environ. Agreements: Politics, Law and Economics*, vol. 19 (4), 2019, 357 ss. (reperibile anche su: <https://link.springer.com/article/10.1007/s10784-019-09440-z>).

attivabili per pretendere l'adesione agli standard fissati a livello internazionale, e considerate le difficoltà politiche e pratiche nell'affrontare la crisi climatica, si è andata progressivamente sviluppando la «*climate change litigation*»⁽⁴³⁾ quale strumento per indurre gli Stati ad adempiere gli impegni in materia ambientale e climatica assunti in sede internazionale, convenzionale e unionale, ponendo in essere azioni normative e/o amministrative per la riduzione delle azioni inquinanti⁽⁴⁴⁾.

(43) Per una definizione del fenomeno cfr. i due report delle Nazioni Unite elaborati in collaborazione con il *Sabin Center for Climate Change Law*: UNEP, *The Status of Climate Change Litigation. A Global Review*, Nairobi, Kenya, 2017; UNEP, *Global Climate Litigation Report: 2020 Status Review*, Nairobi, Kenya, 2020. V. inoltre il fondamentale studio di W. KAHL - M.P. WELLER, *Climate Change Litigation*, München, 2021, *passim*; J. PEEL H.M. OSOFSKY, *Climate change litigation, Annual review of law and social science*, 2020, 21 ss.; J. SETZER H. NARULLA C. HIGHAME. BRADEEN, *Climate change litigation in Europe. A summary report for the European Union Forum of Judges for the Environment*, dicembre 2022, disponibile in https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/wp-content/uploads/2022/12/Climate-litigation-in-Europe_A-summary-report-for-the-EU-Forum-of-Judges-for-the-Environment.pdf; adde A. HENKE, in S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 138 ss.; C. VIVANI, *Climate change litigation: quale responsabilità per l'omissione di misure idonee a contrastare i cambiamenti climatici?*, in *Ambiente & sviluppo*, 2020, 7, 599 s.; C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law. Regulation Through Litigation?*, in *Dir. e proc.*, 2019, 367 ss.; G. GHINELLI, *Standing, Justiciability, and Burden of Proof in Climate Litigation: Challenges and Proposals*, in *Yearbook of Socio-Economic Constitutions*, 2023, 151 ss.; G. RIGOBELLO, *La climate change litigation in Europa. Riflessioni preliminari per una proposta tassonomica*, in <https://stals.sssup.it/>, 4 ss.; T. OKONKWO, *Protecting the Environment and People from Climate Change through Climate Change Litigation*, in *Journal of Politics and Law*, 2017, 66 ss.; D. MARKELL - J.B. RUHL, *An Empirical Assessment of Climate Change in the Courts: A New Jurisprudence or Business as Usual?*, in *Florida Law Review*, vol. 64, 2012, 15 ss.; J. PEEL H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation: Regulatory Pathways to Cleaner Energy*, Cambridge, 2015, 8 ss.; S. BOGOJEVIC, *EU Climate Change Litigation, the Role of the European Courts and the "Importance of Legal Culture"*, in *Law & Policy*, 35(3), 2013, 184 ss.; J. SETZER L. VANHALA, *Climate Change Litigation: A Review of Research on Courts and Litigants in Climate Governance*, in <https://doi.org/10.1002/wcc.580>, 2 ss.

(44) In argomento, cfr. E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 849; A. HENKE, in S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 139 s.; G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 1276 ss.; C.V. GIABARDO, *Qualche annotazione comparata sulla pronuncia di inammissibilità per difetto assoluto di giurisdizione nel primo caso di Climate Change Litigation in Italia*, in *giustiziansieme.it*, 29 aprile 2024, § 2, secondo cui l'utilizzo del meccanismo processuale «nasce dalla sconsolata presa d'atto della incapacità, mancanza di volontà, o impotenza del potere politico nel prendere, e soprattutto tradurre in pratica,

Se è vero che di norma il diritto processuale è strumentale o ancillare rispetto al diritto sostanziale, nel senso cioè che si ricorre allo strumento processuale quando la tutela non viene garantita sul piano sostanziale, in questo contesto, alla funzione originaria del processo se ne aggiunge una ulteriore, quella di strumento per vincolare gli Stati al rispetto delle norme internazionali, in presenza di un fallimento del processo decisionale politico ⁽⁴⁵⁾.

Non si tratta invero di un fenomeno nuovo. Nell'ambito della dottrina politica si sostiene da tempo che, in qualsiasi ambito, il potere è sempre una quantità fissa, ciò che cambia è soltanto chi lo esercita. Il che implica che quando un'istituzione arretra, lasciando uno spazio di potere vuoto, un'altra avanza e lo riempie ⁽⁴⁶⁾. La storia dimostra che, quando il potere politico non raggiunge i suoi obiettivi

drastiche e immediate misure per mitigare l'aumento globale delle temperature». Secondo l'A., ricorrere al potere giudiziario è «una strategia, che unisce scopi giuridici diretti e fini politici (nel senso di *policy*) indiretti, per vincere l'inazione dei soggetti — Stati o imprese — che più sono responsabili dell'immissione di gas climalteranti nell'atmosfera terrestre»; da ultimo, E. GABELLINI, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, in *Jus-Online*, 2024, 2, 211, secondo cui, in questo contesto, il ricorso allo strumento processuale è il frutto degli insuccessi del diritto sostanziale nel prevedere sistemi vincolati per l'adozione di misure di mitigazione e di adattamento del cambiamento climatico.

⁽⁴⁵⁾ G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1277 s.; V. JACOMETTI, *Climate Change Liability: Some General Remarks in a Comparative Law Perspective*, in B. POZZO V. JACOMETTI (a cura di), *Environmental Loss and Damage in a Comparative Perspective*, Cambridge, 2021, 388 ss.; M.C. ZARRO, *Danno da cambiamento climatico*, cit., 101 s. Più in generale sulla funzione politico-sociale del processo civile, v. G. CHIOVENDA, *Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno*, in Id., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, rist., Milano, 1993, 380 ss., il quale la ravvisa nella «funzione ch'esso ha di accertare e attuare la volontà della legge, ... [nel] la molteplicità dei bisogni a cui provvede, a favore di individui d'ogni classe sociale; ... [ne]gli interessi sopra cui passa, spianando la via della giustizia; [nel]la lotta di pensiero che in esso si svolge; ... [ne]l rapporto fra il potere pubblico e i cittadini che in esso vive». Secondo l'A. il processo civile è il campo in cui si rappresenta una delle scene «più agitate e complesse della vita sociale» e, a causa dell'irruzione della «socialità» nel suo ambito, esso «non galleggia più, alto, al di sopra della società, ma vi si mescola perennemente, tendendo a registrare le istanze che dal basso si originano, circolano, reclamano accoglimento a livello ufficiale»; e da ultimo A. CARRATTA, *Funzione sociale e processo civile fra XX e XXI secolo*, in F. MACARIO N. MILETTI (a cura di), *La funzione sociale nel diritto privato tra XX e XXI secolo*, Roma, 2017, 87 ss.

⁽⁴⁶⁾ O. FISS, *The Civil Rights Injunction*, Bloomington, 1978; A. CHAYES, *The Role of Judge in Public Law Litigation*, in *HLR*, 1976, 1281.

e rinuncia a impiegare la sua autorità in un determinato contesto, il potere giudiziario prende il suo posto, poiché – come è stato osservato – «*power does not tolerate emptiness*»⁽⁴⁷⁾. Nella *governance* del cambiamento climatico si è verificata una situazione analoga: il potere giudiziario ha riempito i vuoti lasciati dalla politica, dando luogo a una «*judicial governance*» del cambiamento climatico⁽⁴⁸⁾. Sebbene tale fenomeno presenti senz'altro aspetti positivi⁽⁴⁹⁾, non è tuttavia infondato il timore di chi ritiene che la pressione esercitata dal potere giudiziario sul legislatore e sui governi possa incrinare la tenuta del principio di separazione dei poteri⁽⁵⁰⁾, pilastro dei moderni regimi

(47) In questi termini, v. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law*, cit., 367.

(48) Per maggiori dettagli sulle considerazioni esposte nel testo, cfr. C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law*, cit., 367 s.

(49) Così C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law*, cit., 367, che ravvisa i richiamati lati positivi nel fatto che, trattandosi di iniziative «*bottom-up*» e decentrate, esse hanno la capacità di responsabilizzare in modo diretto le parti interessate. Rileva altresì che, dal punto di vista sociale, esse favoriscono l'impegno e la mobilitazione internazionale delle persone e generano un coinvolgimento più incisivo del corpo sociale nelle questioni ambientali. Inoltre, anche quando le iniziative non hanno successo, poiché hanno la capacità di stimolare attenzione e copertura mediatica, contribuiscono alla sensibilizzazione della classe politica. Su questi profili, v. anche E. D'ALESSANDRO, *Potential Long-Term Impact of Vertical Climate actions*, in E. D'ALESSANDRO D. CASTAGNO (a cura di), *Report & Essays on Climate Change Litigation*, Torino, 2024, 161 ss.

(50) Su questi aspetti, cfr. A. HENKE, in S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 139; C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law*, cit., 368; M. MORVILLO, *Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Forum di Quaderni costituzionali – Rassegna*, 2019, 6, 6 ss.; E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi.it*, 2021, 17, 86 ss.; sul diverso contenuto del principio di separazione dei poteri parallelamente all'affermazione del fenomeno della «*judicialisation*», v. G. YEIN NG, *Judicialization and the End to Parliamentary Supremacy: Shifting Paradigms in the Protection of the Rule of Law and Human Rights in UK, France and the Netherlands*, in *Global Journal of Comparative Law*, 2014, 3, 54 ss e 64 ss., secondo cui è in atto un cambiamento: ci si allontana dal rigido paradigma della supremazia parlamentare e ci si avvia verso una separazione dei poteri flessibile e dialogica, più adatta alle esigenze di *governance* e alla protezione dello Stato di diritto e dei diritti umani nel XXI secolo; L. BURGERS T. STAAL, *Climate Action as Positive Human Rights Obligation: The Appeals Judgment in Urgenda v The Netherlands*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, 2018, 235 ss.; C. ECKES, *The Urgenda Case is Separation of Powers at Work*, in *Amsterdam Law School Research Paper No. 2021-39*, disponibile al seguente link: ssrn.com/abstract=3979729; per ulteriori considerazioni sul principio di separazione dei poteri, v. A. PANZAROLA, *Considerazioni sul c.d. processo politico*, in www.judicium.it (31 marzo 2021), 2 ss.

democratici. Non si può negare, infatti, che vi sia uno sconfinamento del potere giudiziario in valutazioni di natura “politica”⁽⁵¹⁾ tutte le volte in cui si sottoponga al vaglio dei tribunali l’adeguatezza dell’azione legislativa o governativa in tema di politiche di contrasto al cambiamento climatico, specialmente quando l’oggetto dell’indagine riguardi la corrispondenza delle politiche governative ai risultati della scienza climatica o un’analisi costi-benefici delle politiche stesse⁽⁵²⁾. Muovendo da tali premesse, in alcune situazioni, è stato ritenuto che, trattandosi di una questione esclusivamente “politica” o di “indirizzo politico”, fosse impedita qualsiasi valutazione da parte del giudice circa la conformità della condotta dello Stato regolatore agli obblighi di riduzione delle emissioni⁽⁵³⁾. In altre, invece, è stato

⁽⁵¹⁾ L. MAGI, *Giustizia climatica e teoria dell’atto politico: tanto rumore per nulla*, in *Oss. Fonti*, 2021, 1029 ss.

⁽⁵²⁾ A. HENKE, in S. VINCIRE - A. HENKE, *Il contenzioso “climatico”*, cit., 140.

⁽⁵³⁾ Tra i casi più significativi, per tutti, v. *Juliana v. the United States*, *U.S. District Court for the District of Oregon*, causa n. 947F.3d1159 (9th Circuit 2020), dove il giudice ha ritenuto che, sebbene la condotta del regolatore apparisse non conforme agli obblighi di riduzione delle emissioni, non spettasse al giudice, ma al potere politico essere investito della questione, poiché le Corti, ai sensi dell’art. 3 della Costituzione, devono astenersi dalla decisione e non sostituirsi al legislatore («[r]eluctantly...plaintiffs’ impressive case for redress must be presented to the political branches of government», not the federal courts). Quella appena richiamata è una complessa e articolata vicenda giudiziaria ancora pendente dal 2015 (su cui v. <https://climatecasechart.com/case/juliana-v-united-states/>), tanto da essere definita da qualcuno in termini di «saga» (così C.V. GIABARDO, *Qualche annotazione comparata*, cit., § 4, il quale segnala che il caso ha attraversato tre amministrazioni USA — quella di Obama, di Trump e di Biden — ed è alquanto probabile che entri nella quarta). Dopo una prima decisione da parte della corte federale di primo grado (Stato dell’Oregon) di decidibilità della questione, in ragione della sua natura non esclusivamente politica, la corte d’appello federale (9th Circuit), richiesta di condannare lo Stato alla revisione dei piani energetici, con una decisione a maggioranza (due a uno), ha dichiarato, invece, il difetto assoluto di giurisdizione. Successivamente, la corte di primo grado, a fronte della richiesta, da parte degli attori, di un provvedimento meramente dichiarativo dell’illiceità delle politiche dello Stato, si è espressa nel senso della decidibilità della questione da parte di un giudice, trattandosi di una questione non riservata al potere politico. Sempre nel senso della non decidibilità della questione da parte di un giudice v. *Tribunal de première instance Bruxelles francophone* – causa n. 2015/4585/A del 17 giugno 2021 (consultabile al seguente link: chrome-extension://efaidnbmninnipocajpccglclefindmkaj/https://climatecasechart.com/wp-content/uploads/non-us-case-documents/2021/20210617_2660_judgment.pdf), dove, pur riconoscendosi la violazione dei diritti dei ricorrenti e la negligenza dell’intervento pubblico delle tre regioni delle Fiandre, Vallonia e Bruxelles, si è giunti alla conclusione di non poter condannare il governo all’adozione di specifiche misure più

affermato un principio di segno opposto, nel senso cioè che il giudice dispone degli strumenti per accertare l'inadempimento dello Stato e può condannarlo all'adozione di provvedimenti idonei, con l'indicazione di precise percentuali di raggiungimento, individuate anche attraverso il ricorso alla scienza climatica e alle soluzioni dalla stessa proposte, senza che ciò sconfini nell'attività politica in senso stretto

stringenti ai fini del raggiungimento degli obiettivi di riduzione, sulla base del principio di separazione dei poteri, che fa divieto al giudice di stabilire il contenuto degli obblighi dell'autorità pubblica, privandola del suo potere di apprezzamento. Nello stesso senso, da ultimo, il caso *A Sud et al. v. Italia* ([https://giudiziouniversale.eu.](https://giudiziouniversale.eu;); e <https://climatecase-chart.com/non-us-case/a-sud-et-al-v-italy/>), comunemente noto come "Giudizio Universale" (su cui, in dottrina, v. A. PISANÒ *Il diritto al clima*, cit., 273 ss.; G. PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, in *Persona e Mercato*, 2021, 3, 211 ss.; S. VINCRE, in S. VINCRE-A. HENKE, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 141 ss.; C.V. GIABARDO, *Qualche annotazione comparata*, cit., §§ 5 e 6; e A. MERONE, *La climate change litigation contro lo Stato e le sue implicazioni politiche*, in A. PANZAROLA-C.D. LEOTTA-A. MERONE-F. SANTAGADA (a cura di), *Itinerari sul processo politico*, Torino, 2024, 208 ss.). Nella vicenda da ultimo richiamata, ventiquattro associazioni e 17 minori hanno proposto davanti al Tribunale civile di Roma un'azione civile risarcitoria *ex art.* 2043 c.c. (e in via subordinata *ex art.* 2051 c.c.) nei confronti dello Stato italiano per la sua politica insufficiente in materia di cambiamento climatico, ritenuta lesiva, già nell'immediato o in un futuro molto prossimo, del diritto fondamentale e personale, tutelato a livello costituzionale e sovranazionale (almeno implicitamente), «a vivere in un clima stabile e compatibile con la vita umana». In ragione di ciò, chiedevano di dichiarare lo Stato italiano responsabile civilmente a causa della sua inerzia nell'adottare obiettivi climatici più ambiziosi e, per l'effetto, di condannarlo a titolo di risarcimento del danno in forma specifica (art. 2058 c.c.) a porre in essere ogni misura necessaria per la riduzione del 92% delle emissioni annuali entro il 2030. Il giudice adito, accogliendo l'eccezione formulata dall'Avvocatura dello Stato, ha dichiarato il difetto assoluto di giurisdizione in relazione alla pretesa risarcitoria generale rilevando che, nel caso gli attori non chiedevano «una condanna al risarcimento del danno provocato da specifici provvedimenti normativi illeciti che avrebbero comportato la lesioni dei diritti umani fondamentali, ma una pronuncia di condanna dello Stato ad adottare qualsivoglia provvedimento necessario e idoneo a provocare l'abbattimento delle emissioni nazionali, al fine di prevenire la lesione futura di diritti umani». Poiché nella sostanza si chiedeva al giudice civile di imporre alle Autorità statali la forzata adozione di una politica normativa necessaria al fine di contrastare il grave e complesso fenomeno del cambiamento climatico ... [e] la realizzazione di un preciso risultato (ridurre entro il 2030 le emissioni di gas a effetto serra del 92% rispetto all'anno 1990), e, dunque, «un sindacato sulle modalità di esercizio delle potestà statali previste dalla Costituzione ... che comportano valutazioni discrezionali di ordine socio-economico e in termini di costi-benefici nei più vari settori della vita della collettività umana», tale *petitum* non poteva essere scrutinato da un giudice in quanto rientrante nella sfera di attribuzione degli organi politici (su tale profilo, cfr. R. TISCINI, *Contenzioso climatico e processo civile. Considerazioni a margine di alcune recenti pronunce*, in www.judicium.it, 7).

(⁵⁴), com'è accaduto, ad esempio, nel noto caso *Urgenda Foundation v. State of Netherland* (⁵⁵), nel quale è stata imposta allo Stato una riduzione in termini percentuali delle emissioni annuali di gas climalteranti all'interno dei propri confini decisamente maggiore rispetto a quanto previsto dalla propria legislazione (rispettivamente del 25% entro il 2020 e del 40% entro il 2030).

3. La *climate change litigation*.

Nata inizialmente nell'ambito delle corti statunitensi già nella metà degli anni '80 quale *species* delle controversie in materia ambientale (⁵⁶), la *climate change litigation* ha subito una vera e

(⁵⁴) Sulla difficile esecuzione della eventuale sentenza di condanna allo Stato, laddove il giudice si sia pronunciato, e sul suo ruolo di mero strumento per sollecitare il potere politico, competente secondo i principi dell'ordinamento a intervenire, v. M. DEL SIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2022, 272.

(⁵⁵) In questi termini v. S. NOVAK, *The Role of Courts in Remediating Climate Chaos: Transcending Judicial Nihilism and Taking Survival Seriously*, in *The Georgetown Environmental Law Review*, Vol 32, 2020, 743. In termini non dissimili, v. le pronunce relative al caso *Urgenda Foundation v. State of Netherland*, in particolare quella di ultimo grado *Hoge Raad*, sentenza del 20 dicembre 2019, causa 19/00135, (su cui v. <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-the-netherlands/>), definita da taluno il «Santo-Graal» delle iniziative processuali in materia climatica successive (K. BOWER, *Lessons From a Distorted Metaphor: The Holy Grail of Climate Litigation*, in *Transnational Environmental Law*, 2020, 347 ss.). Sul caso *Urgenda*, senza pretesa di completezza, si rimanda all'analisi di A. PISANÒ, *Il diritto al clima*, cit., 215 ss.; Id., *L'impatto dei contenziosi sulla crisi climatica. Il paradosso delle sentenze vuote*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2024, 95 ss.; V. JACOMETTI, *La sentenza Urgenda del 2018: prospettive di sviluppo del contenzioso climatico*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, 121; nonché alle considerazioni espresse da G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1282 ss.; D. CASTAGNO, *Claimants' Standing in Climate Disputes: Rules of Proceedings and "Political" Decisions*, in E. D'ALESSANDRO D. CASTAGNO (a cura di), *Report & Essays on Climate Change Litigation*, cit., 172 ss.; E. GUARNA ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico*, cit., 72 ss.; e da ultimo da C.V. GIABARDO, *Qualche annotazione comparata*, cit., §§ 4 e 4.1, il quale segnala la sottile distinzione operata nel caso *Urgenda* «tra questioni che probabilmente, o anzi di sicuro, avranno una ricaduta politica (il che non impedisce a una corte di deciderle) e questioni che sono soltanto, o inerentemente, politiche (espressione d'indirizzo politico; ... [come ad esempio] la scelta di uno Stato di entrare in guerra)».

(⁵⁶) C. PIÑON CARLANE, *The Essential Role of Climate Litigation and the Courts*, in A. ZAHAR B. MAYER (a cura di), *Debating Climate Law*, Cambridge, 2021, 113 ss.

propria “esplosione” a partire dal 2015 ⁽⁵⁷⁾ diffondendosi pure in Europa, grazie anche al fenomeno di progressiva costituzionalizzazione ambientale ⁽⁵⁸⁾, e, oltre ad assumere oggi notevoli dimensioni sotto il profilo quantitativo ⁽⁵⁹⁾ — secondo i dati riportati nell’ultimo Rapporto prodotto dal *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment*, alla fine del 2023, i casi riconducibili al contenzioso climatico erano 2666, di cui 1745 negli USA ⁽⁶⁰⁾ —

⁽⁵⁷⁾ In questi termini, cfr. J. PEEL H.M. OSOFSKY, *Climate Change Litigation*, Cambridge, 2015, 17; J. SPIER, *Climate Litigation in a Changing World*, Den Haag, 2023, 53 ss.

⁽⁵⁸⁾ Sul costituzionalismo ambientale e climatico, senza pretesa di completezza, v. diffusamente D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l’Antropocene*, Bologna, 2022, *passim*; F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull’invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *Biolaw Journal*, 2022, 2, 157 ss. Con riferimento all’Italia, vale la pena di ricordare la recente modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione, che si colloca nel *trend* del costituzionalismo ambientale europeo, consolidatosi nell’ultimo ventennio. L’ambiente è stato inserito tra i principi fondamentali all’articolo 9, con l’aggiunta del terzo comma («[La Repubblica] tutela l’ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell’interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali»). E ancora, l’articolo 41 è stato modificato, specificandosi, da un lato, che la libera iniziativa economica non può svolgersi in modo da recare danno «alla salute, all’ambiente» (secondo comma), e dall’altro, che l’attività economica pubblica e privata può essere indirizzata e coordinata oltre che a fini sociali anche a fini «ambientali» (terzo comma): su tale modifica, senza pretesa di completezza, v. U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, cit., 229 ss.; C. PIZI, *Rapporto tra economia e ambiente nel costituzionalismo ambientale europeo: un confronto tra Italia, Francia e Belgio*, in *DPCE online*, 2022, Sp-2, 429 ss.; D. AMIRANTE, *La reformette dell’ambiente in Italia e le ambizioni del costituzionalismo ambientale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2022, 2, 5 ss.; M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un’occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?*, in *Quaderni costituzionali, Rivista italiana di diritto costituzionale*, 2022, 351 ss.; M. PENNASILICO, *Ambiente e iniziativa economica quale “bilanciamento”*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, 1, 48 ss.; F. PASTORE, *Storia di un lungo e non del tutto compiuto percorso: Costituzione e ambiente in una prospettiva diacronica*, in *Diritto pubb. eur. – Rassegna online*, 2024, 1, 137 ss.

⁽⁵⁹⁾ V.S. MARINO, *La climate change litigation nella prospettiva del diritto internazionale privato e processuale*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2021, 898 s.

⁽⁶⁰⁾ Si tratta del VII Rapporto J. SETZER–C. HIGHAM (a cura di), *Global Trends in Climate Change Litigation: 2024 Snapshot*, London, 2024, prodotto dal *Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment* in collaborazione con il *Sabin Center for Climate Change Law*. Quelli appena menzionati sono due centri di ricerca istituiti rispettivamente presso la *London School of Economics and Political Science* e la *Columbia Law School* di New York. Il primo, fondato nel 2008, è un centro multidisciplinare, che riunisce competenze internazionali in materia di economia, finanza, geografia,

si è progressivamente specializzata sotto il profilo delle parti coinvolte, dei rimedi richiesti e delle norme invocate dagli attori ⁽⁶¹⁾.

Sotto il profilo delle parti litiganti, tralasciando il contenzioso tra Stati, attualmente solo a livello di ipotesi astratta ⁽⁶²⁾, si distinguono due tipologie di azioni, quelle intraprese da soggetti privati nei confronti di Stati, governi e altri enti pubblici ⁽⁶³⁾ (*public climate litigations*) e quelle intraprese sempre da soggetti

ambiente, sviluppo internazionale ed economia politica, preposto alla ricerca, all'insegnamento e alla formazione sui cambiamenti climatici e l'ambiente (<https://www.lse.ac.uk/granthaminstitute/>). Il secondo, istituito al fine di sviluppare tecniche legali per combattere il cambiamento climatico, cura una raccolta ragionata delle controversie giudiziarie promosse nel mondo sul tema (<https://climate.law.columbia.edu/>).

⁽⁶¹⁾ Per maggiori dettagli si rimanda a E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 853 s.; e S. MARINO, *La climate change litigation*, cit., 899, la quale suggerisce un'ampia nozione di *climate change litigation* ricomprendendovi «tutte le azioni giudiziarie che direttamente ed espressamente sollevano una questione di fatto o di diritto che riguarda il merito o la politica ambientale relativa alle cause o agli effetti dell'inquinamento o del riscaldamento globale». In ordine ai profili definitori di contenzioso climatico, v. anche l'approfondita analisi di A. PISANÒ, *Il diritto al clima*, cit., 203 ss.

⁽⁶²⁾ In termini cfr. G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1278; S. MELJEAN-DUBOIS, *Climate change litigation. Max Planck Encyclopedia of International Procedural Law*, 2019, su <https://shs.hal.science/halshs-02281274>. Secondo l'A., sebbene gli Stati abbiano finora cercato di evitare le controversie interstatali rifiutando di considerare la questione del cambiamento climatico in termini di responsabilità (§§ 7-13, ove si fa riferimento sia alla vicenda di alcuni piccoli Stati insulari che avevano preso in considerazione l'idea di avviare un procedimento interstatale, ma sono stati dissuasi da tale iniziativa perché ciò avrebbe potuto disturbare i negoziati internazionali sul clima, già piuttosto tesi) e nonostante il diritto internazionale sia piuttosto inadeguato a gestire le controversie interstatali, questo tipo di contenzioso potrebbe comunque essere portato davanti a una giurisdizione internazionale (§§ 14-41).

⁽⁶³⁾ In questo senso, oltre alle sopra richiamate controversie *Urgenda Foundation v. State of Netherland*, *Juliana v. the United States* e *A Sud et al. v. Italia*, si segnalano, a titolo esemplificativo, tra le controversie promosse contro gli Stati, anche *Leghari v. Federation of Pakistan* (<https://climatecasechart.com/non-us-case/ashgar-leghari-v-federation-of-pakistan/>) e la *Inuit Petition* alla *Inter-American Commission on Human Rights Seeking Relief From Violations Resulting from Global Warming Caused By Acts and Omissions of the United States* (<https://climatecasechart.com/non-us-case/petition-to-the-inter-american-commission-on-human-rights-seeking-relief-from-violations-resulting-from-global-warming-caused-by-acts-and-omissions-of-the-united-states/>). Le controversie contro i governi, secondo quanto indicato nel Rapporto J. SETZER - C. HIGHAM (a cura di), *Global Trends in Climate Change Litigation*, cit., 26, si distinguono, a loro volta, in «*ambition cases*», concerning the absence, inadequacy or design of a government's policy response to climate change» e «*implementation cases*», concerning the enforcement of climate protection measures to meet existing targets or implement existing plans».

privati nei confronti delle imprese, soprattutto contro le cc.dd. *Carbon Majors*, considerate le grandi inquinatrici del pianeta (*private climate litigations*) (64) (65). Oggi, peraltro, si assiste a

(64) A mero titolo esemplificativo, tra i casi cc.dd. di *private climate change litigation* (su cui v. A. FOERSTER, *Climate justice and corporations*, in *King's Law Journ.*, 2019, 307; E. ÁLVAREZ-ARMAS, *Climate Actions*, in R. MICHAELS V. RUIZ ABOU NIGM H. VAN LOON (a cura di), *The Private Side of Transforming Our World. UN Sustainable Development Goals 2030 and the Role of Private International Law*, Cambridge, 2021, 410; E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 854 s.; e, con piccole variazioni, S. MARINO, *La climate change litigation*, cit., 901), si richiamano *Lliuya v. RWE AG* (<https://climatecasechart.com/non-us-case/lliuya-v-rwe-ag/>); per un'analisi approfondita di questo caso, per tutti, cfr. E. D'ALESSANDRO, *Climate change litigation, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici*, in *Aula civ.*, 2020, 2, 51 ss.; e C. BENINI, *Sui giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d. global carbon majors: riflessioni internazionalprivatistiche a margine della climate change litigation*, in *Jus-Online*, 2024, 2, 183 ss.); *Milieudéfensie et al. v. Shell* (<https://climatecasechart.com/non-us-case/milieudéfensie-et-al-v-royal-dutch-shell-plc/>); su questo caso, cfr., per tutti, C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation & Corporate Responsibility. A Comment on "Milieudéfensie and Others vs. Shell"*, in <http://www.glawcal.org.uk/stories/climatechangelitigationcorporateresponsibilityacommentonmilieudéfensie-and-others-vs-shell-2021/>; e E. NAPOLETANO S. SPINELLI, *Il caso Royal Dutch Shell. La Corte olandese impone il taglio del 45% delle emissioni di CO2 al 2030: abuso di diritto o rispetto degli accordi internazionali?*, in https://www.giurisprudenzapenale.com/wpcontent/uploads/2021/07/Napoletano_Spinelli_gp_2021_7-8.pdf) e *Greenpeace Italy et. al. v. ENI S.p.A., the Italian Ministry of Economy and Finance and Cassa Depositi e Prestiti S.p.A.* (<https://climatecasechart.com/non-us-case/greenpeace-italy-et-al-v-eni-spa-the-italian-ministry-of-economy-and-finance-and-cassa-depositi-e-prestiti-spa/>). Si tratta di una causa promossa da una ONG e da un gruppo di privati cittadini, dinanzi al Tribunale di Roma, contro una società leader nel settore energetico (ENI) e i suoi due maggiori azionisti, il Ministero dell'Economia e delle Finanze e la Cassa Depositi e Prestiti s.p.a., che eserciterebbero un'influenza dominante sulla società energetica. Gli attori hanno chiesto al giudice di dichiarare la responsabilità solidale dei convenuti per presunti danni alla salute, alla proprietà e, più in generale, alla qualità della vita, nonché per aver messo, e aver continuato a mettere in pericolo gli stessi ricorrenti per effetto delle conseguenze del cambiamento climatico. Hanno altresì formulato una domanda di condanna nei confronti dei convenuti, affinché questi ultimi limitino il volume annuo aggregato di tutte le emissioni di gas serra in atmosfera in maniera tale che le emissioni vengano ridotte di almeno il 45 % a fine 2030 rispetto ai livelli del 2020.

(65) A proposito della classificazione richiamata nel testo, C. BENINI, *Sui giudizi di responsabilità civile intentati contro i c.d. global carbon majors*, cit., 187 s., segnala che essa è basata sulla natura privatistica o pubblicistica della parte convenuta. Conseguentemente, le azioni promosse contro gli Stati tanto in base ad obblighi internazionalmente assunti quanto quelle fondate su clausole generali di responsabilità civile rientrano nell'ambito della *public climate litigation*. Ricadono invece nella *private climate change litigation* sia le azioni promosse contro le società inquinanti per presunte violazioni di

un'ulteriore evoluzione del contenzioso climatico, che si arricchisce delle azioni introdotte da privati e attivisti nei confronti delle banche, in quanto tasselli fondamentali della catena di valore di tutte le imprese, sia quelle altamente inquinanti sia quelle *green* ⁽⁶⁶⁾. L'obiettivo delle azioni contro le banche è quello di spostare la catena di valore attualmente esistente, privando le società più inquinanti dei fondi necessari per la loro attività e consentire, quindi, una riallocazione delle risorse ⁽⁶⁷⁾.

In ordine ai rimedi richiesti e, dunque, sotto il profilo del *petitum*, si contrappongono le azioni volte a ottenere una riduzione delle emissioni di gas serra, influenzando le scelte politiche che sono in grado di avere ripercussioni sul cambiamento climatico ⁽⁶⁸⁾, a

diritti umani, sia quelle con cui lo Stato intende recuperare dall'impresa responsabile i costi conseguenti alla bonifica ambientale.

⁽⁶⁶⁾ Secondo il rapporto di Actionaid “*How the Finance Flows*” del 2023 gli investimenti con cui i principali gruppi bancari hanno finanziato nei Paesi del Sud globale i settori principalmente responsabili della crisi climatica sono 20 volte superiori ai fondi pubblici che i governi del Nord hanno stanziato per contrastare gli effetti nefasti del *climate change* (3,3 trilioni di dollari e 370 miliardi contro 2,4 miliardi di dollari). Le banche sono responsabili indirettamente delle emissioni climalteranti delle aziende con cui fanno affari, di quelle su cui investono e di quelle a cui prestano denaro, e dunque contribuiscono ad aggravare la crisi climatica.

⁽⁶⁷⁾ Su questo aspetto, v. anche F. PALISI, *Le banche italiane e il contenzioso climatico*, in *Bancaria*, 3/2024; C.V. GIABARDO, *Qualche annotazione comparata*, cit., § 2, il quale segnala che l'obiettivo di queste azioni è quello di far dichiarare la responsabilità delle banche nella contribuzione al cambiamento climatico e ottenere il blocco degli investimenti in imprese fortemente inquinanti. In merito al contenzioso, in Europa, nei confronti delle banche, richiama la controversia contro la Banca Nazionale del Belgio (*ClientEarth v. Belgian National Bank* su <https://climatecasechart.com/non-us-case/clientearth-v-belgian-national-bank/>), quella contro BNP Paribas, attualmente pendente a Parigi (*Notre Affaire à Tous Les Amis de la Terre, and Oxfam France v. BNP Paribas* su <https://climatecasechart.com/non-us-case/notre-affaire-a-tous-les-amis-de-la-terre-and-oxfam-france-v-bnp-paribas/>) e, da ultimo quella contro ING (*Milieudéfensie v. ING Bank* su <https://climatecasechart.com/non-us-case/milieudéfensie-v-ing-bank/>).

⁽⁶⁸⁾ Si tratta di quelle azioni c.d. “strategiche” (*public climate litigation*) volte a costringere i governi, attraverso provvedimenti giurisdizionali, «ad agire per evitare o mitigare le conseguenze nefaste dei cambiamenti climatici in corso»: così G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1279; in termini non dissimili C.V. GIABARDO, *Climate Change Litigation and Tort Law*, cit., 363 s., per il quale tali cause «are a larger part of a political manifesto: to force national governments and corporations to take stronger action at legislative level and to adopt more stringent climate rules in corporate governance»; F. FONTANAROSA, *Climate Change Damages: una analisi*

quelle in cui si richiede il risarcimento del danno, secondo il principio eurounitario del «chi inquina paga»⁽⁶⁹⁾, anche se non mancano ipotesi che prevedono la combinazione dei due profili⁽⁷⁰⁾.

Infine, in relazione alle norme invocate dagli attori, vi sono cause fondate sulla violazione delle norme in materia di responsabilità civile, e cause basate sulla violazione dei diritti fondamentali⁽⁷¹⁾, e ciò sulla base di una lettura “ambientalmente orientata”

comparativa del diritto al clima, cit., 9 s.; E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1111 s.; M. DEL SIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, cit., 267; E. D’ALESSANDRO, *Climate change litigation, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale*, cit., 51; EAD., *Potential Long-Term Impact of Vertical Climate actions*, in E. D’ALESSANDRO - D. CASTAGNO (a cura di), *Report & Essays on Climate Change Litigation*, cit., 163 ss.; K. BOUWER, *The Unsexy Future of Climate Change*, in *Journal of Environmental Law*, 2018, 483 ss.; S. VALAGUZZA, *Liti strategiche: il contenzioso climatico salverà il pianeta?*, in *Dir. proc. amm.*, 2021, 293 ss.; G. GANGULY - J. SETZER - V. HEYVAERT (a cura di), *If at First You Don’t Succeed: Suing Corporations for Climate Change*, in *Oxford Journal Legal Studies*, 2018, 841 ss.

⁽⁶⁹⁾ In relazione a questa tipologia di azioni, E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 855, segnala alcune criticità, riguardanti essenzialmente la legittimazione e l’interesse ad agire, la possibile incidenza delle immunità e della dottrina dell’atto politico, la prova del nesso di causalità, la quantificazione dei danni, il reperimento dei mezzi finanziari per sostenere le spese giudiziali e l’individuazione del rimedio più efficiente ed adeguato al fine di contrastare il cambiamento climatico.

⁽⁷⁰⁾ Per una classificazione in parte diversa, che tiene conto anche della natura della parte convenuta, v. E. GABELLINI, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, cit., 214, secondo cui, nell’ambito delle *public climate litigations*, «rientrano ... sia le azioni intentate contro gli Stati in base ad obblighi internazionali, convenzionali o unionali assunti sia quelle fondate su clausole generali di responsabilità civile»; rientrano invece nell’ambito delle *private climate litigations* «le domande promosse contro le imprese inquinanti per presunte violazioni dei diritti umani e le azioni con cui lo Stato intende recuperare dall’impresa i costi conseguenti alla bonifica ambientale». Con riferimento alle *private climate litigations*, l’A. segnala la prima azione al mondo (*ClientEarth v. Shell*) esperita direttamente nei confronti degli amministratori di una società privata per non avere approvato un piano strategico idoneo a gestire i rischi climatici (la relativa decisione Alta Corte di Giustizia di Londra, 12 maggio 2023, la si può leggere in *Foro it.*, 2024, V, 45 ss., con nota di S. BRUNO e M. MANNA).

⁽⁷¹⁾ G. GHINELLI, *Le condizioni dell’azione nel contenzioso climatico*, cit., 1279; E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1112; M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, in *Ordine intern. e dir. umani*, 2020, 506 ss.; adde, C. VOIGT, *Climate change as a challenge for global governance, courts and human rights*, in W. KAHL - M.P. WELLER, *Climate Change Litigation*, cit., 8; M. DELLINGER, *See You in Court: Around the World in Eight Climate Change Lawsuits*, in *William & Mary Env. Law Pol. Rev.*, 2018, 525 ss.

di alcuni diritti consacrati nelle carte fondamentali, a partire dal riconoscimento testuale nel Preambolo dell'Accordo di Parigi del 2015 ⁽⁷²⁾ e dagli artt. 2 e 8 della CEDU ⁽⁷³⁾ ⁽⁷⁴⁾.

Proprio laddove la domanda viene ancorata ai diritti fondamentali l'esigenza di tutela riguarda la persona e i suoi diritti ⁽⁷⁵⁾. Il clima viene relegato a mero elemento della fattispecie delle situazioni giuridiche di cui, di volta in volta, si chiede tutela, che si aggiunge alla condotta, commissiva o omissiva, della parte convenuta, e ai singoli eventi lesivi ⁽⁷⁶⁾.

La scelta di azionare i diritti fondamentali non è casuale, poiché consente di superare il problema di attribuire un bene in-

⁽⁷²⁾ Nel Preambolo introduttivo all'Accordo si afferma che «i cambiamenti climatici sono preoccupazione comune dell'umanità» e che «le Parti, al momento di intraprendere azioni volte a contrastarli, dovrebbero rispettare, promuovere e prendere in considerazione i loro obblighi rispettivi nei confronti dei diritti umani, del diritto alla salute, dei diritti delle popolazioni indigene, delle comunità locali, dei migranti, dei minori, delle persone con disabilità e delle persone in situazioni di vulnerabilità, nonché del diritto allo sviluppo, all'uguaglianza di genere, all'emancipazione delle donne e all'equità intergenerazionale».

⁽⁷³⁾ L'art. 2, co. 2, CEDU stabilisce che «il diritto alla vita di ogni persona è protetto dalla legge. Nessuno può essere intenzionalmente privato della vita, salvo che in esecuzione di una sentenza capitale pronunciata da un tribunale, nel caso in cui il reato sia punito dalla legge con tale pena». L'art. 8 CEDU enuncia il principio secondo cui «ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui».

⁽⁷⁴⁾ Su tali profili v. le considerazioni di S. VINCRE, S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 143, secondo cui esistono «situazioni giuridiche protette ... che hanno una loro sfera di autonomia, e che ... appartengono tanto al singolo soggetto quanto alla comunità intera: situazioni giuridiche soggettive ma (anche) acefale».

⁽⁷⁵⁾ Così, ad esempio, nel caso *Urgenda*, dove sono stati azionati i diritti di cui agli artt. 2 e 8 CEDU relativi al diritto alla vita e alla vita familiare; nel caso *Juliana*, dove gli attori lamentavano la lesione del diritto alla vita, alla libertà e alla proprietà privata; nonché nel caso *Leghari*, nel quale l'attore (un agricoltore pakistano) lamentava che la mancata attuazione del piano nazionale di lotta al cambiamento climatico e del relativo programma di implementazione concretasse una violazione del diritto alla vita e alla dignità della persona rispettivamente sanciti dagli art. 9 e 14 della Costituzione pakistana.

⁽⁷⁶⁾ G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1279 s.

trinsecamente adespota come il clima a uno o più attori e, configurandosi la lesione come minaccia delle situazioni soggettive individuali, ciascun soggetto che si assume leso può agire per la tutela della propria situazione giuridica soggettiva. Proprio per questa ragione, per superare i problemi della legittimazione ad agire, le associazioni ambientaliste ricorrenti sono affiancate da gruppi di cittadini (77).

Nondimeno, nel recente passato, in due decisioni volte a ottenere la dichiarazione di nullità di atti normativi dell'Unione ai sensi dell'art. 263 TFUE, poiché, secondo la prospettazione degli attori, le riduzioni delle emissioni previste in tali atti sarebbero state lesive dei diritti fondamentali alla salute, all'istruzione, all'occupazione e alla parità di trattamento, in un quadro ordinamentale che impone all'UE obblighi di protezione dell'ambiente, la Corte di giustizia ha negato l'esistenza di un interesse diretto e personale in capo ai ricorrenti: poiché il cambiamento climatico comporta effetti nella sfera indistinta di tutti, è stata ritenuta carente nel caso concreto la prova dell'esistenza di una situazione giuridica differenziata, distinta da quella della collettività generalizzata (78).

Tale soluzione è stata da ultimo ribadita, con riferimento alla posizione delle persone fisiche ricorrenti, nella sentenza del 9 aprile 2024 (79) resa dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nella vicenda *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v.*

(77) S. VINCRE, S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 142 s.

(78) In termini cfr. Corte Giust. UE, 25 marzo 2021, causa C-565/19 P, *Armando Carvalho e a. contro Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea*, nella quale la Corte ha specificato che le persone fisiche o giuridiche soddisfano la condizione dell'"interesse individuale solo se l'atto impugnato le riguarda in ragione di talune caratteristiche che sono loro proprie o di circostanze che le differenziano da tutte le altre persone, e in virtù di tali elementi le distingue individualmente"; nonché Corte Giust. UE, 14 gennaio 2021, causa C-297/20 P, *EU Biomass Plaintiffs v. European Union*. In dottrina, su tali decisioni, v. M. DEL SIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, cit., 269 e s.; G. PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, cit., 192 s. e 205 e ss.; M. MONTINI, *Verso una giustizia climatica basata sulla tutela dei diritti umani*, cit., 530 ss.

(79) Vedila pubblicata su: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

Switzerland ⁽⁸⁰⁾. In relazione a un ricorso proposto da un'associazione svizzera e da quattro ricorrenti singole, con il quale veniva lamentata la violazione degli articoli 2 (diritto alla vita) e 8 (diritto al rispetto della vita privata) della CEDU ⁽⁸¹⁾ da parte della Svizzera, non avendo quest'ultima adottato misure sufficienti per mitigare gli effetti del cambiamento climatico, la Corte ha escluso la sussistenza della legittimazione ad agire delle singole ricorrenti, ritenendo che esse non soddisfacessero i criteri dello *status* di vittima di cui all'articolo 34 CEDU, difettando, nel caso, la dimostrazione di essere state personalmente e direttamente colpite, in maniera significativa, dalle azioni o omissioni contestate con un grado di intensità tale da far sorgere un bisogno urgente di garantire la loro protezione individuale ⁽⁸²⁾.

4. Il ruolo degli strumenti di tutela collettiva nell'ambito della *climate change litigation*.

Le peculiari caratteristiche del contenzioso climatico sin qui tratteggiate sollecitano l'interrogativo se, rispetto ad attività che possono simultaneamente arrecare un pregiudizio a una moltitudine di soggetti, il ricorso a strumenti di tutela collettiva sia in grado di meglio garantire la protezione delle posizioni soggettive

⁽⁸⁰⁾ Ricorso n. 53600/20. Su tale vicenda v. *amplius* A. OSTI, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (per non tacer degli altri)*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 241 ss.

⁽⁸¹⁾ Nonché dell'art. 6.1 CEDU (diritto ad un equo processo) per mancanza di accesso a un tribunale in grado di pronunciarsi sulla mancata adozione da parte della Svizzera delle misure necessarie per contrastare il cambiamento climatico.

⁽⁸²⁾ Merita segnalare peraltro che la Corte ha ritenuto invece sussistente in capo all'associazione la legittimazione ad agire per conto dei suoi componenti, dichiarando quindi ammissibile il ricorso da quest'ultima presentato. In relazione al merito, la Corte ha deciso di non esaminare il caso dal punto di vista dell'articolo 2 e si è limitata a considerare le doglianze relative agli articoli 8 e 6 § 1 della CEDU, riscontrando la violazione di entrambi da parte della Svizzera: per maggiori dettagli sulla decisione v. E. GUARNA ASSANTI, *Verein klimasenioren and others v. Switzerland: una conferma del ruolo fondamentale dei diritti umani per la tutela del clima* (18 aprile 2024), in <https://www.diritticomparati.it/verein-klimasenioren-and-others-v-switzerland-una-conferma-del-ruolo-fondamentale-dei-diritti-umani-per-la-tutela-del-clima/>.

coinvolte⁽⁸³⁾.

In dottrina è stata evidenziata la funzione “regolatrice” del contenzioso collettivo che, consentendo l’aggregazione di una pluralità di domande caratterizzate dalla comunanza di profili di fatto e di diritto, diminuisce l’asimmetria tra i cittadini e le grandi imprese, consentendo ai primi, attraverso il *private enforcement*, di orientare la disciplina dei mercati di beni e servizi⁽⁸⁴⁾. Ciò in virtù degli obiettivi perseguiti dagli strumenti di tutela collettiva, tra cui una migliore e più efficiente allocazione delle risorse, la coerenza tra i provvedimenti giurisdizionali, l’incremento delle prospettive di accesso alla giustizia e la funzione di deterrenza delle condotte illecite⁽⁸⁵⁾. Obiettivi, questi, tutti sommamente auspicabili nell’ambito del contenzioso climatico.

Grazie alle sue caratteristiche, la tutela collettiva, un tempo prerogativa degli Stati Uniti e di altri Paesi del Nord America, si è successivamente diffusa anche in Europa, dove da ultimo è stata oggetto di una direttiva dell’Unione europea, recante norme minime in materia di azioni rappresentative a tutela degli inte-

(83) V. in argomento E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 858.

(84) Sul punto v. H. MUIR WATT, *The Trouble with Cross-Border Collective Redress: Issues and Difficulties*, in D. FAIRGRIEVE E. LEIN (a cura di), *Extraterritoriality and Collective Redress*, Oxford, 2012, 120.

(85) In argomento v. B. SASSANI A.D. DE SANTIS, *L’inammissibilità dell’azione di classe consumeristica e il «non possumus» della Cassazione*, in *Foro it.*, 2023, I, 159, per quali «l’azione risarcitoria di classe è uno strumento che, servendosi della domanda privata di giustizia (e delle leve economiche ad essa connesse), persegue finalità pubblicistiche: tra queste, la deterrenza rispetto alla reiterazione o continuazione di condotte illecite, l’emersione di una domanda di giustizia destinata, in molti casi, a rimanere inespressa, la *fairness* nelle condotte degli operatori del mercato, il contenimento, in alcuni casi, del contenzioso seriale, la più agevole predeterminazione, per i convenuti, dei “costi” legati alla propria condotta. A ben vedere, quella dell’azione di classe dovrebbe essere la via maestra, che consente di evitare il frazionamento (cioè il ricorso alle azioni individuali) di un unico — più o meno — grande credito risarcitorio derivante dall’attività illecita parcellizzata dalla parte abituale». V. anche A. GIUSSANI, *Azioni collettive risarcitorie nel processo civile*, Bologna, 2008, 53 ss., per il quale la *class action* può assurgere a strumento privilegiato di tutela, attesa la sua finalità di fingere da deterrente per le imprese, a livello economico e di opinione pubblica, favorendo un aumento dei controlli interni; ID., *Giustizia civile e tutela dell’ambiente: una pagina ancora da scrivere?*, cit., 193; nonché F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, Bologna, 2023, 252, secondo cui l’azione di classe è una delle «leve di politica del diritto».

ressi collettivi dei consumatori (Direttiva (UE) 2020/1828). Relativamente al nostro ordinamento, merita segnalare due recenti interventi legislativi: il d.lgs. 10 marzo 2023, n. 28, con il quale è stata data attuazione alla richiamata direttiva⁽⁸⁶⁾, e la l. 12 aprile

⁽⁸⁶⁾ Il provvedimento richiamato nel testo ha introdotto nel nostro ordinamento, nell'ambito del Codice del consumo le azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori, che possono essere esercitate, per conto dei consumatori medesimi, anche in assenza di un mandato da parte dei singoli, da enti legittimati (art. 140-*quater* Codice del consumo) nei confronti di un qualsiasi professionista, al fine di ottenere un provvedimento inibitorio o compensativo (artt. 140-*octies* e 140-*novies* c. cons.), laddove sia accertata la violazione delle disposizioni del diritto dell'Unione Europea a tutela dei consumatori. L'azione inibitoria è volta ad ottenere un «*provvedimento con il quale il giudice ordina la cessazione o il divieto della condotta omissiva o commissiva posta in essere in violazione delle disposizioni di cui all'allegato II-septies e ordina la pubblicazione del provvedimento, integralmente o per estratto, su uno o più quotidiani a diffusione nazionale o locale ovvero la pubblicazione di una rettifica*» (art. 140-*ter*, comma 1, lett. i). L'azione compensativa o risarcitoria è finalizzata ad ottenere «*una misura rivolta a rimediare al pregiudizio subito dal consumatore, anche attraverso il pagamento di una somma di danaro, la riparazione, la sostituzione, la riduzione del prezzo, la risoluzione del contratto o il rimborso del prezzo pagato, secondo quanto previsto dalle disposizioni di cui all'Allegato II-septies*» (art. 140-*ter*, comma 1, lett. h). Diversamente dal rimedio nazionale di cui alla l. n. 31/2019, volto a tutelare diritti individuali omogenei dei componenti di una classe, quello qui in esame è finalizzato a tutelare gli interessi collettivi dei consumatori in una serie di materie espressamente indicate. Le azioni rappresentative possono essere intentate anche in uno Stato membro diverso da quello in cui l'ente è stato designato come legittimato. Pertanto, laddove una presunta violazione leda o possa ledere i consumatori in diversi Stati membri, più enti legittimati designati in Stati membri diversi possono agire, anche unitamente, promuovendo un'azione rappresentativa davanti all'organo giurisdizionale o all'autorità amministrativa di uno Stato membro. In tal modo la tutela degli interessi collettivi dei consumatori è più efficace, poiché gli enti legittimati di diversi Stati membri possono unire le loro forze in un'unica azione rappresentativa in un singolo foro. Le azioni in questione si aggiungono e non si sostituiscono ai rimedi nazionali già esistenti; il che potrebbe causare problemi di coordinamento tra le diverse discipline: su tali azioni, per tutti, senza pretesa di completezza, v. O. LANZARA, *Le nuove frontiere dell'azione di classe: considerazioni in tema di tutela del danno ambientale*, in L. DI CINTIO F. FASOLINO A. ORIOLO, *Ambiente e diritto: dogmi moderni, prassi antica*, Milano, 2023, 192 ss.; F. BATTAGLIA, *Recenti novità in materia di azioni rappresentative a tutela degli interessi collettivi dei consumatori nell'Unione europea*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2021, 2, 335 ss.; E. CAMILLERI, *La Dir. 2020/1828/UE sulle azioni rappresentative e il "sistema delle prove". La promozione dell'interesse pubblico attraverso la tutela degli interessi collettivi dei consumatori: verso quale modello di "enforcement"?*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, 1052 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Azioni "rappresentative" e tutela degli interessi collettivi dei consumatori. La "lunga marcia" che ha condotto all'approvazione della Dir. 2020/1828/UE e i profili problematici del suo recepimento nel diritto italiano*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2022, 4, 1010 ss.; Id., *Le "azioni rappresenta-*

2019, n. 31, che ha esteso al di fuori dell'ambito consumeristico l'azione di classe, trasferendone la relativa disciplina dal Codice del consumo all'interno del Codice di procedura civile (artt. 840-bis ss.) e prevedendo (tra l'altro) la sua esperibilità nei confronti delle «*imprese*» e degli «*enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità*» che abbiano leso i diritti individuali omogenei degli appartenenti alla classe con «*atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività*». La “de-consumerizzazione” dell'azione di classe⁽⁸⁷⁾ e la sua caratterizzazione quale strumento a valenza generale, idoneo a coprire diverse aree della responsabilità civile, al fine di contrastare condotte giuridiche plurioffensive poste in essere nell'esercizio di un'attività d'impresa o nella gestione di servizi pubblici o di pubblica utilità, rendono applicabile il rinnovato meccanismo di tutela (anche) alle istanze climatiche⁽⁸⁸⁾. Tuttavia, stante la limitazione sul piano della legittimazione passiva alle domande proposte «*nei confronti di imprese o di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità*», esso potrà essere utilizzato solo ai fini della c.d. *private climate change litigation*, non invece nella *climate litigation* contro lo Stato⁽⁸⁹⁾, per il quale non resta che utilizzare il processo

tive” di cui agli artt. 140-ter ss. c. cons.: ambito di applicazione, legittimazione ad agire e rapporti con la disciplina generale delle azioni di classe di cui agli artt. 840-bis ss. c.p.c., in Nuove leggi civ. comm., 2024, 1, 1 ss.

⁽⁸⁷⁾ Così espressamente A. CARRATTA, *La Class action riformata*, in *Giur. it.*, 2019, 10, 2297; su tale aspetto v., *ex multis*, D. AMADEI, *Nuova azione di classe e procedimenti collettivi nel codice di procedura civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2019, 5, 1049 ss.; U. COREA-M.L. GUARNIERI, *Lineamenti processuali della nuova azione di classe*, in *Judicium*, 2021, 425 ss.

⁽⁸⁸⁾ V. su tali aspetti E. GABELLINI, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, cit., 211 s. Con riferimento alla precedente disciplina recata dall'art. 140-bis c. cons. e con specifico riferimento alla tutela del danno ambientale, cfr. O. LANZARA, *Le nuove frontiere dell'azione di classe*, cit., 189 ss., il quale rileva che, sotto il vigore della precedente disciplina, eccezione fatta per una isolata pronuncia di merito (Trib. Roma, ord. 2 maggio 2013) che ha dichiarato l'ammissibilità di due azioni di classe promosse contro i somministratori pubblici di acqua inquinata, la *class action* di cui all'art. 140-bis c. cons. non era azionabile a tutela delle vittime di un danno ambientale.

⁽⁸⁹⁾ In termini, cfr. E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 859; E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1119; S. VINCRE, in S. VINCRE-A. HENKE, *Il contenzioso “climatico”*, cit., 147.

ordinario, eventualmente nella forma litisconsortile.

Muovendo da un'indagine ad ampio spettro sui modelli di tutela collettiva rinvenibili nei diversi ordinamenti giuridici, una parte della dottrina ha evidenziato che gli strumenti in questione prevedono di norma meccanismi processuali volti a incentivare la promozione delle azioni, soprattutto quando vi sia uno squilibrio di risorse tra il presunto responsabile e le vittime⁽⁹⁰⁾. Ciò accade, ad esempio, attraverso l'utilizzo di meccanismi intesi a favorire la composizione della classe, l'adozione di forme di finanziamento dell'azione per ridurre il divario economico tra le parti processuali e l'uso di regimi probatori che colmano l'asimmetria tra l'impresa convenuta e i membri della classe anche in ordine alla concreta possibilità di raccogliere le prove. In relazione a quest'ultimo profilo, si pensi, ad esempio, alla possibilità prevista dalla disciplina italiana, di fare ricorso alla prova statistica che, attraverso l'elaborazione della frequenza degli eventi di danno in relazione alla condotta posta in essere dalla controparte, può agevolare l'accertamento della responsabilità del convenuto, alle presunzioni semplici e all'estensione del campo di applicazione dell'esibizione in un ambito in cui l'impresa convenuta ha tutto l'interesse a tenere nascoste le conoscenze tecniche e scientifiche in funzione difensiva (art. 840-*quinquies*, commi 4 e 5, c.p.c.). Tra gli anzidetti meccanismi incentivanti rientra anche la possibilità, prevista in alcuni ordinamenti, di condannare il convenuto soccombente al pagamento di danni punitivi, per scoraggiare la reiterazione di *mass torts*, nonché la previsione di norme sul finanziamento dell'azione⁽⁹¹⁾

⁽⁹⁰⁾ V. sul punto E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 859 s.

⁽⁹¹⁾ Tra le iniziative nell'ambito dell'Unione Europea in materia di finanziamento si segnala la risoluzione del Parlamento europeo del 13 settembre 2022 recante raccomandazioni alla Commissione sul finanziamento privato responsabile del contenzioso (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A52022IP0308>), cui è allegata una proposta di direttiva sulla disciplina del finanziamento del contenzioso da parte di terzi. Per le iniziative intraprese nel nostro ordinamento in materia di finanziamento del contenzioso si rimanda alla dettagliata analisi di E. D'ALESSANDRO, *Prospettive del third party funding nel processo civile italiano: il processo fundIT e le iniziative del Parlamento europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2022, 273 ss.

che assicurano il reperimento dei fondi necessari a sostenere l'azione collettiva ed evitano al tempo stesso che i soggetti preposti a rappresentare la classe possano anteporre i propri interessi a quelli del gruppo⁽⁹²⁾.

Peraltro, secondo la richiamata dottrina, l'esistenza di meccanismi procedurali finalizzati a rendere effettivo l'accesso alla giustizia collettiva non è l'unico elemento per valutare il potenziale delle azioni collettive rispetto al raggiungimento degli obiettivi della *climate change litigation*, soprattutto se si tiene conto della circostanza che l'utilità degli strumenti in questione — sotto il profilo sia delle funzioni di deterrenza sia dell'accesso alla giustizia — è particolarmente evidente quando le domande individuali hanno un valore bagatellare, poiché in questi casi i singoli potrebbero essere poco incentivati ad agire individualmente, con il rischio di lasciare prive di tutela le loro pretese, quantomeno quelle di modesta entità.

Rispetto al contenzioso climatico è lecito chiedersi se siano rinvenibili le stesse finalità, soprattutto quando gli appartenenti alla classe intendano agire per ottenere il risarcimento di danni particolarmente ingenti. La diversa entità dei danni potrebbe determinare un aumento dei costi del procedimento, attenuando o addirittura annullando i vantaggi ascritti alla tutela collettiva.

In quest'ottica, i requisiti previsti nei singoli ordinamenti per essere considerati membri della classe, indipendentemente dalla scelta tra il modello di *opt-in* e quello di *opt-out*, potrebbero rappresentare un ostacolo⁽⁹³⁾.

⁽⁹²⁾ In questo senso v. E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 860, *ivi*, nt. 55, secondo cui, le norme sul finanziamento dell'azione collettiva consentono di scongiurare il rischio che il rappresentante della classe accetti un accordo transattivo per ottenere un compenso premiale più alto laddove vi sia la concreta possibilità di giungere a una sentenza di risarcimento favorevole ai membri della classe.

⁽⁹³⁾ In relazione alla *class action* statunitense, richiamando gli approdi della dottrina e della giurisprudenza statunitense, E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 861, segnala che, laddove siano formulate richieste di danni fondate su circostanze di carattere individuale e personale, l'azione potrebbe non superare il vaglio di ammissibilità, mancando una «richiesta risarcitoria più generale e “collettiva”». Tale rischio può concretizzarsi nel caso di illeciti collettivi in cui i singoli hanno subito danni ingenti, in virtù dei quali sussistono ampi incentivi ad avviare azioni individuali.

Parimenti, anche negli ordinamenti dotati di strumenti di tutela collettiva evoluti in termini di benefici processuali, le fasi del procedimento volte alla verifica della possibilità e dell'opportunità di procedere alla formazione della classe, stante l'ampia discrezionalità riconosciuta ai giudici nella fase di "certificazione", potrebbero condurre a valutazioni di segno opposto in casi apparentemente simili sotto il profilo dei suoi componenti, della *causa petendi* e del rimedio invocato. Circostanza, questa, che potrebbe generare incertezza in ordine alla possibilità che la *class action* giunga a un provvedimento di decisione nel merito, anche quando presenti delle significative somiglianze con azioni collettive precedenti, sulle quali i giudici si siano già pronunciati favorevolmente.

Le evidenziate criticità inducono il sospetto che, nell'ambito del contenzioso in materia climatica, gli strumenti di tutela collettiva non siano in grado di assicurare in maniera effettiva il raggiungimento degli obiettivi di accesso alla giustizia e di deterrenza. Non solo. Il loro esperimento potrebbe addirittura tradursi in un vantaggio per il convenuto, che potrebbe sfruttare l'azione collettiva per minimizzare la propria responsabilità, attraverso la conclusione di un accordo transattivo⁽⁹⁴⁾. Al riguardo è stato tuttavia segnalato che, anche in situazioni del genere, potrebbe essere comunque salvaguardata la funzione di deterrenza usualmente ricollegata agli strumenti di tutela collettiva, se si considera che, nonostante la conclusione dell'accordo rappresenti un vantaggio economico immediato per l'impresa, l'intera vicenda avrebbe comunque delle ripercussioni sul piano reputazionale⁽⁹⁵⁾.

E ancora occorre considerare che la natura ontologicamente globale e, dunque, tecnicamente transnazionale del contenzioso climatico pone una serie di problemi sotto il profilo della legittimazione dell'ente a promuovere un'azione collettiva transfrontaliera

⁽⁹⁴⁾ Su tali profili, cfr. M.M. KARAYANNI, *The private international law of class actions: a functional approach*, in *Recueil des Cours*, t. 422, 2021, 55.

⁽⁹⁵⁾ In questo senso v. E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 862, secondo cui le stesse considerazioni valgono anche per l'ipotesi in cui, all'esito di una *class action* risarcitoria, l'impresa convenuta sia condannata a pagare somme di valore modesto.

e della ricevibilità della domanda quando la fattispecie dedotta in giudizio abbia dei collegamenti con più di un ordinamento giuridico. Poiché la soluzione di tali questioni dipende dal diritto processuale del foro, le scelte di volta in volta operate dai legislatori nazionali incidono sull'esito dell'azione collettiva in una fase che precede quella del giudizio sul merito della controversia⁽⁹⁶⁾.

Sempre connessa al carattere transnazionale dell'azione climatica collettiva è l'individuazione del giudice competente a decidere sulla controversia. Si tratta di una questione di non agevole soluzione tenuto conto che le attività che contribuiscono al cambiamento climatico non sono geolocalizzabili, che i danni da queste derivanti sono plurilocalizzati e che i singoli ordinamenti presentano discipline differenti sotto il profilo degli incentivi alla proposizione dell'azione⁽⁹⁷⁾.

5. L'utilizzabilità dell'azione di classe risarcitoria per i danni ambientali e per i danni climatici.

Nonostante gli strumenti di tutela collettiva non siano sempre la migliore opzione disponibile o quanto meno non siano scevri da rischi, come si è cercato di mettere in luce, è ancora opportuna qualche considerazione circa l'utilizzabilità, nel nostro ordinamento, dell'azione di classe risarcitoria di cui agli artt. 840*bis* ss. c.p.c. per il risarcimento sia del danno ambientale sia del danno climatico⁽⁹⁸⁾, premettendo innanzitutto che un ostacolo al suo ef-

⁽⁹⁶⁾ Al riguardo — osserva E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 863 — la previsione di requisiti di legittimazione ad agire particolarmente rigorosi e l'inadeguatezza degli strumenti di tutela collettiva a raccogliere le domande degli appartenenti alla classe che non risiedono nell'ordinamento del foro potrebbero condurre ad una declaratoria di inammissibilità dell'azione.

⁽⁹⁷⁾ Proprio in relazione a quest'aspetto, è stato rilevato che quanti risiedono nell'ambito di Stati membri muniti di strumenti di tutela collettiva meno efficienti possono subire un pregiudizio ai loro interessi. Tale circostanza, infatti, promuove il *forum shopping* e consente alle imprese di orientare le proprie scelte e le politiche aziendali considerando i regimi processuali degli Stati membri in cui intendono operare: così E. BENVENUTI, *Climate change litigation*, cit., 864.

⁽⁹⁸⁾ Su tali profili, v. E. GABELLINI, *Note sul contenzioso climatico e le azioni di classe*, cit., 212 s., secondo cui, tenuto conto che clima e ambiente sono «due settori in

fettivo utilizzo è rappresentato dal limite temporale di applicazione delle nuove norme previsto dall'art. 7 l. n. 31/2019 — alle condotte illecite poste in essere successivamente alla data della sua entrata in vigore (19 maggio 2021)⁽⁹⁹⁾ — essendo difficile stabilire in quale momento le emissioni climalteranti abbiano provocato dei danni⁽¹⁰⁰⁾. A tacere del fatto, poi, che la norma, per come formulata, appare addirittura paradossale, nella misura in cui la sua applicabilità viene ricollegata a un accertamento di merito, circa la collocazione temporale della condotta lesiva, che dovrebbe essere svolto solo dopo la dichiarazione di ammissibilità dell'azione.

Tenuto conto delle suesposte considerazioni, il meccanismo

cui entrano in gioco beni idonei a soddisfare più pretese reciprocamente incompatibili e, al contempo, in grado di proiettare la loro lesione, oltre che sulle posizioni giuridiche di singoli soggetti, anche su cerchie indeterminate e indeterminabili di soggetti interessati, fino alle future generazioni», l'azione di classe potrebbe essere un utile strumento per risarcire i danni provocati a tali beni.

⁽⁹⁹⁾ Su tale profilo, cfr. Trib. Roma, 22 ottobre 2022, in *Foro it.*, I, 2023, 155 ss., secondo cui la scelta del legislatore di escludere dal perimetro applicativo le condotte anteriori all'entrata in vigore delle nuove norme è giustificata «dalla ... funzione di deterrenza nei confronti delle imprese, certamente non attuabile con riferimento a condotte pregresse, e dall'esigenza di offrire ai potenziali destinatari dell'azione di classe un margine di tempo ragionevole per adeguarsi alle nuove disposizioni, predisponendo al proprio interno dei presidi che possano eliminare o ridurre il rischio di compiere illeciti plurioffensivi. Queste medesime finalità danno ragione della scelta ... di dare rilievo esclusivo alla data della condotta, e della conseguente irrilevanza della data di insorgenza del diritto al risarcimento».

⁽¹⁰⁰⁾ In termini v. E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1128 s., che segnala la difficoltà di individuare il momento in cui i danni si sono verificati, derivando «da condotte che si protraggono da tempo e nel tempo», e che il «concretarsi del danno potrebbe soggiacere a tempistiche diverse»; nonché R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019 n. 31*, Pisa, 2019, 31 ss., che mette in luce la non agevole determinazione della collocazione temporale dell'illecito quando quest'ultimo sia costituito da condotte lesive che si protraggono nel tempo; B. ZUFFI, *L'ambito operativo della nuova azione di classe risarcitoria e restitutoria*, in C. CONSOLO B. ZUFFI (a cura di), *L'azione di classe ex art. 140 bis Codice del Consumo. Lineamenti processuali*, Padova, 2012, 61; sulla peculiarità del danno climatico v. M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in R. BIFULCO A. CELOTTO M. OLIVETTI (a cura di), *Dig. disc. pubbl., Agg.*, Torino, 2021, 69, secondo cui esso «presenta le caratteristiche dell'evento-conseguenza anomalo, lungolatente ma incrementativo, evidenziale, permanente, irreversibile, plurioffensivo e di massa».

dell'azione di classe volto a tutelare «*diritti individuali omogenei*»⁽¹⁰¹⁾ non sembra possa essere utilizzato per tutelare le lesioni del bene ambiente in sé considerato. Infatti, vuoi che si configuri l'ambiente — seguendo l'interpretazione della dottrina maggioritaria — alla stregua di interesse diffuso, facendo leva sulla circostanza che si tratta di un «valore d'insieme»⁽¹⁰²⁾, vuoi che — sulla scorta della giurisprudenza amministrativa — lo si qualifichi in termini di interesse collettivo alla conservazione dei beni ambientali⁽¹⁰³⁾, in ogni caso la sua tutela esula dal perimetro applicativo dell'azione di classe risarcitoria, avente ad oggetto la tutela di diritti individuali omogenei⁽¹⁰⁴⁾. D'altro canto, estendere il novero dei soggetti beneficiari del risarcimento andrebbe in una direzione opposta a quella sottesa alla Direttiva 2004/35/CE, di concentrare i proventi delle azioni risarcitorie da danno ambientale in capo allo Stato, ritenuto unico soggetto idoneo a ripristinare la capacità del bene comune di produrre ancora esternalità positive⁽¹⁰⁵⁾.

Piuttosto, tenuto conto che oggetto dell'azione di classe sono diritti individuali omogenei, l'utilizzo di tale strumento potrebbe

⁽¹⁰¹⁾ Su tale profilo, per tutti, senza pretesa di esaustività, v. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 11 ss.; A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, in *Riv. dir. proc.*, 2020, 359 ss.; e (con riferimento alla precedente disciplina) A. CARRATTA, *L'azione collettiva risarcitoria e restitutoria: presupposti ed effetti*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 3, 725 s., per il quale con l'azione collettiva risarcitoria o restitutoria non sono tutelabili interessi collettivi o diffusi; il presupposto sostanziale di tale tipologia di azione «non è altro che la tutela di diritti soggettivi individuali al risarcimento o alla restituzione omogenei, perchè caratterizzati dalla circostanza di essere riconducibili al medesimo atto o fatto illecito del convenuto, e dunque oggettivamente e soggettivamente connessi». Si tratta — secondo l'Autore — di un meccanismo processuale mediante il quale si possono raggruppare in un'unica azione un numero consistente di domande di portata più modesta, risparmiando tempo e denaro.

⁽¹⁰²⁾ V. G. ALPA, *La natura giuridica del danno ambientale*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Il danno ambientale con riferimento alla responsabilità civile*, cit., 94.

⁽¹⁰³⁾ Per una compiuta disamina di questi profili cfr. G. CECCHERINI, *Danno all'ambiente e garanzia dell'accesso alla giustizia: una questione aperta*, in *Riv. dir. civ.*, 2021, 2, 352 ss.

⁽¹⁰⁴⁾ Favorevole invece all'utilizzo dell'azione di classe nel settore ambientale è G. PONZANELLI, *La nuova class action*, in *Danno e resp.*, 2019, 3, 307.

⁽¹⁰⁵⁾ In termini, v. U. SALANITRO, *Il danno ambientale tra interessi collettivi e interessi individuali*, cit., 264 s.

ipotizzarsi con riferimento alle ipotesi in cui vengono lamentati danni⁽¹⁰⁶⁾ alle posizioni individuali in conseguenza di un illecito ambientale.

Ponendosi in quest'ottica, stante l'espressa rilevanza costituzionale del bene ambiente⁽¹⁰⁷⁾, lo strumento di tutela collettiva potrebbe essere azionato da coloro che lamentino la violazione di un diritto fondamentale⁽¹⁰⁸⁾, considerando il danno ambientale una somma di lesioni di interessi individuali⁽¹⁰⁹⁾. Tale qualificazione non è però del tutto pacifica⁽¹¹⁰⁾.

Un'altra ipotesi riguarda il caso sopra richiamato della azionabilità della «*quota individuale del danno collettivo*»⁽¹¹¹⁾. Se si ritiene ammissibile l'azione individuale per il recupero delle spese effettuate e il ristoro delle occasioni altrimenti perdute ogni qualvolta un soggetto, a causa dell'alterazione ambientale derivante dall'illecito, non abbia potuto avvalersi dell'assetto organizzativo predisposto e per il quale abbia sopportato costi di investimento specificamente collegati alla sussistenza di particolari condizioni ambientali⁽¹¹²⁾, conseguentemente dovrebbe ammettersi anche

⁽¹⁰⁶⁾ Sia di natura patrimoniale sia di natura non patrimoniale: su tali profili, v. Trib. Venezia, 7 luglio 2021, in *Foro it.*, 2021, I, 4023 ss., con nota di A.D. DE SANTIS e A. PALMIERI; in *www.judicium.it* (29 luglio 2021) con nota di M.L. GUARNIERI; App. Venezia, 16 novembre 2023, n. 2260, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2024, I, 11 ss. con nota di B. DE SANTIS; B. DE SANTIS, *Una transazione chiude la vicenda Dieselgate: riflessioni sull'epilogo della più grande class action italiana*, in *www.judicium.it* (26 luglio 2024); sulla risarcibilità del danno non patrimoniale nella *class action*, cfr. Trib. Milano 8 novembre 2013, ord., in *Giur. it.*, 2014, 603 ss. con nota di A. GIUSSANI; App. Milano 3 marzo 2014, ord., in *Foro it.*, 2014, I, 1619 e in *Resp. civ. prev.*, 2014, 1281; App. Milano 25 agosto 2017, ord., in *Danno e resp.*, 2018, 373 ss. con nota di S. MONTI; in *Giur. it.*, 2018, 105 ss. con nota di A. DONDI e A. GIUSSANI; in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, I, 10 ss., con nota di F. SAGUATO; in *Corr. giur.*, 2018, 243 ss., con nota di B. ZUFFI; Cass. civ., 31 gennaio 2018, n. 2320, ord., in *Danno e resp.*, 2019, 113, con nota di M. NATALE.

⁽¹⁰⁷⁾ Su cui v. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale*, cit., 257 ss.

⁽¹⁰⁸⁾ In questo senso v. G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1281, nt. 29.

⁽¹⁰⁹⁾ In questi termini v. R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008, 273 ss.

⁽¹¹⁰⁾ Per questi aspetti si rimanda all'ampia analisi di R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, cit., 283 (nt. 44), 790 s.

⁽¹¹¹⁾ V. *supra* § 1.

⁽¹¹²⁾ Quella richiamata nel testo è la posizione espressa da U. SALANITRO, *Danni*

l'esperibilità dell'azione di classe risarcitoria nella misura in cui il pregiudizio riguardi una classe di soggetti⁽¹¹³⁾.

In relazione al danno climatico, non ci sono ostacoli di ordine concettuale all'utilizzo dell'azione di classe, quando essa sia legata alla violazione di diritti soggettivi posta in essere da un comportamento illecito plurioffensivo da parte di un'impresa o da parte di un gestore di servizi pubblici o di servizi di pubblica utilità.

La difficoltà principale che si prospetta per l'interprete è quella di individuare i diritti individuali omogenei, tenuto conto del fatto che l'omogeneità è un concetto mutuato dal diritto brasiliano⁽¹¹⁴⁾ con riferimento all'azione di classe⁽¹¹⁵⁾, estraneo alla nostra tradizione giuridica e rispetto al quale manca una definizione legislativa.

Trattandosi in ogni caso della generalizzazione di un requisito ripreso dalla previgente disciplina consumeristica, è possibile av-

temporanei all'ambiente e tutela degli interessi privati, cit., 418, il quale distingue la posizione del titolare dell'attività turistica che, traendo dapprima vantaggio dalla condizione ambientale senza sostenere alcun costo specifico per la sua conservazione e per il suo miglioramento, veda poi cessare tale vantaggio a causa dell'illecito altrui, da quella dell'albergatore che abbia acquisito il diritto alla concessione demaniale della spiaggia e conseguentemente abbia affrontato specifiche spese per opere funzionali alla fruizione della spiaggia e alla balneazione. Il primo non ha diritto al risarcimento del danno correlato al mancato profitto; il secondo invece, limitatamente ai costi specifici sopportati e alle aspettative di lucro connesse con il servizio di fruizione della spiaggia, ha diritto al risarcimento del danno. In relazione alla soluzione da ultimo prospettata, in senso adesivo, cfr. P. TRIMARCHI, *La responsabilità civile*, cit., 63 (nt. 67).

⁽¹¹³⁾ Così E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., p. 1121; in senso dubitativo, v. G. CECCHERINI, *Danno all'ambiente e garanzia dell'accesso alla giustizia: una questione aperta*, cit., 356.

⁽¹¹⁴⁾ In argomento v., senza pretesa di completezza, R. DONZELLI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori*, Napoli, 2011, 209 ss.; Id., *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 12 ss., che, richiama l'art. 81 del *Código de Defesa do Consumidor* brasiliano (l. 11 settembre 1990, n. 8078), ove sono definiti "omogenei" i diritti che hanno «un'origine comune»; adde C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019 n. 31*, cit., 59 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Su tale requisito quale «unico criterio di selezione del contenzioso» rientrante nel perimetro applicativo dell'azione di classe di cui agli artt. 840-*bis* ss. c.p.c., cfr. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 12, secondo cui sarebbe stato opportuno inserire una definizione legale di «omogeneità»; adde G. MONTELEONE, *L'azione di classe in Italia. Brevi osservazioni critiche*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 312.

valersi dei risultati interpretativi raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza su tale profilo⁽¹¹⁶⁾ e ritenere integrata l'omogeneità dei diritti quando questi traggano origine da un medesimo fatto illecito, che abbia dato vita a un unico danno-evento a carattere plurioffensivo, anche se differenziati sotto il profilo del danno-conseguenza, non potendosi richiedere una perfetta sovrapposibilità delle situazioni dei componenti della classe⁽¹¹⁷⁾. In particolare, deve trattarsi di diritti al risarcimento del danno e alle restituzioni derivanti da un unico illecito con attitudine plurioffensiva, posto in essere da un medesimo convenuto e caratterizzato da elementi di fatto o diritto comuni⁽¹¹⁸⁾, ovvero da illeciti ripetuti e numerosi, ciascuno dei quali con attitudine a ledere singoli soggetti⁽¹¹⁹⁾.

Occorre tuttavia precisare che, se l'unicità della condotta lesiva o l'identità delle più condotte poste in essere dal legittimato

⁽¹¹⁶⁾ Per una accurata rassegna v. R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 11 ss.

⁽¹¹⁷⁾ Così espressamente Trib. Venezia, 25 maggio 2017, in *Danno e resp.* 2018, 214 ss., con nota di V. SELINI. Sulla distinzione tra danno-evento e danno-conseguenza, in dottrina, v. C. SCOGNAMIGLIO, *Alcune considerazioni sulla nozione di danno (a proposito della distinzione tra danno evento e danno conseguenza)*, in *Resp. civ. prev.*, 2023, 6, 1922 ss.

⁽¹¹⁸⁾ Così espressamente A. GIUSSANI, *Il nuovo art. 140-bis c. cons.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 3, 604. S. MENCHINI, *La tutela giurisdizionale dei diritti individuali omogenei: aspetti critici e prospettive ricostruttive*, in S. MENCHINI (a cura di), *Le azioni seriali*, Napoli, 2008, 57 s. parla invece di diritti caratterizzati da «un collegamento di tipo causale (identità del titolo) o di carattere improprio (identità di questioni)»; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2011, 1, 115, qualifica il requisito dell'omogeneità in termini di «identità di questioni di fatto e di diritto»; con riferimento alla disciplina dell'azione di classe codicistica C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate*, cit., 60 s., ritiene che l'omogeneità dei diritti individuali tutelabili attraverso l'azione di classe si risolva in una «connessione impropria, disciplinata dall'art. 103, primo comma, ultima parte, c.p.c., a norma del quale più cause possono essere trattate congiuntamente in un unico processo "quando la decisione dipende, totalmente o parzialmente, dalla risoluzione di identiche questioni"», che nel caso di specie devono essere di fatto e di diritto».

⁽¹¹⁹⁾ In questi termini v. C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate*, cit., 60, che segnala altresì il fatto che l'accertamento giudiziale del pregiudizio sofferto dai membri della classe deve poter essere effettuato unitariamente, prescindendo totalmente da questioni individuali. Pertanto, secondo l'A. i danni da fumo e, in generale, quelli alla salute mal si prestano ad essere fatti valere attraverso l'azione di classe, poiché necessitano di un'indagine circa lo stato di salute iniziale di ciascun danneggiato.

passivo è sufficiente ai fini della qualificazione e individuazione del perimetro dei diritti alla restituzione, nel caso di diritti risarcitori — tipicamente quelli fatti valere nel contenzioso climatico — l'indagine relativa alla loro omogeneità appare più complessa e articolata, dovendosi altresì accertare l'identità del nesso causale tra condotta lesiva ed evento dannoso lamentato dalla classe⁽¹²⁰⁾. Con riferimento al contenzioso climatico, l'accertamento di tale nesso appare particolarmente problematico, stante la difficoltà di dimostrare, tanto sul piano fattuale quanto su quello giuridico, il nesso tra la condotta posta in essere dal soggetto convenuto — sia esso l'impresa o lo Stato — e l'impatto sullo stato climatico che, a sua volta, ha determinato i danni a cose o a persone⁽¹²¹⁾.

Per ovviare agli ostacoli dimostrativi, una parte della dottrina suggerisce il ricorso alla c.d. *climate attribution science*⁽¹²²⁾,

⁽¹²⁰⁾ Cfr. C. PETRILLO, *Situazioni soggettive implicate*, cit., 60, che mette in luce la necessità di effettuare tale accertamento sia nella fase volta alla verifica di ammissibilità dell'azione — in termini meramente probabilistici — sia in quella relativa alla decisione di merito, avvalendosi del «criterio della “preponderanza dell'evidenza”, ovvero del “più probabile che non”, avuto riguardo anche ai dati di comune esperienza».

⁽¹²¹⁾ Su tale aspetto, v. A. HENKE, in S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso “climatico”*, cit., 153, secondo cui la difficoltà di dimostrare il nesso di causalità spiegherebbe perché, nonostante le richieste di compensazioni monetarie dei danni subiti formulate dagli attori, i giudici nazionali sia siano finora limitati a ordinare l'adozione di azioni concrete, talvolta anche molto “aggressive”, per limitare le emissioni inquinanti, senza spingersi a condanne al risarcimento dei danni e a una loro quantificazione; A. PISANÒ, *Il diritto al clima*, cit., 76 ss.; F. FONTANAROSA, *Climate Change Damages: una analisi comparativa del diritto al clima*, cit., 35 ss., che evidenzia le difficoltà legate alla prova del nesso causale tra il comportamento (attivo o omissivo) del danneggiante e il verificarsi del cambiamento climatico; G. PULEIO, *Rimedi civilistici e cambiamento climatico antropogenico*, cit., 199; M. MELI, *Piove. Governo ladro! Cambiamenti climatici e nuove istanze di tutela*, in *Teoria e critica della regolazione sociale*, 2020, 2, 87 ss.; C. PORTIER, *Le contentieux climatique en droit français: quel(s) fondement(s), quelle(s) responsabilité(s)*, in *Revue juridique de l'environnement*, 2020, 465 ss.; M. KELLERS. KAPOOR, *Climate Change Litigation: Civil Liability for Greenhouse Gas Emissions*, in *European Energy and Environmental L. R.*, 2020, 49 ss.; T. PFROMMER ET AL., *Establishing causation in climate litigation: admissibility and reliability*, in *Climate Change*, 2019, 67 ss.

⁽¹²²⁾ Su cui, per tutti, v. M. BURGER J. WENTZ R. HORTON, *The Law and Science of Climate Change Attribution*, in *Columbia Journal of Environmental Law*, vol. 45, 1, 2020, 57 ss.; M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei*

i cui risultati dovrebbero consentire di individuare il legame tra uno specifico danno legato al clima e le emissioni di gas serra di uno specifico emittente e di collegare uno specifico danno climatico alle emissioni prodotte da un determinato ente, a fronte di un numero incalcolabile di fonti di gas serra nello spazio e nel tempo⁽¹²³⁾. Tenuto conto che la *climate attribution science* è basata su calcoli probabilistici, può senz'altro prefigurarsene l'utilizzo nell'ambito dell'azione di classe. Come già ricordato, infatti, l'art. 840-*quinquies* c.p.c., ai fini dell'accertamento della responsabilità del resistente, consente al giudice di «avvalersi di

dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa, in *DPCE online*, 2022, 334 ss., spec. 341 ss.

⁽¹²³⁾ Cfr. G. GHINELLI, *Standing, Justiciability, and Burden of Proof in Climate Litigation*, cit., 174 ss., che menziona le regole in punto di prova dettate nell'ambito del *Model Statute for Proceedings Challenging Government Failure to Act on Climate Change*, elaborato nel 2020 dall'*International Bar Association* (consultabile su <https://www.ibanet.org/Climate-Change-Model-Statute>), mediante le quali è possibile attribuire una responsabilità marginale a singoli emettitori significativi a fronte di numerose fonti di emissioni climalteranti nello spazio e nel tempo. Sebbene il *Model Statute* sia destinato ad applicarsi solo alle controversie sul clima intentate contro i governi, secondo l'A. nulla impedisce di estendere tali regole anche alle controversie che vedono come convenuti imprese ed enti privati. L'art. 6 del *Model Statute* propone al riguardo che le Corti prendano atto delle risultanze e delle conclusioni contenute nei rapporti dell'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*) utilizzate dagli attori per dimostrare le cause e gli effetti del cambiamento climatico. Tali risultanze possono essere contestate dal convenuto previa autorizzazione della Corte, subordinata alla verifica di una ragionevole prospettiva di successo della contestazione medesima e del fatto che essa non ritardi indebitamente la decisione sul merito e causi altrimenti un'ingiustizia per l'attore. Il successivo art. 7 fornisce un elenco delle ulteriori prove ammissibili e dispone che tali elementi «*may, in the discretion of the Court, be regarded as sufficient to satisfy relevant evidentiary standards for the court to adjudicate relief sought, including the quantification of any mitigation or adaptation required*»); A. PISANÒ, *Il diritto al clima*, cit., 59 ss.; M. C. ZARRO, *Danno da cambiamento climatico*, cit., 203 ss; A. HENKE, in S. VINCRE - A. HENKE, *Il contenzioso "climatico"*, cit., 153 s., secondo cui i risultati della *climate attribution science* dovrebbero consentire di coniugare il criterio del "*necessary element of a sufficient set*" — contraddistinto dall'acronimo NESS — con quello della "*proportional liability*", che limita la responsabilità di un convenuto in proporzione al suo contributo al danno totale subito dall'attore, quando la sua condotta consista in un contributo troppo esiguo per assurgere a causa necessaria del danno subito dall'attore, nondimeno costituisce "elemento necessario di un insieme sufficiente" di diverse "cause minime concorrenti", che unitamente considerate determinano il pregiudizio.

dati statistici e di presunzioni semplici» (co. 4)⁽¹²⁴⁾, agevola l'esibizione delle prove (co. 5), per consentire il reperimento con maggior agio di quelle conoscenze tecniche e scientifiche che l'ente convenuto cerca di tenere nascoste in funzione difensiva, e, nell'ottica di ridurre gli ostacoli all'accesso alla giustizia per la parte ricorrente, detta una disciplina della consulenza tecnica ad essa particolarmente favorevole (co. 3), ponendo l'obbligo di anticipare le spese e l'acconto sul compenso spettanti al consulente tecnico in capo alla parte resistente, salvo che sussistano «*specifici motivi»* (125).

Sempre in relazione al profilo della omogeneità dei diritti individuali, un tema da sempre discusso è se possano costituire oggetto del giudizio di classe anche le questioni (di fatto o di diritto) che non riguardano la classe nel suo complesso, ma appartengono specificamente alle singole posizioni individuali, ellitticamente qualificate come questioni personali o differenziate, poiché il loro accertamento nell'ambito del giudizio collettivo può determinare sia un aggravamento del processo, che si riflette negativamente sul principio di economia processuale e di ragionevole durata, sia

(124) In generale sull'uso della prova scientifica nel processo, *ex multis*, cfr. A. CARRATTA, *Prova scientifica e ragionamento presuntivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, 24 ss., che esamina (tra l'altro) i limiti entro i quali il giudice può fondare il proprio ragionamento presuntivo su una legge di natura scientifica; M. TARUFFO, voce *Prova scientifica* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir., Annali*, II, 1, Milano, 2008, 965 ss.; ID., *La prova scientifica nel processo civile*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2005, 4, 1079 ss. Con riferimento all'azione di classe, v. A. GIUSSANI, *La prova statistica nelle class action*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1040 ss., per il quale la prova statistica può consentire l'emersione di responsabilità che non sarebbe possibile cogliere al di fuori della dimensione collettiva della tutela; A.D. DE SANTIS, *Il procedimento*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019 n. 31*, cit., 110 ss., secondo cui la norma che consente di utilizzare nell'azione di classe dati statistici e presunzioni semplici rappresenta una significativa agevolazione nel tortuoso percorso di accertamento della responsabilità per un fatto illecito plurioffensivo. Con particolare riguardo alla prova statistica, l'A. ritiene che essa possa servire per provare «nessi di causalità generale» (112 s.); P.F. GIUGGIOLI, *L'azione di classe*, Padova, 2019, 112 ss.; E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1126.

(125) Al riguardo osserva A.D. DE SANTIS, *Il procedimento*, cit., 108, che la regola richiamata nel testo potrebbe assurgere anche a forte strumento di deterrenza, inducendo il resistente a transigere la controversia.

un affievolimento della capacità rappresentativa del proponente in relazione alle questioni che non riguardano il proprio rapporto sostanziale, con inevitabili conseguenze sul principio del contraddittorio, e sul diritto di azione e difesa delle parti aderenti⁽¹²⁶⁾.

Per superare questi problemi sono state percorse strade differenti.

Qualcuno, argomentando sulla base del criterio della *predominance* di cui alla *Rule 23*, lett. b, n. 3 delle *Federal Rules of Civil Procedure*, ha ammesso la tutelabilità nelle forme del giudizio di classe delle sole controversie caratterizzate da un elevato tasso di serialità o sostanzialmente «isomorfe», stante l'assoluta prevalenza delle questioni comuni su quelle personali⁽¹²⁷⁾.

Altri ha attribuito al proponente il compito di selezionare le adesioni, onde escludere i titolari dei diritti soggettivi eccessivamente disomogenei⁽¹²⁸⁾.

Altri ancora, invece, ha escluso del tutto l'ingresso nel giudizio di classe delle questioni personali⁽¹²⁹⁾, traendone quindi la conseguenza della inapplicabilità del meccanismo dell'azione collettiva per i danni caratterizzati da un elevato tasso di personalità, tra cui i danni da fumo e, in generale, quelli alla salute, poiché necessitano di un'indagine circa lo stato di salute iniziale di ciascun danneggiato⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁶⁾ R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 13 s.

⁽¹²⁷⁾ In termini, cfr., tra gli altri, S. MENCHINI, *L'azione di classe dell'art. 140-bis c. cons.*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2010, 1420; M. BOVE, *La trattazione nel processo di classe*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 93; M. TARUFFO, *La tutela collettiva nell'ordinamento italiano: lineamenti generali*, cit., 115.

⁽¹²⁸⁾ Così C. CONSOLO, *Tutela giurisdizionale dei crediti «per adesione» ossia senza domanda giudiziale dei singoli consumatori*, in *Resp. civ. prev.*, 2008, 1701 ss.; Id., *Come cambia, rivelando ormai a tutti e in pieno il suo volto, l'art. 140-bis e la class action consumeristica*, in *Corr. giur.*, 2009, 1301.

⁽¹²⁹⁾ V. in questi termini S. BOCCAGNA, *Art. 140-bis, commi 6, 7, 8, 9*, in E. CESARO-F. BOCCHINI (a cura di), *La nuova class action a tutela dei consumatori e degli utenti. Commentario all'art. 140-bis del Codice del consumo*, Padova, 2012, 171 ss.

⁽¹³⁰⁾ In termini, v. le osservazioni svolte da G. VILLA, *Il danno risarcibile nell'azione collettiva*, in *Danno e resp.*, 2009, 1, 15 ss., secondo cui osta alla risarcibilità di un danno non patrimoniale risarcibile la circostanza che il danno alla salute subito dal singolo consumatore «dipende da una molteplicità di variabili individuali come la quantità di

Considerazioni non dissimili sono state espresse per la risarcibilità dei danni morali ed esistenziali nelle forme dell'azione di classe, poiché si tratta di tipologie di danni in cui occorre accertare numerose variabili che riguardano in modo esclusivo ciascuno degli appartenenti alla classe. Al riguardo, in tempi relativamente recenti, la S.C.⁽¹³¹⁾, richiesta di pronunciarsi in merito alla deducibilità nelle forme dell'azione di classe del danno non patrimoniale, ha ribadito l'impossibilità di utilizzare tale meccanismo, laddove le doglianze dei danneggiati siano tali da non lasciare prefigurare la possibilità di una valutazione tendenzialmente standardizzata anche delle relative conseguenze pregiudizievoli (per quel che specificamente riguarda sia l'*an* che il *quantum* del danno), richiedendo accertamenti calibrati su specifiche situazioni

sigarette effettivamente consumate o le condizioni di salute di partenza». In questi casi, secondo l'A., allorché vengano dedotti in giudizio danni alla salute la cui esistenza dipenda da accertamenti individuali molto specifici, l'assenza di *commonality* dei temi rende non solo difficilmente praticabile ma anche scarsamente utile l'azione» di classe; *adde* C. SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno, restituzioni e rimedi nell'azione di classe*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 509 s.; M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, in AA.VV., *Class action: il nuovo volto della tutela collettiva in Italia*, Milano, 2011, 252 ss.

⁽¹³¹⁾ In termini, cfr. Cass. 31 maggio 2019, n. 14886, in *Danno e resp.*, 2019, 634 ss., con nota di V. SELINI, ove peraltro la S.C. ha affermato che l'azione di classe rimane pur sempre compatibile con la rivendicazione della tutela risarcitoria dei danni non patrimoniali ove di questi ultimi siano posti rigorosamente in risalto «i tratti in qualche modo comuni a tutti i membri della classe (purché adeguatamente specificati e comprovati)». L'originario proponente ha l'onere di domandare la riparazione di un danno non patrimoniale che non sia individualizzato, ma sia fondato su circostanze comuni a tutti i membri della classe. Il singolo danneggiato ha dunque la possibilità di scegliere liberamente se promuovere o aderire a un'azione di classe, rinunciando a un'istruttoria individuale e accettando di fatto un risarcimento forfettizzato, ovvero promuovere un'azione individuale insistendo per una liquidazione personalizzata del danno non patrimoniale subito. In ogni caso, sarà tuttavia necessaria la «precisa identificazione delle situazioni soggettive lese, della qualità della relativa protezione a livello costituzionale (fuori dai casi di danni non patrimoniali da reato o da tipizzazione legislativa del fatto) e dei termini concreti dell'effettiva serietà e gravità delle lesioni inferte e dei pregiudizi subiti, non confondibili con meri disagi, fastidi, disappunti, ansie o con ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita». Su tale decisione v. anche le considerazioni svolte da B. SASSANI, *Presentazione*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla l. 12 aprile 2019 n. 31*, cit., XI s.; A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, cit., 359 ss.

personali o valutazioni che si soffermino sulla consistenza specifica della sfera emotiva o dell'esperienza dinamico-relazionale dei singoli danneggiati ⁽¹³²⁾. In presenza invece di danni non patrimoniali non individualizzati, fondati su circostanze comuni a tutti i membri della classe adeguatamente specificate e provate, ha rimesso al singolo danneggiato la scelta se promuovere un'azione individuale, insistendo per una liquidazione personalizzata del danno non patrimoniale subito, ovvero promuovere o aderire a un'azione di classe, rinunciando a un'istruttoria individuale e accettando un risarcimento forfettizzato, ferma in ogni caso la «precisa identificazione delle situazioni soggettive lese, della qualità della relativa protezione a livello costituzionale ... e dei termini concreti dell'effettiva serietà e gravità delle lesioni inferte e dei pregiudizi subiti, non confondibili con meri disagi, fastidi, disappunti, ansie o con ogni altro tipo di insoddisfazione concernente gli aspetti più disparati della vita».

Le questioni appena esaminate di compatibilità del meccanismo dell'azione di classe con la dimensione personale della lesione hanno ragione di porsi anche in relazione al danno climatico. Al riguardo è lecito chiedersi se la diversità del *quantum* liquidabile si rifletta sull'omogeneità delle diverse pretese, impedendone la deduzione nelle forme dell'azione di classe ⁽¹³³⁾.

Sotto il vigore della disciplina dell'azione di classe consuméristica, muovendo dal riferimento contenuto nell'art. 140-*bis*, co. 12, c. cons., al «criterio omogeneo di calcolo» per la liquidazione delle somme dovute, una parte della dottrina aveva escluso dal perimetro applicativo dell'azione di classe tutti quei danni caratterizzati da un elevato tasso di personalità, quali quelli derivanti

⁽¹³²⁾ Sulla ricorrenza di analoghi dubbi in merito alla tutelabilità in forma collettiva dei danni patrimoniali, cfr. E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1127.

⁽¹³³⁾ Secondo A. GIUSSANI, *Diritti omogenei e omogeneizzati nell'azione di classe*, cit., 364 s., l'esistenza di profili disomogenei con riferimento al danno non patrimoniale non implica necessariamente l'impossibilità di dedurre i diritti nelle forme dell'azione di classe. Onde consentire la deduzione in forma aggregata di tali diritti è necessario che l'accertamento dell'evento disomogeneo sia omogeneizzato.

dall'utilizzo di prodotti difettosi ⁽¹³⁴⁾, ritenendo che la previsione in questione implicasse un certo grado di omogeneità delle diverse pretese anche sotto il profilo del *quantum* liquidabile. Oggi, invece, l'eliminazione di questo riferimento testuale e la previsione di una fase *ad hoc* per l'esame delle domande di adesione e l'eventuale condanna del resistente al pagamento delle somme o alla restituzione delle cose dovute a ciascun aderente depongono nel senso della possibilità di una quantificazione individualizzata, nel senso cioè che le cose o somme oggetto della domanda risarcitoria o restitutoria del singolo aderente possono essere quantitativamente diverse, alla sola condizione che il relativo accertamento possa avvenire tramite mezzi di prova documentali (*840-octies*, co. 3, c.p.c.) ⁽¹³⁵⁾.

Tale conformazione del procedimento può agevolare senz'altro la tutelabilità in forma collettiva dei danni climatici ancorché quantitativamente diversi. Anche se proprio la diversa entità dei danni potrebbe determinare coloro che abbiano subito dei danni maggiori rispetto ad altri ad agire individualmente, poiché la condanna al pagamento di una cifra stabilita con riferimento alla generalità della classe o la conclusione di un accordo transattivo potrebbero risultare delle prospettive poco vantaggiose per quanti agiscano per ottenere un risarcimento cospicuo.

ABSTRACT: Il saggio esplora il concetto di danno ambientale e danno climatico e analizza le diverse forme di tutela offerte. Dopo aver passato in rassegna gli elementi salienti del contenzioso climatico, indaga il ruolo degli strumenti di tutela collettiva in questo particolare tipo di contenzioso e, con particolare riguardo all'ordinamento italiano, verifica l'utilizzabilità dell'azione di classe risarcitoria per i danni ambientali e per i danni climatici.

⁽¹³⁴⁾ In questo senso v. G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, 5, 616 e 622; M. LIBERTINI, *L'azione di classe e le pratiche commerciali scorrette*, cit., 246.

⁽¹³⁵⁾ Su tale aspetto, per maggiori dettagli, si rimanda all'analisi di R. DONZELLI, *L'ambito di applicazione e la legittimazione ad agire*, cit., 20 s.

ABSTRACT: *The article examines the notion of environmental and climate damages and analyses the forms of protection currently available. After reviewing the main features of climate litigation, it examines the role of collective redress instruments in that kind of litigation and, with particular reference to the Italian legal system, considers the viability of class actions for compensation of environmental and climate damages.*

Lo Stato quale legittimato passivo della *climate change litigation*: tra diritti fondamentali e giudizi universali (*)

di ANIELLO MERONE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il rispetto degli obblighi convenzionali ed europei. – 3. L’esigenza di salvaguardia dei diritti fondamentali. – 4. Responsabilità climatica e tutela delle generazioni future. – 5. Il vicolo cieco del “giudizio universale”. – 6. Quale tutela residua per arginare il cambiamento climatico?

1. Premessa.

Quando parliamo di *climate litigation*, sulla cui definizione il dibattito è aperto (1), s’intende fare riferimento a tutte quelle controversie in cui si agisce per la tutela di una posizione giuridica soggettiva asseritamente lesa dalle conseguenze del cambiamento climatico (2).

(*) Il contributo riproduce, con alcune modifiche e l’aggiunta delle note, il testo della relazione tenuta a Roma in data 13 marzo 2024 al convegno dal titolo «*Il concetto di “giustizia climatica”, nel dialogo tra giustizia distributiva, eguaglianza intergenerazionale e contenzioso giudiziale*», organizzato presso l’Università Europea di Roma.

(1) In argomento si rinvia a F. SCALIA, *La giustizia climatica*, in *Federalismi*, 2021, 269; M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, in *DPCE online*, 2020, 2, 1357 ss.; J. SETZER - M. BANGALORE, *Regulating Climate Change in the Courts*, in A. AVERCHENKOVA - S. FANKHAUSER - M. NACHMENY (a cura di), *Trends in Climate Change Legislation*, Cheltenham, 2017, 177 ss.

(2) Il *Sabin Center for Climate Change Law*, istituito presso la *Columbia Law School* di New York proprio al fine di individuare i casi da includere nella *Climate Change Litigation Databases* (www.climatecasechart.com, ad oggi la banca dati più completa ed aggiornata al mondo, in tema di *climate change litigation*), utilizza un criterio piuttosto ampio che guarda a tutti i casi pendenti dinanzi a organismi giudiziari e para-giudiziali che concernono questioni di scienza, politica o diritto del cambiamento climatico. Ad ogni modo, è agevole constatare come il contenzioso climatico, sviluppatosi in primo luogo negli Stati Uniti (e, in misura minore, in Australia) a partire dalla fine degli anni

Questa crescente mole di contenzioso ⁽³⁾ è abitualmente riferita alla tutela di diritti ed interessi diffusi e, non di rado, svolge un ruolo di veicolo per portare all'attenzione dell'opinione pubblica questioni che sono ritenute di specifica e centrale importanza da una determinata comunità o gruppo sociale: c.d. *strategic litigation* ⁽⁴⁾.

Il fenomeno è senza dubbio molto articolato poiché volto a ricomprendere sia le azioni che vengono proposte nei confronti di soggetti privati e imprese produttrici di emissioni inquinanti (società, in particolare, operanti in settori quali l'agroalimentare, i trasporti, il settore energetico) ⁽⁵⁾ con il proposito di veder

Ottanta, stia attualmente vivendo una diffusione globale, acquisendo crescente rilievo in Europa e nei continenti dell'emisfero australe.

⁽³⁾ L'incremento dei procedimenti relativi ai cambiamenti climatici è costante, con una incidenza percentuale del contenzioso statunitense (stabilmente e per distacco il più rilevante) in progressivo calo. Secondo il *Sabin Center Climate Change Litigation Databases* attualmente i casi sono circa 2.500 negli USA e 1145 in tutte le altre giurisdizioni (850 contro governi, 295 contro corporazioni e individui) incluse le corti e tribunali regionali (tra cui le corti europee). Si rinvia a <http://climatecasechart.com/>. Per una ricognizione delle diverse azioni che contraddistinguono il contenzioso climatico, si veda *ex multis*, E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica: le azioni di classe*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2022, 4, 1105 ss.; M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. dir. amm.* 2022, 265 ss.; E. D'ALESSANDRO, *Climate change litigations, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici*, in *Le pag. aula civ.* 2020, 51 ss.

⁽⁴⁾ Sul fenomeno della *strategic litigation* si veda, B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in *Riv. giur. amb.*, 2021, 271 ss.; K. BOUWER - J. SETZER, *Climate Litigation as Climate Activism: What Works?*, Londra, 2020; M. RAMSDEN, K. GLEDHILL, *Defining Strategic Litigation*, in *Civil Justice Quarterly*, 2019, 4, 407. Si è soliti affermare che in questi casi il ricorso alla giurisdizione mira a realizzare una *regulation through litigation*, vale a dire imporre scelte di *policy* ove si riscontri l'assenza di iniziative da parte del governo, su cui C.V. GIABARDO, *Climate change litigations and tort law. Regulation through litigation?*, in *Dir. e proc.*, 2019, 361.

⁽⁵⁾ Per la sua sola esistenza come fenomeno, il contenzioso climatico impone alle aziende e società che operano in questi settori di rimodulare le loro condotte e strategie alla luce delle sfide legate alla transizione verso una *lower-carbon global economy*. In tale ambito, allo stato, continua a ricoprire un ruolo centrale il sistema di scambio delle quote di emissione, disciplinato in via generale dall'art. 17 del Protocollo di Kyoto e sul piano del diritto europeo dalla Direttiva 2018/410, che ha stabilito il funzionamento dell'*Emissions Trading System* europeo (EU-ETS), attualmente nella fase IV del sistema (2021-2030). In argomento di veda *ex multis*, V.C. FRATTERIGO, *Il diritto dell'energia in un sistema multilivello: legislatori e prassi a confronto*, Palermo, 2015, 42; V. JACOMETTI,

risarciti i danni determinati dalle condotte (dannose per il clima) poste in essere da questi soggetti (6); sia le azioni che vengono promosse, in maniera sempre più frequente, nei confronti di governi e autorità pubbliche ad opera di associazioni, ONG e gruppi di individui, i quali più che ottenere il risarcimento dei danni derivanti dall'impatto delle politiche statali sui cambiamenti climatici (comunque, abitualmente richiesti) (7) sembrano ambire all'esercizio, per via giudiziaria, di una leva politica. Lo scopo è indurre gli Stati ad un pieno e corretto adempimento degli impegni assun-

Lo scambio di quote di emissione. Analisi di un nuovo strumento di tutela ambientale in prospettiva comparatistica, Milano, 2010; M. D'AURIA, *L'emission trading e la negoziazione policentrica*, in S. CASSESE - M. CONTICELLI (a cura di), *Diritto e amministrazioni nello spazio giuridico globale*, Milano, 2006, 247. Con riferimento alla sua applicazione in ambito comunitario, si veda B. POZZO, *Il nuovo sistema di emission trading comunitario. Dalla Direttiva 2003/87/CE alle novità previste dalla Direttiva 2009/29/CE*, Milano, 2010; nonché il recente contributo di A. GIORGETTA, *Il sistema per lo scambio di quote di emissioni dell'Unione Europea (EU ETS). Riflessioni sulle sue possibili implicazioni nel contenzioso climatico*, in *Diritto e politica dei trasporti*, 2024, 11 ss., sp. 27, che evidenzia come sia difficile immaginare che possa trovare spazio una tutela risarcitoria civile, a fronte di questo sistema di norme cogenti «che individuano doveri certi delle imprese e dei loro amministratori, obbligandoli a farsi carico delle esternalità negative provocate dalle emissioni di CO₂» e li assoggettano a sanzioni amministrative definite e che in concreto esauriscono «l'area della rilevanza giuridica dei precetti esigibili nei confronti del privato ai fini della riduzione di tali emissioni».

(6) A. HENKE, in S. VINCRE-A. HENKE, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 137 ss., 139 rileva come si tratti di *private law actions*, che si «muovono essenzialmente sul crinale della violazione del principio del *neminem ledere* (*tort, public nuisance, misrepresentation...*)». Tuttavia, come osserva correttamente R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 2, 1 ss., sp. 21 «il pericolo di danni irreversibili sul clima impone di concentrare l'attenzione sugli strumenti volti ad evitare il verificarsi dei danni stessi. La tutela risarcitoria, dunque — impostata sul principio "chi inquina paga" — può subentrare quale rimedio successivo, o anche contestuale a quello inibitorio, ma comunque incapace di assorbire tutte le espressioni della giurisdizione».

(7) A. HENKE, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, cit., 140 osserva come nelle giurisdizioni con il tasso più elevato di "contenziosi climatici", quali gli USA e l'Australia continuano di gran lunga a prevalere «le c.d. *statutory claims*, fondate su diverse forme di illecito civile (*public and private nuisance, duty of care and negligence, failure to warn, civil conspiracy, trespass, unjust enrichment, misrepresentation*), analoghe a quelle in passato promosse contro le società produttrici di tabacco o amianto», cui si affiancano azioni fondate su asserite pratiche commerciali scorrette, violazioni di obbligazioni societarie, frodi ai consumatori ovvero le controversie promosse per violazioni di obblighi di natura amministrativa.

ti in materia ambientale e climatica nel contesto internazionale, convenzionale ed europeo, se non addirittura orientare i governi all'adozione di azioni più incisive e al conseguimento di obiettivi più ambiziosi per la riduzione delle emissioni inquinanti.

Tale contenzioso si erge su un dato scientifico acquisito, vale a dire l'esistenza di un nesso tra emissioni antropogeniche di gas a effetto serra ed eventi meteorologici estremi da cui derivano danni alle persone (ed ai loro beni), che ha già giocato un ruolo decisivo nel fenomeno di progressiva costituzionalizzazione ambientale ⁽⁸⁾ e dovrebbe adesso, almeno nelle intenzioni dei soggetti proponenti, non lasciare insensibili le autorità giudiziarie nazionali dal richiamare i rispettivi governi al rispetto degli impegni climatici assunti a livello internazionale ⁽⁹⁾.

In tale prospettiva, lo Stato diventa legittimato passivo dell'azione climatica, nei cui confronti rivendicare la tutela giurisdizionale, poiché una sua inadeguata azione politica, incapace di mitigare l'impatto sulle vite dei cittadini del cambiamento climatico antropogenico, si converte in una violazione dei loro diritti individuali e fondamentali quali il diritto alla vita, alla salute, alla vita familiare, se non specificamente ad un clima stabile e sicuro, così come protetti dalle Costituzioni o da convenzioni e trattati internazionali ⁽¹⁰⁾. Tuttavia, rimane ferma l'esigenza di individuare in

⁽⁸⁾ Il riferimento più immediato, ma tutt'altro che esclusivo, va chiaramente alle modifiche intervenute nella nostra Costituzione agli artt. 9, che prevede la tutela dell'ambiente, della biodiversità, degli ecosistemi e degli animali, e dell'articolo 41, che sancisce, invece, come la salute e l'ambiente siano paradigmi da tutelare da parte dell'economia, al pari della sicurezza, della libertà e della dignità umana. Per un approfondimento sul tema del costituzionalismo ambientale si veda D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022. L'Autore analizza i diversi esempi di costituzionalizzazione del clima ed osserva come in via generale le questioni climatico-ambientali ben presto potrebbero divenire oggetto di analisi giurisprudenziale a livello costituzionale.

⁽⁹⁾ Si veda A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Napoli, 2022, 191-193.

⁽¹⁰⁾ Come osserva, G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico: c'è un giudice per il clima?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2021, 4, 1273 ss., sp. 1279-80 «[A]ncorando la domanda ai diritti fondamentali si evidenzia come l'esigenza di tutela riguardi la persona ed i suoi diritti, non tanto il clima o l'ambiente. Forse questo avviene in

maniera puntuale, nei diversi ordinamenti, quale sia la norma o il principio che riconosce la situazione giuridica (individuale o collettiva) che si vuole porre ad oggetto del processo ed in assenza della quale sarebbe esclusa la stessa possibilità giuridica dell'azione, con conseguente improponibilità assoluta della domanda ⁽¹¹⁾.

È in questo contesto che si inserisce il Giudizio (ambiziosamente definito) “universale”, recentemente deciso dal Tribunale di Roma, e che anelava a porsi in scia ai casi europei più significativi, quali *Urgenda Foundation v. State of Netherland* ⁽¹²⁾, il c.d. *Affaire du siècle* in Francia ⁽¹³⁾, *Neubauer et al. v. Germany*

modo implicito o, ancora, solo per superare le barriere poste dalle condizioni dell'azione, ma la scelta di azionare i diritti fondamentali denota una presa di coscienza che travalica le categorie del diritto e riflette il dato per cui i cambiamenti climatici sono, anzitutto, una minaccia per i nostri diritti». In senso analogo si veda A. SAVARESI - J. SETZER, *Rights-based litigation in the climate emergency: mapping the landscape and new knowledge frontiers*, in *Journal of Human Rights and the Environment*, 13, 1, 2022, 7-34.

⁽¹¹⁾ Si tratta del medesimo approccio seguito anche nelle cause per danni ambientali, su cui si rinvia a F. RATTO TRABUCCO, *La tutela dell'ambiente fra diritto, antropocentrismo ed ecocentrismo*, in *Danno e responsabilità*, 2019, 487 ss.; M.A. LUPOI (a cura di), *Emergenze ambientali e tutela giuridica*, Santarcangelo di Romagna, 2017. Come noto, oggi l'art. 300 del Codice dell'ambiente, d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, si riferisce a «qualsiasi deterioramento significativo e misurabile, diretto o indiretto, di una risorsa naturale o dell'utilità assicurata da quest'ultima», la cui tutela è affidata alla giurisdizione amministrativa che dovrà essere adita dal Ministero dell'ambiente quale legittimato attivo. Tuttavia, la Corte di cassazione ha ulteriormente specificato come anche nelle cause ambientali debba riconoscersi un diritto soggettivo alla tutela della salute, rimettendo alla giurisdizione del giudice ordinario la domanda del danneggiato volta ad ottenere la tutela inibitoria per l'eliminazione dei danni e il risarcimento in forma specifica; si veda Cass. civ., Sez. Un., ord. 23 aprile 2020, n. 8092, con nota di G. CECCHERINI, *Danno ambientale e tutela di situazioni giuridiche esclusive: l'inibitoria del giudice ordinario*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2020, 6, 1284 ss., che segna un ampliamento rispetto alla precedente Cass. 16 giugno 2016, n. 35610, che sembrava limitare la tutela civile al solo risarcimento.

⁽¹²⁾ *Hoge Raad*, sentenza del 20 dicembre 2019, causa 19/00135, *Urgenda Foundation v. The State of the Netherlands* (consultabile online, in olandese e in una traduzione non ufficiale in inglese, al sito: <http://climatecasechart.com/climate-change-litigation/non-us-case/urgenda-foundation-v-kingdom-of-thenetherlands/>). Si veda G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1282-1286, ed anche gli ulteriori riferimenti alle note 46 e 48.

⁽¹³⁾ *Tribunal Administratif de Paris*, 14 ottobre 2021, sui ricorsi proposti da *Association Oxfam France*, *Association Notre Affaire À Tous*, *Fondation pour la Nature et l'Homme*, *Association Greenpeace France*, che ha condannato lo Stato a riparare, entro il 31 dicembre 2022, i danni derivanti dal mancato rispetto degli impegni a mitigare il cambiamento climatico dallo stesso assunti e, quindi, ad adottare tutte le misure necessarie per

(14), che (come si vedrà) attraverso percorsi distinti giungono a individuare forme di responsabilità dello Stato derivanti da obbligazioni climatiche (15).

Decisioni che di fatto hanno orientato verso la recente apertura della Corte europea dei diritti dell'uomo al contenzioso climatico, con la pronuncia sul caso *KlimaSeniorinnen* (16), e al contempo favorito l'ampio numero di ricorsi tuttora pendenti a

ridurre le emissioni di CO2 entro i limiti normativamente previsti. In argomento, si veda P. PINTO, *Una via giudiziaria all'ecologia? Riflessioni sull'"Affaire du siècle" francese*, in *Il Diritto dell'agricoltura*, 2021, 301 ss.; M. POTO, *Salvare la nostra casa comune è l'"affaire du siècle"*, in *Resp. civ. e prev.*, 2021, 1047 ss.; S. SCHMITT, *L'emersione della giustizia climatica in Francia*, in *Dir. pub. comp. ed europeo*, 2021, 955 ss.

(14) *Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Neubauer et al. v Germany, Case No. BvR 2656/18/1, BvR 78/20/1, BvR 96/20/1, BvR 288/20*, 24 marzo 2021, su cui si veda F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale: studio comparato sull'invocazione delle costituzioni nazionali nei contenziosi climatici*, in *BioLaw Journal*, 2022, 2, 157 ss., nonché gli ulteriori riferimenti alla nota 79.

(15) La letteratura dedicata alla disanima dei principali casi in materia di *Climate Litigation* è già molto vasta. Oltre al già citato volume di A. PISANÒ, *Il Diritto al clima*, cit., 215 ss., si veda altresì S. BALDIN - P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2021, 3, 597 ss.; G. CONTALDI (a cura di), *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 3/2023.

(16) Il riferimento è al ricorso n. 536000/20, contenzioso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland*, la cui decisione di accoglimento è stata pubblicata il 9 aprile 2024 ed è disponibile su <https://hudoc.echr.coe.int/eng>, contestualmente al rigetto dei ricorsi, sempre in tema di *Climate change*, *Carême v. France* (ric. n. 7189/21), *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 other States* (ric. n. 39371/20). In argomento, G. RAIMONDI, *La sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso "Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Svizzera". Una svolta nel contenzioso sul cambiamento climatico?*, in *Foro it.*, 2024, 277 ss., secondo cui «una volta ammessa la rilevanza della dimensione "diritti umani" della lotta al cambiamento climatico e alle sue conseguenze negative, la corte abbia scelto ragionevolmente la strada della (...) tutela di tali diritti anche nel contesto di questa sfida epocale»; si veda anche, A. OSTI, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera avanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (per non tacer degli altri)*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 237 ss., 239, che distingue chiaramente questi casi in arrivo dalle altre occasioni in cui la Corte EDU «si era misurata, con grande cautela ed equilibrio, con il più ampio tema ambientale». Per una analisi critica del contenzioso ambientale di fronte alla Corte EDU si veda S. THEI, *Towards the Environmental Minimum: Environmental Protection through Human Rights*, Cambridge, 2021; O. PEDERSEN, *The European Court of Human Rights and International Environmental Law*, in J. KNOX-R. PEJAN (a cura di), *The Human Right to a Healthy Environment*, Cambridge, 2018, 86-96.

Strasburgo ⁽¹⁷⁾, in ragione dei quali la Corte è chiamata a formare nel breve periodo un vero e proprio orientamento, il più possibile coerente, in materia di *climate litigation*.

Il presente contributo tenterà di porsi in dialogo con questo contenzioso per comprendere quale siano le principali direttrici lungo le quali si sviluppa la riflessione delle Corti e attraverso quali chiavi viene accertata e dichiarata la responsabilità dello Stato convenuto in giudizio, anche al fine di poter offrire una lettura adeguata della sentenza del Tribunale di Roma e capire se una (diversa) tutela è comunque perseguibile.

2. Il rispetto degli obblighi convenzionali ed europei.

È agevole osservare come la maggior parte degli obblighi in materia climatica, che possano dirsi effettivamente vincolanti per gli Stati, originano da fonti del diritto internazionale convenzionale, quali ad esempio la Convenzione quadro sui cambiamenti climatici firmata a Rio de Janeiro ⁽¹⁸⁾, il Protocollo di Kyoto ⁽¹⁹⁾ e

⁽¹⁷⁾ Tra i ricorsi attualmente pendenti è bene ricordare quelli che coinvolgono l'Italia, vale a dire *Uricchiov v. Italy and 32 other States* (ric. n. 14615/21), *De Conto v. Italy and 32 other States* (ric. n. 14620/21), che coinvolgono ben 33 Stati, e che si aggiungono all'iniziativa promossa da *Greenpeace Nordic and others v. Norway* (ric. n. 34068/21) i ricorsi riuniti *Soubeste and four other applications v. Austria and 11 Other States* (ric. nn. 31925/22, 31932/22, 31938/22, 31943/22 and 31947/22), *Engels v. Germany* (ric. n. 46906/22), che lasciano chiaramente intuire l'impatto potenziale di un orientamento, consolidato e coerente, della Corte EDU rispetto a tutte le Parti Contraenti della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Per un aggiornamento, si rinvia a https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Climate_change_ENG.pdf. Per un'analisi dell'approccio con cui la Corte EDU si avvicina a questi casi e alle principali questioni si veda G. PULEIO, *La crisi climatica di fronte alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Contratto e impresa Europa*, 2022, 3, 611 ss.

⁽¹⁸⁾ La Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (*United Nations Framework Convention on Climate Change - UNFCCC*) è una delle tre convenzioni ambientali multilaterali adottate durante la Conferenza di Rio de Janeiro del 1992 e si è posta quale obiettivo la stabilizzazione delle concentrazioni di gas serra nell'atmosfera, onde escludere qualsiasi pericolosa interferenza delle attività umane sul sistema climatico, con l'impegno, solo politico, di creare una struttura vincolante atta ad obbligare gli Stati a stabilizzare le concentrazioni di gas-serra e riportare le emissioni di diossido di carbonio ai livelli del 1990. Entrata in vigore il 21 marzo del 1994, ha oramai raggiunto un ambito di applicazione quasi universale: <https://unfccc.int/process/parties-non-party-stakeholders/parties-convention-and-observer-states>.

⁽¹⁹⁾ Il Protocollo di Kyoto è stato adottato l'11 dicembre 1997, ma è entrato in

l'Accordo di Parigi ⁽²⁰⁾.

Si tratta di accordi internazionali che hanno l'ambizione di definire un quadro normativo che consenta a tutti i paesi aderenti (e con più alta incidenza per gli stati maggiormente sviluppati) di negoziare impegni di progressiva riduzione delle emissioni di gas climalteranti, assunti sulla base di evidenze scientifiche ⁽²¹⁾.

vigore solo il 16 febbraio 2005 (in ragione di diffuse resistenze e della decisione degli Stati Uniti, all'epoca responsabili del 36% delle emissioni, di non aderire) e rappresenta il primo strumento adottato per rendere operativa la Convenzione quadro, vincolando gli Stati industrializzati a ridurre in maniera significativa le emissioni dei gas ad effetto serra rispetto all'epoca preindustriale (l'anno di riferimento è il 1990). Particolarmente importante quanto disposto dall'allegato B, che prevede un limite massimo di emissioni per trentasette paesi (quelli più industrializzati), sulla base del presupposto che il riscaldamento dell'atmosfera terrestre è a loro principalmente imputabile e, pertanto, se ne devono accollare le maggiori conseguenze (c.d. principio delle responsabilità comuni, ma differenziate). Il Protocollo di Kyoto è stato ratificato sia dall'Unione Europea (tramite la Decisione 2002/358/CE del Consiglio) che dai suoi Stati membri. L'Unione Europea, nel suo complesso, si è impegnata a ridurre le proprie emissioni di gas serra dell'8% rispetto ai livelli del 1990 e tale impegno è stato ripartito in maniera differenziata tra gli Stati membri. L'Italia si è impegnata a ridurre le proprie emissioni del 6.5% rispetto ai livelli del 1990 nel periodo 2008-2012). In argomento, si veda *ex multis*, W.T. DOUMA - L. MASSAI - M. MONTINI (a cura di), *The Kyoto Protocol and Beyond*, The Hague, 2007; D. FREESTONE - C. STRECK (a cura di), *Legal Aspects of Implementing the Kyoto Protocol Mechanisms: Making Kyoto Work*, Oxford, 2005.

⁽²⁰⁾ L'Accordo di Parigi, infine, è stato firmato a Parigi il 12 dicembre 2015 nel corso della ventunesima riunione degli Stati parti alla Convenzione quadro (c.d. COP21). Esso è entrato in vigore sul piano internazionale il 4 novembre 2016, è stato ratificato dall'Unione (tramite la Decisione UE 2016/1841 del Consiglio) e dagli Stati membri. L'accordo prevede, quale obbligazione principale, l'impegno degli Stati di limitare l'aumento della temperatura terrestre entro un massimo di due gradi; successivamente, sulla scorta di alcuni rapporti dell'IPCC (*Intergovernmental Panel on Climate Change*), tale soglia di aumento è stata ridotta, di comune accordo, ad 1.5 gradi entro la fine del secolo; obiettivo che richiede, secondo gli attuali studi scientifici, una riduzione delle emissioni di gas climalteranti del 43%, rispetto ai livelli del 1990, entro il 2030. In argomento, v. S. NESPOR, *La lunga marcia per un accordo globale sul clima: dal Protocollo di Kyoto all'Accordo di Parigi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2016, 1, 81.

⁽²¹⁾ Rispetto alle prove scientifiche, a cui la stessa Convenzione Quadro sui cambiamenti climatici, nei primi tre articoli, attribuisce un ruolo primario, particolare rilievo rivestono i rapporti predisposti dall'IPCC, la cui autorevolezza è tale da indurre a ritenere le indicazioni scientifiche ivi contenute sostanzialmente inconfutabili. Si veda in argomento, M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE online*, 2022, 329 ss., sp. 331, laddove l'Autore si sofferma ad individuare gli «elementi sui quali si è formato il consenso della comunità scientifica internazionale» e che evocano ormai chiaramente la

Tuttavia, i vincoli e le obbligazioni che ne derivano sono legati ad un obiettivo di riduzione delle emissioni che viene fissato da ciascuno Stato a livello nazionale (NDCs, *Nationally Determined Contributions*) (22). È altresì agevole rilevare come l'assenza di efficaci meccanismi di *enforcement* o di risoluzione delle controversie (23) renda oltremodo difficoltoso poter intercettare in tali accordi una base giuridica idonea a giustificare la proponibilità di un'azione giudiziaria di fronte al giudice nazionale.

Peraltro, nemmeno l'adesione dell'Unione Europea a tali obblighi convenzionali sembra in grado di allargare le maglie della tutela giudiziaria. Infatti, benché dalle fonti (specie regolamentari) del diritto europeo — tanto in materia di tutela dell'ambiente (24) quanto, più specificamente, di cambiamento climatico — parrebbe agevole rintracciare una base giuridica a cui ancorare le pretese giudiziali dei singoli, queste ultime sono concretamente arginate dal (significativo) limite *ex art. 263, co. 4, del TFUE*, in ragione del quale l'impugnazione degli atti europei da parte di una persona fisica o giuridica può essere proposta solo qualora il ricorso abbia ad oggetto «atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente» (25).

condizione di deficit ecologico dell'intero pianeta ed il profilarsi di rischi incalcolabili nella loro gravità, tali da mettere a rischio la sopravvivenza del genere umano.

(22) Come osserva, correttamente, G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, cit., 570, la presenza di impegni di riduzione determinati a livello nazionale — che, «come tali, non sono autonomamente coercibili sul piano internazionale» — rappresenta un evidente elemento di debolezza dell'Accordo di Parigi.

(23) Anche se gli Stati più sviluppati sono tenuti a sostenere i paesi meno avanzati nell'adozione delle loro misure di riduzione delle emissioni e di adattamento ai cambiamenti climatici, manca tuttora un meccanismo per vincolare i primi a fornire ai secondi le risorse economiche necessarie. In tale prospettiva G. GHINELLI, *Le condizioni dell'azione nel contenzioso climatico*, cit., 1277 osserva come il ricorso al processo sia reso necessario dagli insuccessi prodotti sul piano sostanziale dal diritto internazionale, rivelatosi incapace di prevedere sistemi effettivamente vincolanti per gli Stati, di fronte all'avanzare dei cambiamenti climatici.

(24) In particolare, la Direttiva 2008/50/CE, in materia di qualità dell'aria ambiente; la Direttiva 2006/7/CE in materia di gestione della qualità delle acque di balneazione; la Direttiva 2008/98/CE in materia di rifiuti.

(25) Si veda C. FELIZIANI, *Dall'accesso alla giustizia in materia ambientale alla giustizia ambientale*, in G. CONTALDI (a cura di), *Aspetti problematici della giustizia climati-*

Ne discende un quadro piuttosto contraddittorio ⁽²⁶⁾. Da un lato, l'imposizione a ciascuno Stato membro di precise obbligazioni per (i) la riduzione percentuale (variabile da paese a paese) delle emissioni di gas ad effetto serra entro il 2030 ⁽²⁷⁾, (ii) il conseguimento della neutralità climatica, con il conseguente onere di predisporre un piano integrato per l'energia ed il clima (al fine di rendere trasparenti e verificabili le misure che si intendono adottare) ⁽²⁸⁾ (iii) la promozione delle energie rinnovabili ⁽²⁹⁾;

ca, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, 3, 597 ss. Come osserva G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, cit., 574, il tema dev'essere analizzato alla luce della Convenzione di Aarhus, sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata il 25 giugno 1998 ed a cui l'Unione Europea ha aderito con la decisione del Consiglio 2005/370/CE, del 17 febbraio 2005. A scontrarsi con il limite indicato nel testo è proprio la tutela giurisdizionale garantita in relazione all'art. 9, par. 3, vale a dire la «possibilità di promuovere un ricorso avverso una decisione delle autorità pubbliche».

⁽²⁶⁾ G. CONTALDI, *Aspetti problematici della giustizia climatica*, cit., 575-576 parla di quadro «estremamente frammentario. Da un lato, infatti, la disposizione contenuta nel Trattato, sostanzialmente previene le azioni, davanti alla Corte di giustizia, nei confronti delle istituzioni europee. Dall'altro, in assenza di una normativa di carattere generale, la tutela giudiziale davanti agli organi nazionali risulta spesso incompleta e manchevole sotto diversi aspetti».

⁽²⁷⁾ Regolamento (UE) n. 2018/842 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2018, relativo alle riduzioni annuali vincolanti delle emissioni di gas serra a carico degli Stati membri nel periodo 2021-2030, al fine di conseguire per quella data una riduzione delle emissioni climalteranti, all'interno dell'Unione, di almeno il 40% (rispetto ai livelli del 1990) ed onorare gli impegni assunti a norma dell'accordo di Parigi.

⁽²⁸⁾ Regolamento (UE) n. 2021/1119 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 giugno 2021, che modifica il Regolamento (CE) n. 401/2009 e il Regolamento (UE) n. 2018/1999 (*Normativa europea sul clima*), su cui si rinvia a E. CHITTI, *Managing the Ecological Transition of the EU: The European Green Deal as a Regulatory Process*, in *Comm. M. Law Rev.*, 2022, 19 ss. Alla luce dell'importanza crescente che la stabilità climatica assume agli occhi dell'Unione, l'obiettivo viene innalzato verso l'azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050. Il Regolamento (UE) n. 2021/1119 ha, in particolare, istituito un quadro «per la riduzione irreversibile e graduale delle emissioni antropogeniche di gas a effetto serra dalle fonti e l'aumento degli assorbimenti dai pozzi regolamentati nel diritto dell'Unione», prevedendo che l'equilibrio tra emissioni e assorbimenti debba essere raggiunto «al più tardi nel 2050».

⁽²⁹⁾ Direttiva (UE) 2018/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2018, sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili, che richiede agli Stati membri di incrementare progressivamente la quota di energia elettrica prodotta da fonti alternative. Si veda in argomento, M. ZACCARIA, *La nuova Direttiva 2018/2001/UE sulla promozione dell'uso dell'energia da fonti rinnovabili: prime riflessioni*, in *Rivi-*

doveri e vincoli che rimandano a riferimenti normativi piuttosto chiari, inseriti in una “Strategia Europea in tema di adattamento ai cambiamenti climatici”⁽³⁰⁾, e che ben si prestano ad essere posti a fondamento di un’azione che ne censuri la violazione ad opera degli Stati membri.

Dall’altro lato, la giurisprudenza delle Corti Europee che ha tradizionalmente negato la legittimazione attiva dei singoli individui, nonché dei gruppi di persone e delle associazioni preposte alla tutela del clima o dell’ambiente⁽³¹⁾ che, benché investiti di un duplice diritto⁽³²⁾ d’accesso alle informazioni e di partecipazione ai procedimenti in materia ambientale⁽³³⁾, scontano l’incapacità di provare la sussistenza di una incidenza “diretta ed individuale” del provvedimento nei loro confronti⁽³⁴⁾. In questa

sta di Diritto Agrario, 2019, 1, 137 ss.

⁽³⁰⁾ Inaugurata con il Libro verde della Commissione sull’adattamento ai cambiamenti climatici in Europa e volta alla minimizzazione degli impatti economici, ambientali e sociali derivanti dai mutamenti climatici.

⁽³¹⁾ Come osserva, A. GALANTI, *Giustizia ambientale e giustizia climatica: così vicine, così lontane*, in G. CONTALDI (a cura di), *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, 3, 614, sp. 620, la piattaforma degli attori in giudizio «sta diventando sempre più eterogenea: alle ONG e ai partiti politici si aggiungono bambini, anziani, migranti e popolazioni indigene».

⁽³²⁾ Il riferimento è alla Convenzione sull’accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l’accesso alla giustizia in materia ambientale, firmata ad Aarhus, Danimarca, 25 giugno 1998 a cui la Comunità Europea ha aderito con la decisione del Consiglio 2005/370/CE, del 17 febbraio 2005 ed a cui, perlomeno rispetto ai primi due profili, ha dato rapido seguito con l’adozione del Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006 sulla applicazione dei provvedimenti della Convenzione di Aarhus sull’accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico al processo decisionale e l’accesso alla giustizia in materia ambientale alle istituzioni e organi comunitari, recentemente modificato dal Regolamento (UE) n. 2021/1767 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 ottobre 2021.

⁽³³⁾ Diritti rispetto ai quali l’accesso alla giustizia è espressamente riconosciuto dalla Corte di giustizia anche in capo ai privati cittadini (si veda la sentenza 26 luglio 2017, cause riunite C-196/16 e C-197/16, *Comune di Corridonia e a. contro Provincia di Macerata e Provincia di Macerata Settore 10 – Ambiente*, ECLI:EU:C:2017:589).

⁽³⁴⁾ Fin dal risalente caso *Greenpeace* (sentenza della Corte del 2 aprile 1998, causa C-321/95, *Stichting Greenpeace Council*, ECLI:EU:C:1998:153, punti 27-29). Costante l’orientamento sul punto: v., da ultimo, le sentenze della Corte del 26 giugno 2019, causa C-723/17, *Lies Caeynest e altri c. Brusselles Hoofdstedelijk Gewest*, ECLI:EU:C:2019:533 e 25 marzo 2021, causa C-565/19 P, *Carvalho e a. contro Parlamento europeo e Con-*

direzione risulta paradigmatica la decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea del 25 marzo 2021 (C-565/19, *Armando Carvalho e al. c. Parlamento e Consiglio*)⁽³⁵⁾, che ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto da ricorrenti di diversi Paesi, i quali richiavano l'Unione europea al rispetto dell'obbligo di eliminare le cause dei cambiamenti climatici e le conseguenti violazioni dei diritti fondamentali, proprio per difetto del “*direct and individual concern*” ex art. 263, par. 4, TFUE, e conseguentemente della legittimazione attiva. Sebbene il requisito non richieda che l'atto sia espressamente adottato nei confronti del ricorrente, esso non potrà nemmeno dirsi integrato per il solo fatto che la misura impugnata sia destinata ad interferire con il godimento di un diritto fondamentale avente carattere individuale⁽³⁶⁾.

3. L'esigenza di salvaguardia dei diritti fondamentali.

Per le ragioni appena evidenziate, non è infrequente (*rectius* è sempre più frequente) che si rivolga l'attenzione verso le fonti

siglio dell'Unione europea, ECLI:EU:C:2021:252. In dottrina si veda E. FASOLI, *Legal Standing of NGOs in Environmental Disputes in Europe*, in N. BOSCHIERO - C. PITEA - T. SCOVAZZI - C. RAGNI (eds.), *International Courts and the Development of International Law*, The Hague, 2013, 337 ss.; N. DE DOMINICIS, *L'accesso alla giustizia in materia ambientale. Profili di diritto europeo*, Milano, 2016, 109.

⁽³⁵⁾ La richiesta dei ricorrenti era volta ad ottenere l'annullamento proprio dei Regolamenti e Direttive con cui l'Unione aveva adottato gli obiettivi di contenimento delle emissioni assunti dagli Stati membri sulla base dell'Accordo di Parigi. Si veda in argomento, *ex multis*, F. GALLARATI, *Caso Carvalho: la Corte di Giustizia rimanda l'appuntamento con la giustizia climatica*, in *DPCE online*, n. 2021, 2, 2605 ss.

⁽³⁶⁾ A parere della Corte, non solo non è dimostrata né dimostrabile la lesività degli atti di diritto unitario derivato impugnati rispetto alla situazione giuridica di cui sono titolari i ricorrenti, ma è anche criticamente evidenziato come detta situazione giuridica oggetto di tutela sarebbe indifferenziata rispetto a quella di qualunque altro soggetto dell'ordinamento. M. MONTINI, *La giustizia climatica nell'Unione europea: il caso Carvalho e le prospettive future*, in G. CONTALDI (a cura di), *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, 3, 654, sp. 659-662, evidenzia come detta giurisprudenza tenga in scarsa considerazione i dati e rapporti scientifici dell'IPCC, che secondo l'Autore potrebbero essere assunti come riferimento per una valutazione della sussistenza della prova del danno e del nesso di causalità: ove la Corte ammettesse la possibilità di introdurre siffatte valutazioni, si potrebbe ipoteticamente allargare il numero dei legittimati attivi a proporre un ricorso per annullamento.

internazionali poste a salvaguardia dei diritti dell'uomo⁽³⁷⁾ ed in particolare, almeno nel continente europeo, alla CEDU ed alla giurisprudenza evolutiva con cui la Corte europea dei diritti dell'uomo ha tentato di rimediare all'assenza di una specifica disposizione idonea a ricomprendere l'ambiente nel novero dei diritti fondamentali⁽³⁸⁾. In questa prospettiva l'interpretazione che viene offerta dell'art. 2, che riconosce il diritto alla vita e lo eleva a preconditione di ogni altro diritto⁽³⁹⁾, e dell'art. 8, che ricono-

(37) D'altronde, la relazione tra *Climate Change* e *Human Rights* è espressamente richiamata anche nel preambolo dell'Accordo di Parigi, in cui si legge «Riconoscendo che i cambiamenti climatici sono preoccupazione comune dell'umanità, le Parti, al momento di intraprendere azioni volte a contrastarli, dovrebbero rispettare, promuovere e prendere in considerazione i loro obblighi rispettivi nei confronti dei diritti umani, del diritto alla salute, dei diritti delle popolazioni indigene, delle comunità locali, dei migranti, dei minori, delle persone con disabilità e delle persone in situazioni di vulnerabilità, nonché del diritto allo sviluppo, all'eguaglianza di genere, all'emancipazione delle donne e all'equità intergenerazionale».

(38) Per una rassegna della giurisprudenza evolutiva della Corte EDU, si veda I. ANRÒ-B. NASCIBENE, *La tutela dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia: nuove sfide, nuove prospettive*, in *Riv. it. dir. pub. com.*, 2017, 323 ss.; U. VILLANI, *Tutela dei diritti fondamentali nel "dialogo" tra corti europee e giudici nazionali*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione europea*, Milano, 2011, 115 ss.; E. RUOZZI, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani*, Napoli, 2011, 63 ss. e 123 ss., che ben illustra come la Corte abbia incluso la tutela dell'ambiente sia nell'ambito dell'art. 2 (diritto alla vita), che dell'art. 8 (diritto alla vita privata) e art. 10 (libertà di espressione), che dell'art. 1 del Protocollo addizionale (diritto di proprietà), e ciò sia considerando le singole disposizioni e i relativi diritti, sia nel combinato disposto con gli articoli 6 e 13 (diritto all'equo processo e ad un ricorso effettivo). R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 15 osserva come le *climate change litigations* rispetto alle controversie ambientali «si pongono in un rapporto di *genus a species*: a voler in estrema sintesi descrivere la *relatio* che intercorre tra controversie climatiche ed ambientali, si dirà infatti che il clima rappresenta il contesto in cui si trovano gli elementi che compongono l'ambiente (di qui la divergenza per contenuti ed obiettivi delle liti sul primo rispetto a quelli che riguardano il secondo)».

(39) Così già, Corte EDU, *Isayeva, Yusupova e Bazayeva c. Russia*, 24 febbraio 2005, ricorsi nn. 57947/00, 57948/00 e 57949/00, decisione del 24 febbraio 2005, spec. § 168. Sulla centralità del diritto alla vita nel sistema della CEDU, si veda R. CONTI, *I giudici e il biodiritto*, Roma, 2014, 254; S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, 36, che osserva come: «[A]l diritto alla vita spetta una posizione speciale all'interno della Convenzione: il suo mancato rispetto è una delle più gravi infrazioni in materia di diritti dell'uomo, posto che senza protezione del diritto alla vita il godimento di ogni altro diritto e libertà garantito dalla CEDU è illusorio».

sce il diritto alla “vita privata e familiare” quali sfere dell’autonomia personale, è orientata a ricomprendere anche il diritto degli individui a godere di un ambiente sano ⁽⁴⁰⁾. Inoltre, nel combinato disposto con l’art. 13, si riconosce una protezione che non si limita ad individuare obblighi negativi ⁽⁴¹⁾ in capo allo Stato, bensì a ritenere che quest’ultimo sia tenuto ad attivare tutti gli strumenti necessari a garantire il pieno rispetto delle prerogative di cui alla Convenzione ⁽⁴²⁾ e renderne effettivo l’esercizio a favore ed opera dei singoli individui ⁽⁴³⁾.

La percorribilità di tale approccio trova un autorevole (e ben noto) precedente nella decisione sul caso *Urgenda Foundation v.*

⁽⁴⁰⁾ Come osserva N. LIPARI, in R. CONTI, *CEDU e cultura giuridica italiana. 5. La Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e i civilisti*, in www.giustiziasinsieme.it, 2020: «la Convenzione europea dei diritti umani si è venuta progressivamente affermando come un organismo vivo, capace di offrire sia alla Corte che ai giudici nazionali la possibilità di estendere la tutela anche a diritti non esplicitamente enunciati nella Convenzione». Per tale via la Corte ha affermato più volte la generale responsabilità dello Stato per violazione dei diritti umani in conseguenza di un danno ambientale; si veda *ex multis* Corte EDU, *López Ostra c. Spain*, ricorso n. 16798/90, decisione del 9 dicembre 1994.

⁽⁴¹⁾ Si intende riferirsi al divieto per i poteri pubblici di porre in essere ingerenze arbitrarie attraverso misure legislative, atti amministrativi e comportamenti materiali volti a limitare l’esercizio dei diritti garantiti dalla CEDU, così come alle «omissioni suscettibili di ledere le situazioni giuridiche che si ritengono protette», cfr. S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei Diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 308.

⁽⁴²⁾ Come evidenzia A. GIORDANO, *La giustizia climatica ai tempi della transizione ecologica*, in G. CONTALDI (a cura di), *Aspetti problematici della giustizia climatica*, in *Ordine Internazionale e Diritti Umani*, 2023, 3, 586 ss., sp. 587 al concetto di “protezione” viene attribuita una portata ampia, tale da far gravare sugli Stati «obblighi positivi di intervento con misure di protezione e repressione». Parla di «diritto all’efficacia della protezione statale» dei diritti materiali, R. SAPIENZA, *Il diritto ad un ricorso effettivo nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. dir. int.*, 2001, 277 ss., sp. 281. La Corte EDU, in particolare, non ha esitato ad affermare la sussistenza di un tale obbligo con riferimento ai disastri naturali, allorquando ha rilevato, a fronte di un rischio prevedibile, la mancata adozione da parte dello Stato delle misure rientranti nelle sue possibilità; si veda Corte EDU, *Budayeva and others v. Russia*, ricorsi nn. 15339/02, 21166/02, 20058/02, 11673/02 e 15343/02, decisione 20 marzo 2008; Corte EDU, *Kolyadenko and others v. Russia*, ricorsi nn. 17423/05, 20534/05 e 20678/05, decisione del 28 febbraio 2012.

⁽⁴³⁾ Per A. GIORDANO, *La giustizia climatica ai tempi della transizione ecologica*, cit., 588 «nel contesto di una comunità internazionale di governanti più che di governati, il sistema introdotto dalla Convenzione rompe i tradizionali schemi, orientato — quale è — verso la diretta protezione di interessi individuali».

State of Netherland ⁽⁴⁴⁾, con cui veniva (per la prima volta) operato un collegamento diretto tra il diligente adempimento di una vera e propria obbligazione climatica, intesa quale obbligazione positiva dello Stato di proteggere la vita e la salute dei cittadini, ed il *duty of care* derivante tanto dagli artt. 2 e 8 della CEDU quanto da norme interne di rango costituzionale.

Infatti, secondo la Corte Suprema olandese, gli articoli 93 e 94 della Costituzione porrebbero un chiaro obbligo in capo allo Stato di rispettare tutte le disposizioni della CEDU ⁽⁴⁵⁾, che non solo sarebbero pienamente vincolanti per lo Stato, ma andrebbero interpretate secondo i parametri ermeneutici impiegati dalla Corte EDU, alla cui giurisdizione l'Olanda è direttamente sottoposta.

Le garanzie scolpite negli articoli 2 e 8 della CEDU implicherebbero per lo Stato la doverosa adozione di misure volte a scongiurare, anche nell'ottica del principio di precauzione, pregiudizi a carico dei cittadini e ciò, anche quando si tratta di rischi ambientali che minacciano la popolazione nel suo insieme. Pertanto, si è ritenuto che il governo nazionale olandese fosse obbligato ad assumere le azioni necessarie a garantire una riduzione delle emissioni di gas serra del 25% entro il 2020 (come richiesto dalla ricorrente *Urgenda* ⁽⁴⁶⁾), in quanto misure volte a scongiurare un

⁽⁴⁴⁾ *Hoge Raad*, sentenza del 20 dicembre 2019, causa 19/00135, cit. In dottrina, per un approfondimento sull'importanza del caso ed anche per ulteriori riferimenti, si veda M.F. CAVALCANTI - M.J. TERSTEGGE, *The Urgenda Case: the Dutch Path Toward a New Climate Constitutionalism*, in *DPCE online*, 2020, 2, 1371 ss.; A. GIORDANO, *Climate Change e strumenti di tutela. Verso la Public Interest Litigation*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2020, 763 ss.; F. PASSARINI, *Ambiente, CEDU e cambiamento climatico, nella decisione della Corte Suprema dei Paesi Bassi nel caso Urgenda*, in *Dir. um. dir. int.*, 2020, 3, 377 ss.

⁽⁴⁵⁾ Secondo l'art. 93, «*Provisions of treaties and of resolutions by international institutions which may be binding on all persons by virtue of their contents shall become binding after they have been published*» mentre l'art. 94 prevede che «*Statutory regulations in force within the Kingdom shall not be applicable if such application is in conflict with provisions of treaties that are binding on all persons or of resolutions by international institutions*».

⁽⁴⁶⁾ La Suprema Corte olandese ha di fatto confermato la decisione di appello, che aveva già condannato lo Stato a ridurre, entro la fine del 2020, le emissioni di gas serra provenienti dal suolo olandese di almeno il 25% rispetto al 1990: *Gerechthof Den Haag*, 9 ottobre 2018, 200.178.245/01, su cui v. CORCIONE, *Diritti umani, cambiamento climatico*

pericolo imminente ed attuale di violazione del diritto alla vita e del rispetto alla vita familiare e privata (47).

L'espreso riferimento alla Convenzione EDU, unitamente all'affermazione della potenziale responsabilità dello Stato verso un numero indeterminato di cittadini, ha inevitabilmente indicato una strada che altri non hanno tardato ad intraprendere e che ha trovato nel caso *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz and Others v. Switzerland* (48) un cruciale primo approdo. Non a caso, il ricorso presentato dalle anziane ricorrenti lamentava proprio la violazione degli art. 2 e 8 CEDU ad opera del governo svizzero, che avrebbe mancato di mettere in atto tutte le misure necessarie per proteggerle dal cambiamento climatico e, in particolare, dall'aumento delle temperature nella stagione estiva. La crescente canicola, infatti, aggrava le condizioni di salute delle anziane signore e le espone ad un maggior rischio di decesso, costringendole a condurre una vita di isolamento sociale, con inevitabili ricadute sul loro benessere psico-fisico (49). Inoltre, è interessante osser-

e definizione giudiziale dello standard di condotta, in *Dir. um. dir. int.*, 2019, 1, 197 ss. A partire da questa decisione, si vedano anche le riflessioni di M. MORVILLO, *Climate change litigation e separazione dei poteri: riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 28 maggio 2019; T. SCOVAZZI, *L'interpretazione e l'applicazione ambientalista della Convenzione europea dei diritti umani, con particolare riguardo al caso Urgenda*, in *Riv. giur. amb.*, 2019, 3, 619 ss.

(47) Al contrario non si creerebbe conflitto con il principio di separazione dei poteri, poiché, come osserva A. GIORDANO, *La giustizia climatica ai tempi della transizione ecologica*, cit., 594, questo scaturirebbe soltanto se il giudice ordinasse al legislatore di «riempire la norma di contenuti precisamente determinati», mentre «l'individuazione del "fine" di ridurre le emissioni di gas serra non interseccherebbe la libertà del legislatore di forgiare i "mezzi" che all'obiettivo meglio e più efficacemente si attagliano».

(48) Come già indicato alla nota 16, la decisione di accoglimento è stata pubblicata il 9 aprile 2024, successivamente alla relazione tenuta al Convegno del 13 marzo, che, data l'importanza della decisione, viene debitamente e sinteticamente integrata.

(49) Per una descrizione puntuale si rinvia a F. ZORZI GIUSTINIANI, *Contenzioso climatico e diritti umani: il ruolo delle corti europee sovranazionali*, in *Federalismi.it*, 2023, 8, 272, sp. 283 ss.; A. OSTI, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera...*, cit., 241 ss., la quale evidenzia come le assunzioni delle ricorrenti fossero basate su prove scientifiche volte a dimostrare che il rispetto del limite fissato dall'Accordo di Parigi per il contenimento dell'aumento delle temperature a 1,5° - 2° C, consentirebbe di ottenere una significativa riduzione delle morti premature connesse con le alte temperature; evento che colpisce in modo particolare la categoria delle donne anziane.

vare che le ricorrenti lamentavano anche la violazione dell'art. 6 (1) e dell'art. 13 CEDU, in congiunzione con gli artt. 2 e 8, nella misura in cui ritengono che non sia stato loro garantito un effettivo accesso alla giustizia, perlomeno a livello statale⁽⁵⁰⁾, vista la sistematica dichiarazione di inammissibilità dei ricorsi introdotti in patria e l'impossibilità di ottenere una pronuncia nel merito.

Ampie e articolate le difese della Svizzera, che ha particolarmente insistito sulla non adeguatezza del sistema convenzionale, quale luogo dove definire le politiche nazionali per combattere il riscaldamento globale⁽⁵¹⁾, e del foro di Strasburgo, il cui intervento si sarebbe posto in contrasto con il principio di sussidiarietà e con il rispetto del dialogo democratico interno al sistema politico svizzero⁽⁵²⁾, oltre al consueto argomento della inammissibilità per la mancanza dello *status* di vittima⁽⁵³⁾ delle ricorrenti ai sensi dell'art 34 CEDU.

La decisione assunta dalla Corte EDU, lo scorso 9 aprile, prende innanzitutto posizione sulla possibilità che un ricorrente collettivo (una associazione) possa essere legittimato ad agire ai

⁽⁵⁰⁾ Su cui *ex multis*, N. TROCKER, *Dal giusto processo all'effettività dei rimedi: l'"azione" nell'elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo. Parte prima*, in *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.*, 2007, 35 ss.; C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001.

⁽⁵¹⁾ La Svizzera ha formalmente adottato un *CO2 Act*, tuttora in vigore, sin dal 2013 e progressivamente aggiornato. Tuttavia, la revisione proposta nel 2021 e finalizzata a ridurre, entro il 2030, le emissioni di gas serra del 50% rispetto ai livelli del 1990 è stata bocciata dalla popolazione svizzera attraverso un referendum.

⁽⁵²⁾ La competenza esclusiva del sistema politico svizzero è stata peraltro ribadita con forza dal Parlamento elvetico che, il 12 giugno 2024, ha assunto una posizione formale, votata a maggioranza da entrambe le camere, di contrasto alla Sentenza della Corte EDU, sostenendo di non dover intervenire per la sua esecuzione, poiché il paese disporrebbe già di un'efficace strategia di contrasto al cambiamento climatico e rilevando il difetto di giurisdizione della Corte di Strasburgo. Non si tratta del consueto problema di *enforcement* di una sentenza proveniente da un tribunale internazionale, ma di una, più rara, forma di opposizione ufficiale alla decisione, fondata sull'assenza dei presupposti processuali necessari per consentire alla Corte di pronunciare nel merito.

⁽⁵³⁾ Sulla cui nozione all'interno della CEDU si rinvia a V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, II ed., Bologna, 2019, 428 - 436.

sensi della CEDU ⁽⁵⁴⁾, escludendo che la sua partecipazione al giudizio orienti verso l'ipotesi (vietata) di *actio popularis* ⁽⁵⁵⁾. In argomento, la Corte ammette che «*in modern-day societies, when citizens are confronted with particularly complex administrative decisions, recourse to collective bodies such as associations is one of the accessible means, sometimes the only means, available to them whereby they can defend their particular interests effectively*» ed evidenzia, altresì, come l'importanza del ricorso a soggetti collettivi, per difendere gli interessi connessi a fenomeni ambientali sia espressamente richiamata anche dalla Convenzione di Aarhus (art. 9) ⁽⁵⁶⁾, che richiede agli Stati firmatari di garantire alle organizzazioni non governative un ampio accesso alla

⁽⁵⁴⁾ Rispetto alle associazioni, la Corte di Strasburgo ha più volte statuito in passato, affermando che nella Convenzione esistono alcuni diritti (in particolare quelli contenuti negli artt. 2, 3 e 5) che per la loro stessa natura non possono essere esercitati da associazioni. Si veda, *ex multis* Corte EDU, *Conka e a. c. Belgio*, ricorso n. 51564/02, decisione del 5 febbraio 2002 e Corte EDU *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlanda*, ricorsi nn. 14234/88 e 14235/88, decisione del 29 ottobre 1992. Nel caso *Verein KlimaSeniorinnen* la Corte di Strasburgo ha, invece, espressamente riconosciuto l'applicabilità dell'art. 6, § 1, della convenzione all'associazione ricorrente ed ha ritenuto che il suo diritto di accesso alla giustizia era stato ristretto al punto da potersi considerare violato. Si veda, A.G. LANA, *L'impatto della sentenza "Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et al. c. Svizzera" sul futuro del contenzioso climatico nazionale*, in *Foro it.*, 2024, 329 ss.

⁽⁵⁵⁾ In argomento si rinvia alle pronunce, Corte EDU *Cordella and others v. Italy*, ricorso n. 54414/13 e 54264/15, decisione del 24 gennaio 2019, §§ 99; Corte EDU *Di Sarno and others v. Italy*, ricorso n. 30765/08, decisione del 10 gennaio 2012, § 80; Corte EDU *Perez v. France* [GC], ricorso n. 47287/99, decisione del 12 febbraio 2004, § 70.

⁽⁵⁶⁾ L'utilizzo ed il richiamo di altri strumenti convenzionali internazionali nell'interpretazione della CEDU, non rappresenta una novità nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ad esempio, guardando alle disposizioni normative che interessano il caso di specie, la Corte EDU ha già in passato interpretato l'articolo 8 CEDU alla luce della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del fanciullo del 20 novembre 1989 e della Convenzione europea sull'adozione dei minori del 24 aprile 1967. Come osserva A. OSTI, *A qualcuno (non) piace caldo. Il caso KlimaSeniorinnen c. Svizzera...*, cit., 245, nella misura in cui si accetta che la «Convenzione Edu è un *living instrument*» essa andrà necessariamente «interpretata alla luce delle condizioni attuali, tenendo in considerazione, a fini interpretativi, non solo l'evoluzione delle norme nazionali, ma anche di quelle internazionali». Sulla *living instrument doctrine* si rinvia a E. BJORGE, *The Convention as a Living Instrument: Rooted in the Past, Looking to the Future*, in *Human Rights Law Journal*, 36, 2017, 243 ss. Sulla Convenzione di Aarhus, di cui sono firmatari tutti gli stati membri del Consiglio d'Europa, si veda la nota 32.

giustizia in materia ambientale (§§ 489-499 della decisione). Pertanto, ai fini dell'art. 34 CEDU, occorrerà verificare nel caso concreto se l'associazione sia «*lawfully established, able to demonstrate its purpose, qualified and representative to act on behalf of members or other affected individuals*» (§ 502), requisiti che la Corte ritiene siano soddisfatti dalla ricorrente in questione (§§ 521- 526).

Per quanto attiene, invece, allo *status* di vittima, la Corte non abbandona il proprio approccio restrittivo e ritiene che andrà valutato con riferimento ai singoli ricorrenti ⁽⁵⁷⁾, onde garantire «*that the requirement of a particular level and severity of the adverse consequences affecting the applicant concerned is satisfied, including the applicants' individual vulnerabilities which may give rise to a pressing need to ensure their individual protection*» (par. 531) ⁽⁵⁸⁾.

⁽⁵⁷⁾ Contestualmente al caso *KlimaSeniorinnen*, la Corte EDU ha pronunciato su altri due ricorsi, *Carême v. France*, ricorso 7189/21, e *Duarte Agostinho and Others v. Portugal and 32 other States*, ricorso 39371/20, che venivano entrambi dichiarati inammissibili. Il caso *Duarte Agostinho*, in particolare, vedeva nel ruolo di ricorrenti sei ragazzi portoghesi che agivano non solo contro il proprio Stato, ma contro altri 32 Stati aderenti al Consiglio d'Europa e considerati i principali emettitori di gas climalteranti, lamentando la violazione degli articoli 2 e 8 e 14 CEDU. L'elemento di maggiore interesse era rappresentato dall'invocazione della giurisdizione extra-territoriale della Corte EDU, ai sensi dell'art. 1 della Convenzione, nel tentativo di dare all'azione un rilievo globale, ma sul punto la Corte di Strasburgo non ha avuto modo di pronunciarsi. In argomento, si veda A. SARDU, *L'evoluzione del concetto di giurisdizione extraterritoriale nel contenzioso climatico internazionale basato sui diritti umani*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 123 ss. Sull'utilizzo che la Corte di Strasburgo ha fatto del concetto di giurisdizione extraterritoriale, si veda anche C. MALLORY, *Human Rights Imperialists: The Extraterritorial Application of the European Convention on Human Rights*, London, 2020; S. BESSON, *The Extraterritoriality of the European Convention on Human Rights: Why Human Rights Depend on Jurisdiction and What Jurisdiction Amounts to*, in *Leiden Journal of International Law*, 25, 2012, 857 ss.

⁽⁵⁸⁾ In argomento, la sentenza della Corte EDU nota che, se da un lato, «*there is cogent scientific evidence demonstrating that climate change has already contributed to an increase in morbidity and mortality*» (§478), dall'altro, «*given the nature of climate change and its various adverse effects and future risks, the number of persons affected, in different ways and to varying degrees, is indefinite*» (§ 479). Il carattere indefinito e indeterminato dei soggetti che possono essere colpiti dalle conseguenze del cambiamento climatico spiega l'atteggiamento restrittivo adottato dalla Corte, che ribadisce l'orientamento tradizionale, secondo cui il ricorrente deve dimostrare di essere stato personal-

Nel merito, la Corte di Strasburgo ha affrontato il tema delle obbligazioni positive degli Stati nel contesto del cambiamento climatico. Innanzitutto, ha assorbito le censure mosse con riferimento all'art. 2 (diritto alla vita) in quelle di cui all'art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) e ha ribadito che, conformemente al principio di sussidiarietà, le autorità nazionali hanno la responsabilità di garantire i diritti e le libertà sanciti dalla Convenzione e, nel farlo, godono di un certo margine di discrezionalità (§ 541). Ma al contempo, alla luce delle evidenze scientifiche che sottolineano la gravità e concretezza del rischio di raggiungere un punto di irreversibilità del cambiamento climatico, la Corte evidenzia come sia giustificato ritenere «*that climate protection should carry considerable weight in the weighing-up of any competing considerations*» (§ 542).

Sulla base di queste premesse ⁽⁵⁹⁾, per i giudici di Strasburgo è evidente che in capo agli Stati sussista un obbligo («*State's primary duty*») di intervenire sul tema climatico e «*to adopt, and to effectively apply in practice, regulations and measures capable of mitigating the existing and potentially irreversible, future effects of climate change*» (§ 545), così come già ricavabile dagli impegni assunti in sede internazionale, che consentono di orientare tale obbligo verso l'adozione di misure per la riduzione sostanziale e progressiva dei livelli di emissioni, al fine di raggiungere la neutralità climatica entro tre decenni.

mente e direttamente colpito dalle azioni od omissioni contestate. In particolare, secondo la Corte andrebbero dimostrate «*the following circumstances concerning the applicant's situation: a) the applicant must be subject to a high intensity of exposure to the adverse effects of climate change, that is, the level and severity of (the risk of) adverse consequences of governmental action or inaction affecting the applicant must be significant; and (b) there must be a pressing need to ensure the applicant's individual protection, owing to the absence or inadequacy of any reasonable measures to reduce harm*» (§ 487).

⁽⁵⁹⁾ La Corte, nel ribadire come la tutela garantita dall'art. 8 si estende agli effetti negativi sulla salute umana, sul benessere e sulla qualità della vita derivanti da varie fonti (o dal rischio) di danno ambientale, ha richiamato alcuni precedenti in cui ha statuito l'applicabilità dell'articolo 8 in ipotesi di danno ambientale indipendentemente dal fatto che l'inquinamento sia causato direttamente dallo Stato o che la responsabilità dello Stato derivi da una mancata regolamentazione dell'industria privata; cfr. Corte EDU, *Hatton and Others v. the United Kingdom* [GC], ricorso n. 36022/97, decisione dell'8 luglio 2003, § 98.

Ecco allora che affinché le misure siano efficaci e gli obiettivi possano essere raggiunti, spetta alle autorità pubbliche agire in tempo utile, intraprendendo azioni immediate da inserire in un quadro di misure normative e di attuazione a livello nazionale. Se il margine di apprezzamento sui mezzi opportuni rimane ampio, quello sui tempi necessari al conseguimento degli obiettivi è particolarmente ridotto. Non solo. Il corretto esercizio della discrezionalità affidata agli Stati, sarà comunque oggetto di valutazione della Corte (§ 541), che esaminerà se le autorità interne competenti (siano esse legislative, esecutive o giudiziarie) abbiano operato tenendo in debita considerazione alcune specifiche esigenze che possano garantire la tempestività, appropriatezza e coerenza del loro agire (§550) ⁽⁶⁰⁾.

E sulla scorta di tali criteri di giudizio che la Corte EDU è giunta a ritenere che le politiche svizzere in tema di cambiamento climatico, integrassero una violazione dell'art. 8 della Convenzione — avendo riscontrato «*some critical lacunae in the Swiss authorities' process of putting in place the relevant domestic regulatory framework*» inclusa l'incapacità di quantificare i limiti alle emissioni e il fallito conseguimento dei target definiti nel passato (§ 573) — ed è lecito presumere che tali criteri saranno utilizzati anche nei futuri contenziosi già pendenti a Strasburgo, in cui oc-

⁽⁶⁰⁾ Il riferimento è al § 550, dove la decisione afferma «*When assessing whether a State has remained within its margin of appreciation (see paragraph 543 above), the Court will examine whether the competent domestic authorities, be it at the legislative, executive or judicial level, have had due regard to the need to: (a) adopt general measures specifying a target timeline for achieving carbon neutrality and the overall remaining carbon budget for the same time frame, or another equivalent method of quantification of future GHG emissions, in line with the overarching goal for national and/or global climate-change mitigation commitments; (b) set out intermediate GHG emissions reduction targets and pathways (by sector or other relevant methodologies) that are deemed capable, in principle, of meeting the overall national GHG reduction goals within the relevant time frames undertaken in national policies; (c) provide evidence showing whether they have duly complied, or are in the process of complying, with the relevant GHG reduction targets (see sub-paragraphs (a)(b) above); (d) keep the relevant GHG reduction targets updated with due diligence, and based on the best available evidence; and (e) act in good time and in an appropriate and consistent manner when devising and implementing the relevant legislation and measures*».

correrà valutare la conformità dell'esercizio dei pubblici poteri al rispetto delle obbligazioni assunte in sede internazionale.

4. Responsabilità climatica e tutela delle generazioni future.

Confermata la effettività della tutela del clima, ove ricercata attraverso la protezione dei diritti fondamentali, una ulteriore (e, a ben vedere, connessa) strada che può essere intrapresa, per imputare allo Stato le responsabilità discendenti dal cambiamento climatico, è quella della giustizia intergenerazionale ovvero della tutela dei diritti nel rapporto tra generazioni. È, infatti, noto che le emissioni di gas serra colpiscono in maniera più violenta i territori e le popolazioni che meno hanno contribuito alla loro produzione ed, inoltre, proiettano i propri effetti negativi ben al di là dell'anno (o decennio) in cui vengono emesse nell'etere, andando ad impattare su numerose generazioni successive, peraltro estranee ai benefici connessi alla loro produzione ⁽⁶¹⁾.

Si tratta di un percorso che appare come ramificazione di quello illustrato nel paragrafo che precede, poiché la violazione dei diritti umani fondamentali (quali il diritto alla vita, alla salute, all'acqua) discendente dal cambiamento climatico è considerata come un dato acquisito. Tuttavia, l'esigenza di adottare nell'immediato politiche climatiche, che siano in grado di arginare gli effetti del cambiamento, espone all'inevitabile corollario di una ulteriore limitazione di alcune libertà fondamentali (economiche e sociali) dei cittadini (di oggi), che non potranno acquisire alcun beneficio diretto, derivante

⁽⁶¹⁾ Come già osservato da M. CARDUCCI, *Cambiamento climatico (diritto costituzionale)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2021, 52 ss.; A. D'ALOIA, *Bioetica ambientale, sostenibilità, teoria intergenerazionale della Costituzione*, in *BioLaw Journal*, 2019, 2, 648; F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale alla prova del contenzioso climatico*, in *BioLaw Journal*, 2023, 2, 159 ss., 160 evidenzia come «il problema della dispersione temporale delle cause e degli effetti del riscaldamento globale renda altresì difficile affrontare, dal punto di vista etico, le questioni di giustizia intergenerazionale sollevate dal cambiamento climatico». Per un'ampia illustrazione del tema si veda, P. LAWRENCE, *Justice for Future Generations. Climate Change and International Law*, Cheltenham, 2014.

da tali scelte ⁽⁶²⁾. In altre parole, la scelta di assumere determinati comportamenti a tutela del clima (e le conseguenti privazioni) deve essere adottata nell'interesse delle future generazioni, mossi dalla consapevolezza che l'odierna inazione le esporrebbe a restrizioni e misure sempre più radicali ⁽⁶³⁾.

Le implicazioni che discendono dalla volontà di inquadrare la responsabilità dello Stato sul tema climatico (e rispetto al suo cambiamento) come responsabilità intergenerazionale sono amplissime e oggetto di molteplici difficoltà ermeneutiche ⁽⁶⁴⁾, a cominciare dalla distinzione tra generazioni presenti e future, affidata ad un termine ambiguo, che «racchiude in sé tanto ciò che è generato quanto ciò che è generabile» ⁽⁶⁵⁾. E d'altronde, è

⁽⁶²⁾ Come osserva O.W. PEDERSEN, *The Janus-Head of Human Rights and Climate Change: Adaptation and Mitigation*, in *Nordic Journal of International Law*, 2011, 403 ss., il rapporto tra cambiamento climatico e diritti umani non è univoco, ma è un "Giano bifronte". In senso analogo M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in R. BIFULCO - A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, 425 ss., sp. 437, il quale evidenzia le difficoltà di applicare tecniche di bilanciamento a diritti di generazioni diverse, poiché «non siamo affatto certi di avere a che fare con diritti dello stesso rango, ma soprattutto non sappiamo affatto quale sia l'effettiva consistenza del secondo termine del bilanciamento e quali siano le reali conseguenze pratiche dell'uno o dell'altro test».

⁽⁶³⁾ Il presente dilemma ed il suo evidente connotato etico è stato ampiamente illustrato da S.M. GARDINER, *A Perfect Moral Storm: The Ethical Tragedy of Climate Change*, Oxford, 2011. D'altronde sono numerosissimi gli studi etici in materia climatica, tra cui si segnalano H. SHUE, *Climate Justice: Vulnerability and Protection*, Oxford, 2016; P. LAWRENCE, *Justice for Future Generations*, cit.; E.A. POSNER - D. WEISBACH, *Climate Change Justice*, Princeton, 2010. Tuttavia, come osservato da R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, Milano, 2008, 18-19, il progressivo riconoscimento di una responsabilità intergenerazionale in numerosi documenti internazionali e costituzionali rende superflua l'esigenza di attribuire alla medesima un fondamento morale, consentendo di orientare l'attenzione sul modo in cui la tutela degli interessi delle generazioni future debba essere garantita. Per una critica alla retorica costruita attorno alle generazioni future, si veda S. HUMPHREYS, *Against Future Generations*, in *The European Journal of International Law*, 33(4), 2023, 1085.

⁽⁶⁴⁾ Si rinvia in argomento *ex multis* a R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future. Problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*, cit., *passim*; A. D'ALOIA, *Generazioni future (diritto costituzionale)*, in *Enc. diritto*, Annali IX, 2016, 337 ss.

⁽⁶⁵⁾ Così M. LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, cit., 426.

osservazione di senso comune come non sia possibile distinguere nettamente una generazione dall'altra — poiché nella realtà le generazioni sfuggono ad una successione ordinata ed “optano” per una inevitabile coesistenza ⁽⁶⁶⁾ — il che non agevola la corretta definizione della portata giuridica di un'obbligazione intergenerazionale ⁽⁶⁷⁾. Si deve, infatti, ritenere che nel momento in cui viene affermata sul piano positivo, l'obbligazione è destinata ad estendersi ai componenti di tutte le generazioni successive, senza arbitrarie limitazioni e disparità di trattamento ⁽⁶⁸⁾.

Attenzione specifica è tradizionalmente dedicata all'individuazione del titolo giuridico in forza del quale le generazioni presenti sono obbligate nei confronti di quelle future. In argomento, si contrappongono due teorie principali che muovono da approcci sostanzialmente opposti: la prima, c.d. dei *planetary rights* prevede l'attribuzione di diritti soggettivi in favore delle generazioni future, declinando tali diritti come planetari ⁽⁶⁹⁾; la seconda

⁽⁶⁶⁾ Cfr. F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale...* cit., 169, che osserva come in ogni momento storico coesistono sempre almeno due generazioni successive.

⁽⁶⁷⁾ Ad esempio, l'analisi del contenzioso climatico mostra come, nella maggior parte dei casi, siano stati proprio i giovani o i bambini a fare valere le obbligazioni intertemporali gravanti sui decisori politici, agendo come componenti delle generazioni presenti, ma al contempo in rappresentanza (in quanto facenti parte) delle generazioni future.

⁽⁶⁸⁾ Si veda A. SPADARO, *L'amore dei lontani: universalità e intergenerazionalità dei diritti fondamentali fra ragionevolezza e globalizzazione*, in R. BIFULCO - A. D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro*, cit., 72 ss. in merito alla possibilità di limitare l'applicazione dei principi di giustizia intergenerazionale alle sole persone che non sono ancora nate (ma che lo saranno) nel momento in cui si potrà verificare l'avvenuto adempimento dell'obbligazione assunta nei loro confronti ovvero alle sole generazioni più vicine, poiché solo rispetto a queste ultime può affermarsi la sussistenza di un dovere etico delle generazioni presenti, che altresì consenta loro di ipotizzarne esigenze e bisogni. Ad esempio, rispetto all'attuale agenda climatica, le obbligazioni di riduzione delle emissioni dovrebbero valere solamente nei confronti di quelle persone che saranno in vita nel 2030 o nel 2050, ma che non siano ancora nate nel momento in cui l'impegno è stato formalmente assunto.

⁽⁶⁹⁾ La teoria dei *planetary rights* è stata formulata trentacinque anni orsono da E.B. WEISS, *In Fairness to Future Generations. International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo, 1989, attirando grande attenzione e raccogliendo numerosi proseliti nella letteratura giuridica. Tra i primi Autori schieratisi a favore del

raffigura, invece, la responsabilità intergenerazionale come una catena di obbligazioni tra generazioni successive ⁽⁷⁰⁾.

La teoria dei *planetary rights* muove dalla convinzione che un'idea di giustizia intergenerazionale in ambito climatico e ambientale non possa prescindere dal considerare due ordini di relazioni: (i) quella tra generazioni della nostra specie e (ii) quella con il sistema naturale di cui siamo parte e che rappresenta un patrimonio comune di cui ciascuna generazione è, allo stesso tempo, custode e beneficiaria ⁽⁷¹⁾. I diritti planetari che ne discendono vengono pertanto affermati in una dimensione e titolarità collettiva, che non è mai riferibile ai singoli individui delle diverse generazioni ⁽⁷²⁾, ma che si connota e sostanzia nella rela-

riconoscimento di diritti in capo alle generazioni future, si veda v. R. ELLIOT, *The Rights of Future People*, in *Journal of Applied Philosophy*, 6, 1989, 159 ss. Per M. LUCIANI, *Generazioni future*, cit., 428, l'attribuzione di diritti soggettivi in favore delle generazioni future poggia sulla forza simbolica riconosciuta alla categoria dei diritti e sulla una "tendenza irenica" a leggere l'intero diritto costituzionale in chiave di diritti.

⁽⁷⁰⁾ Si tratta di una teoria inizialmente formulata da R.B. HOWARTH, *Intergenerational justice and the chain of obligation*, in *Environmental Values*, 1, 1992, 133 ss. e successivamente perfezionata, in epoca più recente, da A. GOSSERIES, *On future generations' future rights*, in *The Journal of Political Philosophy*, 2008, 446 ss.

⁽⁷¹⁾ Tali posizioni sono ulteriormente sviluppate da E.B. WEISS, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, in *American Journal of International Law*, 84, 1990, 198 ss., in cui l'Autrice specifica come ogni generazione sia titolare di diritti e obblighi planetari, che consistono nel diritto di ricevere il pianeta in condizioni non peggiori rispetto alla generazione precedente e nell'obbligo di preservarlo, in modo che anche le generazioni successive possano beneficiare delle stesse opportunità di quelle precedenti.

⁽⁷²⁾ Tale impostazione consente di superare le tradizionali obiezioni della non-esistenza e della non-identità che vengono sollevate rispetto alla possibilità di riconoscere situazioni sostanziali soggettive in capo agli individui delle generazioni future. L'obiezione di non esistenza si basa sull'assunto che le persone appartenenti alle generazioni future non possano essere titolari di diritti nella misura in cui non esistono; trattandosi, cioè, di soggetti soltanto in potenza, essi saranno titolari di diritti nel momento in cui nasceranno, ma non essendo possibile prevedere se e quando ciò accadrà, non possono essere ritenuti titolari di diritti nel presente. Per una articolata formulazione di questa obiezione si veda W. BECKERMAN, *The Impossibility of a Theory of Intergenerational Justice*, in J.C. TREMMEL (ed.), *Handbook of Intergenerational Justice*, Cheltenham, 2006, 53 ss. L'obiezione di non identità, invece, nega che le persone future possano dolersi delle azioni delle generazioni presenti, perché le azioni presenti influiscono sull'identità dei soggetti che vivranno nel futuro, per cui anche una decisione più irresponsabile di una generazione precedente non potrà mai ritenersi lesiva dei diritti degli appartenenti alle generazioni

zione giuridica di diritti-doveri tra generazioni ed il pianeta ⁽⁷³⁾. In altre parole, l'azione a tutela dei diritti delle generazioni future potrà essere proposta in giudizio da chiunque, ma non in ragione di una titolarità individuale della situazione sostanziale protetta bensì, in veste e qualità di componente di una collettività globale e trasversale a cui è assegnato e riconosciuto un diritto/dovere di protezione del globo ⁽⁷⁴⁾.

Tuttavia, risulta piuttosto evidente la difficoltà di esportare tale impostazione ed i corollari che ne discendono all'interno di ordinamenti di impostazione liberale come quelli europei ⁽⁷⁵⁾,

successive, dato che le generazioni future sono il risultato di quelle scelte, in assenza delle quali quei soggetti non esisterebbero. Il paradosso è stato formulato da D. PARFIT, *Reasons and Persons*, Oxford, 1987, prima ancora che la teoria dei *planetary rights* trovasse compiuta espressione.

⁽⁷³⁾ E.B. WEISS, *Our Rights and Obligations to Future Generations for the Environment*, cit., 94-96.

⁽⁷⁴⁾ L'influenza di tale teoria è chiaramente riscontrabile nella decisione *Suprema Corte de Justicia* colombiana, sul caso STC4360-2018, *Generaciones Futuras v Minambiente*, con cui il 5 aprile 2018 la Corte ha deciso un'azione proposta da un gruppo di giovani di età compresa tra 7 e 25 anni, i quali lamentavano la violazione dei propri diritti costituzionali in conseguenza dell'inadempimento, da parte dello Stato colombiano, degli impegni di riduzione della deforestazione dell'Amazzonia assunti a livello nazionale e internazionale. La Corte ha riconosciuto (peraltro, in assenza di una espressa domanda delle parti) l'Amazzonia colombiana come «*sujeto de derechos*» ed ha collocato i diritti delle generazioni future all'interno di una più ampia accezione dell'area di protezione dei diritti fondamentali, che per la Corte non devono limitarsi a tutelare gli interessi e libertà degli individui, ma devono avere riguardo anche alle altre specie animali e vegetali, ai soggetti non nati e al valore intrinseco della natura, di cui le generazioni future fanno parte. Sulla sentenza, si veda F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale...* cit., 176-177; S. FANNI, *Una teorizzazione di un approccio fondato sui diritti umani alla protezione delle generazioni future nell'ambito del contenzioso ambientale internazionale e nazionale* in *Biolaw Journal*, 2022, 2, 203 ss., sp. 218; A. PELIZZON, *An Intergenerational Ecological Jurisprudence: The Supreme Court of Colombia and the Rights of the Amazon Rainforest*, in *Law, Technology and Humans*, 2020, 33 ss.

⁽⁷⁵⁾ Si rintraccia nella sentenza *Generaciones Futuras v Minambiente* (§§ 4-7) una critica radicale al modello «antropocentrico ed egoista» del costituzionalismo liberale, a cui la sentenza intende contrapporre una «ideologia» eco-centrica da porre alla base di un nuovo modello di «Costituzione ecologica». Come osserva F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale...* cit., 177, in relazione «alla proposta avanzata da Edith Brown Weiss nel 1989, le argomentazioni adottate, trent'anni dopo, dalla Corte Suprema colombiana si connotano per un atteggiamento più marcatamente eco-centrico, figlio anche del contesto culturale che fa da sfondo al nuo-

dove i diritti sono tradizionalmente concepiti come pretese individuali suscettibili di essere fatte valere da soggetti determinati, e dove, invece, sembra più agevole ricostruire la responsabilità intergenerazionale secondo un approccio coerente con la teoria della catena di obbligazioni, vale a dire concentrando l'attenzione sui doveri delle generazioni presenti nei confronti di quelle future (76), anche in assenza del corrispettivo diritto in capo a queste ultime (77).

Infatti, la fisiologica coesistenza di (almeno due) generazioni distinte in uno stesso momento storico consente sempre di ricostruire una effettiva relazione giuridica di doveri (e diritti) tra le generazioni, che si esprime nell'attribuire alla generazione successiva il diritto di pretendere dalla generazione precedente l'adempimento dei propri doveri nei suoi confronti. Tuttavia, onde evitare che l'estensione temporale dell'obbligazione assunta si esaurisca o risulti limitata alla sola vita della generazione immediatamente successiva, il dovere della generazione presente è anche quello di non agire in maniera tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile per la generazione successiva l'adempimento delle proprie obbligazioni rispetto alla generazione futura. In questo modo, attraverso una catena di obbligazioni intergenerazionali, ai componenti della generazione più giovane viene at-

vo costituzionalismo andino», anche se, come riconosce lo stesso Autore, elementi di eco-centrismo erano certamente presenti anche nella riflessione della giurista americana.

(76) Sebbene non si è mancato di osservare in dottrina come la categoria dei doveri sia accompagnata da una minore rilevanza simbolica e forza giuridica rispetto ai diritti, che non a caso godono della predisposizione di rimedi più efficaci per reagire alla loro violazione. In argomento si veda A. D'ALOIA, *Generazioni future*, cit., 374-375.

(77) Per R. BIFULCO, *Diritto e generazioni future*, cit., 165 ss. è generalmente ammesso che non tutti gli obblighi presuppongono l'esistenza di un diritto ed è altresì ben possibile affermare l'esistenza di un obbligo senza che si conosca (né sia possibile conoscere) l'identità del relativo beneficiario. In senso analogo A. D'ALOIA, *Generazioni future*, cit., 342. La necessità di guardare al tema della solidarietà intergenerazionale dalla prospettiva dei doveri, anziché dei diritti, è sostenuta da G. ZAGREBELSKY, *Senza adulti*, Torino, 2016, 92; L. VIOLINI - G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in P. PANTALONE, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppi, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, in *Il diritto dell'economia*, num. mon., 2021, 35 ss.

tribuita la possibilità di farsi garanti delle obbligazioni assunte da tutte le generazioni presenti, anche nei confronti di generazioni lontane e, ad oggi, meramente in potenza ⁽⁷⁸⁾.

Aderisce a questa impostazione la decisione del Tribunale costituzionale federale tedesco, sul caso *Neubauer* pronunciata nel marzo 2021 ⁽⁷⁹⁾, che attraverso un ragionamento piuttosto articolato ed innovativo, ha decretato la parziale illegittimità costituzionale della legge federale sul clima ⁽⁸⁰⁾. Nell'analizzare il rapporto tra generazioni presenti e future al cospetto del cambiamento climatico, il Tribunale muove dalla premessa che le generazioni future non sono titolari di diritti fondamentali ⁽⁸¹⁾, ma al contrario

⁽⁷⁸⁾ R.B. HOWARTH, *Intergenerational justice*, cit., 135, il quale osserva: «*the responsibility of one generation to provide for the next defines a chain of obligation that extends into the indefinite future. To the extent that principles of justice require equal treatment for contemporaries, they require equal treatment for future generations as well*». In concreto, tale impostazione si preoccupa di realizzare un'equa distribuzione degli oneri scaturenti dall'obbligazione intergenerazionale, in modo che ciascuna generazione possa adempiere ai propri doveri senza essere costretta ad autoimporsi restrizioni eccessive nel godimento dei propri diritti.

⁽⁷⁹⁾ *Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Neubauer et al. v Germany*, cit. Tra i numerosi commenti alla sentenza si segnalano, F. GALLARATI, *Il contenzioso climatico di tono costituzionale*, cit., 157 ss.; R. BIFULCO, *Perché la storica sentenza tedesca impone una riflessione sulla responsabilità intergenerazionale*, in *Luiss Open*, 28 maggio 2021; R. BIN, *La Corte tedesca e il diritto al clima. Una rivoluzione?*, in *Iacostituzione.info*, 30 aprile 2021; M. PIGNATARO, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021; A. DE PETRIS, *Protezione del clima e dimensione intertemporale dei diritti fondamentali: Karlsruhe for Future?*, in *CERIDAP*, 2021, 4, 127 ss.; G. WINTER, *The Intergenerational Effect of Fundamental Rights: A Contribution of the German Federal Constitutional Court to Climate Protection*, in *Journal of Environmental Law*, 34, 2022, 209 ss.

⁽⁸⁰⁾ La Sentenza riconosce che l'art. 20 della Costituzione tedesca contiene un mandato vincolante per la protezione del clima e, pertanto, si interroga sulla costituzionalità delle disposizioni della legge federale tedesca sul cambiamento climatico che fissano l'obiettivo della progressiva riduzione delle emissioni ed il raggiungimento della neutralità climatica entro il 2050. Come vedremo, il Tribunale finirà per riconoscere una violazione dell'obbligo, gravante in capo allo Stato, di non interferire con l'esercizio delle libertà fondamentali.

⁽⁸¹⁾ La sentenza del Tribunale costituzionale federale (§§ 108-109 e 146) afferma, a più riprese, che i ricorrenti non stanno affermando i diritti di persone non nate ovvero di intere generazioni future, le quali, nel loro insieme o come somma di individui, non sono ancora titolari di alcun diritto fondamentale nel presente. Pertanto, come meglio si spiegherà nel proseguo, i ricorrenti stanno invocando la tutela dei propri diritti fondamentali.

è lo Stato ad essere gravato da obblighi intergenerazionali che si concretano in un dovere di protezione anche nei confronti delle generazioni non ancora presenti ⁽⁸²⁾.

Infatti, lo Stato ha il dovere di distribuire equamente tra le generazioni gli oneri connessi all'adempimento delle obbligazioni intergenerazionali ⁽⁸³⁾ ed un suo inadempimento comporta una lesione anticipata del godimento futuro dei diritti delle generazioni presenti.

È soprattutto questa ultima proposizione ad introdurre un elemento di grande novità, poiché per giungere a tale approdo il Tribunale costituzionale propone l'idea che tale violazione sia integrata da una determinata azione (o inazione) posta in essere nel presente ma che ha l'effetto di rendere inevitabile l'adozione nel futuro di misure restrittive di una libertà o diritto fondamentale, poiché in assenza di quelle limitazioni lo Stato non sarebbe in grado di adempiere ai propri obblighi costituzionali ⁽⁸⁴⁾. Pertanto, ne consegue che è proprio la tutela dei diritti fondamentali ad imporre allo Stato di salvaguardare le libertà nel tempo e di distribuire proporzionalmente le opportunità associate all'esercizio di tali libertà tra le diverse e successive generazioni ⁽⁸⁵⁾.

All'esistenza di un tale dovere/obbligo intergenerazionale in capo allo Stato corrisponde il riconoscimento di un diritto sog-

⁽⁸²⁾ La sentenza ricollega l'esistenza di un dovere siffatto, tanto all'art. 2 della Costituzione come dovere di protezione della vita e dell'integrità fisica, quanto all'art. 20 come dovere di protezione delle basi naturali della vita, tra cui il clima. Entrambi nella loro proiezione intergenerazionale comprendono anche il dovere di proteggere le generazioni future.

⁽⁸³⁾ Come è stato correttamente osservato da A. DE PETRIS, *Protezione del clima*, cit., 137, la Corte offre una lettura innovativa del principio di proporzionalità, declinato per la prima volta in termini intergenerazionali. L'equa distribuzione tra generazioni delle obbligazioni intergenerazionali, implica che queste ultime non possono essere proiettate unilateralmente sul futuro, pena la violazione del principio di proporzionalità.

⁽⁸⁴⁾ Così F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale...* cit., 180. Il che è quanto si verifica quando, come nel caso delle emissioni di Co2, l'azione in questione produca effetti irreversibili.

⁽⁸⁵⁾ Pertanto, ove il legislatore, come nel caso esaminato dalla sentenza, scarichi gli oneri di riduzione delle emissioni di Co2 sul futuro, tale condotta si traduce in una violazione anticipata di quelle libertà fondamentali il cui esercizio implica l'emissione di Co2. È infatti inevitabile che quelle stesse libertà, in futuro, andranno incontro a restrizioni severe, per adempiere all'obbligo costituzionale di raggiungere la neutralità climatica.

gettivo in capo ai singoli individui della generazione presente che, qualora si ritengano lesi in relazione al futuro godimento dei propri diritti fondamentali, avranno la possibilità di attivarne la tutela in giudizio, anche attraverso un ricorso diretto di legittimità costituzionale. È bene ribadire che tali soggetti non appartengono né individualmente né collettivamente alle generazioni future, a cui non è (né potrebbe essere) riconosciuta alcuna titolarità di situazioni sostanziali soggettive; sono gli individui appartenenti alla generazione presente a cui vengono riconosciuti diritti intergenerazionali, intesi come diritti individuali attribuiti a ciascun componente di quella generazione.

Anche laddove non si intendesse accogliere l'idea (sostanzialmente) di una salvaguardia intertemporale della libertà, il pregio della prospettiva descritta è quello di proiettare l'istanza di tutela climatica, svolta nell'interesse delle generazioni future, su un terreno maggiormente familiare. Tale approccio punta a riconoscere l'esistenza di situazioni giuridiche protette (individuali), che fungono da specificazioni sul piano soggettivo della nozione unitaria riferibile al bene comune e che orientano lo sguardo verso il necessario corollario di garanzie. Percorso che al netto di una sua effettiva mutuabilità nel nostro ordinamento (di cui si dirà meglio *sub* § 6) non può che prendere le mosse e innervarsi sull'esplicito inserimento della tutela ambientale e climatica tra i principi fondamentali dell'ordinamento.

5. Il vicolo cieco del “giudizio universale”.

Come ampiamente rappresentato nelle pagine che precedono, l'iniziativa giudiziaria promossa davanti al Tribunale civile di Roma contro lo Stato italiano in materia di cambiamento climatico ⁽⁸⁶⁾, e che i partecipanti ⁽⁸⁷⁾ hanno definito in maniera

⁽⁸⁶⁾ Tribunale Ordinario di Roma, Seconda Sezione Civile, sentenza del 26 febbraio 2024, n. 3552, consultabile su *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 2, 309, con nota di M. MASIERI, *La causa “Giudizio Universale” e il destino della climate change litigation.*

⁽⁸⁷⁾ Si tratta di un'azione giudiziale proposta da più di 200 ricorrenti, tra cui 162 adulti, 17 minori (rappresentati in giudizio dai genitori) e 24 associazioni impegnate nella

evocativa *Giudizio universale*, non rappresentava un caso isolato né una dirompente novità ma, al contrario, era stata anticipata da numerose pronunce intervenute su istanze di tutela analoghe.

A ben vedere, la domanda tenta di tenere assieme le diverse fonti di obbligazioni climatiche (internazionali, convenzionali, europee, costituzionali ⁽⁸⁸⁾) optando per una sommatoria che, nelle intenzioni dei ricorrenti, avrebbe dovuto rafforzare e rendere più evidente la fondatezza della pretesa avanzata nei confronti del governo italiano, chiamato a rispondere a titolo di responsabilità extracontrattuale *ex art. 2043 e/o* per responsabilità custodiale *ex art. 2051*, in ragione della mancata adozione di un'adeguata politica climatica. Per l'effetto, i ricorrenti chiedevano al giudice di primo grado di condannare il convenuto (Stato italiano) *ex art. 2058*, comma 1, c.c. «all'adozione di ogni necessaria iniziativa per l'abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali artificiali di CO₂-eq nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990, ovvero in quell'altra, maggiore o minore, in corso di causa accertanda».

Così formulata, l'azione ha sollevato, da subito, ampi dubbi di ammissibilità, sia sotto il profilo della legittimazione attiva delle ricorrenti ⁽⁸⁹⁾, sia rispetto alla possibilità di risalire ad una

giustizia ambientale e nella difesa dei diritti umani e sostenuta da un'ampia risonanza mediatica. Per maggiori informazioni, inclusi i principali atti del giudizio è possibile consultare il link <https://giudiziouniversale.eu/la-causa-legale/>.

⁽⁸⁸⁾ Gli attori hanno individuato le fonti dei “doveri statali”: a) nella Costituzione; b) nella Convenzione Europea sui Diritti Umani (CEDU); c) nella legge n. 65/1994 di ratifica e di esecuzione della Convenzione Quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici del 1992 (UNFCCC); d) nella legge n. 204/2016 di ratifica ed esecuzione dell'Accordo di Parigi sul clima del 2015; e) nel diritto europeo, originario e derivato (che include e integra UNFCCC e Accordo di Parigi); f) nelle ulteriori fonti connesse o integrative (Report del “Panel intergovernativo sul cambiamento climatico” - IPCC); g) nelle decisioni e dichiarazioni di organi e organismi di cui l'Italia è componente.

⁽⁸⁹⁾ Dubbi che originano dall'assenza, nell'ordinamento italiano, di una norma che conferisca «lo *standing* ad associazioni che facciano valere un “pregiudizio ecologico”, le quali sarebbero titolari, come i cittadini, di un mero interesse semplice e di fatto, non qualificato, né differenziato da quello della collettività generale». Così A. GIORDANO, *La giustizia climatica ai tempi della transizione ecologica*, cit., 595 che ulteriormente osserva come «tecniche come quelle del *representative standing* o del *citizen standing* non trovano formale cittadinanza; e le diversità che separano il nostro sistema finanche dagli

obbligazione civile dello Stato nei confronti dei singoli (e non degli altri Stati della Comunità internazionale), in merito agli interventi da adottare per come stabiliti dalle fonti sovranazionali — a fronte, peraltro, di un fenomeno planetario, la cui riconducibilità causale alle condotte del (solo) Stato italiano appare poco plausibile — sia perché, come osservato dall'ampia maggioranza dei commentatori, una pronuncia di accoglimento avrebbe rischiato di minare il principio di separazione dei poteri⁽⁹⁰⁾ e di far incorrere il giudice in eccesso di potere per invasione dell'ambito di attribuzioni del potere politico⁽⁹¹⁾, che verrebbe così privato della propria libertà di valutazione⁽⁹²⁾.

D'altronde, è difficile non rilevare come la misura dell'abbattimento delle emissioni richiesta tramite la domanda, ecceda di gran lunga anche i più ambizioni propositi ed impegni assunti sul piano internazionale, descrivendo una obbligazione in concreto (ed al momento) non rintracciabile in nessuna delle fonti richia-

ordinamenti di altri Stati europei (si pensi, quanto al diritto olandese, all'art. 3:305a del *Dutch Civil Code* o, con riferimento al caso francese, al combinato disposto degli artt. 1248 *Code civil* e 142-1 *Code de l'environnement*) difficilmente consentono di esportare i risultati ermeneutici raggiunti in tali contesti».

⁽⁹⁰⁾ In tal senso, G. CONTALDI (a cura di), *Aspetti problematici della giustizia climatica*, cit., 577; A. HENKE-S. VINCRÉ, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, cit., 140 e 151; A. GIORDANO, *La giustizia climatica ai tempi della transizione ecologica*, cit., 595; V.M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, cit., 270. Più ampiamente sul tema, si veda G. YEIN NG, *Judicialisation and the End of Parliamentary Supremacy*, in *Global Journal of Comparative Law*, 3, 2014, 87 ss.; L.F.M. BESSELINK, *The Proliferation of Constitutional Law and Constitutional Adjudication, or How American Judicial Review Came to Europe After All*, in *Utrecht Law Review*, 9(2), 2013, 35.

⁽⁹¹⁾ Già, il *Tribunal de premiere instance phroncophone de Bruxelles*, con una decisione del 17 giugno 2021, aveva ritenuto che, pur riconoscendo la violazione dei diritti dei ricorrenti e la negligenza dell'intervento pubblico delle tre regioni delle Fiandre, Vallonia e Bruxelles, non le fosse consentito di condannare il governo all'adozione di specifiche misure volte al raggiungimento degli obiettivi di riduzione delle emissioni e, pertanto, più restrittive di quelle in vigore, proprio perché una decisione siffatta si sarebbe posta in contrasto con il principio di separazione dei poteri.

⁽⁹²⁾ Mancano, nel sistema italiano, strumenti assimilabili alla *public interest litigation* che, come osservato da S. VINCRÉ, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, cit., 157, hanno consentito alle Corti, in particolare nelle esperienze giuridiche nordamericana ed indiana, di colmare le lacune legislative in settori particolarmente delicati, tra cui quello della tutela ambientale, e condannare lo Stato all'adozione di misure puntuali.

mate e che finisce per assegnare all'iniziativa una connotazione di *strategic litigation* molto più marcata, per non dire esasperata, nel confronto con gli altri precedenti giurisprudenziali europei ⁽⁹³⁾.

Parimenti, l'accertamento della sussistenza degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano (o della fattispecie di cui all'art. 2051 c.c.) viene richiesta non al fine di ottenere condanna al risarcimento del danno provocato da specifici provvedimenti normativi illeciti ⁽⁹⁴⁾ che avrebbero comportato la lesione dei diritti umani fondamentali, ma la condanna dello Stato al risarcimento in forma specifica, vale a dire all'adozione di quei provvedimenti necessari ed idonei a provocare l'abbattimento delle emissioni

⁽⁹³⁾ Ed infatti, indipendentemente dalla sussistenza o meno di un'obbligazione climatica in capo allo Stato, il Tribunale ordinario di Roma, ha espressamente richiamato la *«particolarità con la quale è stata strutturata la domanda, in quanto diretta ad ottenere dal Giudice una pronuncia di condanna dello Stato legislatore e del governo ad un facere in una materia tradizionalmente riservata alla “politica”»*, prendendo atto del fatto che, secondo la *«stessa prospettazione attorea, la responsabilità dello Stato sarebbe originata dalle condotte omissive, commissive e provvedimentali del Governo e del Parlamento che non consentirebbero il raggiungimento di obiettivi più ambiziosi rispetto a quelli cui lo Stato si è vincolato»* sulla base del diritto eurounitario o delle convenzioni internazionali.

⁽⁹⁴⁾ Sebbene sia agevole rilevare come il dolersi della insufficienza o mancanza di una determinata azione politica dello Stato difficilmente potrebbe condurre ad un risarcimento del danno, anche solo per equivalente, in favore dei cittadini. Sul punto le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione hanno recentemente ribadito, con Cass. Sez. Un. ordinanza del 29 maggio 2023, n. 15058, che tale rimedio a fronte della mancata adozione di atti legislativi non è mai disponibile (nel caso di specie, mancanza di una disciplina normativa per la tutela della maternità delle donne avvocato) essendovi un difetto assoluto di giurisdizione, nella misura in cui la domanda comporta non già la delibazione di una posizione di diritto soggettivo o di interesse legittimo, ma un sindacato sulla sfera riservata dalla Costituzione allo Stato legislatore. Analogamente, non costituisce fatto illecito *ex art. 2043 c.c.* nemmeno l'adozione di un provvedimento colpito da una declaratoria di illegittimità costituzionale, come ribadito da ultimo da Cass. civ., Sez. I, 13 dicembre 2021, n. 39534, in *Foro It.*, 2022, 1, 3, 1045, in quanto il potere legislativo è libero nei fini, sì che non è ravvisabile, in capo ai cittadini, un diritto soggettivo all'esercizio legittimo del potere legislativo. Diverso solo il caso di misure di attuazione obbligatorie ai sensi del diritto UE, su cui il Tribunale di Roma, così sinteticamente ricostruito il quadro complessivo, non a caso, formula un *obiter* evidenziando come gli attori «lamentando la lesione di una situazione giuridica soggettiva qualificata e differenziata da quella della collettività generale, non hanno attivato i rimedi pure previsti dall'ordinamento europeo per contestare la legittimità degli atti della UE sopra sinteticamente illustrati (*ex artt. 263 del TFUE*). Non hanno inteso censurare gli atti emanati dalle istituzioni europee, né hanno esperito l'azione risarcitoria *ex art. 340 TFUE*».

nazionali, al fine di prevenire la lesione futura di diritti umani.

Date queste premesse ha finito per essere facilmente dirimente l'eccezione di difetto assoluto di giurisdizione⁽⁹⁵⁾ proposta dal governo, nella misura in cui il *petitum* sostanziale della domanda consiste in un sindacato sulle modalità di esercizio (e quindi in una invasione o sconfinamento nella sfera) delle potestà legislative, come previste dalla Costituzione, di cui la pretesa risarcitoria è solo la conseguenza eventuale dell'accertamento richiesto. Risarcimento che, peraltro, avrebbe richiesto al giudice adito di riconoscere una responsabilità del c.d. Stato-legislatore, non predicabile fuori dai casi di violazione del diritto dell'Unione europea, e conseguentemente di annullare provvedimenti (anche) normativi di carattere primario e secondario, che costituiscono attuazione delle scelte politiche del legislatore e del governo, in palese violazione del principio di separazione dei poteri. Pertanto, il Tribunale ha dovuto constatare che l'interesse di cui si è invocata la tutela non rientra nel novero degli interessi soggettivi giuridicamente tutelati.

⁽⁹⁵⁾ L'espressione "difetto assoluto di giurisdizione", sottende l'idea che nessun giudice abbia giurisdizione e può essere declinato, oltre che come invasione o sconfinamento nella sfera riservata al legislatore o alla pubblica amministrazione, com'è nel caso di specie, anche quando la giurisdizione sia negata in via assoluta. Nella giurisprudenza non è infrequente l'alternativo ricorso alla locuzione, usata in veste di sinonimo, di "eccesso di potere giurisdizionale", su cui si veda *ex plurimis*, Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2013, n. 24468; Cass. Sez. Un., 9 novembre 2011, n. 23302, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 127; Cass. Sez. Un., 15 luglio 2003, n. 11091, in *Giur. it.*, 2004, 634. In argomento, si è fatto ampio ricorso all'eccesso di potere giurisdizionale, nelle forme del diniego di giustizia o di tutela giurisdizionale — inteso come il "mancato esercizio da parte del giudice (speciale) della giurisdizione a lui devoluta — suscettibile di affliggere le pronunce del Consiglio di Stato o della Corte dei Conti ricorribili per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost. sebbene dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 6 del 2018 (*Giur. it.*, 2018, 3, 704, nota di M. MAZZAMUTO, *Motivi inerenti alla giurisdizione - Il giudice delle leggi conferma il pluralismo delle giurisdizioni*) le Sezioni Unite abbiano frenato la tendenza espansiva dell'ambito del sindacato esercitabile sulle pronunce del giudice amministrativo per motivi inerenti alla giurisdizione. Si veda da ultimo le osservazioni di G. VERDE, *Il riparto delle giurisdizioni fondato sulla contrapposizione diritti soggettivi - interessi legittimi (storia di concetti a cui si è data la sostanza di 'cose')*, in *Riv. dir. proc.* 2023, 2, 358; R. VACCARELLA, *Violazioni del diritto europeo e "motivi inerenti alla giurisdizione": novità in vista?*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 1, 207.

Considerazione e perplessità che permangono anche rispetto alla ulteriore domanda, proposta in via subordinata, e volta ad accertare e dichiarare l'inadempimento da parte dello Stato italiano dell'obbligazione di protezione riveniente dall'instaurato contatto sociale qualificato e per l'effetto, condannare il convenuto ex art. 1453 c.c. a conformare (adeguare) il Piano Nazionale Integrato per l'Energia e il Clima (PNIEC) alle disposizioni idonee a realizzare l'abbattimento, entro il 2030, delle emissioni nazionali artificiali di CO₂-eq nella misura del 92% rispetto ai livelli del 1990. Domanda anch'essa dichiarata inammissibile, nella misura in cui il tribunale ha osservato che il Piano Nazionale Integrato Energia e Clima (PNIEC), di cui si chiedeva in concreto la modifica, sia il frutto di un atto di pianificazione generale ⁽⁹⁶⁾, le cui asserite carenze, tanto in termini di adeguatezza, coerenza e ragionevolezza, rispetto agli obiettivi definiti a livello europeo, dovranno essere censurate dinanzi al Giudice amministrativo ⁽⁹⁷⁾, sia per quanto attiene alla legittimità dell'atto amministrativo adottato, sia per la censura di comportamenti e omissioni riconducibili all'esercizio di poteri pubblici in materia di contrasto al cambiamento climatico ⁽⁹⁸⁾.

⁽⁹⁶⁾ Il piano è stato predisposto dai Ministeri delle Infrastrutture e dei Trasporti, dello Sviluppo Economico, dell'Ambiente e della tutela del Territorio e del Mare, previo esperimento della procedura di consultazione pubblica, e vi si è pervenuti attraverso un procedimento di formazione che, per espressa indicazione del Regolamento UE n. 2018/1999, lascia agli Stati discrezionalità nell'individuazione delle misure più idonee al raggiungimento degli obiettivi definiti a livello europeo.

⁽⁹⁷⁾ Il dispositivo della sentenza è piuttosto infelice nella misura in cui «dichiara inammissibili le domande proposte dagli attori per difetto assoluto di giurisdizione del Tribunale adito e per essere la questione (nei termini di cui in motivazione) devoluta al Giudice amministrativo», non avendo cura di operare una separazione tra le distinte domande proposte in via subordinata. Diversamente, sarebbe macroscopica la contraddittorietà tra il difetto assoluto di giurisdizione e il riconoscimento del potere al giudice amministrativo, che la lettura della motivazione consente di escludere.

⁽⁹⁸⁾ In questo senso, la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha infatti statuito che rientrano nella giurisdizione amministrativa le controversie, anche di natura risarcitoria, relative a comportamenti materiali riconducibili – ancorché solo mediamente – al concreto esercizio di un potere autoritativo (cfr. Cass. Sez. Un., n. 5513/2021; Cass. Sez. Un., n. 19667/2020), mentre sono devolute alla giurisdizione ordinaria quelle in cui il comportamento materiale della pubblica amministrazione è del tutto avulso dall'e-

In definitiva, la decisione restituisce l'idea che i ricorrenti abbiano fatto malgoverno delle istanze di tutela di cui erano latori, orientandole verso strumenti inadeguati ovvero obiettivi radicali, con una valutazione che resta circoscritta al caso di specie. Infatti, proprio il carattere puramente processuale dell'arresto lascia impregiudicate le questioni di merito e rende vieppiù evidente che l'esito presente sia solo un (primo) capitolo di quella che è una storia che non tarderà a proporre un seguito.

6. Quale tutela residua per arginare il cambiamento climatico?

La complessiva analisi che precede mostra come la legittimazione passiva dello Stato in seno al contenzioso climatico sia un elemento da più parti acquisito e che la via più efficace e collaudata per pervenire a pronunce favorevoli rispetto alle istanze di tutela del clima sia quella di legarle al rispetto ed alla protezione dovuta ai diritti fondamentali. La sensazione è che anche l'Italia non resterà estranea a questa apertura ma, nel rispetto dei limiti e delle peculiarità che caratterizzano il nostro ordinamento — preso atto che la strada da percorrere sia diversa da quella intrapresa nell'ambito del Giudizio universale —, dovrà cercare di porre la tutela giurisdizionale del clima in dialogo con la recente novella degli articoli 9 e 41 della Costituzione⁽⁹⁹⁾ e con le posizioni giu-

esercizio di quel potere (cfr. tra tante Cass. Sez. Un., n. 21769/2021; Cass. Sez. Un., n. 32364/2018).

⁽⁹⁹⁾ Come noto, in virtù della legge n. 1/2022, mentre l'art. 9 si è arricchito del richiamo a «biodiversità ed ecosistemi», la modifica dell'art. 41 Cost. precisa altresì che l'iniziativa economica «non può svolgersi in modo da arrecare danno alla salute e all'ambiente». Si veda *ex multis* A. BUONFRATE-A. URICCHIO (a cura di), *Trattato breve di diritto dello sviluppo sostenibile*, Milano 2023; R. BIFULCO, *La legge costituzionale 1/2022: problemi e prospettive*, in *Analisi giuridica dell'economia* 2022, 140; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti «prioritari» alla libertà di iniziativa economica*, in *www.federalismi.it*, 2021; M. CECCHETTI, *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e salute*, 2022, 140; E. PELLECCIA, *Ambiente, generazioni future, imprese sostenibili: riflessioni a margine della modifica degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Riv. dir. agr.*, 2022, 721 ss.

ridiche sottese ⁽¹⁰⁰⁾.

In questa prospettiva, le sollecitazioni più interessanti sembrano provenire dalla soluzione indicata nel caso *Neubauer*, ove si osservi che la *climate litigation* è naturalmente orientata alla salvaguardia dei diritti delle future generazioni, ma questa difficilmente potrà trovare accoglimento, se non nell'ottica di consentire alle generazioni presenti di attivarsi nel richiedere ed offrire alle prime una protezione indiretta ⁽¹⁰¹⁾. Come visto, il tribunale federale tedesco ancora tale protezione al diritto dei cittadini del presente di continuare a godere delle proprie libertà nel tempo e di non ritrovarsi costretti nel futuro (*ergo* con le generazioni future) a dover sopportare restrizioni eccessive e radicali in ragione del mancato adempimento dei propri odierni doveri ⁽¹⁰²⁾. Accordare tutela alla proiezione futura dei diritti delle generazioni attuali è senz'altro una soluzione sofisticata, ma che manifesta una straordinaria capacità di sintesi delle principali questioni che caratterizzano il dibattito sul contenzioso climatico e, nello specifico del contesto italiano, consente sia di superare le obiezioni legate all'effettiva ed attuale titolarità del diritto o interesse tutelato ⁽¹⁰³⁾,

⁽¹⁰⁰⁾ Nel nostro ordinamento un diritto al clima stabile e sicuro viene tradizionalmente riconnesso al diritto alla salute *ex art. 32 Cost.* e poteva dirsi già ricompreso nella tutela dell'ambiente, che la giurisprudenza della Consulta aveva riconosciuto sin dalle sentenze della Corte Cost. 28 maggio 1987, n. 210, in *Foro it.*, 1988, I, 329 ss. e Corte Cost. 30 dicembre 1987 n. 641, in *Foro it.*, 1988, I, 1057 ss. con nota di G. PONZANELLI, che ha posto in relazione l'ambiente agli elementi determinativi della qualità della vita.

⁽¹⁰¹⁾ In senso analogo, P. MINNEROP, *The 'Advance Interference-Like Effect' of Climate Targets: Fundamental Rights, Intergenerational Equity and the German Federal Constitutional Court*, in *Journal of Environmental Law*, 34, 2022, 158 ss., che commentando la decisione del Tribunale federale tedesco sul caso *Neubauer* osserva: «The Constitutional Court has not acted as guardian of planetary rights of future generations per se. It has, however, tied into constitutional doctrine the protection of fundamental rights beyond 2030, thereby indirectly protecting planetary rights, including for future generations».

⁽¹⁰²⁾ Come osserva F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale...* cit., 177; ID., *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE Online*, 2022, 2, 1085 ss., sp. 1107 ss.

⁽¹⁰³⁾ Peraltro, è utile evidenziare che i diritti fondamentali a cui si ricollega la decisione della Corte Costituzionale tedesca non sono il diritto alla vita o alla salute, per

ergo della legittimazione ad agire, sia di rimanere ancorati alla valorizzazione della recente modifica dei precetti costituzionali che ha anteposto la tutela dell'ambiente e della salute alla libertà d'iniziativa economica privata ⁽¹⁰⁴⁾.

Nell'attesa che tali sollecitazioni possano essere colte, l'ampio spettro delle tutele accordabili sul piano civilistico orienta a chiedersi se anche il contenzioso climatico possa investire nella tutela inibitoria ⁽¹⁰⁵⁾ — atteso che, di fronte alla minaccia di irreversibilità dei danni che potrebbero essere provocati dall'inquinamento antropogenico, l'immediatezza di un approccio preventivo sarebbe da preferire alla tutela risarcitoria richiesta al Tribunale di Roma ⁽¹⁰⁶⁾ — specie quando esercitata in forma collettiva a tutela

quanto indirettamente interessati dall'istanza di protezione, bensì il diritto di continuare a esercitare quelle libertà/attività che comportano l'emissione di gas serra.

⁽¹⁰⁴⁾ Come osserva, U. SALANITRO, *La responsabilità ambientale dopo la riforma costituzionale e la lotta al cambiamento climatico*, in *Riv. dir. civ.*, 2024, 2, 229 «La norma sul piano testuale sembra modificare la collocazione del conflitto tra iniziativa economica privata e ambiente, il quale originariamente era regolato, secondo una tradizione consolidata, nel solco della rilevanza dell'utilità sociale: è dubbio che lo spostamento dell'ambiente e della salute all'interno del testo della stessa disposizione costituzionale non abbia alcuna incidenza sull'individuazione dei criteri di bilanciamento del conflitto e/o della stessa natura dello stesso». L'Autore si mostra — consapevole del fatto che nel conflitto tra attività produttiva e ragioni della salute, queste ultime sono destinate a prevalere (anche nel sistema italo-comunitario delle fonti). Peraltro, già prima della riforma, P. PERLINGIERI, *Azione inibitoria e interessi tutelati*, in *Giusto proc. civ.* 2006, 7 ss., sp. 12 osservava come nel bilanciamento descritto, «il riconoscimento della prevalenza degli interessi non patrimoniali della persona umana sulle logiche produttivistiche del mercato è compiuto non soltanto dalla nostra Costituzione, ma sempre più anche in sede comunitaria».

⁽¹⁰⁵⁾ Sull'inquadramento sistematico della tutela inibitoria, si veda *ex plurimis*, A. FRIGNANI, voce *Inibitoria*, in *Enc. dir.*, XXI, 1971, 559 ss.; C. RAPISARDA, *Profili della tutela civile inibitoria*, Padova, 1987, *passim.*; C. RAPISARDA-M. TARUFFO, voce *Inibitoria (azione). I) Diritto processuale civile*, in *Enc. giur.* 1988, 8 ss.; L. MONTESANO, *Problemi attuali sui limiti e contenuti (anche non patrimoniali) delle inibitorie, normali e urgenti*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, 775; ID., *La tutela giurisdizionale dei diritti*, Milano, 1994, 222; V. CARNEVALE, *Appunti sulla natura giuridica della tutela inibitoria*, in questa *Rivista* 2007, 63 ss.; G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013.

⁽¹⁰⁶⁾ Sul tema specifico, R. FORNASARI, *La struttura della tutela inibitoria de i suoi possibili utilizzi nel contrasto al cambiamento climatico*, in *Resp. civ. prev.*, 2021, 2061 ss.; nonché R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 8 che nel descrivere il tema di indagine evidenzia come «una riflessione intorno alla tutela inibitoria applicata al contenzioso climatico non può muoversi separatamente rispetto all'indagine sugli interessi tutelati da comparare al pericolo di danno provocato dalle azioni (immissioni di gas

di un interesse diffuso ⁽¹⁰⁷⁾ e superindividuale, in cui si raccordano e concretizzano le singole posizioni giuridiche soggettive incise dalla condotta lesiva e meritevoli di protezione ⁽¹⁰⁸⁾.

Di qui, non va sottovalutata l'utilità per le ragioni del contenzioso climatico dei modelli proposti dalla nuova *class action* ⁽¹⁰⁹⁾, tanto rispetto alla azione collettiva risarcitoria *ex art. 840-bis* ⁽¹¹⁰⁾ che, soprattutto, rispetto all'inibitoria collettiva *ex art. 840-sexie-*

serra) della cui liceità si discute. Il che a sua volta impone di porre a confronto la tutela specifica realizzata nelle forme dell'inibitoria, rispetto a quella risarcitoria».

⁽¹⁰⁷⁾ Ben nota la distinzione tra interessi collettivi e diffusi, dove i primi fanno capo ad un gruppo ma sono ricondotti ad un soggetto che se ne fa portatore, vale a dire che acquista la legittimazione ad agire in rappresentanza del gruppo ed in tale veste assume l'iniziativa giudiziale; al contrario, l'interesse diffuso è sprovvisto di un soggetto qualificato come ente esponenziale e la legittimazione ad agire e l'iniziativa giudiziale rimangono affidate ai singoli titolari delle situazioni soggettive individuali. Sulla distinzione, si rinvia, *ex plurimis* a A. GIUSSANI, *Studi sulle class actions*, Padova, 1996; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli, 2008; A.D. DE SANTIS, *La tutela giurisdizionale collettiva. Contributo allo studio della legittimazione ad agire e delle tecniche inibitorie e risarcitorie*, Napoli, 2013, sp. 196, dove l'Autore peraltro ridimensiona l'utilità della distinzione, sotto il profilo applicativo.

⁽¹⁰⁸⁾ Come osserva, R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 10 all'interno del giudizio collettivo le posizioni soggettive individuali finiscono per rappresentare una *causa petendi*, poiché «[L]a centralità della tutela va oltre il diritto (personale o patrimoniale) di ciascuno, esprimendosi in un generale interesse alla conservazione delle naturali condizioni climatiche. Si crea in altri termini una scissione tra diritto sottostante e interesse generale verso il quale l'azione giudiziale è proiettata (entrambi caratterizzati da una identità di *petitum*)».

⁽¹⁰⁹⁾ Sui vantaggi e gli svantaggi della *class action* pubblica nelle *climate change litigation*, v. R. LOUVIN, *Spazi e opportunità per la giustizia climatica in Italia*, in *Dir. pubbl. com. europeo* 2021, 935 ss., spec. 948.

⁽¹¹⁰⁾ L'art. 840-bis c.p.c. consente la tutela di «diritti individuali omogenei», a «ciascun componente della classe» oltre che su iniziativa di «organizzazioni e le associazioni iscritte in un elenco pubblico istituito presso il Ministero della giustizia», «nei confronti di imprese ovvero nei confronti di enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività». L'ampliamento della legittimazione, sia sotto il profilo attivo che passivo, era da tempo auspicato in dottrina; si veda, in particolare A. CARRATTA, *Profili processuali della tutela degli interessi collettivi e diffusi*, in *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, a cura di L. LANFRANCHI, Torino 2003, 79 ss., sp. 130; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale*, cit., 821. D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, in B. SASSANI (a cura di), *Class action. Commento sistematico alla legge 12 aprile 2019, n. 31*, ivi 2019, 229 ss., sp. 234 osserva come tra i legittimati passivi non rientri più la categoria dei professionisti, sebbene sia agevole rilevare come altamente improbabile che la condotta di un professionista possa arrecare pregiudizio al clima.

sdecies c.p.c. ⁽¹¹¹⁾. Per entrambe, la novella ha introdotto un significativo ampliamento della legittimazione ad agire che, a fronte di condotte illecite plurioffensive, consente oggi di proporre l'azione a ciascun titolare dei "diritti individuali omogenei" che si affermano lesi e condivisi da una collettività ⁽¹¹²⁾, così consentendo di estendere la tutela (risarcitoria o inibitoria) a tutti i componenti del gruppo ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹¹⁾ Ai sensi dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. «*Chiunque abbia interesse alla pronuncia di una inibitoria di atti e comportamenti, posti in essere in pregiudizio di una pluralità di individui o enti, può agire per ottenere l'ordine di cessazione o il divieto di reiterazione della condotta omissiva o commissiva*», a cui può aggiungersi l'ordine «*che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate*». Per D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, cit., 231, nella nuova azione l'aggettivo «collettiva» è fuorviante poiché riferibile alla sola ipotesi di una iniziativa proveniente dalle associazioni, ma come osserva E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1113, si tratta di «azioni od omissioni dotate di una lesività diffusa in grado di colpire contemporaneamente una serie indeterminata di soggetti» e, pertanto, pure mediante l'azione individuale si ricerca la tutela di un interesse che sia comune ad un gruppo. Si veda anche M. STELLA, *La nuova azione inibitoria collettiva ex art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. tra tradizione e promesse di deterrenza*, in *Corr. giur.*, 2019, 1453 ss.

⁽¹¹²⁾ R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 14 osserva come nel contenzioso climatico emerge una protezione duplice, essendo duplice l'interesse leso dal pregiudizio arrecato al clima, «dell'individuo stesso in quanto parte del gruppo, ovvero in quanto singolo (sebbene sempre in virtù della sua partecipazione al gruppo)». Per E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia in materia ambientale e climatica*, cit., 1117, laddove l'azione sia esercitata dal singolo, l'interesse della collettività rappresenta una questione pregiudiziale ex art. 34 c.p.c., che potrà essere valutata dal giudice con efficacia di giudicato solo se vi sia una domanda di parte o una previsione di legge.

⁽¹¹³⁾ Come correttamente rileva R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 27-28 il potere di agire oggi esplicitato dall'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c. poteva riconoscersi al singolo pure in precedenza, ma «in assenza di una disposizione legittimante, l'effetto dell'azione individuale avrebbe fatto capo solo al singolo e non avrebbe potuto estendersi alla collettività; sicché, tale azione avrebbe potuto inibire il comportamento altrui solo nei suoi confronti, non anche nei confronti del gruppo, su cui non avrebbe prodotto effetti una decisione resa *inter alios*». Pertanto, come osserva D. AMADEI, *La nuova azione inibitoria collettiva*, cit., 233 «il valore aggiunto della nuova disposizione dell'art. 840-*sexiesdecies* c.p.c., con il conferimento dell'azione inibitoria al singolo individuo, è allora quello di consentire a costui di ottenere un ordine di cessazione o divieto di reiterazione di condotte omissive o commissive riguardanti una pluralità di individui o enti». Nel medesimo senso, E. GABELLINI, *Accesso alla giustizia*, cit. 1117; A.D. DE SANTIS, *Azione di classe e azione collettiva inibitoria: nuovo testo (art. 840-bis ss. c.p.c.) e nuove (ma non solo) questioni*, in *Le nuove forme di tutela collettiva*, a cura di D. DALFINO, in *Foro it.*, 2019, 321 ss.

È vero che rispetto alla possibilità, qui oggetto di indagine, di riferire la legittimazione passiva allo Stato, la norma novellata non la contempla ⁽¹¹⁴⁾ mentre — fermo restando che le azioni summenzionate sono tradizionalmente rivolte contro le imprese, a cui viene ingiunto di astenersi dal compiere ovvero di cessare determinate condotte inquinanti ⁽¹¹⁵⁾— ha, invece, operato una espressa estensione nei confronti di «enti gestori di servizi pubblici o di pubblica utilità, relativamente ad atti e comportamenti posti in essere nello svolgimento delle loro rispettive attività» (art. 840-*sexiesdecies*, comma 3, c.p.c.).

Tuttavia, anche alla luce del complessivo orientamento che va assumendo il contenzioso climatico, appare difficile immaginare che le istanze di tutela descritte non possano essere rivolte (anche) nei confronti dei singoli Stati, qualora ad esempio ritardino l'esecuzione di politiche e azioni di contrasto al cambiamento climatico, già approvate e definite. Anzi, pur a fronte delle difficoltà di una coercizione ⁽¹¹⁶⁾ che è agevole intravedere, il ricorso

⁽¹¹⁴⁾ S. VINCRE, in S. VINCRE-A. HENKE, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, cit., 147, esclude che il tenore della normativa vigente, con un richiamo puntuale ad un novero limitato e predefinito di legittimati passivi, possa consentire di includere lo Stato come legittimato passivo tanto di una azione inibitoria collettiva, quanto di una analoga azione risarcitoria. Tuttavia, rispetto al contenzioso climatico, l'Autrice non esclude che in futuro: «magari anche grazie alle pressioni di origine europea e internazionale, si possa assistere ad un ulteriore sviluppo di questa efficace forma di tutela». Possibilista invece R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 29 e 33.

⁽¹¹⁵⁾ R. FORNASARI, *La struttura della tutela inibitoria*, cit., 2080 evidenzia come «[L]e preoccupazioni per le attività inquinanti, anche in ragione dei *liability risk* che ne derivano, iniziano ad essere condivise dai gestori di fondi, che richiedono una gestione imprenditoriale più accorta in tema di sostenibilità ed un maggiore impegno nel contrasto al *climate change*».

⁽¹¹⁶⁾ In argomento, S. VINCRE, *Il contenzioso "climatico": problemi e prospettive*, cit., 148 osserva come nel contesto del contenzioso climatico «[I]l rapporto tra tutela giudiziale dichiarativa e quella esecutiva (ancorché in senso lato) è infatti un profilo fondamentale — se si vuole andare oltre lo scopo "pubblicitario" delle *strategic litigation* — ma, al contempo, assai problematico in questo tipo di azioni» e ritiene che lo strumento di esecuzione indiretta a portata generale di cui all'art. 614-*bis* «potrebbe rivelarsi assai utile nelle ipotesi in esame». D'altra parte, quando l'azione è esercitata nelle forme dell'inibitoria collettiva, l'utilizzabilità dell'art. 614-*bis* c.p.c. è espressamente prevista dall'art. 840-*sexiesdecies*, comma 6, c.p.c., «anche fuori dei casi ivi previsti». In argomento, R. TISCINI, *Tutela inibitoria e cambiamento climatico*, cit., 33 ritiene che anche la regola di

allo strumento inibitorio collettivo appare il rimedio maggiormente coerente con le esigenze di tutela urgente della situazione protetta.

Infatti, se è (oramai) chiaro che la possibilità di incidere sugli obiettivi di contenimento delle emissioni e di reversibilità del riscaldamento globale non è concretamente perseguibile in assenza di un'azione ampia e coordinata, che si sviluppi tanto a livello nazionale quanto nel dialogo tra governi, non si vede come si possa prescindere da rimedi che abbiano come interlocutori tali soggetti.

In altre parole, non appare verosimile negare *in nuce* tale spazio di azione dei cittadini — vieppiù in ragione della copertura costituzionale ormai pacificamente accordata al bene protetto — fermo restando che il medesimo non potrà essere esercitato attraverso la richiesta di un *facere* che non trovi previa corrispondenza in alcuna obbligazione assunta dalla Stato sul piano interno o internazionale.

ABSTRACT: Il fenomeno della *climate litigation* assorbe un contenzioso crescente ed in cui, sempre più spesso, la tutela di diritti ed interessi diffusi è lamentata nei confronti di governi e autorità pubbliche ree di non aver adottato politiche efficaci. Si tratta di azioni, non di rado, asservite ad esigenze strategiche sul piano politico, e volte ad indurre gli Stati ad un pieno e corretto adempimento degli impegni assunti nel contesto internazionale, convenzionale ed europeo, se non addirittura all'adozione di azioni più incisive. In tale prospettiva, lo Stato diventa legittimato passivo dell'azione climatica, poiché l'incapacità di mitigare l'impatto sulle vite dei cittadini del cambiamento climatico antropogenico, si converte in una violazione dei loro diritti individuali e fondamentali, così come protetti dalle Costituzioni o da convenzioni e trattati internazionali. Il presente contributo tenterà di porsi in dialogo con le più importanti e recenti decisioni adottate in ambito europeo, per cercare di comprendere lungo quali direttrici si sviluppa la riflessione delle Corti e attraverso quali chiavi viene accertata e dichiarata la responsabilità dello Stato convenuto in giudizio.

cui al comma 7, secondo cui «con la condanna alla cessazione della condotta omissiva o commissiva, il tribunale può, su richiesta del pubblico ministero o delle parti, ordinare che la parte soccombente adotti le misure idonee ad eliminare o ridurre gli effetti delle violazioni accertate» sia una «misura che ben si cala nel sistema delle controversie climatiche».

ABSTRACT: *The phenomenon of climate litigation absorbs an increasing number of trails in which the protection of rights is complained against governments and public authorities guilty of failing to adopt effective policies. These actions are, not infrequently, subservient to strategic needs at the political level and aimed at inducing States to correctly fulfil their commitments or to adopt more incisive actions. In this perspective, the State is made defendant of climate action, since the inability to mitigate the impact of anthropogenic climate change on the lives of citizens is converted into a violation of their individual and fundamental rights, as protected by the Constitutions or international conventions and treaties. The present essay place itself in dialogue with the most important and recent decisions adopted in the European context, in order to understand along which lines the Courts develop their reasoning arguments and through which arguments the responsibility of the defendant State is ascertained and declared.*

