

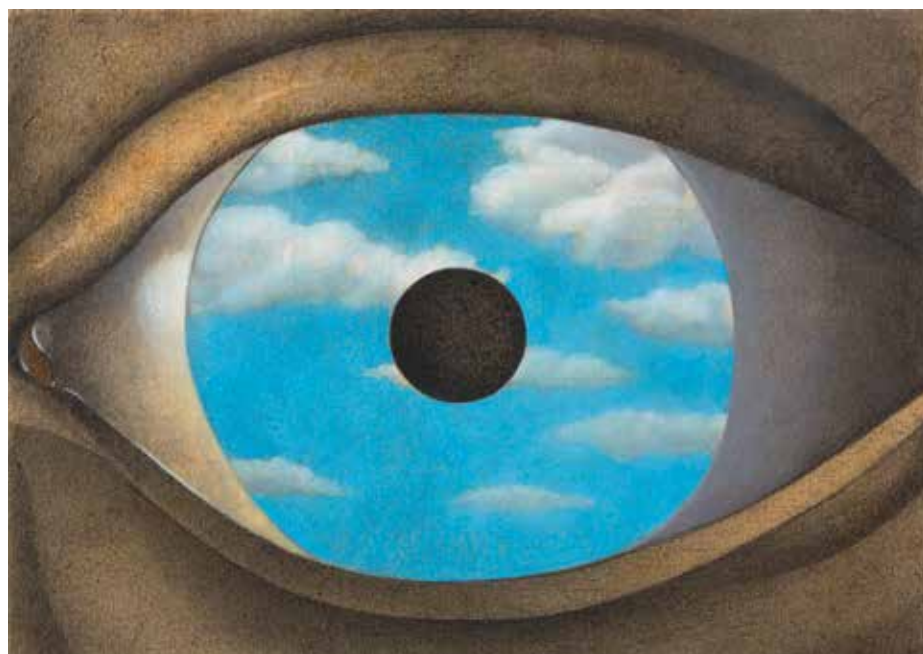
IL PROCESSO

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 CHEVALIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCARIO, 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 SOMMERMAN, John SORABJI, 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 MANFRELOTTO, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANITRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCIRE, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

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

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAI, 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

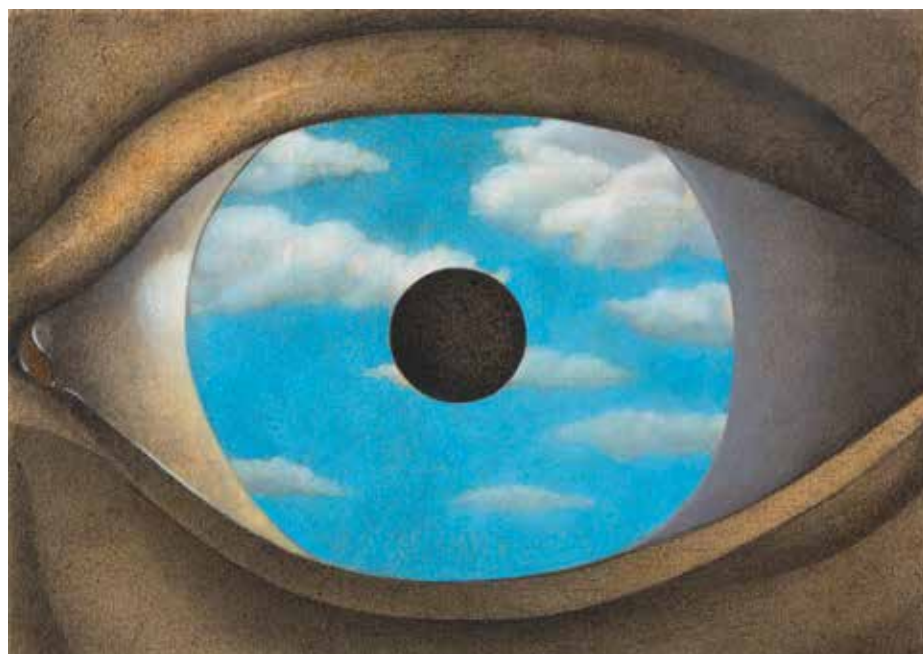
IL PROCESSO

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 CHEVALIER, Carlo COLAPIETRO, Claudio CONSOLO, Domenico DALFINO, Ruggiero DIPACE, Vittorio DOMENICHELLI, Paolo FERRUA, José ESTEVE PARDO, Vera FANTI, Leonardo FILIPPI, Fabio FRANCIANO, 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 SOMMERMAN, John SORABJI, 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 MANFRELOTTO, Nino PAOLANTONIO, Carla PANSINI, Sergio PERONGINI, Roberto POLI, Barbara POLISENO, Guido SALANITRO, Giuseppe Andrea PRIMERANO, Stefano Salvatore SCOCA, Giusi SORRENTI, Michele TRIMARCHI, Giuseppe TROPEA, Gianluca VARRASO, Simonetta VINCIG, Piera Maria VIPIANA, Enzo VULLO

Comitato Editoriale

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

Comitato di Redazione

Carmelo LA FAUCI BELPONER, Marco CAPPAI, 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 2/2026

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



**Pacini
Giuridica**



Hanno collaborato a questo fascicolo:

CRISTINA CANGIANO

Dottoressa in Giurisprudenza

FRANCESCO CAPASSO

Dottore di ricerca nell'Università degli Studi di Napoli Federico II

MARIACARLA GIORGETTI

Ordinaria nell'Università degli Studi di Bergamo

MARCO MAZZAMUTO

Ordinario nell'Università degli Studi di Palermo

FEDERICA NAPOLEONE

Dottoressa in Giurisprudenza

ANDREA PANZAROLA

Ordinario nell'Università degli Studi di Roma Tor Vergata

GABRIELE SERRA

Consigliere TAR Sardegna

VALERIA VERDE

Ricercatrice nell'Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli

FRANCESCO VOLPE

Ordinario nell'Università degli Studi di Padova

sommario

Saggi

<i>L'accertamento mero dell'illegittimità del provvedimento amministrativo</i> di FRANCESCO VOLPE	323
<i>La riforma Cartabia: luci e ombre del nuovo impianto normativo del rito ordinario</i> di MARIACARLA GIORGETTI	371
<i>Su una certa curvatura "asimmetrica" del processo civile (considerazioni sparse)</i> di ANDREA PANZAROLA	403
<i>Istruttoria e principi della giustizia amministrativa</i> di MARCO MAZZAMUTO.....	427
<i>I provvedimenti provvisori nel processo in materia di persone, minorenni e famiglie</i> di VALERIA VERDE.....	553
<i>La giurisdizione sugli accordi di diritto pubblico e le concessioni di beni pubblici e servizi pubblici, tra intangibilità del riparto, giurisdizione esclusiva e concentrazione delle tutele</i> di GABRIELE SERRA.....	589

Dialoghi con la giurisprudenza

<i>La trasmigrazione del giudizio ex art. 573, comma 1-bis, c.p.p.: dubbi di legittimità costituzionale o meri problemi applicativi?</i> Corte di Cassazione, Sez. III civ., ordinanza 5 marzo 2026, n. 4944 Commento di CRISTINA CANGIANO	641
<i>Legge Gelli-Bianco e presunzione di necessità della consulenza collegiale: tra tempus e litispendenza</i> Corte di cassazione, Sez. III civ., sentenza 11 giugno 2025, n. 15594 Commento di FRANCESCO CAPASSO	667

Attualità

*Il delitto di Giacomo Matteotti e la responsabilità dello Stato: una rilettura
giuridica contemporanea*

di FEDERICA NAPOLEONE 699

L'accertamento mero dell'illegittimità del provvedimento amministrativo

di FRANCESCO VOLPE

*Alla memoria
del Cons. Marco Rinaldi*

SOMMARIO: 1. L'introduzione giurisprudenziale della dichiarazione risarcitoria al fine di ottenere una sentenza di mero accertamento. Natura di *emendatio libelli* propria della dichiarazione e sue peculiarità procedurali. — 2. Possibilità di ottenere una pronuncia di mero accertamento anche nell'ipotesi in cui si versi in un'azione sul silenzio. Maggiore ampiezza del concetto di legittimità rispetto a quanto stabilito dal dettato costituzionale. — 3. Astratta possibilità di ottenere una pronuncia meramente dichiarativa anche nell'ipotesi dell'azione di nullità. Limiti concreti all'applicabilità dell'istituto. — 4. Il concetto d'*inutilità* dell'annullamento giurisdizionale. Distinzioni dei casi in cui, essendo stato autoannullato il provvedimento impugnato, il giudice è chiamato a dichiarare il sopravvenuto difetto d'interesse a ottenere l'annullamento giurisdizionale e i casi di cessazione della materia del contendere, alla luce della specialità della seconda figura rispetto alla prima. Determinazione del concetto di piena soddisfazione della pretesa. — 5. Esclusione dal sindacato sulla piena soddisfazione della pretesa di un giudizio prognostico sulla risarcibilità dell'interesse legittimo leso. Carattere sostanziale di rinuncia, proprio dell'omessa dichiarazione sulla sussistenza dell'interesse risarcitorio. — 6. L'*inutilità* dell'annullamento giurisdizionale nei casi in cui il provvedimento impugnato sia stato già annullato in un distinto giudizio. — 7. L'*inutilità* dell'annullamento giurisdizionale del rifiuto di provvedimento favorevole nel caso in cui, nel corso del giudizio, l'autorità amministrativa torni a riesercitare il potere. Peculiarità proprie dell'ipotesi. — 8. Inattitudine dell'art. 34, comma 3, c.p.a. a giustificare annullamenti non retroattivi o parzialmente retroattivi. — 9. Il necessario collegamento della pronuncia di mera illegittimità con l'interesse risarcitorio. Introduzione di forme generalizzate di sentenze di mero accertamento in conseguenza di un uso distorto della dichiarazione risarcitoria. — 10. Potenziale utilizzo distorto dell'azione risarcitoria introdotta in via autonoma, al fine di ottenere la produzione di effetti conformativi. La peculiare estensione, nelle azioni risarcitorie per lesione dell'interesse legittimo, della cosa giudicata anche alla questione relativa all'anti-giuridicità della condotta. Le ragioni di una tale estensione. — 11. Il potenziale uso

distorto dell'azione risarcitoria autonoma, introdotta ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., allo scopo di recuperare indirettamente la decadenza dal termine d'impugnazione. — 12. Struttura complessa della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. — 13. Conclusioni.

1. L'introduzione giurisprudenziale della dichiarazione risarcitoria al fine di ottenere una sentenza di mero accertamento. Natura di *emendatio libelli* propria della dichiarazione e sue peculiarità procedurali.

L'art. 34, comma 3, c.p.a., nello stabilire che «quando nel corso del giudizio l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori», si pone al crocevia tra importanti problemi del processo amministrativo ⁽¹⁾.

La giurisprudenza, finora, se ne è occupata solo per quanto concerne alcuni riflessi procedurali, non avendo, forse, ancora affrontato tutti i profili sistematici che la medesima disposizione suscita.

⁽¹⁾ La disposizione ha uno specifico antecedente nella *Fortsetzungsfeststellungsklage* (azione in continuazione) del § 113, par. 1, u. cpv. VwGO: «*Hat sich der Verwaltungsakt vorher durch Zurücknahme oder anders erledigt, so spricht das Gericht auf Antrag durch Urteil aus, daß der Verwaltungsakt rechtswidrig gewesen ist, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an dieser Feststellung hat*». Rispetto a quel che vale nel processo tedesco, peraltro, l'istituto italiano si connota, *prima facie*, per alcune peculiarità e, tra queste, il fatto che è necessario un interesse qualificato (come risarcitorio) al fine di ottenere la pronuncia di mero accertamento. Il secondo, evidente, tratto di distinzione, attiene alla sostituzione della fattispecie che legittima il giudice in tal senso, riservata dal sistema tedesco all'esaurimento dell'efficacia dell'atto impugnato (per revoca o in altro modo), con un più generale venir meno dell'interesse ad ottenere l'annullamento. È discusso nella dottrina germanica il tema dell'estensione analogica dell'istituto. Contro tale soluzione, M. WEHR, *Abschied von der Fortsetzungsfeststellungsklage analog § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO*, *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2001, 785. Favorevoli, invece, F.O. KOPP - W.R. SCHENKE, *Kommentar VWGO*, Munich, 2025, *ad vocem*, anche per quanto attiene alla proponibilità dell'azione di mero accertamento quando l'atto abbia esaurito i suoi effetti prima che esso sia stato impugnato. L'istituto, inoltre, deve essere coordinato con quello simile, dato dall'azione dichiarativa generale (*Feststellungsklage*), a cui si riferisce il 43 VwGO («*Durch Klage kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der baldigen Feststellung hat (Feststellungsklage)*»).

Die Feststellung kann nicht begehrt werden, soweit der Kläger seine Rechte durch Gestaltungs- oder Leistungsklage verfolgen kann oder hätte verfolgen können. Dies gilt nicht, wenn die Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts begehrt wird»).

Di particolare rilievo è stata la posizione assunta dalla Plenaria ⁽²⁾, la quale ha indicato in che modo dovrebbe esprimersi la volontà processuale diretta ad ottenere la mera dichiarazione d'illegittimità dell'atto impugnato.

I giudici, pertanto, hanno affermato che non sarebbe necessario, a tal fine, anticipare la domanda risarcitoria, né allegare nel processo di annullamento i presupposti che potrebbero giustificare la relativa pretesa.

Apparentemente deviando dal dato testuale (il quale sembra riferire al giudice il potere officioso di valutare quando sussista in concreto l'interesse risarcitorio), la medesima giurisprudenza ha trasferito sul ricorrente l'onere di segnalarne l'esistenza. Spetta, quindi, a costui il compito di dichiararlo «nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm.» (e, quindi, anche verbalmente, in sede di trattazione dell'udienza di merito) ⁽³⁾.

Se ben si è compreso il principio di diritto enunciato, tale allegazione basterebbe da sé a fondare l'interesse processuale presupposto per ottenere la pronuncia dichiarativa dell'illegittimità, senza che il giudice possa sindacarne la concreta sostenibilità ⁽⁴⁾.

⁽²⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8.

⁽³⁾ *Ibidem*, «In continuità con il precedente da ultimo richiamato, sui quesiti formulati dall'ordinanza di remissione devono in conclusione essere affermati i seguenti principi di diritto: — (sul primo quesito) “per procedersi all'accertamento dell'illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm., è sufficiente dichiarare di avervi interesse a fini risarcitori; non è pertanto necessario specificare i presupposti dell'eventuale domanda risarcitoria né tanto meno averla proposta nello stesso giudizio di impugnazione; la dichiarazione deve essere resa nelle forme e nei termini previsti dall'art. 73 cod. proc. amm.”; — (sul secondo quesito) “una volta manifestato l'interesse risarcitorio, il giudice deve limitarsi ad accertare se l'atto impugnato sia o meno legittimo, come avrebbe fatto in caso di permanente procedibilità dell'azione di annullamento, mentre gli è precluso pronunciarsi su una questione in ipotesi assorbente della fattispecie risarcitoria, oggetto di eventuale successiva domanda”. La sentenza è stata annotata da A. DAPAS - L. VIOLA, *L'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato tra problematiche risarcitorie e ridefinizione dell'interesse a ricorrere*, in *Urb. e app.*, 2022, 660 ss.; da D. TAVANI, *In tema di accertamento dell'illegittimità dell'atto a fini risarcitori*, in *Foro it.*, III, 2022, 588 ss.; da A. SCOGNAMIGLIO, *Carenza sopravvenuta di interesse e interesse alla pronuncia di illegittimità “a fini risarcitori”* (commento a Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 13 luglio 2022, n. 8), in *giustiziainsieme.it*, 2022.

⁽⁴⁾ Questo non significa che ogni valutazione sull'interesse processuale sia preclusa al giudice, ma si tratta di un sindacato operato, per così dire, *per relationem*. Posto che la

La tesi, in linea di massima, sembra persuasiva, soprattutto in quei passaggi in cui si sostiene che la dimostrazione della fondatezza della successiva domanda risarcitoria non può trovare sede nel giudizio incentrato sulla domanda di annullamento ⁽⁵⁾, quando pure essa dovesse risolversi in una delibazione di mera plausibilità ⁽⁶⁾. Si tratterebbe, infatti, dell'anticipazione di un giudizio non ancora introdotto e il giudice, se si accingesse a tale operazione, violerebbe il principio della domanda. D'altra parte, non si può nemmeno gravare il ricorrente dell'onere di anticipare la medesima domanda risarcitoria nel processo di annullamento, perché la sua proponibilità, disgiunta e posticipata, è espressamente ammessa dall'art. 30, comma 5, c.p.a. ⁽⁷⁾ Da qui discende

pronuncia di mero accertamento è ottenibile — come si avrà modo di confermare — solo essendo stata precedentemente introdotta altra azione (precisamente l'azione di annullamento o anche le azioni di nullità o sul silenzio, giusta quanto sembrerà di dover sostenere nei successivi par. 2 e 3), non sembra che si possa ottenere la medesima pronuncia quando la domanda, originariamente fatta valere, risulti inammissibile. Questo vale, pertanto, anche per l'ipotesi in cui la domanda di annullamento fosse, *ab origine*, inammissibile per difetto dell'interesse a ottenere la pronuncia costitutiva e, in tal senso, può ammettersi un sindacato sull'interesse anche dopo che l'annullamento sia diventato inutile. Il giudice, pertanto, non dovrebbe valutare la concretezza dell'interesse risarcitorio, ma sarebbe chiamato a valutare se, al momento dell'introduzione del gravame, sussistesse un interesse processuale a ottenere la caducazione del provvedimento. Sembra che, in tal senso, si possano superare i rilievi sostenuti da A. DAPAS - L. VIOLA, *L'accertamento dell'illegittimità*, cit., 670 ss., i quali ravvisano nelle conclusioni raggiunte dalla Plenaria (che, in un certo senso incoraggia una tale esegesi: «In epoca antecedente al codice del processo amministrativo, e dunque prima che fossero disciplinati i rapporti tra l'azione di annullamento e quella risarcitoria a tutela di interessi legittimi, si era affermata presso la giurisprudenza la tendenza a restringere le ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse alla decisione sulla domanda di annullamento, quando non dichiarata dal ricorrente. Si era giunti in questa prospettiva a considerare procedibile il ricorso anche in assenza di utilità materiali ricavabili dalla sentenza, quando fosse comunque ravvisabile un interesse morale dello stesso a vedersi riconoscere le proprie ragioni») una sorta di riaffermazione del principio, precodicistico, inerente alla possibilità di ottenere una pronuncia di annullamento pur in presenza di un mero interesse morale.

⁽⁵⁾ Cons. Stato, 11 ottobre 2021, n. 6824; Cons. Stato, 4 febbraio 2021, n. 1059; Cons. Stato, 5 ottobre 2020, n. 5866; Cons. Stato, 22 luglio 2020, n. 4681; Cons. Stato, 29 gennaio 2020, n. 736; Cons. Stato, 17 gennaio 2020, n. 418; Cons. Stato, 8 gennaio 2018, n. 5771; Cons. Stato, 28 febbraio 2018, n. 1214; Cons. Stato, 18 agosto 2017, n. 4033; Cons. Stato, 15 marzo 2016, n. 1023; Cons. Stato, 28 dicembre 2012, n. 6703.

⁽⁶⁾ Cons. Stato, 28 febbraio 2018, n. 1214.

⁽⁷⁾ Il collegamento tra l'art. 34, comma 3, c.p.a. e l'art. 30, comma 5 è strettissimo e la stessa Plenaria, nella citata pronuncia, ne dà conto: «L'accertamento di cui all'art. 34,

l'introduzione di una dichiarazione risarcitoria della parte ricorrente, ancorché non esplicitamente contemplata dalla legge.

Non mancano alcuni dubbi circa la soluzione proposta, il cui rilievo verrà approfondito nel prosieguo di questa indagine.

In questa sede introduttiva, ci si limiterà, tuttavia, ad osservare che la dichiarazione compiuta dal ricorrente ha natura di *emendatio libelli*, sia pure in senso riduttivo ⁽⁸⁾ ⁽⁹⁾ rispetto all'originaria domanda di annullamento.

Sul punto, è bene avanzare una precisazione, ritenendosi che si tratti, appunto, di una *emendatio libelli* — e cioè della proposizione di una domanda solo parzialmente nuova (nei termini di cui si verrà a trattare) — e non di una conversione ⁽¹⁰⁾ disposta ai

comma 3, cod. proc. amm. va infatti coordinato con la disciplina processuale dell'azione di risarcimento contenuta nel codice del processo amministrativo, ed in particolare con il sopra richiamato art. 30, comma 5, cod. proc. amm., che consente di proporre la domanda risarcitoria “*nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza*”. (...) Come accennato in precedenza, l'interesse risarcitorio ai fini di una pronuncia di accertamento di illegittimità dell'atto impugnato si correla al termine ultimo previsto dalla disposizione ora menzionata, in forza della quale è possibile promuovere giudizi in successione per ottenere quella “*tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo*” enunciata dall'art. 1 cod. proc. amm. quale principio fondamentale della giurisdizione amministrativa. Nella cornice così definita, contraddistinta da un'ampia possibilità di scelta per il privato di modulare la propria strategia processuale a tutela dei suoi diritti ed interessi, la manifestazione dell'interesse risarcitorio ai fini dell'eventuale azione di risarcimento dei danni dell'atto originariamente impugnato, ma per il cui annullamento è venuto meno l'interesse nel corso del giudizio, consente al medesimo privato di ricavare dal giudizio di impugnazione un'utilità residua, impeditiva della pronuncia in rito ex art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm., nella futura prospettiva di una tutela per equivalente monetario che il codice consente di fare valere in separato giudizio».

⁽⁸⁾ Già Cons. Stato, 12 maggio 2011, n. 2817: «L'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuto nel *petitum* di annullamento come un presupposto necessario. Siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, quindi da compiere d'ufficio: in quanto manca l'interesse all'annullamento ma sussiste l'interesse all'accertamento ai fini risarcitori».

⁽⁹⁾ F.O. KOPP - W.R. SCHENKE, *Kommentar*, cit., parlano di azione di annullamento amputata (*amputierte Anfechtungsklage*) con riferimento al simile istituto processuale tedesco.

⁽¹⁰⁾ A favore di questa diversa tesi sembra propendere, tuttavia, I. PAGNI, *L'accertamento del fatto nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 286 ss., che vi ravvisa un richiamo a istituti del processo amministrativo tedesco. Cenni anche da parte di A. CARBONE, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 430 ss.

sensi dell'art. 32 c.p.a.

Il concetto di conversione, infatti, sembra procedere da un'attività d'interpretazione della domanda originariamente versata e, quindi, di riconduzione della stessa entro canoni noti e tipizzati nell'insieme delle azioni proponibili ⁽¹¹⁾. Il che, a sua volta, implica che sin dall'inizio del processo sarebbe possibile esperire un'azione di mero accertamento in cui, ai sensi dell'art. 34, comma 3, ci si dovrebbe riversare.

Così, tuttavia, non sembra essere nel caso di specie, perché, come si avrà cura di precisare, l'istituto dell'art. 34, comma 3, c.p.a. è applicabile, in via eccezionale, solo nel caso d'insorgenze sopravvenute nel corso del giudizio, mentre una domanda di mero accertamento dell'illegittimità non corrisponde ad alcuna azione proponibile in via autonoma ⁽¹²⁾.

Vanno, così, indubbiamente apprezzate quelle posizioni che mettono in luce come la disposizione in analisi delinea più un tipo di sentenza (di accertamento) che un tipo di azione ⁽¹³⁾. Salva, tuttavia, la cautela di precisare che una domanda di mero ac-

⁽¹¹⁾ Quanto stabilito dall'art. 32 c.p.a., pertanto, è talora utilizzato per convertire in giudizio di cognizione domande di dichiarazione di nullità per violazione del giudicato che, in realtà, prospettino autonomi e nuovi motivi di (mera) illegittimità. V., così, Cons. Stato (par.), 10 novembre 2021, n. 838.

⁽¹²⁾ È noto che l'art. 36 («Azione di accertamento 1. Chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza di un rapporto giuridico contestato con l'adozione delle consequenziali pronunce dichiarative. 2. Può altresì essere chiesto l'accertamento della nullità di un provvedimento amministrativo. 3. Ad eccezione dell'azione di nullità, l'accertamento non può comunque essere chiesto, salvo quanto disposto dall'articolo 39, comma 4, quando il ricorrente può o avrebbe potuto far valere i propri diritti o interessi mediante l'azione di annullamento o di adempimento; l'accertamento non può altresì essere chiesto con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati») della bozza del Codice del processo amministrativo, confluita nell'atto di Governo e sottoposta alla Camera per il parere previsto, non ha trovato spazio nel testo definitivamente approvato.

⁽¹³⁾ A. CARBONE, *Pluralità delle azioni e tutela di mero accertamento nel nuovo processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.* 2013, 913 ss.; P. VERRI, *Declaratoria di illegittimità del provvedimento ai fini risarcitori: potere del giudice o onere della parte?*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 999 ss.; N. ACQUARELLI, *L'accertamento nel processo amministrativo Considerazioni sulla concreta operatività della tutela dichiarativa dell'interesse legittimo*, in *Dir. pubb.*, 2024, 496 ss.

certamento, ancorché non proponibile in sede d'introduzione del giudizio, deve necessariamente potersi esplicitare nel corso dello stesso, sia pure – come si è avvertito – per riduzione, ai fini dell'art. 34, comma 3, c.p.a. a pena di ammettere, anche in questo caso, che il giudice possa decidere *ultra petita*. In tal senso, la dichiarazione che il ricorrente esprime sulla sussistenza dell'interesse risarcitorio può essere assunta, dunque, come spiegazione di vera e propria domanda.

Anche per queste ragioni, se, diversamente da quanto appena prospettato, s'intendesse sostenere che la conversione implichi una trasformazione, officiosamente attuata, della domanda di parte (con tutte le inevitabili perplessità che questo fenomeno comporterebbe), ugualmente si dovrebbe confermare che l'interpretazione riferita dalla giurisprudenza all'art. 34, comma 3, c.p.a. si discosterebbe dal testo di legge, proprio perché la dichiarazione della sussistenza dell'interesse risarcitorio esprime, nella sostanza, una forma di manifestazione di volontà processuale ⁽¹⁴⁾. Non vi sarebbe spazio, pertanto, per un intervento d'ufficio del giudice, quale pure sarebbe implicato da questo diverso concetto di conversione.

Tanto premesso, vale aggiungere che, da un punto di vista formale, detta nuova domanda, sopravvenuta nel corso del giudizio, non viene enunciata nei modi consueti, vale a dire con la preventiva notificazione dell'atto che la spiega e, quindi, con il suo deposito. E poiché l'*emendatio* può essere compiuta persino in occasione dell'udienza a cui le altre parti potrebbero avere pieno diritto di non partecipare (si pensi al c.d. rito-stralcio), ben si potrebbe verificare il suo radicamento in difetto di un effettivo contraddittorio.

È pur vero, tuttavia, che questo non è l'unico caso in cui l'introduzione o la specificazione di una domanda sono compiute in

⁽¹⁴⁾ I diversi modi di intendere la conversione della domanda, nel processo amministrativo, e i problemi che ne derivano sono stati approfonditi da S. FRANCA, *La conversione dell'azione tra potere officioso e principio della domanda: dal criterio della continenza alla centralità della vicenda sostanziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 142 ss. Prima di lui l'altrettanto lodevole studio di F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 177 ss.

assenza di preliminare notificazione. Un altro esempio può ravvisarsi nell'art. 101, comma 2, c.p.a. che, quanto ai motivi e alle eccezioni rimasti assorbiti in primo grado, contempla una sostanziale ipotesi di appello incidentale improprio, benché non previamente notificato ⁽¹⁵⁾. Anche la c.d. *opposizione* con cui la parte resistente faccia valere la nullità di un provvedimento, ai sensi dell'art. 31, comma 4, è in realtà una domanda incidentale informalmente introdotta e, anche in questa ipotesi, essa può essere fatta valere sino all'udienza di trattazione della causa.

2. Possibilità di ottenere una pronuncia di mero accertamento anche nell'ipotesi in cui si versi in un'azione sul silenzio. Maggiore ampiezza del concetto di legittimità rispetto a quanto stabilito dal dettato costituzionale.

Esauriti questi preliminari rilievi utili a sgombrare il campo dai profili di carattere strettamente procedurale, l'importanza dell'art. 34, comma 3, c.p.a. non si esaurisce nel suo tratto letterale ma, come si è anticipato, incide anche su aspetti più generali del processo.

Per approfondire l'indagine in questa più feconda direzione, il primo passo da compiere è quello di definire l'ambito di applicazione della disposizione, la quale si riferisce espressamente al solo processo di annullamento.

Un'estensione alle altre azioni e, in particolare, a quella sul silenzio (nel caso in cui, ad esempio, sopravvenga nel corso del giudizio il provvedimento amministrativo richiesto dalla parte ricorrente oppure il suo esplicito diniego), tuttavia, è in linea astratta ipotizzabile, tanto più perché l'azione disciplinata dagli artt. 31 e 117 c.p.a. è, già naturalmente, di mero accertamento (salvi i casi in cui essa possa evolvere in quella di adempimento).

⁽¹⁵⁾ L'istituto, con gli evidenti richiami all'art. 346 c.p.c. non è stato fatto oggetto di indagini che l'abbiano preso espressamente a proprio oggetto, essendosene interessata la dottrina quasi incidentalmente. Si veda, perciò, M. TRIMARCHI, *Omessa pronuncia in primo grado e regime dell'appello (sull'alternativa tra ritenzione della causa e annullamento con rinvio)*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 340 ss.; F. SAITTA, *Processo amministrativo ed appello incidentale: vetera et nova*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 862 ss.

L'operazione, tuttavia, impone di procedere attraverso un'interpretazione teleologica (se non addirittura analogica) dell'art. 34, comma 3, e di assumere un concetto di legittimità — su cui l'accertamento giudiziale si concentrerebbe — più ampio di quello tradizionale. Si tratterebbe di un concetto capace di non limitarsi alla sola verifica dei vizi di un provvedimento esplicito, per estendersi all'antigiuridicità di condotte meramente materiali dell'autorità amministrativa e nel cui novero deve ricondursi, appunto, l'inerzia.

Anche questo passaggio, per la verità, può essere sostenuto, perché il concetto di legittimità dell'azione amministrativa, secondo il diritto sostanziale, è pur sempre (almeno approssimativamente) il riflesso di quanto il giudice può sindacare nell'ambito della sua giurisdizione generale, ai sensi dell'art. 7, comma 4, c.p.a.

L'ambito di questa giurisdizione, peraltro, risulta essere stata allargato dal codice, rispetto a quanto, probabilmente, era stato concepito quando venne scritto l'art. 103 Cost., se è vero che l'art. 7 c.p.a. vi fa rientrare, oltre ad ulteriori questioni non meno eccedentarie (come quelle sui diritti patrimoniali consequenziali, ontologicamente più affini alla giurisdizione esclusiva), anche le controversie che concernono i comportamenti riconducibili solo mediamente all'esercizio del potere amministrativo e, soprattutto, le controversie che si riferiscono alle omissioni delle pubbliche amministrazioni.

Non è illogico, pertanto, postulare che il giudice possa pronunciare *ex art.* 34, comma 3, c.p.a. anche nei casi di processo sul silenzio, il che comporta, peraltro, l'ulteriore necessità di estendere a questi casi anche la possibilità di agire in via autonoma per il risarcimento entro i centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza (art. 30, comma 5, c.p.a.) ⁽¹⁶⁾, benché tale possibi-

⁽¹⁶⁾ In tal senso potrebbe essere valorizzato, forse, l'art. 117, comma 6, c.p.a. Esso, stabilendo che «se l'azione di risarcimento del danno ai sensi dell'articolo 30, comma 4, è proposta congiuntamente a quella di cui al presente articolo, il giudice può definire con il rito camerale l'azione avverso il silenzio e trattare con il rito ordinario la domanda risarcitoria», potrebbe essere letto nel senso che ammette l'ipotesi contraria. Vale a dire che la domanda risarcitoria non sia proposta in modo congiunto.

lità sia testualmente limitata alla sola ipotesi in cui sia stata introdotta l'azione di annullamento ⁽¹⁷⁾.

L'accertamento della mera illegittimità nell'azione sul silenzio, peraltro, non imporrebbe neppure di modificare il rito camerale in quello dell'udienza pubblica, come pure è previsto dall'art. 117, comma 6, c.p.a. per la trattazione della contestuale domanda risarcitoria. Nel caso ora considerato, infatti, tale domanda non sarebbe stata ancora spiegata, ma sarebbe stata anticipata solo la sua eventuale e futura proposizione. L'oggetto dell'accertamento, pertanto, si concentrerebbe proprio su quello che il giudice è chiamato ordinariamente a sindacare quando sia proposta l'azione sull'inerzia e, a ben vedere, nel caso di azione sul silenzio, non si verificherebbe neppure una *emendatio libelli* per riduzione. Il giudice, piuttosto, eserciterebbe il suo sindacato sull'intera domanda dedotta sin dall'inizio, sicché la sopravvenienza del provvedimento amministrativo, in costanza della formale dichiarazione del ricorrente di ottenere comunque un sindacato sulla legittimità, non sarebbe in grado di far venire meno l'originario, e pieno, interesse alla prosecuzione del giudizio.

Resta fermo, però, il problema di fondo, circa la legittimità costituzionale dell'ampliamento del concetto di giurisdizione di legittimità quale si ricava dall'art. 7 del codice. È questo un problema tra i più gravi del nuovo processo, ma che non sembra che sia stato ancora affrontato con l'attenzione che esso forse meriterebbe ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁷⁾ L'omissione della previsione di agire per la condanna anche dopo il passaggio in giudicato della sentenza declaratoria del silenzio è abbastanza inspiegabile, così come è inspiegabile il fatto che la medesima domanda possa essere introdotta, con i motivi aggiunti, nel corso del processo, ma solo purché sia stata introdotta domanda di annullamento. Il fatto che, in tale ipotesi, l'introduzione della domanda risarcitoria imporrebbe di abbandonare il rito della Camera di consiglio non sembra essere ragione sufficiente per giustificare la diversità di disciplina, perché questa ipotesi è già prevista per il caso in cui la domanda risarcitoria sia stata introdotta congiuntamente con la domanda introduttiva del processo sul silenzio (art. 117, comma 6, c.p.a.).

⁽¹⁸⁾ Si veda, però, F. FRANCIOSI, *L'incerto confine tra giurisdizione di legittimità e di merito*, in *giustiziainsieme.it*, 2023. Qualche anticipazione compare sporadicamente. Così, ad esempio, A. POLICE, *Il cumulo di domande nei « riti speciali » e l'oggetto del giudizio amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1224 ss.

3. Astratta possibilità di ottenere una pronuncia meramente dichiarativa anche nell'ipotesi dell'azione di nullità. Limiti concreti all'applicabilità dell'istituto.

Più incerto, invece, è valutare se si possa applicare l'istituto dell'art. 34, comma 3, all'azione di nullità.

A rendere problematica l'ipotesi non è tanto il contenuto della sentenza che il giudice, in questi casi, è chiamato a pronunciare.

A dispetto della rubrica dell'art. 31 c.p.a. («azione *declaratoria*»), sembra persuasiva l'opinione ⁽¹⁹⁾ secondo la quale l'azione

⁽¹⁹⁾ B. SASSANI, *Riflessioni sull'azione di nullità*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 274 ss.; ID., *Arbor actionum. L'articolazione della tutela nel codice del processo amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1383 ss.; F.G. SCOCA, *L'enigma della nullità del provvedimento amministrativo*, in *nuoveautonomie.it*, 2021. Alcuni Autori, tuttavia, si pongono in contrasto con questa tesi. V. N. PAOLANTONIO, *La dicotomia tra giurisdizione soggettiva e oggettiva nella sistemistica del codice del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 237 ss.; A. DE SIANO, *Legittimazione e interesse a ricorrere nel processo amministrativo: il caso dell'azione di nullità*, in *PA Persona e amministrazione*, 2020, 145 ss. Qualche cenno al carattere costitutivo dell'azione di nullità sembra cogliersi anche nella giurisprudenza. Così, Cons. Stato, 8 maggio 2018, n. 2727: «Se certamente la nullità, per la teoria generale del diritto, è la giuridica inesistenza dell'atto per un difetto genetico originario di un elemento essenziale concernente rispettivamente l'oggetto (illecito, impossibile indeterminato, ecc.); il soggetto (soggetto privo di legittimazione, usurpatore, totalmente privo di potere all'atto, ecc.), la volontà (es. violenza fisica, mancanza facoltà mentali); la forma (manifestazioni di volontà collegiali non verbalizzate, ecc.) ecc. ecc., nell'ordinamento amministrativo positivo, la nullità dell'atto ha una valenza del tutto peculiare.

Ai sensi dell'art. 21-septies, comma 1 della L. 7 agosto 1990, n. 241 infatti «È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge».

In sostanza, la predetta norma distingue tra:

- nullità strutturale del provvedimento: che concerne i casi estremi e circoscritti di mancanza degli elementi essenziali o difetto assoluto di attribuzione. In entrambi i casi l'atto non può essere dunque qualificato come manifestazione di potere amministrativo;
- nullità per violazione del giudicato: che è una patologia specifica di una manifestazione contrastante con il “dictum” del giudice;
- nullità c.d. “testuali”: che ricorrono nelle altre tassative ed eccezionali ipotesi espressamente codificate dalla legge.

Come la dottrina ha avuto modo di sottolineare, rispetto all'archetipo di cui all'art. 1418 c.c., il sistema della nullità amministrativa si distingue da quella di matrice civilistica sotto due aspetti.

In diritto amministrativo risulta invertito il rapporto tra la categoria della nullità e quella dell'annullabilità: la nullità costituisce l'eccezione rispetto alla seconda in ragione

di nullità non avrebbe carattere di mero accertamento, essendo, piuttosto, costitutiva e di annullamento, concernendo i casi in cui la patologia dell'atto amministrativo sia sanzionata, anziché dall'ordinaria invalidità, dalla più grave nullità testuale.

In effetti, questa conclusione (che implica puntuali ricadute sulla disciplina di diritto sostanziale) sembra imposta dal consolidamento degli effetti del provvedimento, una volta che siano scaduti i termini decadenziali per la proposizione della relativa domanda.

A giudizio di chi scrive, inoltre, essa trova fondamento anche su un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 31, comma 4, c.p.a.

delle note esigenze di certezza dell'azione amministrativa, che mal si conciliano con la possibilità che questa possa restare esposta ad impugnative non assoggettate a termini di decadenza o prescrizione quale quella di nullità disciplinata dal codice civile.

L'annullabilità per l'illegittimità dell'atto costituisce dunque la specie generale di invalidità, laddove le ipotesi di nullità, con riferimento alle categorie indicate dalla legge, devono essere intese come ipotesi residuali di invalidità dell'atto (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957). Le nullità si convertono comunque in cause di annullabilità del provvedimento a tutela della stabilità del provvedimento amministrativo (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498).

Non trova poi ingresso in diritto amministrativo l'istituto della nullità c.d. "virtuale" in quanto tutte le ipotesi astrattamente riconducibili alla nullità c. d. virtuale vanno ricondotte al vizio di violazione di legge, atteso che le norme riguardanti l'azione amministrativa, dato il loro carattere pubblicistico, sono sempre norme imperative e quindi non disponibili da parte dell'amministrazione.

Tale impostazione è direttamente dimostrata dal fatto che il codice del processo amministrativo assoggetta l'azione ordinaria di nullità ad un preciso termine, il quale sebbene sia più ampio di quello valevole per l'azione di annullamento, è pur sempre decadenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792). L'art.31, comma 4, del c.p.a., peraltro esattamente ricordato dall'appellante, contempla infatti l'ordinaria azione di nullità da azionarsi nel termine breve di 180 gg. a pena di decadenza.

In coerenza con le ricordate, superiori, ragioni di certezza del diritto e dell'azione amministrativa, l'art. 133, comma 1 lett. a) n. 5 del c.p.a. ha anche previsto una specifica azione di nullità per violazione di giudicato, da introdurre nel termine ordinario dei dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza e che si conclude, in caso di accoglimento del ricorso, con una sentenza dichiarativa della nullità di cui all'art. 114 comma 1 e 4, lett. c) c.p.a.

In base alle norme positive deve dunque concludersi che, essendo comunque necessaria un'azione giurisdizionale dichiarativa della nullità, l'atto nullo non può mai esser considerato "*giuridicamente inesistente*" come erroneamente indicato nella lettera a) del quesito, ma al contrario è un atto "*giuridicamente esistente, fino alla sua dichiarazione di nullità*".

Se, infatti, l'azione di nullità avesse davvero natura di mero accertamento della nullità di un provvedimento incapace di produrre alcun effetto giuridico, toccherebbe riconoscere che, con il codice, sono state affidate al giudice speciale controversie che, dapprima, erano proprie dell'AGO. Ma questa operazione, verosimilmente, non sarebbe stata possibile al codificatore perché la legge di delega non autorizzava modifiche al riparto di giurisdizione, secondo quanto è stato puntualmente riconosciuto dalla stessa giurisprudenza costituzionale, quando essa ha contestato la violazione dell'art. 76 Cost. per quei nuovi casi di giurisdizione esclusiva che, pure, erano stati introdotti dall'art. 133 c.p.a. ⁽²⁰⁾.

Se, dunque, di annullamento (sia pure soggetto a un regime aggravato, quale risulta dalla maggiore ampiezza del termine decadenziale) si tratta, allora non dovrebbero emergere dubbi circa l'applicabilità dell'art. 34, comma 3, anche alla c.d. azione di nullità.

Nell'applicazione concreta, tuttavia, si reputa che questo non sia sempre possibile.

Come si vedrà, in effetti, uno dei casi più frequenti in cui l'annullamento giurisdizionale non risulta più utile è quello in cui, pendente il processo, l'amministrazione abbia annullato d'ufficio il provvedimento impugnato.

È, tuttavia, discutibile che, nei casi di nullità testuale, l'autorità amministrativa sia effettivamente titolare dei poteri di secondo grado concepiti dall'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento.

⁽²⁰⁾ Corte cost., 27 giugno 2012, n. 162; poi anche Corte cost., 15 aprile 2014, n. 94. Riconoscere carattere costitutivo e di annullamento all'azione di nullità consente, dunque, di ritenere non violato il criterio di riparto. Tuttavia, questa conclusione implica che l'art. 31, comma 4, c.p.a., abbia modificato il regime sostanziale della validità dell'atto amministrativo, riferendo alle c.d. nullità testuali un regime diverso da quello indifferenziato che poteva essere, precedentemente, costruito sulla base dell'art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241. Restano in ogni caso non pochi dubbi sull'intera architettura dell'azione. Se il potere di opporre, senza limiti di tempo, la nullità ad opera della amministrazione resistente può essere ricondotto a sistema ravvisandovi una sorta d'impugnazione incidentale, meno facile è spiegare il potere, senza limiti di tempo, in capo al giudice di ravvisare la nullità del provvedimento. Tale potere, quale che sia la natura che si intende riconoscere a questa azione, invero, sembra confliggere con il principio della domanda, che discende dallo stesso principio di parità delle armi desumibile dall'art. 111 Cost.

Ad escluderlo è proprio il potere di dedurre la nullità in opposizione, che è riservato alla sola parte resistente.

A ben vedere, infatti, l'autorità amministrativa, se potesse autoannullare il provvedimento testualmente nullo, non avrebbe nessuna ragione di rivolgersi al giudice per raggiungere un tale risultato. Le basterebbe agire *motu proprio*, sia pure rispettando il dovere di valutare la posizione dei vari soggetti interessati ⁽²¹⁾.

Se, pertanto, si deve ricercare una plausibile spiegazione delle ragioni che sottostanno a fondamento dell'eccezione, esso, probabilmente, va ravvisato nel fatto che il codice ha inteso sottrarre all'autorità amministrativa persino la disponibilità di rilevare da sé questo particolare vizio del provvedimento ⁽²²⁾, rendendo necessario, a tal fine, l'intervento del giudice, quasi come se si trattasse di una sorta di *garanzia* d'imparzialità circa il modo con cui deve essere affrontata una questione di tale gravità. Tutto questo comporta, però, il sostenere che l'art. 31 c.p.a. ha implicitamente sottratto all'autorità amministrativa il potere di autoannullare, sicché, ai nostri fini, i casi in cui l'art. 34, comma 3, c.p.a. può essere applicato all'azione di nullità ne risultano correlatamente circoscritti ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ Questa ipotesi, attualmente, è limitata dal fatto che, sulla base dell'art. 1, l. 2 dicembre 2025, n. 182, il termine per l'autoannullamento previsto dall'art. 21-*nonies* è stato ridotto a sei mesi dall'emanazione dell'atto. Pertanto, esso è (relativamente) coincidente con quello per proporre l'azione di nullità, sicché ben potrebbe prefigurarsi l'ipotesi che, costituita detta azione, l'autorità amministrativa abbia esaurito il potere di intervenire con un provvedimento di secondo grado. Da qui trarre ulteriore conferma, per un verso, il fatto che l'autorità amministrativa possa essere priva del potere di c.d. autotutela in nullità; per altro verso, però, la sopravvenienza normativa potrebbe dare una spiegazione dello stesso potere di opposizione escludendo che la medesima autorità possa autoannullare per ragioni indipendenti dal regime proprio dell'azione di nullità. Tuttavia, quando l'art. 31, comma 4., c.p.a. venne introdotto, il termine per l'autoannullamento era significativamente più lungo del termine per agire in nullità, cosicché la costruzione del fenomeno sembra dovere essere ragguagliata al momento dell'emanazione del codice.

⁽²²⁾ La conclusione è sostenuta anche da S. VACCARI, *Sul ritiro in via amministrativa del provvedimento nullo: rilievi critici*, in *Dir. amm.*, 2026, 187 ss., sia pure muovendo da una concezione dichiarativa dell'azione di nullità.

⁽²³⁾ Si riconosce, tuttavia, che questa conclusione potrebbe essere contraddetta, ove si sostenesse che l'opposizione della parte resistente possa, e anzi debba, riferirsi a provvedimenti nulli non riconducibili alla propria paternità, ma a quella di altra amministrazione.

4. Il concetto d'inutilità dell'annullamento giurisdizionale. Distinzioni dei casi in cui, essendo stato autoannullato il provvedimento impugnato, il giudice è chiamato a dichiarare il sopravvenuto difetto d'interesse a ottenere l'annullamento giurisdizionale e i casi di cessazione della materia del contendere, alla luce della specialità della seconda figura rispetto alla prima. Determinazione del concetto di piena soddisfazione della pretesa.

Stabilito, sia pure con alcune incertezze, a quali azioni il regime dell'art. 34, comma 3, c.p.a. possa riferirsi, il tema della sopraggiunta inutilità dell'annullamento merita di essere particolarmente approfondito, perché tende a descrivere i presupposti di detta fattispecie normativa.

A tal riguardo, non è dato conoscere se la terminologia del codice sia stata scelta con consapevole attenzione alle categorie della teoria generale ⁽²⁴⁾ o se, piuttosto, il concetto d'*inutilità* abbia un significato sostanziale, sì da riferirsi, più prosasticamente, ai casi in cui il ricorrente non possa più far valere alcun interesse di fatto ad ottenere l'annullamento ⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ La nozione ha costituito indagine da parte della dottrina civilistica. Sembra predominante, però, quella che vi riferisce la «particolare situazione in cui viene a trovarsi l'atto per il mancato verificarsi, nel momento prefissato, di una concausa dell'efficacia o per il sopraggiungere di un evento assolutamente impeditivo in una fattispecie ad effetti dilazionati». In questo senso, specificamente, V. SCALISI, *Inefficacia (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 346 ss. (e, prima, A. FALZEA, *La condizione e gli elementi dell'atto giuridico*, Roma, 1941, 48 ss). Secondo questa accezione, peraltro, l'*inutilità* andrebbe distinta dall'*inefficacia* (in cui pur sempre confluisce) perché quest'ultima integrerebbe un concetto più ampio, comprensivo anche di quei casi in cui la mancata produzione di effetti può derivare dalla incidenza degli effetti propri di un altro fatto (condizione risolutiva, termine finale, negozi estintivi ed estintivo-costitutivi) o da interessi esterni sopravvenuti o anche coevi alla formazione del negozio ma interferenti in un momento successivo (risoluzione, riduzione, rescissione, revocazione) come nei casi di inefficacia successiva. Secondo questa tesi, in questi casi si è in presenza di una definitiva inefficacia dell'atto, ma non ricorrerebbe la figura della inutilità, almeno nel significato tecnico assunto. Rapportata questa tesi all'ipotesi in cui l'annullamento divenga inutile, in base all'art. 34 c.p.a., per conseguenza dell'autoannullamento del provvedimento impugnato, il termine inutile sarebbe stato utilizzato dal legislatore in modo improprio.

⁽²⁵⁾ Anche a intendere seguire questa particolare accezione del termine «inutile», si concorda con la tesi sostenuta dalla giurisprudenza, secondo la quale il significato non

La vaghezza dell'espressione codicistica ne suggerisce una concezione sincretistica, tale da potersi riferire a entrambi i riferiti parametri. Tanto più che il significato di *atto inutile*, secondo la teoria generale, quasi sempre si risolve in ipotesi in cui manca anche un interesse sostanziale all'emanazione dell'atto medesimo o alla produzione della sua efficacia ⁽²⁶⁾.

Vale, tuttavia, precisare che, quanto al concetto sostanziale d'inutilità, esso riconduce la figura a cui l'art. 34, comma 3, c.p.a. si riferisce nel più vasto fenomeno dell'improcedibilità della domanda di annullamento per sopravvenuto difetto d'interesse (art. 35, comma 1, lett. c), in consonanza con quanto messo in evidenza anche da quella giurisprudenza della quale si è fatto più volte cenno ⁽²⁷⁾.

potrebbe essere allargato sino al punto da escludere l'annullamento dell'atto, quando questa misura dovesse risultare troppo gravosa per i controinteressati, giacché questo stravolgerebbe il senso della disposizione. Così, Cons. Stato, Ad. Plen., 13 aprile 2015, n. 4: «Sulla base del principio della domanda che regola il processo amministrativo, il giudice amministrativo, ritenuta la fondatezza del ricorso, non può *ex officio* limitarsi a condannare l'amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti agli atti illegittimi impugnati anziché procedere al loro annullamento, che abbia formato oggetto della domanda dell'istante ed in ordine al quale persista il suo interesse, ancorché la pronuncia possa recare gravi pregiudizi ai controinteressati, anche per il lungo tempo trascorso dall'adozione degli atti, e ad essa debba seguire il mero rinnovo, in tutto o in parte, della procedura esperita».

⁽²⁶⁾ Così sembra doversi sostenere, guardando al caso paradigmatico della condizione sospensiva di cui si è certi che il relativo evento mai possa avverarsi. Tale esclusione comporta che il regolamento giuridico a cui l'atto è preordinato non abbia ragione di attuarsi.

⁽²⁷⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 13 luglio 2022, n. 8: «La soluzione ora affermata va fatta discendere dalle seguenti disposizioni del codice del processo amministrativo: art. 30, comma 5, secondo cui nel giudizio di annullamento “*la domanda risarcitoria può essere formulata nel corso del giudizio o, comunque, sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza*”; - art. 35, comma 1, lett. c), che prevede l'improcedibilità del ricorso “*quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione*”, soggetta non solo all'eccezione di parte ma anche al rilievo ufficioso del giudice; - art. 104, comma 1, che nell'enunciare il c.d. divieto dei *nova* in appello, secondo cui “*non possono essere proposte nuove domande*”, precisa che resta “*fermo quanto previsto dall'articolo 34, comma 3*”. L'improcedibilità del ricorso si verifica quando viene meno l'interesse ad una decisione nel merito della domanda azionata. In questa situazione il processo non ha assolto alla sua funzione, di affermare in modo incontrovertibile il diritto o l'interesse giuridicamente protetto la cui lesione ha portato il

Quanto al significato di teoria generale, ci si limiterà, invece, a rammentare che può dirsi propriamente *inutile* l'atto giuridico la cui efficacia sia del tutto impossibile spiegarsi.

Sarebbe *inutile*, pertanto, l'atto sottoposto a condizione sospensiva, quando fosse certo che l'evento condizionante mai più si potrebbe verificare. Allo stesso modo sarebbe *inutile* l'atto che ripetesse effetti già prodotti da un precedente atto giuridico ⁽²⁸⁾ o, più genericamente, da altra fonte.

Limitando l'indagine a questa seconda ipotesi (perché in questa sede pertinente), è, in effetti, improprio parlare d'inesistenza, per impossibilità giuridica del contenuto, dell'atto giuridico che ripetesse gli effetti già cagionati da un precedente atto.

Sebbene sia vero che non si possono produrre effetti già esistenti *in iuris rerum natura*, non può però escludersi che l'efficacia del primo atto, quello ripetuto, venga per qualsivoglia ragione a cadere con efficacia retroattiva: ad esempio per il verificarsi di una condizione risolutiva o come conseguenza di un annullamento. Quando si verificassero tali circostanze, l'atto ripetitivo rivelerebbe la sua piena e originaria efficacia rimasta sino a quel momento celata, perché sovrapposta a quella del primo atto. Questo basta a negare la radicale inesistenza dell'atto ripetitivo e a ricondurre il fenomeno dell'atto riproduttivo in un fenomeno di *inapparenza* di effetti giuridici e, in quanto tale, esso può concepirsi come inutile: non già perché inefficace, ma perché strutturalmente inidoneo a regolare una fattispecie che già risulta essere stata conformata esattamente allo stesso modo.

Del resto, l'inesistenza dell'atto ripetitivo viene contraddetta, proprio nel diritto amministrativo, da quel che si afferma a riguar-

titolare ad agire in giudizio, con una pronuncia che ai sensi dell'art. 2909 cod. civ. fissa la regola applicabile al rapporto controverso e che le parti sono tenute ad osservare. Del carattere di giudicato sostanziale delle pronunce giurisdizionali sancito dalla disposizione da ultimo richiamata sono invece prive le sentenze c.d. in rito, contraddistinte dal fatto di non pronunciarsi sulla situazione giuridica azionata in giudizio. Tra queste ultime vi è appunto quella di improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse prevista dall'art. 35, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. in precedenza menzionato».

⁽²⁸⁾ Nel che, forse, può trovare spiegazione la natura del c.d. atto confermativo.

do degli atti non meramente confermativi ⁽²⁹⁾ i quali (anche a voler trascurare il loro aspetto *novativo*, correlato alla sostituzione della fonte della regolazione giuridica) hanno ugualmente natura ripetitiva, almeno per quanto attiene alla loro attitudine a esprimere effetti giuridici. Ma, in tanto essi possono essere impugnati (sia pure entro i ben noti limiti), in quanto se ne postuli l'esistenza.

Così delineato il concetto d'inutilità dell'atto, almeno secondo un profilo di teoria generale, sembra emergere che il primo ambito di applicazione dell'art. 34, comma 3, possa essere proprio quello in cui la sentenza sia tale perché tendente a ripetere effetti già verificatisi. E poiché al giudice è chiesto di annullare il provvedimento impugnato, questa ipotesi potrebbe verificarsi, in primo luogo, quando il medesimo provvedimento sia già stato annullato, in c.d. *autotutela*, per mano della stessa autorità amministrativa.

Con il che, il concetto d'inutilità dell'atto giuridico, secondo la teoria generale, verrebbe ad integrarsi, secondo quel che si è preavvertito, anche con il suo significato sostanziale: l'annullamento risulterebbe inutile perché, riflettendosi su un atto già caducato, non sarebbe neppure in grado di soddisfare alcun interesse di fatto.

Con riguardo all'eventualità che, nel corso del giudizio, l'autorità amministrativa abbia caducato da sé l'atto impugnato emergono, tuttavia, dei problemi di confine rispetto all'istituto della *cessazione della materia del contendere* di cui tratta, invece, l'art. 34, comma 5, c.p.a. e dal quale la figura disciplinata dal terzo comma va tenuta distinta ⁽³⁰⁾.

⁽²⁹⁾ In letteratura, per limitarsi ai richiami essenziali, E. CANNADA BARTOLI, *Conferma (dir. amm.)*, in *Enc. del dir.*, vol. VIII, Milano, 1961, 856 ss.; L. MAZZAROLLI, *Gli atti amministrativi di conferma*, vol. I e II, Padova, 1964 e 1969; F. SAITTA, *Per una nozione di «atto confermativo» compatibile con le esigenze di tutela del cittadino*, in *Foro amm. - Cons. St.*, 2003, 2423 ss.

⁽³⁰⁾ Del tema si sono occupati P. PATRITO, *La condanna alle spese nel processo amministrativo*, in *Resp. Civile e previdenza*, 2026, 1788 ss.; S. GARDINI, *Riflessioni sulla cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo*, in *Nuove autonomie*, 2021, 881 ss. In epoca precodicistica, è dovuto il richiamo a A. ROMANO, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta d'interesse*, in *AA.VV., Problemi del processo amministrativo, Atti del Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*,

Tale distinzione, invero, pare necessaria, perché ne seguono puntuali differenze di regime. Infatti, solo nei casi di sopravvenuto difetto d'interesse alla pronuncia di annullamento è consentito al giudice di pronunciarsi sulla mera illegittimità del provvedimento impugnato.

Quando, invece, il giudice dichiara la cessazione della materia del contendere, egli non si pronuncia sulla fondatezza della pretesa fatta valere, ma solo sulla sua avvenuta soddisfazione (fondata o infondata che essa sia). In questo caso, pertanto, il giudice non si pronuncia neppure sulla legittimità dell'atto, salvo che egli non sia stato sollecitato ai fini della soccombenza virtuale. Anche in questa ipotesi, tuttavia, il giudicato si formerebbe solo sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto al rimborso delle spese di lite e non avrebbe ad oggetto l'illegittimità del provvedimento, il cui sindacato non sarebbe investito dall'autorità di cosa giudicata.

A una prima lettura, la distinzione tra le due figure normative, quella del sopravvenuto difetto d'interesse processuale e quello della c.m.c., sembrerebbe netta, riferendosi a due realtà apparentemente contrapposte.

Il terzo comma dell'art. 34 tratterebbe dei casi in cui l'annullamento sarebbe incapace di rendere tutela; il quinto comma, invece, riguarderebbe il caso in cui l'interesse sostanziale sarebbe già stato soddisfatto e tutelato. In un caso, dunque, saremmo di fronte a una tutela divenuta irraggiungibile ⁽³¹⁾; nell'altro caso sussisterebbe una tutela già raggiunta ⁽³²⁾.

Milano, 1964, 353 ss., oltre che V. CAIANIELLO, *Cessazione della materia del contendere (dir. amm.)*, in *Enc. del dir.*, vol. IV agg., Milano, 2000, 249 ss. Se si vuole, anche le considerazioni di chi scrive, formulate nello studio, F. VOLPE, *Le espropriazioni amministrative senza potere*, Padova, 1966.

⁽³¹⁾ S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni e valutazione della "necessità" dell'annullamento per la tutela del ricorrente, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1264 ss., reputa che, nell'ipotesi del terzo comma, la tutela risarcitoria avrebbe dunque carattere alternativo e emergente, di fronte all'inattitudine dell'annullamento di restituire tutela.

⁽³²⁾ La formulazione dell'art. 34, a proposito dei due contrapposti istituti, sembra avere così recepito l'interpretazione prospettata da V. CAIANIELLO, *Cessazione*, cit., 255: «... diviene sempre meno plausibile sostenere che il giudizio possa essere dichiarato estinto, sia pur attraverso la formula della improcedibilità per sopravvenuto difetto di

In effetti, come si vedrà, è proprio questo il criterio di cui, infine, si dovrà tener conto. Con l'avvertenza, però, che basta scendere su un piano di lettura appena più approfondito per constatare come le due fattispecie del sopravvenuto difetto d'interesse e della c.m.c. siano in realtà più vicine di quanto non appaia a prima vista, cosicché il medesimo criterio di distinzione richiede di essere meglio precisato, sì da rendere più chiaro anche in che modo si pongano reciprocamente le due figure.

A ben vedere, infatti, anche quando il ricorrente ottenesse piena soddisfazione della sua pretesa, ai sensi dell'art. 34, comma 5, c.p.a., l'annullamento risulterebbe inutile perché è inutile rendere una tutela che nei fatti è già stata data, né vi è alcun interesse ad ottenerla.

Proprio il caso in cui il provvedimento impugnato sia stato fatto oggetto di autoannullamento dimostra, anzi, la stretta contiguità tra le due figure del sopravvenuto difetto d'interesse e della c.m.c., perché, in questa ipotesi, da un lato, è consentito parlare di raggiunta soddisfazione della pretesa del ricorrente; ma, per altro verso, è altrettanto lecito parlare d'inutilità dell'annullamento giurisdizionale, stante la sovrapposizione degli effetti che ne discenderebbero rispetto a quelli già prodotti in sede di c.d. *auto-tutela* amministrativa e stante l'incapacità della pronuncia giurisdizionale di restituire alcuna aggiuntiva protezione.

Le incertezze ora riassunte derivano dal fatto che i piani su cui si muovono il terzo e il quinto comma dell'art. 34 c.p.a. non sono ragguagliabili.

Il criterio dell'inutilità dell'annullamento, fatto proprio dal terzo comma, indica un'attitudine (negativa), propria della sen-

interesse, sol perché l'atto originariamente lesivo sia stato ritirato o sostituito senza che tuttavia sia venuta meno la lesione dell'interesse materiale, che costituisce la "causa" per la quale viene chiesto l'annullamento dell'atto. Quest'ultimo *petitum* costituisce, difatti, soltanto l'"occasione" (e non la "causa") che spinge il ricorrente a chiedere la tutela del proprio interesse legittimo e/o del proprio diritto soggettivo (nel caso di giurisdizione esclusiva), per cui, nonostante che l'atto lesivo impugnato venga ritirato o sostituito, se perduri in tutto o in parte la lesione dell'interesse materiale, l'interesse processuale al "giudizio" non viene meno, dato che permane l'interesse (processuale) del ricorrente ad una sentenza del giudice che si pronunzi sulla fondatezza della pretesa sostanziale».

tenza. Il criterio assunto dal quinto comma, invece, non si riferisce ad alcuna vocazione della sentenza, ma assume a proprio oggetto una situazione di fatto: l'avvenuto soddisfacimento della pretesa.

A complicare ulteriormente il quadro, inoltre, questa medesima situazione di fatto, assunta a base della c.m.c., rientra tra quelle che possono determinare l'inattitudine a cui il terzo comma fa riferimento.

Rendersi conto di questi rilievi consente di compiere un importante passo, nel tentativo di comprendere i rapporti che corrono tra la pronuncia di improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse a ottenere la pronuncia costitutiva e quella che dichiara cessata la materia del contendere.

Il fatto che, anche nelle ipotesi di c.m.c., la sentenza di annullamento non sia in grado di soddisfare alcun interesse sostanziale porta a sostenere che questa figura integri un'ipotesi *speciale* tra le molte in cui la sentenza di annullamento si rivela inutile.

In altre parole, tra le due figure ora in esame esiste un comun denominatore, dato dall'inutilità della sentenza. Ma la figura del quinto comma si riferisce a quel particolare caso in cui la sentenza è inutile perché la tutela è già stata ottenuta ⁽³³⁾. Tutti i restanti

⁽³³⁾ Questo comporta, a parere di chi scrive, che la sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere sia, nella sua sostanza, una *sentenza interamente in rito*, giacché la soddisfazione della pretesa viene valutata in sé e senza doversi valutare se essa sia fondata. Il che porta altresì a riconoscere che detta pronuncia è impropriamente classificata dal codice nel novero delle sentenze rese nel merito. Quest'ultimo aspetto, peraltro, è particolarmente fatto presente da quella giurisprudenza, pur assai autorevole (ma oggi forse superata nei fatti) che ha inteso affermare l'esistenza di un'azione di accertamento nel processo amministrativo, nonostante la mancanza della sua esplicita previsione (ragionando sulla scorta dell'art. 34, comma 2, c.p.a. In tal senso, Cons. Stato, Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15. Incidentalmente, sul punto, anche Cons. Stato, 15 aprile 2015, n. 5. Diversamente, la sentenza che pronuncia sull'illegittimità del provvedimento, dando atto della sopravvenuta inutilità dell'annullamento, è in parte di rito (per sopravvenuto difetto di interesse), quando alla specifica domanda costitutiva e di merito (quanto al sindacato sulla illegittimità del provvedimento). Escludere che la sentenza dichiarativa della c.m.c. sia resa in rito, non investendo la fondatezza dei motivi d'impugnazione, produce riflessi nell'escludere, in caso di reiterazione del provvedimento autoannullato con i medesimi vizi per i quali fu proposto il ricorso, l'esercitabilità dell'azione di ottemperanza per ivi far valere la violazione o

casi in cui la sentenza si dovesse dimostrare inutile (non essendo, per qualsiasi motivo, in grado di dare soddisfazione ad alcun interesse sostanziale) rientrano nella disciplina del terzo comma e nelle ipotesi di improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse.

Il principio di *specialità* della c.m.c. che viene così a delinearsi, rispetto ai generali casi di sopravvenuto difetto d'interesse processuale, contribuisce a stabilire un primo punto fermo circa i rapporti tra le due figure.

Esso, tuttavia, ancora non basta a definire compiutamente i tratti peculiari della c.m.c., giacché sembra che, a questo punto, debba assumere un ruolo essenziale quell'avverbio «pienamente» a cui il quinto comma si riferisce e che delimita ulteriormente i casi in cui il giudice può provvedere secondo quanto ivi è statuito.

Pertanto, giusta quanto sin qui sostenuto, se la tutela della

l'elusione del giudicato. Tale soluzione, a sua volta, differisce da quella prospettata da parte della giurisprudenza (Cons. Stato, 26 marzo 2026, n. 2529) che, muovendo da una classificazione della sentenza di c.m.c. tra quelle di merito afferma: «L'art. 35, c.p.a., la cui rubrica reca "pronunce di rito", dispone che il ricorso è dichiarato "improcedibile quando nel corso del giudizio sopravviene il difetto di interesse delle parti alla decisione" (comma 1, lett. c.). Un consolidato indirizzo giurisprudenziale ha in più occasioni avuto modo di chiarire che la differente natura tra le sentenze in esame discende dal diverso accertamento sotteso alla loro adozione, in quanto: i) "la cessazione della materia del contendere postula la realizzazione piena dell'interesse sostanziale sotteso alla proposizione dell'azione giudiziaria, permettendo al ricorrente in primo grado di ottenere il bene della vita agognato, sì da rendere inutile la prosecuzione del processo"; ii) l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse risulta, invece, riscontrabile qualora sopravvenga un nuovo assetto di interessi anche in tale caso rendendo inutile la prosecuzione del giudizio. Pertanto, la cessazione della materia del contendere presuppone il pieno soddisfacimento dell'interesse fatto valere in giudizio. La sopravvenuta carenza di interesse presuppone la mancanza di interesse alla decisione perché sopravviene un atto che rende sostanzialmente inutile l'eventuale annullamento dell'atto impugnato. La diversità tra le due tipologie di sentenze rileva anche ai fini della definizione del perimetro del giudicato. La sentenza che dichiara la cessata materia del contendere, in quanto pronuncia di merito, è idonea al giudicato sostanziale, accertando in maniera incontrovertibile l'attuazione di un assetto sostanziale di interessi favorevole al ricorrente, sopravvenuto in pendenza del giudizio, interamente satisfattivo della pretesa azionata in sede giurisdizionale, come tale non più revocabile in dubbio».

pretesa che, nelle more del giudizio, il ricorrente avesse ottenuto non fosse piena e, pure, la pronuncia di annullamento si rivelasse ugualmente inutile, per il rapporto di specialità appena delineato ugualmente non si verserebbe in una ipotesi di c.m.c., ma si ricadrebbe nella residuale ipotesi di sopravvenuto difetto d'interesse all'annullamento.

Riferito, in tal modo, il criterio distintivo tra le due figure appena delineato al caso in cui, nel corso del giudizio, l'amministrazione intervenga annullando d'ufficio il provvedimento impugnato, si potrà dare applicazione della c.m.c. solo quando le ragioni su cui si fonda l'autoannullamento *coprano*, recependoli, tutti i motivi d'impugnazione fatti valere dal ricorrente.

Infatti, e come è noto, ciascun motivo di gravame integra, nel processo di annullamento, un autonomo capo di domanda e il loro insieme contribuisce a definire i contorni della pretesa all'annullamento fatta valere. Se, quindi, l'amministrazione annullasse un motivo senza far propri tutti i motivi d'impugnazione, la pretesa non potrebbe ancora dirsi pienamente soddisfatta e quindi non si potrebbe dar corso a c.m.c.

Esemplificativamente, dato un ricorso che spieghi i tre distinti motivi d'impugnazione «A, B, C», la pretesa del ricorrente non potrebbe dirsi pienamente soddisfatta se l'autoannullamento si reggesse solo sui motivi «A» e «B», trascurando «C» o allegando ragioni d'illegittimità neppure fatte valere in giudizio. Non di meno, l'annullamento giurisdizionale sarebbe ugualmente inutile, perché, se esso fosse assunto, riprodurrebbe effetti giuridici già verificatisi.

In tali casi, dunque, si darebbe luogo a una pronuncia di sopravvenuto difetto d'interesse alla caducazione giurisdizionale e non a una pronuncia di cessazione della materia del contendere.

Ne segue che il giudice, se richiesto, dovrebbe accertare l'illegittimità del provvedimento impugnato, almeno con riguardo al motivo di gravame non considerato nell'atto di c.d. *autotutela*.

5. Esclusione dal sindacato sulla piena soddisfazione della pretesa di un giudizio prognostico sulla risarcibilità dell'interesse legittimo leso. Carattere sostanziale di rinuncia, proprio dell'omessa dichiarazione sulla sussistenza dell'interesse risarcitorio.

Si potrebbe a questo punto opinare — e vi sarebbero ottime ragioni per sostenerlo — che, affinché si abbia cessazione della materia del contendere, l'integrale coincidenza tra i motivi d'impugnazione e i motivi di ricorso non sarebbe comunque sufficiente, perché l'emergenza sopravvenuta nel corso del giudizio dovrebbe essere tale da rendere pienamente soddisfatta anche l'eventuale pretesa risarcitoria, quale potrebbe essere fatta valere in futuro e separato processo.

Come si è appena ricordato, infatti, quando si applica il quinto comma dell'art. 34, al giudice è precluso di accertare l'illegittimità del provvedimento e, insieme, è precluso anche verificare la fondatezza della complessiva pretesa fatta valere, essendo sufficiente riscontrare che essa, fondata o no che essa sia, sia stata soddisfatta.

Sicché, se, nei casi di c.m.c., la piena soddisfazione della pretesa del ricorrente non comportasse anche l'inutilità di una successiva azione risarcitoria (in quanto soddisfatta o in quanto il suo fondamento fosse, in concreto, inesistente), si verificherebbe il paradosso per cui, proprio quando l'autorità amministrativa riconoscesse da sé la piena ragione del privato (tanto da autoannullare il provvedimento per tutti i motivi d'impugnazione dedotti in lite), a costui sarebbe successivamente precluso l'esperimento dell'azione di condanna, perché non assistita, *ex art. 30, comma 5, c.p.a.*, da un giudicato sostanziale sull'illegittimità dell'azione amministrativa che, secondo quanto si cercherà di dimostrare, sembra richiesto al fine dell'esperimento di quest'altra iniziativa.

Di fronte a questa sorta di *stravaganza*, che si tradurrebbe anche in un sostanziale debito di tutela, sarebbe giocoforza affermare che il giudice, per pronunciare c.m.c., dovrebbe esprimere, appunto, anche una sorta di giudizio prognostico sull'esistenza e

forse anche sulla fondatezza dell'eventuale domanda risarcitoria, per il caso in cui essa fosse successivamente introdotta, giacché solo in tal caso ricorrerebbero quei presupposti di piena soddisfazione a cui l'art. 35, comma 5, c.p.a. si riferisce. Pertanto, quando tale prognosi dovesse restituire un riscontro positivo, il giudice sarebbe chiamato ad astenersi dal dichiarare c.m.c. e dovrebbe dar luogo, ancora una volta, a una dichiarazione d'improcedibilità della domanda di annullamento del provvedimento (in quanto già annullato dall'autorità amministrativa), statuendo, eventualmente, sull'illegittimità dell'atto.

È evidente però che la soluzione così tratteggiata — oltre a riproporre i rilevati problemi circa l'effettiva possibilità per il giudice di esprimersi su una domanda non ancora introdotta e, per di più, in un giudizio in cui la parte non ha alcun onere di dar prova del danno e della sua quantificazione, nonché di dimostrare il nesso di causalità e l'elemento psicologico — metterebbe in crisi la ricostruzione operata dalla giurisprudenza a riguardo dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

Come si è visto, infatti, la Plenaria esclude un sindacato prognostico sull'esito della futura azione risarcitoria, al fine di dar corso alla pronuncia di accertamento dell'illegittimità. Tuttavia, si potrebbe obiettare che un tale sindacato sarebbe ugualmente compiuto, almeno al fine di escludere preliminarmente che, nel caso concreto, si verta nella peculiare ipotesi d'inutilità dell'annullamento data dalla c.m.c.: operazione logica necessaria per ricondurre la fattispecie sotto la figura generale del sopravvenuto difetto d'interesse disciplinata dall'art. 34, comma 3, c.p.a.

I problemi che vengono così a generarsi possono essere superati osservando che la stessa Plenaria onera il ricorrente di dichiarare, nei termini e nelle forme dell'art. 73 c.p.a., l'esistenza un interesse risarcitorio da coltivarsi in un successivo giudizio, cosicché si può ipotizzare che, in assenza di tale dichiarazione, si attui una sostanziale rinuncia alla relativa pretesa e con l'ulteriore conseguenza che, data questa rinuncia, neppure verrebbe a porsi il problema di verificare se la medesima pretesa sia stata piena-

mente soddisfatta, facoltizzando, infine, il giudice a pronunciare c.m.c.

L'operazione così definita, in effetti, consentirebbe di conservare la distinzione tra i due istituti, rispettivamente disciplinati al terzo e al quinto comma dell'art. 34, delimitando la piena soddisfazione della pretesa fatta valere alla semplice coincidenza tra i motivi di autoannullamento e i motivi d'impugnazione. Inoltre, essa eviterebbe di affrontare i problemi insiti nello svolgimento del giudizio prognostico sull'esistenza e sulla fondatezza della pretesa risarcitoria, pur non ancora formalmente avanzata.

Come tale, si ritiene che detta operazione possa essere accettata.

Avendo la consapevolezza, tuttavia, che in tal modo si finisce per introdurre un onere — quello della tempestiva dichiarazione — che, per il caso in cui essa non sia resa, si traduce in una rinuncia a un diritto, assunta in modo tacito e per fatto omissivo, operata dal difensore (e non dalla parte sostanziale) in una sede che, benché abbia natura giurisdizionale, non è tuttavia quella del processo in cui viene fatto valere il diritto a cui si abdica.

Le discrasie di sistema a cui tale conclusione, pur probabilmente inevitabile, conduce sono, dunque, evidenti.

Da un punto di vista empirico, non è possibile trascurare, inoltre, che al ricorrente, è sufficiente manifestare la volontà di far valere la pretesa risarcitoria per evitare una pronuncia ai sensi dell'u.c. dell'art. 34 c.p.a.

6. L'inutilità dell'annullamento giurisdizionale nei casi in cui il provvedimento impugnato sia stato già annullato in un distinto giudizio.

L'inutilità della pronuncia di annullamento, rilevante ai sensi dell'art. 34, comma 3. c.p.a., può, tuttavia, emergere anche in casi diversi da quello in cui l'autorità amministrativa abbia autoannullato il provvedimento impugnato.

La casistica che si può formulare, in effetti, è ampia e comprende, in primo luogo, l'ipotesi in cui il provvedimento impu-

gnato sia stato annullato con efficacia c.d. *erga omnes* in altro e separato giudizio, instauratosi non necessariamente tra le stesse parti.

Anche in questo caso può sussistere un interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato, quando pure le ragioni per cui esso fosse stato annullato nel distinto giudizio dovessero coincidere con i motivi d'impugnazione fatti valere nel secondo processo. L'efficacia *ultra partes* della sentenza amministrativa (per chi intendesse accettarla ⁽³⁴⁾), infatti, è limitata agli effetti costitutivi e per il caso di annullamento di atti dal contenuto inscindibile, ma non attiene agli effetti di giudicato sostanziale i quali, in linea generale, sono riservati solo a chi sia stato parte nel giudizio ⁽³⁵⁾. Tuttavia, è proprio di tale giudicato e del suo contenuto che, come si vedrà, vi è la necessità di provvedersi, al fine di postulare la successiva domanda risarcitoria, ai sensi dell'art. 30, comma 5, c.p.a. Per questi motivi, anche in detta ipotesi, si reputa che il giudice possa pronunciarsi ai sensi dell'art. 34, comma 5, solo per il caso in cui il ricorrente non abbia dichiarato di voler ottenere ai fini aquiliani una pronuncia sull'illegittimità dell'atto.

7. L'inutilità dell'annullamento giurisdizionale del rifiuto di provvedimento favorevole nel caso in cui, nel corso del giudizio, l'autorità amministrativa torni a riesercitare il potere. Peculiarità proprie dell'ipotesi.

Valorizzando, poi, un concetto d'inutilità dell'annullamento come riferito all'inattitudine della sentenza di soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente, un'altra ipotesi in cui l'art. 34, comma 3, potrebbe operare è quella in cui sia stato impugnato un

⁽³⁴⁾ Il problema dell'efficacia *erga omnes* dell'annullamento è stato affrontato proprio da chi scrive nello studio F. VOLPE, *Effetto di annullamento*, in *Dir. amm.*, 2026, 339 ss., ivi sostenendosi che il correlato principio è forse men saldo di quanto si affermi.

⁽³⁵⁾ La questione è stata brillantemente dimostrata da D. CORLETTI, *La tutela dei terzi nel processo amministrativo*, Padova, 1992, 118 ss. Non mancano, tuttavia, rilievi critici anche nella letteratura più recente. V., perciò, S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 279 ss.

rifiuto di provvedimento favorevole; provvedimento, che, però, sopraggiunge, nelle more del processo.

In effetti, in questi casi, annullare il rifiuto è davvero inutile, perché la sentenza di *annullamento* non permetterebbe al privato di acquistare, ora per allora, gli effetti giuridici che il provvedimento favorevole avrebbe potuto riferirgli. L'*annullamento* del rifiuto, invero, si limita a obbligare l'autorità amministrativa a tornare a pronunciarsi sulla domanda provvedimentale del privato; ma se, nelle more del processo, il provvedimento fosse stato assunto non vi sarebbe alcuna ragione di esigere l'adempimento di quest'obbligo.

Alla medesima conclusione si dovrebbe pervenire, per gli stessi motivi, anche nel caso in cui l'amministrazione venisse a emanare, nel corso del giudizio, un nuovo rifiuto, questa volta emendato dai vizi contestati con il ricorso.

In tutti questi casi, pertanto, si può sostenere che l'art. 34, comma 3, possa essere applicato, sì da dar luogo a un accertamento mero dell'illegittimità del rifiuto impugnato.

Salvo doversi precisare che, ivi, si verte in un processo di *pseudoannullamento*, dovendosi ritenere, come è stato convincentemente sostenuto ⁽³⁶⁾, che il rifiuto non è un provvedimento amministrativo, stante la sua incapacità di essere fonte diretta di produzione di effetti giuridici e di costituire esercizio di un potere giuridico propriamente inteso. Cosicché, se il rifiuto non è atto, allora esso non può neppure essere annullato.

Il c.d. *annullamento* del rifiuto di provvedimento, in effetti, traveste una pronuncia dichiarativa dell'inesatto adempimento del dovere di pronuncia provvedimentale; come tale, detto *annullamento* è maggiormente affine alla pronuncia che il giudice assume nelle liti sul silenzio.

Il che rafforza la prospettiva, qui già sostenuta, secondo la quale l'ambito di applicazione dell'art. 34, comma 3, deve intendersi esteso anche all'azione disciplinata agli artt. 31 e 117 c.p.a.

⁽³⁶⁾ S. FLORIAN, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'amministrazione*, Padova, 2022, 23 ss.

Non vi è, invero, alcuna ragione di distinguere tra l'ipotesi in cui l'amministrazione abbia pronunciato il rifiuto di un provvedimento favorevole e quella in cui la medesima autorità sia rimasta inerte sull'istanza provvedimentale. In entrambi i casi, il privato non ha ottenuto il risultato giuridico postulato (che solo l'emana-zione del provvedimento favorevole avrebbe potuto soddisfare); in entrambi i casi il dovere di pronuncia provvedimentale è rimasto adempiuto. Ma, poiché — secondo l'art. 34, comma 1, lett. c), secondo cpv., c.p.a. — la pronuncia di mera illegittimità non può essere negata a fronte dell'impugnazione del rifiuto esplicito, stante il fatto che essa è formalmente trattata alla stregua di un'azione di annullamento, allora essa deve essere riconosciuta, sussistendo parità di presupposti sostanziali, anche nel caso in cui venga contestata la semplice inerzia.

8. Inattitudine dell'art. 34, comma 3, c.p.a. a giustificare annullamenti non retroattivi o parzialmente retroattivi.

Un'altra ipotesi in cui l'operatività dell'art. 34, comma 3, c.p.a potrebbe essere invocata, e che merita di essere considerata, è quella in cui l'annullamento risultasse inutile quando l'atto impugnato avesse cessato di produrre effetti (essendo, ad esempio, scaduto il suo termine finale o, meno frequentemente, essendo venuta meno la condizione risolutiva a cui era assoggettato), senza che il carattere retroattivo della caducazione sia in grado di ripristinare la situazione *quo ante*.

Si consideri, per riferirsi a fattispecie note, all'impugnazione di un calendario venatorio quando ormai sia finita la stagione della caccia: poiché *factum infectum fieri nequit* l'annullamento del calendario, benché retroattivo, non sarebbe in grado d'impedire agli interessati di avere, nel frattempo, cacciato.

Emerge, in tal senso, un ulteriore aspetto dell'importanza sistemica dell'art. 34, comma 3, che potrebbe essere invocato per giustificare l'esistenza di annullamenti non retroattivi (i quali, a ben vedere, possono risolversi in mere dichiarazioni d'illegittimità, del tutto analoghe a quelle considerate da detta disposizione)

o anche parzialmente retroattivi (quando cronologicamente l'annullamento si riveli solo in parte utile alle sorti del ricorrente) ⁽³⁷⁾.

È noto come la giurisprudenza, talora, sia ricorsa a pronunce di annullamento così delimitate, ma sono altrettanto note le perplessità che le circondano ⁽³⁸⁾.

Annullamenti non retroattivi o solo parzialmente retroattivi si traducono, infatti, in sostanziali riforme del contenuto del provvedimento. Come tali, essi dovrebbero essere preclusi nella giurisdizione generale di legittimità — art. 34, comma, lett. d), c.p.a. — e, più in generale, sembrano invisi al principio di separazione tra i poteri dello Stato.

Inoltre, almeno a parere di chi scrive, il loro generale fondamento non può essere ricercato nell'art. 34, comma 3, c.p.a.

La disposizione, infatti, consente di dichiarare la mera illegittimità del provvedimento solo in relazione a una data pretesa risarcitoria. Non consente in nessun altro caso di dar luogo a una pronuncia meramente dichiarativa dell'illegittimità del provvedimento.

Sicché, sulla scorta di questa disposizione, annullamenti non retroattivi o annullamenti solo parzialmente retroattivi sono sostenibili solo purché essi siano collegati all'esistenza di un di-

⁽³⁷⁾ Tra le ragioni poste a fondamento della ammissibilità di annullamenti non retroattivi o parzialmente retroattivi, si segnala la posizione di F. CARINGELLA, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, in *Giur. it.*, 2012: «La soluzione della portata mobile della pronuncia adottabile dal giudice a fronte di un ricorso di annullamento è viepiù confortata: (...) dalla *considerazione sistematica* secondo cui l'attribuzione al giudice del potere di decidere quando annullare l'atto illegittimo (vedi art. 34, comma 3, del codice del processo) implica anche, per continenza, il potere, meno incisivo, di stabilire *da quando* far decorrere la portata della sentenza che decapita l'atto».

⁽³⁸⁾ In questi termini, Cons. Stato, Ad. Plen., 22 dicembre 2017, n. 17, secondo la quale: «In conclusione: all'Adunanza Plenaria è concessa la possibilità di limitare al futuro l'applicazione del principio di diritto al verificarsi delle seguenti condizioni: a) l'obiettivo e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni da interpretare; 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». Il percorso argomentativo, essenzialmente fondato su una sorta di comparazione con i poteri della Corte di giustizia dell'Unione Europea e della Corte costituzionale, non è, tuttavia, pienamente persuasivo, giacché le attribuzioni di questi due distinti apparati, l'oggetto del loro sindacato e i poteri a loro spettanti non sono assimilabili a quelli del giudice amministrativo.

chiarato interesse aquiliano. Quando tale interesse non venisse dichiarato, il giudice a rigore dovrebbe astenersene e, a seconda delle ipotesi, dovrebbe dar luogo o a una radicale pronuncia di sopravvenuto difetto d'interesse a ricorrere o (quando la caducazione fosse almeno in parte utile) a una sentenza di annullamento altrettanto piena nella sua estensione temporale (per il caso, naturalmente, di fondatezza della domanda).

Salvo che di questi annullamenti non retroattivi non s'intenda dare un inquadramento diverso per collocarli, anziché nella categoria delle riforme, in quella degli annullamenti parziali, dove la parzialità della caducazione inciderebbe non tanto nell'estensione oggettiva degli effetti provvedimentali che vengano fatti cadere, quanto nella loro estensione nel tempo ⁽³⁹⁾. In tal senso, pertanto, la non retroattività o la parziale retroattività dell'annullamento troverebbero fondamento, più che nell'art. 34, comma 3 c.p.a., nell'art. 34, comma 1, lett. a). Ma è evidente che, a voler seguire detta prospettiva, occorrerebbe ridefinire con precisione i concetti stessi di annullamento parziale ⁽⁴⁰⁾ e di riforma, nonché i loro reciproci confini.

9. Il necessario collegamento della pronuncia di mera illegittimità con l'interesse risarcitorio. Introduzione di forme generalizzate di sentenze di mero accertamento in conseguenza di un uso distorto della dichiarazione risarcitoria.

La casistica in cui può trovare applicazione l'art. 34, comma 3, c.p.a. potrebbe essere ulteriormente integrata. Vi si potrebbe, quindi, far ricadere anche l'ipotesi in cui l'annullamento si riveli inutile perché il provvedimento impugnato è stato causa di una attività di esecuzione già attuata ⁽⁴¹⁾ e non più rimovibile (come

⁽³⁹⁾ Spunti in tal senso si ricavano dalla più volte citata pronuncia Cons. Stato, Ad. Plen. n. 13/2017, che opera un esplicito richiamo all'art. 34, comma 1, lett. a), c.p.a.

⁽⁴⁰⁾ Giusto, pertanto, richiamare il recente studio di S. VACCARI, *L'invalidità parziale del provvedimento amministrativo*, Torino, 2024.

⁽⁴¹⁾ Un caso peculiare è stato affrontato da T.A.R. Lombardia, Milano, 12 marzo 2026, n. 1181. In materia di conferimento di incarichi universitari già esauriti, T.A.R. Piemonte, 12 maggio 2025, n. 790.

varrebbe, ad esempio, per un'ordinanza di demolizione adempiuta ⁽⁴²⁾ o per l'aggiudicazione di un appalto per l'esecuzione di un'opera già realizzata) o anche il caso in cui una sopravvenuta disposizione di legge (o, più semplicemente, la modifica di uno strumento urbanistico) renda il risultato giuridico a cui la caducazione concorrerebbe inattuabile, nonché l'ipotesi in cui il provvedimento originariamente impugnato risulti superato da un successivo atto amministrativo che, ad esempio, ne riproduca sostanzialmente gli effetti.

Consapevoli, però, che una descrizione completa dei casi in cui l'annullamento si dimostra inutile è forse impossibile (dipendendo dall'amplissima varietà che possono presentare le fattispecie concrete), è forse più proficuo orientare l'indagine verso gli altri limiti di applicazione dell'istituto disciplinato dalla disposizione in esame.

Vale, quindi, ribadire che la pronuncia di mero accertamento dell'illegittimità è subordinata dall'art. 34, comma 3, c.p.a. alla sussistenza del solo interesse risarcitorio.

Se ne deduce che, in qualsiasi altro caso in cui detto specifico interesse non sia fatto valere, è precluso al giudice di pronunciare sentenze di mero accertamento che non siano quelle, generali, di rigetto nel merito dell'impugnazione. In questo senso, peraltro, sembra essere orientata anche l'interpretazione che si ricava dalla citata posizione assunta dalla Plenaria.

Le ragioni alla base del limite sono comprensibili.

È noto, infatti, il disfavore verso l'introduzione di un'azione generale di mero accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa; è altrettanto noto che questo rimedio, che pure era stato previsto nella bozza del codice di rito, venne espunto dal testo definitivamente approvato dal legislatore delegato.

Di contro, la pur ristretta ammissibilità di una pronuncia meramente dichiarativa — perché collegata all'interesse risarcitorio — verosimilmente è stata introdotta perché si è inteso che, diver-

(42) T.A.R. Calabria, Catanzaro, 8 aprile 2025, n. 658.

samente, non si potrebbe dare concreta applicazione di quanto previsto dall'art. 30, comma 5, nei casi in cui, nel corso del giudizio, sopraggiunga l'inutilità dell'annullamento (ma su questo aspetto sarà necessario, in seguito, tornare).

Vero gli è, tuttavia, che, per il modo con cui l'art. 34, comma 3, c.p.a. viene interpretato dalla giurisprudenza, può facilmente emergere una sorta di estensione surrettizia della pronuncia di mera illegittimità, che, nei fatti, si spinge oltre la sussistenza del suddetto, specifico, interesse.

Come si è detto, infatti, è sufficiente la dichiarazione del ricorrente d'intendere coltivare la pretesa risarcitoria (la cui fondatezza e consistenza sono insindacabili nel preliminare giudizio d'impugnazione), affinché il giudice sia comunque tenuto a pronunciarsi sulla fondatezza delle ragioni d'illegittimità dedotte con la domanda di annullamento.

Questo, tuttavia, non comporta che, ottenuta siffatta pronuncia, l'azione risarcitoria debba essere necessariamente esperita, giacché tale iniziativa è, comunque, subordinata al successivo arbitrio dell'interessato il quale non è in alcun modo impegnato dalla dichiarazione che il difensore abbia resa nel giudizio di annullamento. Né costui è soggetto a qualsivoglia sanzione, per il caso in cui egli non si attivasse in modo coerente con la dichiarazione data.

Non di meno, quando pure il ricorrente trascurasse, poi, di agire in sede risarcitoria, egli verrebbe ugualmente a disporre, per conseguenza della sua semplice dichiarazione, di una sentenza nel merito della controversia, tale da accertare l'invalidità dell'atto.

Di questa sentenza, pertanto, il ricorrente potrebbe avvalersi al fine di pretendere che l'autorità amministrativa vi si conformasse e allo scopo, ulteriore e eventuale, di ottenere l'esecuzione coattiva in sede di ottemperanza dei relativi obblighi conformativi. Nel che si traduce, essenzialmente, proprio l'interesse sostanziale a una pronuncia meramente dichiarativa, se la relativa azione fosse contemplata nel nostro sistema di giustizia amministrativa.

Per questi motivi, può concretamente attuarsi, in via di fatto, quasi una sorta di generalizzazione dell'azione di accertamento, sia pur raggiunta attraverso l'espedito della preliminare promozione di una domanda di annullamento destinata all'*inutilità* a cui poi faccia seguito una dichiarazione risarcitoria puramente strumentale.

Si potrebbe persino opinare che il ricorrente potrebbe impugnare un provvedimento amministrativo il cui annullamento sia *ab origine* inutile, al solo scopo di attivare il meccanismo dell'art. 34, comma 3, c.p.a. e di godere degli effetti conformativi del relativo accertamento.

Se questa estrema ipotesi non può essere seguita, invero, è solo perché la lettera della legge lo preclude esplicitamente. L'art. 34, comma 3, c.p.a., infatti, consente al giudice di procedere all'accertamento solo quando l'annullamento divenga inutile «in corso di giudizio» ⁽⁴³⁾. Quando, pertanto, l'inutilità dell'annullamento fosse raggiunta in un momento anteriore all'esperimento dell'azione di annullamento, graverebbe sull'interessato l'onere d'introdurre direttamente l'azione risarcitoria in via autonoma ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. (e non ai sensi dell'art. 30, comma 5), così da dover collegare l'accertamento dell'illegittimità a un interesse aquiliano concretamente perseguito e senza poter ricercare un risultato esclusivamente conformativo.

Ma – anche concepita la fattispecie nei riferiti, e più ristretti, termini – la dichiarazione risarcitoria imposta al ricorrente, con le

⁽⁴³⁾ Questo comporta, a ben vedere, che, nei casi dell'art. 34, comma 3, non è sufficiente la dichiarazione dell'interesse risarcitorio per ritenersi sussistente l'interesse processuale ad ottenere una pronuncia sulla legittimità dell'atto. È anche necessario, invece, che il giudice esamini se, al momento della introduzione della domanda, sussistesse un interesse ad ottenere l'annullamento. In questa prospettiva, Cons. Stato, 2 gennaio 2023, n. 4. Altro, più ampio, problema è quello di valutare se l'interesse alla pronuncia dichiarativa possa dipendere da peculiari ragioni di sopravvenuto difetto a ricorrere della domanda di annullamento originariamente introdotta. Il caso è quello in cui il ricorrente non impugni i provvedimenti successivi al provvedimento impugnato, facendo venir meno l'interesse all'annullamento di questo stesso. In questi casi, la giurisprudenza sembra negare la possibilità di ottenere una pronuncia meramente risarcitoria. Così Cons. Stato, 2 gennaio 2023, n. 4.

caratteristiche di sufficienza e d'insindacabilità nella sua fondatezza che essa porta seco, non impedisce che il ricorrente possa farne un uso strumentale, distorto e, tuttavia, lecito ⁽⁴⁴⁾. Il che suscita un ulteriore, e non lieve, dubbio sulla tenuta dell'impianto ricostruttivo con cui la giurisprudenza ha definito l'interpretazione dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

Questa critica, che pure potrebbe apparire severa, non è tale, però, nella realtà dei fatti.

Come si è anticipato *in limine* a questo studio, si è persuasi che la soluzione indicata dalla Plenaria sia, in definitiva, accettabile.

Ma è accettabile solo in quanto essa risulta, in un certo senso, una sorta di conseguenza quasi imposta da alcune peculiarità proprie dell'azione risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo, le quali sono state frutto di una specifica scelta del legislatore, ma che, non di meno, avrebbero potuto essere evitate.

Ed è proprio su queste peculiarità che è utile, infine, soffermarsi, a ulteriore dimostrazione della centralità della disposizione la cui esegesi viene qui affrontata.

10. Potenziale utilizzo distorto dell'azione risarcitoria introdotta in via autonoma, al fine di ottenere la produzione di effetti conformativi. La peculiare estensione, nelle azioni risarcitorie per lesione dell'interesse legittimo, della cosa giudicata anche alla questione relativa all'antigiuridicità della condotta. Le ragioni di una tale estensione.

Il tema appena trattato, concernente l'utilizzazione distorta della sentenza di mera illegittimità, muove dall'implicito presupposto

⁽⁴⁴⁾ Tale eventualità, verosimilmente, non era sfuggita agli estensori del codice, giacché a essa sembra collegata la partecipazione, nel processo meramente risarcitorio, del beneficiario dell'attività illegittima (nonostante costui non subisca gli effetti dell'annullamento, né sia chiamato a sostenere il danno). Sicché il controinteressato, che si trasforma in beneficiario quando il giudice sia chiamato a pronunciare ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a. è legittimato a impugnare la sentenza meramente dichiarativa proprio in vista dell'utilità di impedire la formazione degli effetti conformativi. Sul tema ci si è diffusi in altro studio: F. VOLPE, *Il beneficiario nel processo amministrativo di condanna*, in *giustiziainsieme.it*, 2026.

per il quale la medesima sentenza è tale da definire il giudizio nel merito con parziale (come si vedrà) accoglimento della domanda.

Per di più, essa è in grado di formare cosa giudicata sostanziale ⁽⁴⁵⁾.

Per entrambi i motivi, essa è in grado di costituire potenziale fonte (indiretta ⁽⁴⁶⁾) di effetti conformativi.

Una conclusione diversa, circa il valore della pronuncia, non può essere prospettata: la medesima pronuncia, in effetti, non può essere qualificata alla stregua di una sentenza in rito, almeno per quel suo capo in cui essa statuisce sull'illegittimità e, ai sensi dell'art. 2909 c.c., l'accertamento contenuto in una sentenza di merito è naturalmente destinato a far stato tra le parti.

Da questo rilievo, tuttavia, si traggono conseguenze che, se pur implicite, ugualmente non sembrano poter essere contestate, a pena di discostarsi dall'enunciato della legge.

Più in particolare, da quanto appena osservato circa l'attitudine della sentenza meramente dichiarativa di formare cosa giudicata, deriva che, al fine di ottenere la tutela aquiliana dell'interesse legittimo, è sempre necessario procedere da un accertamento coperto dal valore di giudicato sostanziale circa l'illegittimità del provvedimento amministrativo che è assunto quale causa del danno. Diversamente, non avrebbe alcun senso lo stesso art. 34, comma 3.

Questa, a ben vedere, è una soluzione imposta, per lo specifico caso della tutela dell'interesse legittimo, dal diritto positivo, ma non risponde ad alcuna ragione generale.

⁽⁴⁵⁾ A tale conclusione perviene anche Cons. Stato, 2 febbraio 2023, n. 1171, con la pronuncia assunta nella fase di rinvio seguita a Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2022: «A sua volta, la dichiarazione di interesse risarcitorio in funzione dell'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato mira a provocare una pronuncia che seppur non modificativa della realtà giuridica, come invece quella demolitoria di annullamento, verte comunque su un'antecedente logico-giuridico dell'azione risarcitoria, per la quale è conseguentemente predicabile l'attitudine a divenire cosa giudicata in senso sostanziale ai sensi dell'art. 2909 del codice civile».

⁽⁴⁶⁾ F. VOLPE, *Il processo amministrativo dalla prospettiva del cointeressato*, Torino, 2025, 96 ss.

Come vale per ogni altra controversia risarcitoria, almeno per ogni controversia aquiliana, anche nelle controversie risarcitorie per lesione dell'interesse legittimo, infatti, l'oggetto dell'accertamento si concentra, in primo luogo, sull'esistenza o sull'inesistenza del diritto al risarcimento del danno.

Diritto che, a sua volta, trova fonte nell'illecito, del quale l'illegittimità del provvedimento amministrativo è una componente, mirando a definire l'antigiuridicità della condotta.

Rispetto all'oggetto dell'accertamento così circoscritto, pertanto, il sindacato sulla legittimità del provvedimento e sull'eventuale lesione dell'interesse legittimo, di per sé, non dovrebbe formare cosa giudicata materiale.

Esso — dovendo essere affrontato in sede di trattazione di una questione che inerisce all'esistenza dell'illecito e quindi del titolo posto a fondamento del diritto fatto valere — si qualifica in termini di semplice pregiudizialità tecnica ⁽⁴⁷⁾.

L'esame condotto sull'illegittimità, pertanto, avrebbe ad oggetto una questione strutturalmente inadatta a fare stato ai fini dell'accertamento del diritto risarcitorio. Tanto più detto sindacato sarebbe inadatto a formare cosa giudicata anche perché, nel processo amministrativo, non trova applicazione il diverso principio stabilito dall'art. 34 c.p.c., il quale consente a ciascuna delle parti di estendere il giudicato al contenuto di siffatte, pregiudiziali, questioni.

Nulla impediva, perciò, al legislatore di stabilire che anche l'azione risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo si fondasse su un accertamento dell'illegittimità condotto in via pregiudiziale e senza efficacia di cosa giudicata.

In tal caso, si sarebbe dovuto, forse, introdurre una deroga al disposto dell'art. 8, c.p.a., il quale, pur consentendo al giudice speciale di conoscere, in tale sede, solo le questioni relative a diritti, vieta allo stesso giudice di sindacare in tal modo questioni

⁽⁴⁷⁾ Furono appunto queste le ragioni che condussero Cass., Sez. Un., 22 luglio 1999, n. 500, a riferire alla giurisdizione ordinaria il sindacato sulle controversie risarcitorie per lesione dell'interesse legittimo, prima che sopravvenisse la riforma dell'art. 7, legge T.A.R., ad opera della novella del 2000.

che ineriscono alla legittimità dell'azione amministrativa⁽⁴⁸⁾. Non di meno, questa deroga sarebbe stata compensata da una più armonica disciplina dell'azione risarcitoria.

In effetti, se il legislatore avesse inteso applicare il modello generale, anche quanto al risarcimento per lesione dell'interesse legittimo, neppure avrebbe avuto senso prevedere che, quando l'annullamento diventa inutile, il giudice sia tenuto ad accertare l'illegittimità dell'atto pur caducato.

Un tale sindacato sull'illegittimità sarebbe stato trasferito nella successiva controversia risarcitoria, purché effettivamente e concretamente esperita nei termini dell'art. 30, comma 5, c.p.a. e, ivi, il medesimo sindacato sarebbe stato compiuto, appunto, nella consueta sede di pregiudizialità.

Per questo motivo, neppure si sarebbe stati costretti a prevedere, come, invece, la giurisprudenza è stata indotta a compiere, la necessità di una dichiarazione risarcitoria da esternare nel preventivo giudizio di annullamento, a fronte dell'impossibilità di esprimere un sindacato sulla fondatezza della relativa pretesa in sede di azione di annullamento, con le conseguenze asistematiche che si è creduto di potervi riferire, per il contenuto di rinuncia sostanziale al diritto che la mancata produzione di tale dichiarazione implica.

(48) Questa tesi troverebbe fondamento nel silenzio che l'art. 8 (ma, allo stesso modo, anche il previgente art. 28 del Testo Unico) riserva alle questioni pregiudiziali sulle questioni di legittimità e potrebbe trovare giustificazione osservando che, se un tale sindacato fosse ammissibile, si consentirebbe una sorta di elusione dei differenti termini perentori che vigono per qualsiasi azione che rientri nella giurisdizione di legittimità. La medesima tesi, invece, potrebbe trovare un minor sostegno nell'assimilare questa cognizione incidentale a una sorta di disapplicazione che, come si sa, è generalmente preclusa al giudice amministrativo, atteso che detto sindacato non mirerebbe a far sì che il giudice decida la controversia risarcitoria come se l'atto non esistesse, ma proprio sulla base della sua esistenza. Peraltro, la possibilità di un sindacato incidentale su questioni di legittimità non è esclusa, in astratto, da alcuni tra coloro che hanno approfondito il tema. Così, A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, 46 ss. (secondo il quale, in un processo in cui sia stato impugnato un atto di autoannullamento, sarebbe possibile per il giudice valutare incidentalmente la legittimità dell'atto autoannullato); v., inoltre, anche G. PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 189 ss.

Infine, non essendo necessaria tale formale, ma insindacabile, dichiarazione, neppure si sarebbe potuto costruire quell'uso distorto (perché conformativo e non risarcitorio) della sentenza che pure, nell'attuale sistema, è in grado di emergere.

Se, tuttavia, il legislatore ha ritenuto di attrarre nella cosa giudicata l'accertamento dell'illegittimità dell'azione amministrativa, le ragioni vanno ravvisate altrove.

Si tratta di ragioni che derivano dal modo, piuttosto contrastato, con cui la tutela risarcitoria dell'interesse legittimo si è inserita nel più ampio problema del riparto tra le giurisdizioni ⁽⁴⁹⁾.

Più precisamente, dette ragioni sono coerenti con l'intento di ricondurre la medesima azione risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo nell'alveo della giurisdizione generale di legittimità, di per sé non limitata a specifiche controversie o a enucleate materie.

Se, infatti, ci si fosse limitati a stabilire che, anche quando si discute della lesione dell'interesse legittimo, l'accertamento si restringe all'esistenza della pretesa risarcitoria (riducendo la valutazione dell'illegittimità/antigiuridicità al ruolo di pregiudiziale tecnica), si sarebbe dovuto giocoforza esplicitamente riconoscere (nonostante alcune affermazioni, non del tutto persuasive, della stessa Corte costituzionale ⁽⁵⁰⁾) che la relativa azione concerne-

⁽⁴⁹⁾ Sembra, viceversa, *riduzionistica* la spiegazione prospettata da S. GARDINI, *Riflessioni*, cit., del potere di accertamento dell'illegittimità già in sede di definizione del processo di annullamento e che si spiegherebbe nell'opportunità di non sprecare il lavoro istruttorio già compiuto dal giudice.

⁽⁵⁰⁾ Non sembra del tutto convincente, infatti, la tesi sostenuta da Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204, secondo la quale: «dichiarazione di incostituzionalità non investe in alcun modo — nonostante i rimettenti ne adducano il disposto a sostegno delle loro censure — l'art. 7 della legge n. 205 del 2000, nella parte in cui (lettera c) sostituisce l'art. 35 del d.lgs. n. 80 del 1998: il potere riconosciuto al giudice amministrativo di disporre, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto non costituisce sotto alcun profilo una nuova "materia" attribuita alla sua giurisdizione, bensì uno strumento di tutela ulteriore, rispetto a quello classico demolitorio (e/o conformativo), da utilizzare per rendere giustizia al cittadino nei confronti della pubblica amministrazione». Una critica era stata formulata preventivamente e *in nuce* già da A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la legge n. 205 del 2000 (epitaffio per un sistema)*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 602 ss.: «In questa prospettiva,

rebbe diritti soggettivi: concernerebbe, appunto, l'esistenza del diritto al risarcimento.

Si verserebbe, quindi, in una ipotesi di giurisdizione esclusiva, soggetta ai ben noti limiti di materia stabiliti dall'art. 103 Cost.

In tal modo, però, sarebbe stata vanificata la conclusione di quel processo evolutivo concernente questa peculiare forma di tutela risarcitoria, che è iniziato dapprima, nel 2000, con la *chirurgica* riforma dell'art. 7, legge T.A.R. e che, poi, è proseguito attraverso la nota contrapposizione, *in subiecta materia*, tra la Corte di cassazione e il Consiglio di Stato, sino a pervenire all'apparente *compromesso* consustanziato nell'art. 30 c.p.a. ⁽⁵¹⁾.

L'accertamento con efficacia della cosa giudicata, pertanto, è stato verosimilmente introdotto in quanto esso è stato ritenuto strumentale al fine di confermare e di giustificare il mantenimento dell'azione di condanna per lesione dell'interesse legittimo nel quadro della giurisdizione generale del giudice speciale. Poiché per risarcire l'interesse legittimo sarebbe necessario disporre di un giudicato sostanziale sull'illegittimità dell'azione amministrativa, la relativa tutela non potrebbe trovare spazio in nessun'altra sede che non sia quella della giurisdizione generale del Consiglio di Stato.

allora si dovrebbe concludere che il giudice amministrativo potrebbe giudicare di diritti patrimoniali nei confronti dell'amministrazione, e segnatamente di quelli risarcitori, solo come lineare sviluppo dell'accoglimento di una rituale e tempestiva domanda di annullamento del provvedimento che li avesse arrecati al ricorrente: nell'unica ipotesi, cioè, nella quale davvero si avverte l'esigenza di evitare al ricorrente vittorioso il gravissimo peso di una duplicazione di giudizi. Fino ad un rilievo ulteriore: che, allora, l'innovazione legislativa così definita, si risolverebbe non tanto in un ampliamento della giurisdizione amministrativa, ma nella configurazione dell'innesto in essa di una sorta di azione civile. E a questa considerazione finale: la portata di tale innovazione, così ricostruita, meno difficilmente potrebbe essere considerata non in contrasto con le disposizioni costituzionali ancora vigenti, e, in particolare, con l'art. 103, comma 1. Non in un contrasto così macroscopico, almeno, col quale essa si porrebbe, se delineata in termini viceversa massimalistici: come vera e propria estensione ai diritti patrimoniali, e specificamente risarcitori, della giurisdizione spettante al giudice amministrativo; e non soltanto di quella esclusiva: anche di quella tradizionale di sola legittimità».

⁽⁵¹⁾ Si ritiene di essere esonerati dal dovere di produrre riferimenti alla questione, essendo notissima e tra le più dibattute negli ultimi venticinque anni di studi sul processo amministrativo.

In definitiva, la sentenza di accertamento della mera illegittimità del provvedimento, prevista dall'art. 34, comma 3, c.p.a., risponde a ben precise impostazioni, per così dire, *ideologiche* e di *politica giurisdizionale*.

Se queste sono state le ragioni sostanziali che hanno condotto all'attrazione, positivamente stabilita, del sindacato sulla legittimità dell'azione amministrativa nell'oggetto del giudicato sostanziale, questo non vuol dire, però, che, strutturalmente, l'azione risarcitoria, anche quando si tratti di lesione dell'interesse, non attenga comunque (anche) a diritti soggettivi e al diritto al risarcitorio, in particolare.

Questo rilievo porta, ancora una volta, a riflettere su come il concetto di giurisdizione di legittimità risulti ampliato rispetto al disegno costituzionale, a conferma della centralità di quel più ampio problema a cui già si è fatto riferimento.

11. Il potenziale uso distorto dell'azione risarcitoria autonoma, introdotta ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a., allo scopo di recuperare indirettamente la decadenza dal termine d'impugnazione.

Senza voler, tuttavia, affrontare espressamente tale più vasto problema – l'occasione e lo scopo della presente indagine non vi sono dedicati – e accettando come, dall'art. 34, comma 3, c.p.a., si evinca che l'accertamento sull'illegittimità è idoneo a formare cosa giudicata, non possono tuttavia trascurarsi le ulteriori conseguenze che ne derivano.

Esse vanno ravvisate nel doversi riconoscere che — poiché non vi è ragione di distinguere tra le controversie risarcitorie insorte a seguito dell'applicazione dell'art. 34, comma 3 e le altre controversie risarcitorie per lesione dell'interesse comunque generate — in tutte queste controversie il sindacato sulla legittimità è ugualmente, *e sempre*, coperto della cosa giudicata.

Questo vale, in particolar modo, anche per le controversie risarcitorie dedotte in via autonoma ai sensi dell'art. 30, comma 3, c.p.a. nel termine di centoventi giorni «dal giorno in cui il fatto

si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo», senza che nessun annullamento venga chiesto e, quindi, senza che nemmeno venga pronunciato.

Tuttavia, la sentenza che condanna al risarcimento del danno, a seguito di azione introdotta in via autonoma — proprio perché essa fa stato, oltre che sull'esistenza del diritto, anche sulla pregiudiziale questione di legittimità — non esaurisce la sua funzione nella produzione del titolo esecutivo, ma, come vale per ogni pronuncia giurisdizionale che interessi un'autorità amministrativa, si pone anch'essa come fonte di effetti conformativi, esattamente come si è visto avvenire per la sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

Vengono così a emergere, anche con riguardo a questa ipotesi, possibili utilizzi distorti del giudicato sull'illegittimità, analoghi a quelli che già è sembrato doversi cogliere con riguardo alla sentenza meramente dichiarativa dell'illegittimità.

Si può, infatti, ipotizzare che, quando pure si fosse in presenza di una sentenza statuita sulla base dell'art. 30, comma 3, c.p.a., la quale accertasse l'esistenza del diritto risarcitorio e quando pure la relativa condanna fosse quantificata secondo importi molto modesti o addirittura pari a zero (per quanto comporta l'applicazione dell'art. 1227 c.c. aggravato, così come recepito dall'art. 30, comma 3, secondo capoverso), l'autorità amministrativa, chiamata ad adeguare la situazione di fatto e di diritto a quanto stabilito dal giudice, dovrebbe procedere ad autoannullamento doveroso del provvedimento, in adesione a quel principio, mai pienamente smentito, secondo il quale la pubblica amministrazione è tenuta a caducare i propri atti quando il giudice ne abbia accertato l'illegittimità senza però poter disporre da sé l'annullamento ⁽⁵²⁾.

⁽⁵²⁾ E. CANNADA BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 488: «Probabilmente appare dovuto anche l'annullamento di un atto di cui, su istanza dell'amministrazione, sia stata ritenuta *incidenter tantum* l'illegittimità». V. anche M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1976, 209 s.; A.M. SANDULLI, *Manuale di*

Poiché, però, l'azione risarcitoria dedotta in via autonoma è soggetta a un termine più esteso di quello previsto per l'azione di annullamento, è evidente che, in tal modo, si otterrebbe di recuperare decadenze ormai maturate e di pervenire comunque alla caducazione dell'atto.

Per mano, questa volta della stessa autorità amministrativa (ma sotto la sanzione del giudizio di ottemperanza), anziché in forza dell'azione diretta del giudice.

12. Struttura complessa della sentenza pronunciata ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a.

Al di là dei profili distorsivi che sono in grado di generare, le ricadute che l'estensione del giudicato alla questione di legittimità imposta nell'azione risarcitoria appaiono ancora più incidenti ove siano riferite allo schema generale dell'azione di annullamento e, quindi, ai profili generali del processo amministrativo di legittimità.

L'accertamento della mera illegittimità dell'atto ai sensi dell'art. 34, comma 3, c.p.a., deve intendersi, infatti, alla stregua di una risposta, sia pure parziale, alla domanda di annullamento avanzata *ab origine* con il ricorso introduttivo della lite, stante il fatto che il giudice è tenuto al principio della domanda e perché (ad ulteriore dimostrazione del fatto che si versa in un'ipotesi di *emendatio libelli*) risulta difficile postulare che detta domanda possa essere convertita, per volontà di legge, in altra domanda che l'interessato non abbia inteso far valere al momento dell'introduzione del ricorso.

Più precisamente, si reputa, anche alla luce di quanto l'art. 34 dispone, che, nell'esperire l'azione dell'art. 29 c.p.a., il ricorrente faccia valere una domanda complessa, perché composta da due sottodomande elementari.

diritto amministrativo, Napoli, 1989, 730 ss.; C.E. GALLO, *Ottemperanza (giudizio di)*, in *Enc. del dir., Ann.*, vol. II, 2008, 820 ss.; S. MENCHINI, *La tutela del giudice ordinario*, cit., 3713 ss. Più di recente il tema è stato ripreso anche da F. GOISIS, *Giudicato dell'AGO reso tra privati e vincolo sulla successiva attività amministrativa: res inter alios judicata tertiis neque nocet neque prodest?*, in *Dir. proc. amm.*, 2023, 650 ss.

La prima attiene all'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ⁽⁵³⁾. Essa, anzi, si deve intendere articolata secondo ciascuno dei motivi d'impugnazione fatti valere, i quali esprimono un particolare profilo di validità del provvedimento alla luce del singolo parametro di conformità a legge.

La seconda sottodomanda, invece, è diretta, sul presupposto logico dell'accoglimento della prima, ad ottenere i veri e propri effetti costitutivi e di caducazione del provvedimento.

Cosicché, a ben vedere, è solo con riferimento a questa seconda sottodomanda che il giudice, quando l'annullamento sia diventato inutile, pronuncia sentenza d'improcedibilità per sopravvenuto difetto d'interesse, rimanendo inalterato il dovere di pronunciarsi sulla prima sottodomanda che, a questo punto, acquista rilevanza autonoma e tale da meritare una specifica pronuncia sul merito, quando sussista, perché dichiarato, l'interesse risarcitorio.

La sentenza a cui l'art. 34, comma 3, c.p.a. si riferisce, pertanto, ha contenuto esso stesso complesso.

Per quanto attiene alla sottodomanda costitutiva, essa è sentenza in rito. Per quanto attiene alla risposta resa alla sottodomanda di accertamento, essa è sentenza sul merito.

Questa ricostruzione pare coerente con la tesi, sviluppata già in esordio, che ravvisa in questi casi una *emendatio libelli* di tipo riduttivo.

Essa comporta però il sostenere — in questo senso confortati dall'esplicito riferimento della lettera della legge — che, poiché la sentenza resa sulla base dell'art. 34, comma 3, c.p.a. si pronuncia su parte della complessa domanda presentata dal ricorrente con il ricorso per annullamento e poiché, anzi, detta sentenza si pronuncia specificamente sul contenuto di accertamento a cui la

⁽⁵³⁾ In questi termini, S. BACCARINI, "Scelta" delle azioni, cit., 1267: «Anche l'art. 34, comma 3, cospira a questo esito: quando il ricorrente non ha più interesse al bene richiesto, la pronuncia del giudice limita il suo contenuto al mero accertamento, in quanto il più (l'annullamento) contiene il meno (l'accertamento) e quando le regole del gioco sono rispettate non si può limitare la libertà del soggetto nel chiedere (e ottenere) una tutela minore di quella possibile».

medesima domanda è diretta, allora l'accertamento giudiziale, quale si forma nel processo amministrativo di annullamento, non può essere che di tipo oggettivo ⁽⁵⁴⁾.

Esso concerne, cioè un fatto: se il provvedimento amministrativo sia valido o no, ove raffrontato con il parametro della norma generale e astratta, tanto più che è in quanto fatto che detto accertamento rientra tra gli elementi della più ampia valutazione sulla sussistenza dell'illecito che dà origine al futuro risarcimento.

Di contro, questa ricostruzione porta a negare che l'accertamento compiuto in sede di processo di annullamento si formi sul *rapporto* corrente tra il privato e l'autorità amministrativa, qualunque cosa questa espressione voglia mai significare.

Perciò, in ragione di quanto l'art. 34 c.p.a. testualmente indica, il giudice non è chiamato a esprimere alcun sindacato di tipo soggettivo sull'esistenza o sull'inesistenza di due situazioni giuridiche contrapposte in un rapporto giuridico: vale a dire l'interesse legittimo e il potere imperativo dell'ente pubblico.

Sono, a questo punto, evidenti le ricadute di sistema che questa conclusione è in grado di generare. Esse sono tali da porre in dubbio la stabilità della stessa ricostruzione generale sulla funzione del processo amministrativo, quale è stata prevalentemente (ma, a dire il vero, non totalitariamente) avanzata nell'ultimo mezzo secolo dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

La medesima conclusione, naturalmente, non comporta che sull'amministrazione non debbano ugualmente gravare limiti alla riedizione del potere (è sommamente questo il fine che i propugnatori della giurisdizione di tipo soggettivo perseguono), perché questi medesimi limiti potrebbero essere ugualmente giustificati anche a voler favorire una prospettiva oggettivistica del processo e seguendo un diverso percorso argomentativo, che qui non si riprende per evitare di ripetere quanto altrove sostenuto ⁽⁵⁵⁾.

⁽⁵⁴⁾ Il rilievo è stato colto anche da A. DAPAS - L. VIOLA, *L'accertamento dell'illegittimità*, cit., 669 ss.

⁽⁵⁵⁾ F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 226 ss.; Id., *Il processo amministrativo dalla prospettiva*

Né tutto questo comporta che dalla sentenza, più in generale, non possano sorgere effetti conformativi che pure dovrebbero essere, a questo punto, altrimenti giustificati.

Il rilievo, tuttavia, è utile a mettere in luce come l'art. 34, comma 3, c.p.a., possa essere inteso alla stregua di un vero argomento portante a favore di una concezione del processo ritenuta oggi declinante, ma di cui, anche per altre ragioni, se ne colgono sempre più frequentemente i bagliori, sotto la coltre di una diversa impostazione che non sempre riesce a celarli ⁽⁵⁶⁾.

13. Conclusioni.

Giunti al termine di questo percorso, si confida di aver dato dimostrazione di quale sia la centralità della previsione contenuta nell'art. 34, comma 3, in merito a importanti temi strutturali del processo amministrativo.

Si tratta, infatti, di una disposizione dai risvolti ben più estesi di quelli apparentemente propri, i quali finiscono per incidere su diversi profili del processo e, in particolare: sulla struttura dell'azione risarcitoria; sulla possibilità di utilizzare la sentenza di mero accertamento per ottenere risultati conformativi, in sé leciti, ma distorti, se raffrontati con lo scopo per cui l'art. 34, comma 3, c.p.a. è stato introdotto; persino sull'oggetto generale dell'accertamento proprio dei processi celebrati nella giurisdizione generale di legittimità.

Di tale disposizione, verosimilmente, non vi sarebbe stato bisogno se, allo scopo di ricondurre l'azione risarcitoria per lesione dell'interesse legittimo nella giurisdizione generale di legittimità (sottraendola alla sua sede più pertinente, ed eventuale, della tipizzata giurisdizione esclusiva), il legislatore non avesse inteso comprendere nell'oggetto della cosa giudicata anche quanto sin-

del cointeressato, cit., 101 ss.

⁽⁵⁶⁾ Si rinvia così alle dotte suggestioni proposte da M. MAGRI, *Genesis e protezione delle posizioni giuridiche soggettive avverso il potere pubblico: per un ripensamento della teoria della "delegittimazione" ad agire nel processo amministrativo*, in *PA Persona e amministrazione*, 2023, 1 ss.

dacato in sede pregiudiziale sulla legittimità del provvedimento che sia fonte del danno.

Tutti questi rilievi dimostrano che il modo controverso con cui la tutela aquiliana è stata concretamente recepita, dopo la sentenza del 1999 che l'ha fondata, è stato, ed è tuttora, fonte di gravi ripercussioni sul sistema generale di giustizia amministrativa.

Il tutto a conferma di quanto sostenne un illustre giurista ⁽⁵⁷⁾: se un soggetto, ingenuo come *Émile*, pervenisse ai nostri lidi e si cercasse di spiegargli come funziona il nostro complicato apparato di tutele, probabilmente egli non ne trarrebbe un giudizio del tutto elativo.

Il materiale normativo, tuttavia, è quello che viene dato dalla legge e l'interprete non ha facoltà di sceglierselo.

Non resta, pertanto, che cercare di riportare al maggior grado di coerenza possibile quel che, oggettivamente, del tutto coerente non è.

ABSTRACT: Il contributo mira ad analizzare i profili sistematici derivanti dalla disposizione dell'art. 34, comma 3, c.p.a., partendo dai principi sanciti dalla giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria.

ABSTRACT: *The paper aims at analyzing the systematic implications deriving from the provisions of Article 34, paragraph 3, Code of Administrative Trial, starting from the relevant principles established by the case law of the Grand Chamber (Plenary Assembly) of the Italian Council of State.*

⁽⁵⁷⁾ A. ROMANO, *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa*, cit., *passim*.

La riforma Cartabia: luci e ombre del nuovo impianto normativo del rito ordinario

di MARIACARLA GIORGETTI

SOMMARIO: 1. Alcune brevi premesse. — 2. Verifiche preliminari e memorie integrative: anticipazione della trattazione o vera fase preparatoria? — 3. La centralità della fase introduttiva. — 4. Le verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.* come direzione del processo o controllo anticipato e formale? — 5. Le valutazioni svolte dal giudice “in solitaria” e il limite del contraddittorio preliminare. — 6. Memorie *ex art. 171-ter c.p.c.* e le preclusioni anticipate. — 7. Le nuove ordinanze sommarie *ex artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.* — 8. Il rito semplificato di cognizione come risposta differenziata o ulteriore incertezza applicativa? — 9. Spunti comparatistici: il confronto con l’ordinamento francese. — 9.1. Il confronto con l’ordinamento svizzero: semplificazione e completezza della cognizione. — 10. Conclusione.

1. Alcune brevi premesse.

La riforma del processo civile introdotta dal d.lgs. n. 149 del 2022, successivamente incisa dal decreto correttivo n. 164 del 2024, si colloca in un contesto segnato da una parte dall’esigenza di dare attuazione agli impegni assunti nell’ambito del PNRR e dall’altro, dalla necessità di intervenire su un processo di cognizione ordinaria percepito come eccessivamente lungo, frammentato e scarsamente prevedibile nei suoi tempi di definizione.

Tuttavia, l’accelerazione impressa al legislatore, aggravata dall’anticipazione dell’entrata in vigore di molte disposizioni, non ha favorito la piena “maturazione tecnica” delle soluzioni adottate: da ciò è derivato un modello processuale che, pur perseguendo obiettivi condivisibili di concentrazione, responsabilizzazione delle parti e razionalizzazione dei tempi, appare attraversato da problemi relativi ai rapporti tra rapidità e contraddittorio, scrittura e oralità, anticipazione delle preclusioni e diritto di difesa e tra *case mana-*

gement giudiziale e burocratizzazione delle verifiche preliminari.

Il decreto correttivo, lungi dal costituire un intervento meramente manutentivo, conferma anch'esso l'esistenza di disfunzioni già emerse nella prima applicazione della riforma. In particolare, questo interviene sul raccordo tra il decreto *ex art. 171-bis* c.p.c. e la decorrenza dei termini per le memorie integrative *ex art. 171-ter* c.p.c., senza tuttavia eliminare alcune incertezze operative di fondo: il problema del processo civile italiano non è soltanto quello di anticipare le attività delle parti, bensì quello di predisporre una fase realmente funzionale alla chiarificazione della lite, allo scambio effettivo di informazioni, alla selezione delle questioni controverse e alla razionale scelta del percorso processuale più adeguato. In altri termini, l'anticipazione non coincide necessariamente con la preparazione.

In questa prospettiva, le considerazioni che seguono vogliono porsi in dialogo con le proposte formulate al Prof. Poli negli *«Appunti per lo studio di un progetto di riforma della fase preparatoria e di trattazione del processo civile di cognizione davanti al Tribunale»*, in particolare dove l'Autore muove dalla constatazione dell'insufficienza degli interventi correttivi meramente episodici e prospetta l'esigenza di una «riforma della riforma», che abbia come base una fase preparatoria autonoma, una più razionale allocazione delle risorse processuali e sulla esplicitazione dei principi di proporzionalità, flessibilità e collaborazione. Con il presente scritto si intende condividere, in larga misura, tale impostazione di fondo, cercando al tempo stesso di verificare, dall'interno dell'attuale impianto normativo, quali siano i punti di maggiore frizione e quali correttivi possano risultare più coerenti con la struttura del rito ordinario riformato.

2. Verifiche preliminari e memorie integrative: anticipazione della trattazione o vera fase preparatoria?

Tra gli interventi principali della riforma Cartabia c'è sicuramente quello di aver spostato in avanti il baricentro del processo: l'atto di citazione, la comparsa di risposta e le memorie *ex art. 171-ter* c.p.c. divengono il luogo principale di formazione del

thema decidendum e del *thema probandum*, dovendo in questa sede le parti definire tempestivamente domande, eccezioni, allegazioni, mezzi di prova e produzioni documentali, prima che si realizzi un effettivo confronto orale con il giudice.

Astrattamente, questa anticipazione può apparire coerente con l'esigenza di concentrare il processo e di impedire che la causa arrivi alla prima udienza impreparati; allo stesso tempo però questa non basta a fondare una vera fase preparatoria dal momento che preparare la causa non significa soltanto imporre alle parti di scrivere prima e di precludersi prima ma, piuttosto, creare uno spazio processuale nel quale la controversia possa essere progressivamente chiarita, le questioni controverse possano essere selezionate, le informazioni rilevanti possano essere acquisite e il giudice possa assumere un ruolo effettivamente direttivo, ma nel pieno rispetto del contraddittorio.

In questo senso, la riforma appare ambivalente poiché sembra ispirarsi al modello del processo concentrato e cooperativo, realizzandone però al tempo stesso una versione prevalentemente cartolare: la causa viene “preparata” attraverso una sequenza di atti scritti, scanditi da termini rigidi, più che mediante un'interlocuzione dinamica tra giudice e parti. Il rischio è che la fase introduttiva non divenga il luogo della chiarificazione ma piuttosto quello della cristallizzazione anticipata delle posizioni difensive. Questa differenza è decisiva, in quanto in un modello autenticamente preparatorio, la prima fase del giudizio dovrebbe servire a ridurre la complessità della lite e non semplicemente a trasferirla negli atti introduttivi. Nel modello attuale, invece, la complessità viene spesso anticipata, ma non necessariamente governata. L'avvocato è indotto a formulare da subito difese complete, articolate e prudenzialmente sovrabbondanti; il giudice interviene prima dell'udienza, ma spesso con strumenti prevalentemente formali; la prima udienza sopraggiunge quando molte preclusioni sono già maturate ⁽¹⁾.

⁽¹⁾ D. DALFINO, *Guida sistematica al nuovo processo civile: dopo il d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164 (Correttivo Cartabia)*, Molfetta, 2025.

Si genera così un paradosso per cui il processo diventa più anticipato ma non necessariamente più efficiente; più scritto, ma non necessariamente più chiaro; più concentrato, ma non necessariamente più giusto.

La valutazione coincide, sotto questo profilo, con quella proposta dal Prof. Poli, il quale individua proprio nell'assenza di una fase preparatoria autonoma e funzionalmente definita uno dei limiti più rilevanti del processo di cognizione di primo grado: la mera anticipazione degli atti, infatti, non equivale allo scambio effettivo delle informazioni necessarie alla corretta delimitazione della lite; da ciò discende che una possibile linea di riforma dovrebbe distinguere più chiaramente tra fase introduttiva in senso stretto, fase preparatoria e fase di trattazione, così evitando che tutte le funzioni vengano compresse nella sequenza citazione-comparsa-memorie.

3. La centralità della fase introduttiva.

Sicuramente la riforma va a rafforzare il ruolo degli atti introduttivi: l'atto di citazione deve contenere una più puntuale esposizione dei fatti e degli elementi di diritto; la comparsa di risposta deve assumere una funzione difensiva piena e tempestiva; le memorie *ex art. 171-ter c.p.c.* completano, integrano e stabilizzano il perimetro della controversia.

Questa nuova impostazione va sicuramente a valorizzare la scrittura, evitando che il processo si sviluppi attraverso aggiustamenti successivi, rinvii e progressivi ampliamenti del materiale assertivo e istruttorio; allo stesso tempo però il rafforzamento della scrittura produce un effetto problematico quando non è accompagnato da un corrispondente rafforzamento del dialogo processuale: la trattazione non dovrebbe essere soltanto scambio di atti, ma confronto ordinato tra parti e giudice sulla struttura della lite ⁽²⁾.

Nel nuovo rito, invece, l'udienza va sempre più a perdere la sua funzione di snodo centrale: la prima comparizione delle parti

(2) P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, 7^a ed., Bologna, 2025, 321 ss.

ex art. 183 c.p.c. rischia di ridursi a un momento confermativo di attività già compiute per iscritto. Quando il giudice incontra le parti, il *thema decidendum* e il *thema probandum* sono già largamente formati; le parti hanno già esercitato gran parte dei propri poteri assertivi e istruttori; molte decadenze si sono già consumate ⁽³⁾.

Ciò non significa rimpiangere un modello processuale fondato sulla dilatazione delle udienze o sul rinvio sistematico ma piuttosto, ribadire che l'oralità non è un residuo arcaico del processo, ma una garanzia funzionale alla comprensione della controversia: l'udienza consente al giudice di porre domande, di sollecitare chiarimenti, di verificare la reale portata delle domande e delle eccezioni, di individuare i punti non contestati, di orientare le parti verso una possibile soluzione conciliativa o verso il rito più adeguato.

Ed infatti, un processo solo cartolare può essere ordinato, ma non necessariamente efficace; può essere veloce nella scansione dei termini, ma lento nella comprensione della lite; può ridurre i rinvii, ma aumentare il rischio di fraintendimenti, difese cautelative, memorie ridondanti e decisioni su basi non pienamente chiarite. Negli stessi termini il Prof. Poli richiama il rischio di uno svuotamento funzionale delle udienze, anche in ragione dell'utilizzo esteso del meccanismo di sostituzione dell'udienza con note scritte *ex art. 127-ter c.p.c.* Tale valutazione critica non va intesa come rifiuto della trattazione scritta, che può certamente conservare utilità in segmenti meramente ordinatori o privi di reale dialettica processuale, ma come esigenza di selezionare le udienze nelle quali la presenza, anche da remoto, dei difensori e, se necessario, delle parti, costituisce condizione per l'effettività

⁽³⁾ A. CARRATTA, *Il processo civile dopo i correttivi alla riforma Cartabia*. D.lgs. 31 ottobre 2024 n. 164 e D.lgs. 27 dicembre 2024 n. 216, Torino, 2025, 1 ss. D. BUONCRISTIANI, *Processo di primo grado. La leale collaborazione tra parti, giudice e terzi*, in AA.VV., *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. CECHELLA, Bologna, 2023, 45. V. anche I. PAGNI, *Tra oralità e scrittura: il rischio delle decisioni a sorpresa*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 403 ss., che parla di rischio di «ritorni all'indietro»; F.P. LUISO, *Il processo civile. Commentario breve al c.d. "Correttivo Cartabia" (d.lgs. 31 ottobre 2024, n.164)*, Torino, 2025, spec. 35 ss.

del contraddittorio. In questa direzione, una possibile correzione normativa potrebbe consistere nel sottrarre alla sostituzione cartolare le udienze strutturalmente destinate alla chiarificazione della lite, alla comparizione personale, alla discussione della proposta conciliativa o alla decisione orale.

4. Le verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.* come direzione del processo o controllo anticipato e formale?

Le verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.* rappresentano uno dei punti più delicati del nuovo impianto normativo. Il giudice entra nel processo prima dell'udienza ed è chiamato a controllare la regolare instaurazione del contraddittorio, la sussistenza di eventuali questioni preliminari, la necessità di integrazioni o sanatorie, nonché, dopo il correttivo, la possibile conversione del rito ordinario in rito semplificato ⁽⁴⁾.

Non può criticarsi l'idea di un intervento giudiziale anticipato, dal momento che un processo "più moderno" richiede che il giudice assuma tempestivamente un ruolo di governo della causa, evitando che vizi processuali, questioni preliminari o incertezze sul rito emergano solo a distanza di mesi.

Il problema, però, è comprendere se il giudice, in questa fase, eserciti un vero potere direttivo oppure svolga un controllo anticipato, prevalentemente cartolare e formale. In particolare, il decreto *ex art. 171-bis c.p.c.* è adottato fuori udienza, prima che si sia svolto un confronto effettivo tra giudice e parti ⁽⁵⁾. Ciò è

⁽⁴⁾ M. BOVE, *La trattazione nel processo ordinario di cognizione di primo grado tra riforma Cartabia, intervento della Corte costituzionale e annunciato "correttivo"*, in *Judicium.it*, 06/2024; C. DELLE DONNE, sub art. 171-bis 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, con il coordinamento di M. FARINA, Pisa, 2023, 289. La Relazione al d.lgs. 149/2022 parla, con un gioco di parole, di «norma quadro nel quadro della nuova fase introduttiva». V. anche C. DELLE DONNE, *Commento all'art. 171-bis c.p.c.*, in Aa. Vv., *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, 31 ottobre 2024, n. 164, 27 dicembre 2024, n. 216, a cura di R. TISCINI, II ed., con il coord. di C. Briguglio - M. Farina - B. Limongi, 2ª ed., Pisa, 2025.

⁽⁵⁾ A. CARRATTA, *Le riforme del processo civile*, Torino, 2023, 41; Aa.Vv., *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, 31 ottobre

accettabile quando la questione sia realmente liquida: mancata costituzione di una parte, evidente irregolarità della notificazione, necessità di rinnovare un atto, integrazione del contraddittorio in ipotesi palesi; diviene invece più problematico quando la questione richieda chiarimenti, valutazioni sulla struttura della domanda, esame di documenti, apprezzamenti sulla corretta individuazione delle parti o sulla scelta del rito.

A questo riguardo, la riforma non distingue adeguatamente tra questioni liquide e questioni controvertibili, rischiando di alterare il rapporto tra efficienza e garanzia. Il giudice può trovarsi a incidere sulla dinamica del processo quando il contraddittorio non si è ancora pienamente dispiegato; le parti, a loro volta, possono subire provvedimenti ordinatori o valutazioni preliminari senza aver avuto un reale spazio di interlocuzione.

Il decreto correttivo ha opportunamente previsto che i termini per le memorie *ex art. 171-ter c.p.c.* decorrano dopo il decreto del giudice, evitando che le parti siano costrette a depositare memorie in assenza di una previa verifica giudiziale. La soluzione è condivisibile, perché impedisce che i termini decorrano “al buio”. Rimane, tuttavia, il problema “pratico” del ritardo del giudice: se il decreto viene emesso tardivamente, il rischio è che l’udienza resti troppo ravvicinata e che i tempi difensivi risultino compresi.

Il termine di quindici giorni assegnato al giudice per svolgere le verifiche preliminari, peraltro, appare, in molti uffici, più programmatico che realistico: la norma presuppone, infatti, una capacità organizzativa che non dipende dalla sola volontà del legislatore, ma dalle risorse disponibili, dal funzionamento dell’Ufficio per il processo, dal carico dei ruoli e dalla qualità dell’organizzazione amministrativa.

Proprio per evitare che il *case management* si risolva in un adempimento burocratico, la proposta di riforma allora dovrebbe

muovere da una distinzione più netta tra verifiche meramente formali e questioni che richiedono un apprezzamento controverso. Le prime possono essere utilmente trattate con decreto; le seconde dovrebbero essere assoggettate a un contraddittorio preventivo, scritto o orale, eventualmente mediante una breve udienza di orientamento, così da trasformare il controllo preliminare in un momento effettivo di governo della causa ⁽⁶⁾.

5. Le valutazioni svolte dal giudice “in solitaria” e il limite del contraddittorio preliminare.

Non dovrebbe mai accadere che la fase delle verifiche preliminari si vada a trasformare in uno spazio di decisione solitaria del giudice: il controllo anticipato è utile se resta funzionale all’ordinato sviluppo del processo, mentre diventa pericoloso quando porta a una definizione in rito o a una scelta processuale rilevante senza che le parti siano state effettivamente sentite.

Sotto questo profilo, il punto critico non consiste nel fatto che il giudice intervenga prima dell’udienza, ma nel modo in cui interviene: un conto è impartire ordini di rinnovazione, integrazione o regolarizzazione, un altro è assumere decisioni che incidono stabilmente sulla sorte del giudizio o sulla struttura del rito.

Numerose incertezze interpretative, ad esempio, sono generate dalla gestione delle sanatorie fuori udienza: nel modello precedente, l’ordine di sanatoria veniva normalmente impartito in udienza e la verifica dell’adempimento avveniva alla successiva udienza, in un contesto nel quale le parti potevano interloquire. Nel modello attuale, l’ordine può essere dato fuori udienza, prima dello scambio delle memorie: se la parte non adempie, non è sempre chiaro se il giudice possa adottare immediatamente conseguenze estintive o definitive, né con quale forma e previa quale interlocuzione ⁽⁷⁾.

⁽⁶⁾ F. NOCETO, *Preparazione della causa, verifiche preliminari, contraddittorio fra rito ordinario e semplificato dopo il c.d. Correttivo Cartabia*, in *Judicium.it*, 06/2025.

⁽⁷⁾ P. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 7^a ed., 2025, 325 ss.

La soluzione più coerente con il principio del contraddittorio è ritenere che, nella fase preliminare, il giudice possa adottare provvedimenti ordinatori e provvisori, ma non definire il processo in rito senza avere previamente assicurato alle parti un contraddittorio pieno; infatti, ogni questione processuale suscettibile di diversa valutazione dovrebbe essere portata in udienza o comunque sottoposta a un contraddittorio scritto specifico, effettivo e non meramente eventuale.

Il contraddittorio non deve mai essere considerato come un ostacolo all'efficienza ma esclusivamente come tecnica di migliore decisione: una decisione assunta dopo l'interlocuzione delle parti è, di regola, più stabile, più comprensibile e meno esposta a contestazioni. La velocità ottenuta mediante la compressione del contraddittorio rischia, al contrario, di produrre ulteriore contenzioso, impugnazioni e disfunzioni applicative.

Ne potrebbe derivare, sul piano operativo, un modello nel quale il decreto *ex art. 171-bis c.p.c.* mantenga natura ordinatoria per le questioni liquide, ma debba aprire uno spazio di interlocuzione ogni volta che il giudice intenda incidere sulla sorte del giudizio, sulla scelta del rito o sulla struttura del *thema decidendum* ⁽⁸⁾.

6. Memorie *ex art. 171-ter c.p.c.* e le preclusioni anticipate.

Le memorie integrative sono il nucleo della nuova fase introduttiva: la prima memoria conserva il c.d. *ius variandi*, consentendo alle parti di precisare e modificare domande, eccezioni e conclusioni; la seconda memoria consente repliche, eccezioni conseguenti alle domande nuove e indicazione dei mezzi di prova e individua il momento delle preclusioni istruttorie; la terza memoria è destinata alla replica alle nuove eccezioni e alla prova contraria. La suddivisione presenta tuttavia alcune

⁽⁸⁾ L. SALVANESCHI, *Luci e ombre nello schema di decreto legislativo correttivo e integrativo delle disposizioni processuali introdotte con la riforma Cartabia*, in *Judicium.it*, 04/2024.

criticità: in particolare, appare discutibile la limitazione delle nuove eccezioni alle sole conseguenze delle domande nuove, e non anche delle domande o eccezioni modificate, potendo una modifica della domanda avversaria incidere in modo rilevante sulla strategia difensiva della controparte e rendere necessaria la proposizione di eccezioni prima non pertinenti o non utilmente formulabili.

Una lettura eccessivamente rigida della disposizione rischierebbe di comprimere irragionevolmente il diritto di difesa. Il sistema delle preclusioni anticipate, infatti, può funzionare solo se resta governato da una logica di effettività del contraddittorio: le preclusioni servono a ordinare il processo, non a sorprendere la parte diligente né a impedirle di reagire a modificazioni difensive altrui.

Ne deriva che la prima udienza conserva, o dovrebbe conservare, un ruolo correttivo: qualora lo scambio delle memorie abbia generato questioni nuove, esigenze di chiarimento o necessità difensive non prevedibili, il giudice dovrebbe poter consentire ulteriori attività, nei limiti necessari a evitare una lesione del contraddittorio. Diversamente, la concentrazione si trasformerebbe in rigidità e la prevedibilità del processo sarebbe ottenuta al prezzo della sua giustizia ⁽⁹⁾.

Con riguardo poi alla prima udienza, nel nuovo rito, questa arriva più tardi rispetto alla maturazione delle preclusioni, non precedendo più la piena definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, ma seguendola. Questo dato va ad incidere profondamente sulla funzione dell'udienza ⁽¹⁰⁾.

Ed infatti, in un modello ideale, la prima udienza dovrebbe essere il luogo nel quale il giudice verifica il reale oggetto della controversia, individua i fatti pacifici, seleziona quelli controversi, valuta l'opportunità di una conciliazione, orienta il processo

⁽⁹⁾ B. SASSANI, *Lineamenti del processo civile italiano*, 10^a ed., Milano, 2025, 243 ss.

⁽¹⁰⁾ A. BRIGUGLIO, *Il nuovo art. 171-bis c.p.c., la Corte costituzionale ed il "primo grado Cartabia" fra l'essere quest'ultimo solo inutile e l'essere dannoso, nonché fra le nostre discrete angosce e il vivido desiderio di integrale abrogazione. Con una postilla sul "correttivo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1309 ss.

verso il rito più adeguato e organizza l'istruzione. Nel modello riformato, invece, il giudice incontra le parti quando molte di queste attività sono già state compiute sulla base di atti scritti.

Ciò produce sicuramente un aggravamento degli oneri difensivi poiché avvocati sono chiamati a predisporre da subito atti completi, articolati e istruttorialmente autosufficienti, spesso senza conoscere ancora in modo adeguato la reale linea difensiva della controparte o senza avere accesso a documenti decisivi nella disponibilità altrui. Il rischio è che la cooperazione processuale si traduca, nella pratica, in un aumento degli oneri professionali e in una moltiplicazione di difese preventive ⁽¹¹⁾.

La riforma richiede un'avvocatura più tempestiva, più tecnica e più responsabile. Occorre però che la responsabilizzazione delle parti venga bilanciata dalla predisposizione di strumenti che rendano effettivamente possibile una difesa consapevole, in quanto senza un adeguato accesso alle informazioni, senza una reale interlocuzione con il giudice, senza una flessibilità ragionevole nella gestione delle preclusioni, il processo anticipato rischia di diventare un processo difensivamente più oneroso, non necessariamente più giusto.

Quanto alle proposte di introdurre una vera e propria fase *pre-trial* autonoma, destinata allo scambio obbligatorio di informazioni e documenti tra le parti, con possibile intervento del giudice in caso di resistenze illegittime o abusi. Senza trapiantare meccanicamente modelli di *discovery* estranei alla tradizione italiana, un correttivo di questo tipo potrebbe assumere la forma di una *disclosure* proporzionata e selettiva, limitata ai documenti rilevanti e governata dai principi di necessità, proporzionalità e leale collaborazione, consentendo così di ridurre le asimmetrie informative, di evitare difese meramente esplorative o sovrabbondanti e di rendere più consapevole sia la scelta conciliativa, sia la successiva attività istruttoria ⁽¹²⁾.

⁽¹¹⁾ A. NASCOSI, *Qualche appunto sulla nuova fase preparatoria dopo il "correttivo" alla riforma Cartabia*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 275 ss.

⁽¹²⁾ AA.VV., *Il decreto correttivo alla riforma Cartabia. Commento alle novità introdotte dal d.lgs. 31 ottobre 2024, n. 164*, a cura di P. Farina - R. Giordano - R. Metafora,

7. Le nuove ordinanze sommarie ex artt. 183-ter e 183-quater c.p.c.

Le neo introdotte ordinanze sommarie di accoglimento e di rigetto rappresentano uno degli istituti più problematici della riforma: esse consentono una definizione anticipata del giudizio in presenza di determinati presupposti, ma sono prive di efficacia di giudicato e non possono essere invocate in altri processi¹³.

L'ordinanza di accoglimento attribuisce al creditore un titolo esecutivo, ma non produce gli effetti propri della sentenza, non costituisce giudicato, non consente l'iscrizione di ipoteca giudiziale e non determina la conversione della prescrizione breve in prescrizione ordinaria. Tale scelta legislativa appare ispirata a un'esigenza pragmatica: offrire una tutela rapida quando la domanda risulti fondata in modo sufficientemente evidente. Tuttavia, proprio l'assenza del giudicato indebolisce la funzione dell'istituto. Il processo può essere definito, ma la lite sostanziale può non esserlo: la parte soccombente conserva la possibilità di introdurre un nuovo giudizio, con il rischio di spostare in avanti il conflitto anziché risolverlo (14).

Ancora più problematica è l'ordinanza di rigetto: infatti, se la domanda è manifestamente infondata, non si comprende perché il giudice non debba rimettere la causa in decisione e pronunciare una sentenza di rigetto, idonea a produrre giudicato. Un provvedimento sommario che rigetta la domanda, ma non stabilizza l'accertamento, appare di utilità incerta: chiude il giudizio, ma non impedisce la riproposizione della domanda.

La logica dell'efficienza processuale dovrebbe tendere alla definizione stabile della controversia, non alla produzione di provvedimenti provvisori che definiscono il processo senza de-

Milano, 2025, spec. 42 ss.; M. GRADI, *Nodi irrisolti e problemi contingenti del processo di cognizione*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 102 ss., spec. 104-105.

(13) A.A. ROMANO, *Le disposizioni integrative e correttive della riforma del processo civile. D.lgs. 31 ottobre 2024*, n. 164, Pisa, 2025, spec. 13 ss.

(14) E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al Tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 588.

finire il rapporto sostanziale. In questa prospettiva, le ordinanze sommarie rischiano di collocarsi in una zona intermedia poco soddisfacente: troppo incisive per essere semplici strumenti ordinatori; troppo deboli per sostituire una decisione di merito dotata di giudicato.

In questo senso, il confronto con la prospettiva di Poli induce a spostare l'attenzione dal mero smaltimento del ruolo alla qualità della decisione di primo grado. Se l'obiettivo è quello di costruire un processo capace di definire stabilmente la lite, gli strumenti acceleratori dovrebbero essere coordinati con una fase preparatoria effettiva: solo una causa già chiarita nei suoi presupposti fattuali e probatori può essere utilmente definita in via anticipata, senza che la rapidità del provvedimento si traduca in provvisorietà sostanziale o in moltiplicazione del contenzioso successivo.

8. Il rito semplificato di cognizione come risposta differenziata o ulteriore incertezza applicativa?

Non risulta del tutto comprensibile la ragione per cui la riforma, pur valorizzando la possibilità di decisione anticipata alla prima udienza, abbia contestualmente superato il rito sommario di cognizione, sostituendolo con il procedimento semplificato di cognizione.

Disciplinato dagli artt. 281-*decies* ss. c.p.c., il nuovo procedimento semplificato di cognizione, nasce dalla trasformazione del precedente rito sommario di cognizione, di cui agli artt. 702-*bis* ss. c.p.c.: la riforma non si è limitata a modificare la collocazione sistematica dell'istituto e a mutarne la denominazione, ma ha inciso proprio sulla sua stessa funzione, collocandolo entro il libro II del codice e configurandolo espressamente come procedimento a cognizione piena, destinato a concludersi con sentenza ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁵⁾ Sul rito semplificato si v. R. TISCINI, *Il ruolo del giudice e degli avvocati nella gestione delle controversie civili*, Napoli, 2023, 117; ID., *Commento all'art. 281 duodecies*, in AA.VV., *La riforma Cartabia del processo civile. Commento al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, cit., 425 ss.; G.P. CALIFANO, *Il procedimento semplificato di cognizione*, Bologna, 2025, spec. 14 ss.

Questo mutamento consente di cogliere un primo profilo problematico: il procedimento semplificato non appare più realmente alternativo al rito ordinario, ma tende a sovrapporsi ad esso, distinguendosi soprattutto nella fase introduttiva e nella trattazione iniziale. Infatti, con riguardo all'istruzione e alla decisione i due modelli finiscono per presentare significativi elementi di contiguità, sino a rendere incerta la reale autonomia funzionale del rito semplificato.

La principale differenza rispetto al rito ordinario risiede nel fatto che il procedimento semplificato non conosce la scansione propria del nuovo rito ordinario, fondata sulle verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.* e sul successivo scambio delle memorie integrative *ex art. 171-ter c.p.c.* ⁽¹⁶⁾. In questo senso, il rito semplificato sembra assumere la funzione di possibile “via di fuga” rispetto alla complessità della fase introduttiva ordinaria; allo stesso tempo però proprio questa funzione alternativa risulta problematica, perché il procedimento semplificato non offre sempre garanzie equivalenti quanto alla piena definizione del *thema decidendum* e del *thema probandum* ⁽¹⁷⁾.

Un punto critico riguarda l'ambito di applicazione del rito: l'art. 281-*decies* c.p.c. individua il procedimento semplificato come modello da utilizzare quando i fatti di causa non siano controversi, quando la domanda sia fondata su prova documentale, quando la controversia sia di pronta soluzione o richieda un'istruzione non complessa. Tali criteri, tuttavia, non sono realmente stringenti in quanto rinviano a valutazioni elastiche, inevitabilmente rimesse al prudente apprezzamento del giudice, facendo sì che il confine tra obbligatorietà e facoltatività del rito resta incerto ⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁶⁾ A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, in *Giur. it.*, 2023, 698 ss. Cfr. anche A. NASCOSI, *Qualche appunto sulla nuova fase preparatoria*, cit., 271 ss.

⁽¹⁷⁾ F.P. LUIO, *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, 69 ss.; A. CARRATTA, *Del correttivo della riforma del processo civile e alcune discutibili scelte*, in *Dirittoegustizia. it*, 2024.

⁽¹⁸⁾ R. TISCINI, *Il procedimento semplificato di cognizione. Osservazioni sparse intorno alla conversione del rito bidirezionale*, in questa Rivista, 2025, 1, 59 ss.

Il problema nasce dal fatto che la semplicità della causa non è sempre valutabile al momento dell'introduzione del giudizio. Ed infatti, l'attore nel momento in cui sceglie quale rito seguire conosce chiaramente solo la propria prospettazione, mentre manca di conoscere ancora compiutamente le difese del convenuto. Potrebbe accadere infatti che una domanda apparentemente fondata su prova documentale può diventare complessa a seguito della costituzione del convenuto, ad esempio quando siano proposte eccezioni articolate, domande riconvenzionali, richieste istruttorie non marginali o questioni giuridiche particolarmente controverse. La semplicità, dunque, non è un dato necessariamente apprezzabile *ex ante*, ma spesso emerge solo *ex post*, una volta che il contraddittorio si sia compiutamente sviluppato.

Conseguentemente l'apparente obbligatorietà del rito semplificato rischia di ridursi a formula nominale: se la verifica dei presupposti dipende da una valutazione discrezionale del giudice, difficilmente può parlarsi di obbligatorietà in senso proprio, potendosi un rito dirsi davvero obbligatorio quando la legge ne delimita l'ambito applicativo sulla base di criteri oggettivi, ad esempio per materia. Nel caso del procedimento semplificato, invece, i presupposti dipendono dalla concreta configurazione della lite, dalle difese delle parti e dal grado di complessità istruttoria o giuridica della controversia ⁽¹⁹⁾.

A sua volta, anche la facoltatività del rito presenta profili problematici. Il nuovo art. 281-*decies*, secondo comma, c.p.c. consente, nelle cause attribuite al tribunale in composizione monocratica, di introdurre il giudizio nelle forme del procedimento semplificato anche nell'ipotesi in cui non ricorrono i presupposti del primo comma: ciò va ad ampliare il potere di scelta dell'attore, ma allo stesso tempo rischia però di attribuirgli una posizione eccessivamente incisiva nella determinazione del modello processuale. Se la scelta dell'attore fosse davvero insindacabile, questi potrebbe orientare la

⁽¹⁹⁾ F. DORO, *Introduzione e trattazione del nuovo giudizio ordinario di cognizione nella riforma Cartabia*, in *Dirittogiustiziaecostituzione.it*, 2023, § 3; M. GRADI, *Nodi irrisolti e problemi contingenti del processo di cognizione*, cit., 105 ss.

dinamica del giudizio anche in presenza di controversie complesse, comprimendo le esigenze difensive del convenuto ⁽²⁰⁾.

Tale rischio è attenuato dal potere del giudice di convertire il rito semplificato in rito ordinario quando, valutata la complessità della lite e dell'istruzione probatoria, ritenga che la causa debba essere trattata secondo il modello ordinario. Tuttavia, anche questa soluzione conferma che il sistema è retto da una forte discrezionalità giudiziale: il procedimento semplificato non è rigidamente ancorato a categorie predeterminate, ma dipende da un apprezzamento concreto e mobile della complessità della controversia.

Ancora, un altro aspetto problematico riguarda le cause semplici in fatto ma complesse in diritto. L'art. 281-*decies* c.p.c. sembra infatti andare a costruire la semplicità del rito unicamente sul piano fattuale e istruttorio: fatti non controversi, prova documentale, pronta soluzione, istruzione non complessa. Nulla, però, viene detto espressamente per le ipotesi in cui la *quaestio facti* sia semplice, ma la *quaestio iuris* presenti elevata complessità. In tali casi, l'applicazione del rito semplificato può risultare inadeguata, perché la semplicità dell'istruzione non equivale necessariamente alla semplicità della decisione.

La questione si collega al tema della conversione del rito. Il decreto correttivo ha inciso in modo significativo sul passaggio dal rito ordinario al rito semplificato, anticipando il potere di conversione al momento delle verifiche preliminari *ex* art. 171-*bis* c.p.c. ⁽²¹⁾. Questa scelta è dovuta all'esigenza di evitare che la conversione avvenga troppo tardi, quando ormai le attività introduttive e le memorie integrative siano già state svolte. Proprio questa anticipazione, tuttavia, genera a sua volta una criticità opposta: il giudice è chiamato a valutare la semplicità della causa

⁽²⁰⁾ A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto: il rito ordinario e quello semplificato*, cit., 698 ss.; R. TISCINI, *Il procedimento semplificato di cognizione*, cit., 59 ss.

⁽²¹⁾ E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di primo grado davanti al Tribunale*, cit., 588.

in una fase in cui il *thema decidendum* e il *thema probandum* non sono ancora pienamente stabilizzati ⁽²²⁾.

Si rischia, pertanto, che la conversione del rito si fondi su una conoscenza ancora incompleta della controversia: il giudice deve decidere se il rito semplificato sia adeguato quando non dispone ancora dell'intero materiale assertivo e probatorio che potrebbe emergere dalle memorie integrative del rito ordinario. Da ciò discende una tensione evidente: per rendere utile la conversione, la si anticipa; ma, anticipandola, si riduce la base cognitiva sulla quale il giudice può valutare consapevolmente la complessità della lite.

In questo contesto deve collocarsi poi il problema del contraddittorio. La decisione sulla conversione, collocata nella fase delle verifiche preliminari, rischia di essere assunta dal giudice in assenza di un effettivo confronto con le parti. Il decreto *ex art. 171-bis c.p.c.* è un provvedimento adottato sulla base degli atti, senza una necessaria interlocuzione orale ⁽²³⁾. La conversione del rito, però, incide sensibilmente sulle modalità di svolgimento del processo e sulle facoltà difensive delle parti e proprio per questo, appare discutibile che una scelta così rilevante possa essere adottata senza un momento pieno di contraddittorio ⁽²⁴⁾.

Il suddetto problema diventa ancor più significativo se si considera che il rito semplificato presenta un regime più contenuto quanto allo *ius poenitendi*. Nella versione originaria dell'art. 281-*duodecies* c.p.c., la concessione dei termini per precisare e modificare domande, eccezioni e conclusioni, nonché per indicare mezzi di prova e produrre documenti, era subordinata alla richiesta di parte e alla sussistenza di un giustificato motivo e

⁽²²⁾ A.A. ROMANO, *Le disposizioni integrative e correttive della riforma del processo civile. Decreto legislativo 31 ottobre 2024, n. 164*, Pisa, 2024, 13.

⁽²³⁾ B. CAPPONI, *Note sulla fase introduttiva del nuovo rito di ordinaria cognizione*, editoriale in *Giustiziacivile.com*, 2022.; D. TURRONI, *Il correttivo al manifesto futurista del processo ordinario. La fase introduttiva dopo il d.lgs. 164/2024*, in *Quest. giust.*, 3 aprile 2025.

⁽²⁴⁾ S. MENCHINI - E. MERLIN, *Le nuove norme sul processo ordinario di rimo grado davanti al tribunale*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 578 ss., spec. 588-589; C. MANDRIOLI - A. CARRATTA, *Diritto processuale civile*, 30^a ed., II, Torino, 2025, 356-358.

questo limite era stato criticato perché rendeva il rito semplificato meno appetibile rispetto al rito ordinario e rischiava di comprimere eccessivamente il diritto di difesa ⁽²⁵⁾.

Di conseguenza, il decreto correttivo ha eliminato il riferimento al giustificato motivo, senza però rendere pienamente libero l'esercizio dello *ius poenitendi*. Ed infatti, la concessione dei termini resta subordinata al fatto che l'esigenza derivi dalle difese della controparte. La modifica, quindi, attenua la rigidità precedente, ma non elimina il problema: nel rito semplificato permane una limitazione più intensa rispetto al rito ordinario, nel quale le possibilità di precisazione e modificazione delle domande sono tradizionalmente interpretate con maggiore elasticità.

La descritta asimmetria tra rito ordinario e rito semplificato costituisce forse al momento una delle criticità più rilevanti. Se il procedimento semplificato deve rappresentare un modello realmente alternativo e appetibile, esso dovrebbe garantire facoltà difensive non irragionevolmente inferiori rispetto al rito ordinario, altrimenti il rischio è che le parti e il giudice continuino a preferire il modello ordinario, proprio perché più sicuro sul piano della pienezza del contraddittorio e della definizione progressiva dell'oggetto del processo ⁽²⁶⁾.

In altri termini, la promozione del rito semplificato appare ambivalente. Da un lato, il legislatore intende favorirne l'uso; dall'altro, conserva un regime di preclusioni e di modificabilità delle domande che può scoraggiarne l'impiego. Il rito semplificato dovrebbe essere rapido, ma non al prezzo di una riduzione eccessiva delle garanzie difensive. Se la celerità viene perseguita mediante la compressione degli spazi di adeguamento delle difese, il modello rischia di perdere attrattività proprio per le parti che dovrebbero utilizzarlo.

Anche con riguardo alle preclusioni implicite si presentano alcuni profili delicati. Poiché la valutazione sulla semplicità della lite

⁽²⁵⁾ *Relazione illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, p. 23, consultabile nel *Supplemento straordinario* n. 5 alla *Gazz. Uff.* del 19 ottobre 2022.

⁽²⁶⁾ P. WIDMANN, *Procedimento semplificato di cognizione e barriere preclusive*, in *Giur. it.*, 2025, 568 ss.

e sulla eventuale conversione richiede al giudice di conoscere il grado di complessità fattuale e probatoria della controversia, le parti potrebbero essere indotte a svolgere sin da subito attività assertive e probatorie più ampie di quanto formalmente richiesto. In tal modo, pur in assenza di espresse decadenze, potrebbero formarsi preclusioni di fatto o preclusioni implicite, derivanti dalla necessità di fornire al giudice tutti gli elementi utili per decidere sul rito.

Si rischia in questo modo che il procedimento semplificato diventi un paradosso: nato per ridurre la complessità del processo, esso può indurre le parti ad anticipare e concentrare le proprie difese, per evitare che una scelta sul rito venga assunta sulla base di un quadro incompleto. Sembra così che la semplificazione, in questa prospettiva, possa tradursi in un aggravio difensivo anticipato.

Con riguardo poi alla fase decisoria si può evidenziare un ulteriore profilo di criticità.

Dopo il decreto correttivo, è evidente che il procedimento semplificato tende ad avvicinarsi ulteriormente al rito ordinario. Nelle cause monocratiche trova applicazione il modulo decisorio dell'art. 281-*sexies* c.p.c.; nelle cause collegiali, il modello è quello della discussione orale, con alcune varianti volte a semplificare il passaggio davanti al collegio. Tuttavia, questa convergenza conferma il dubbio di fondo: se nella fase istruttoria e decisoria il rito semplificato si sovrappone largamente al rito ordinario, resta da chiedersi se esso costituisca davvero un rito autonomo o soltanto una diversa modalità di introduzione e trattazione iniziale della causa.

Da questo punto di vista, la vera funzione del rito semplificato sembra consistere non tanto nella creazione di un modello processuale radicalmente alternativo, quanto nella sottrazione della causa alla complessa fase introduttiva del rito ordinario, operando come strumento di fuga dalle verifiche preliminari e dallo scambio delle memorie integrative del rito ordinario. Tuttavia, questa fuga può funzionare solo se il rito semplificato assicura una trattazione altrettanto adeguata e un pieno sviluppo del contraddittorio;

qualora invece, l'attività di definizione dell'oggetto del processo resta più limitata, la preferenza per il rito semplificato diventa meno convincente.

Il procedimento semplificato è, quindi, pensato per accelerare la definizione delle controversie meno complesse, ma non riesce sempre a distinguersi in modo netto dal rito ordinario; nello stesso tempo, quando se ne distingue, lo fa soprattutto attraverso una riduzione degli spazi introduttivi e modificativi, con possibili ricadute sul diritto di difesa.

Il rito semplificato risponde a un'esigenza condivisibile: evitare che tutte le controversie siano trattate secondo il modello ordinario, anche quando la lite non richieda un'istruzione articolata. Tuttavia, la sua disciplina non appare pienamente coerente, i confini applicativi sono incerti, l'obbligatorietà è più apparente che reale, la facoltatività rischia di attribuire all'attore un potere eccessivo, la conversione anticipata espone a decisioni assunte su un quadro ancora incompleto e il contraddittorio sulla scelta del rito non è sempre adeguatamente garantito. Ancora, lo *ius poenitendi* resta più compresso che nel rito ordinario e la fase decisoria, infine, tende a sovrapporsi a quella ordinaria, rendendo incerta la stessa autonomia del modello ⁽²⁷⁾.

Il nuovo procedimento semplificato di cognizione appare, quindi, meno come un rito realmente autonomo e più come una variante accelerata del giudizio ordinario, costruita soprattutto per sottrarre le cause semplici alla complessità della fase introduttiva ordinaria. La sua utilità dipenderà, però, dalla capacità applicativa del giudice di selezionare correttamente le controversie realmente semplici e di garantire, anche in un modello più concentrato, la pienezza del contraddittorio e l'effettività del diritto di difesa.

Particolarmente persuasiva appare in questo senso la proposta, formulata da Poli, di non affidare all'attore la scelta iniziale tra rito ordinario e rito semplificato, in quanto la causa dovrebbe avere un avvio tendenzialmente uniforme e solo dopo un primo

⁽²⁷⁾ A. CARRATTA, *Due modelli processuali a confronto*, cit., 699.

chiarimento del *thema decidendum* e del *thema probandum* il giudice, in collaborazione con le parti, dovrebbe individuare il percorso più adeguato, eventualmente semplificato, ordinario o comunque modulato in ragione della complessità concreta. In tal modo, la semplificazione cesserebbe di dipendere da una prognosi unilaterale dell'attore e diverrebbe il risultato di una valutazione processuale informata, reversibile e controllata dal contraddittorio.

9. Spunti comparatistici: il confronto con l'ordinamento francese.

L'esperienza francese offre un modello interessante come spunto per una riflessione comparatistica poiché non si limita ad anticipare le attività delle parti ma va ad attribuire rilievo alla fase di orientamento della causa. Nel processo davanti al *tribunal judiciaire*, infatti, il presidente può valutare, sulla base delle conclusioni e dei documenti già scambiati, se la causa sia pronta per essere decisa o se debba essere avviata a una fase di *mise en état*. La scelta del percorso processuale non è, quindi, rimessa rigidamente all'attore al momento della proposizione della domanda, ma viene calibrata in funzione dello stato effettivo della controversia ⁽²⁸⁾.

Il *juge de la mise en état* svolge un vero e proprio ruolo di direzione processuale: può invitare gli avvocati a rispondere a mezzi non adeguatamente trattati, richiedere spiegazioni di fatto e di diritto, sollecitare la conformazione degli atti, ordinare la comunicazione o la produzione di documenti e gestire gli incidenti processuali, consentendo così una preparazione della causa non puramente cartolare, ma guidata da un giudice che interviene per selezionare le questioni e rendere la controversia matura per la decisione.

Il dato più rilevante, ai fini del confronto con il sistema italiano, è che la flessibilità francese si fonda su una maggiore cor-

⁽²⁸⁾ Si v. *Code de procédure civile*, artt. 776-779, in tema di *orientation de l'affaire* davanti al *tribunal judiciaire*, ove è disciplinata la possibilità di avviare la controversia alla decisione ovvero alla fase di *mise en état*.

rispondenza tra complessità della lite e percorso processuale. Ed infatti, le cause pronte possono essere rapidamente avviate alla decisione; quelle che richiedono ulteriori chiarimenti sono indirizzate verso una fase preparatoria più articolata. La scelta rito più idoneo si presenta, dunque, come una decisione di gestione della controversia, non come una scommessa iniziale dell'attore.

Il medesimo profilo è valorizzato anche da Poli, il quale richiama l'esperienza francese dei diversi circuiti di trattazione: il circuito breve per le cause più semplici, forme intermedie per le controversie che richiedono un ulteriore scambio di atti e documenti, e il *circuit long*, affidato al *juge de la mise en état*, per le controversie che necessitano di una preparazione più accurata. Di particolare interesse è, inoltre, il meccanismo delle *passerelles*, che consente di ricollocare la causa in un diverso circuito ove la scelta iniziale si riveli non adeguata. Questo elemento mostra come la flessibilità del rito non sia incompatibile con la prevedibilità del processo, purché sia governata dal giudice e sorretta dal contraddittorio.

Naturalmente, anche il modello francese non è immune da criticità, specie in punto di durata della *mise en état* e di possibili burocratizzazione della fase preparatoria; tuttavia, esso mostra un elemento che il legislatore italiano dovrebbe valorizzare maggiormente: la preparazione della causa non può essere ridotta a una sequenza di termini scritti, ma richiede un giudice capace di orientare, modulare e, se necessario, correggere il percorso processuale in relazione alla complessità concreta della lite.

Il confronto con l'ordinamento francese consente, in questa prospettiva, di mettere meglio in luce una delle principali ambiguità del nuovo rito ordinario italiano. Anche nel sistema delineato dalla riforma Cartabia, infatti, si assiste a un evidente spostamento in avanti del baricentro della trattazione: la causa deve arrivare alla prima udienza già largamente definita nei suoi elementi essenziali, tanto sul piano delle allegazioni quanto su quello delle richieste istruttorie; mentre tuttavia nel modello francese l'anticipazione delle attività processuali è funzionale a una

successiva attività di orientamento e di governo giudiziale della controversia, nel modello italiano essa rischia di tradursi prevalentemente in una anticipazione delle preclusioni.

Come si è detto, il nuovo rito ordinario italiano, infatti, affida alla fase introduttiva la formazione anticipata del *thema decidendum* e del *thema probandum* così determinando una significativa responsabilizzazione delle parti e dei difensori, chiamati a predisporre sin dall'inizio atti completi, puntuali e già istruttorialmente strutturati. Tuttavia, tale anticipazione non è accompagnata da un momento altrettanto forte di interlocuzione con il giudice. Le verifiche preliminari *ex art. 171-bis c.p.c.* avvengono fuori udienza e si risolvono, almeno nella fisiologia del sistema, in un controllo prevalentemente cartolare sulla regolare instaurazione del contraddittorio, sulle eventuali sanatorie e sulla possibile adozione di provvedimenti ordinatori.

Proprio qui emerge la distanza rispetto al modello francese: nel sistema francese infatti la *mise en état* costituisce una vera fase di preparazione della causa, nella quale il giudice non si limita a controllare la regolarità formale degli atti, ma interviene attivamente per ordinare lo sviluppo del contraddittorio, sollecitare chiarimenti, controllare la comunicazione dei documenti e rendere la controversia matura per la decisione; invece, nel sistema italiano la fase preliminare introdotta dalla riforma non sembra ancora assumere la consistenza di una fase preparatoria in senso proprio, poiché il giudice entra sì anticipatamente nel processo, ma senza che ciò determini necessariamente un effettivo confronto dialogico con le parti ⁽²⁹⁾.

Questa differenza non è solo procedurale, ma investe la stessa concezione della funzione preparatoria del processo. Nel modello francese, la preparazione della causa è intesa come attività dinamica di selezione, chiarificazione e organizzazione della controversia; nel modello italiano, invece, essa tende a coincidere

⁽²⁹⁾ Si v. *Code de procédure civile*, art. 780, secondo cui l'affare è istruito sotto il controllo di un magistrato incaricato di vigilare sul leale svolgimento della procedura, con particolare riguardo alla puntualità dello scambio delle conclusioni e della comunicazione dei documenti.

con l'onere delle parti di consumare tempestivamente le proprie facoltà assertive e istruttorie; da ciò discende che l'anticipazione, anziché porsi come strumento di migliore comprensione della lite, può trasformarsi in un meccanismo di irrigidimento del processo, nel quale le parti sono indotte a formulare difese ampie e prudentziali per evitare decadenze, mentre il giudice interviene solo successivamente, quando il quadro assertivo e probatorio è già in larga misura cristallizzato.

In questa prospettiva, il riferimento all'esperienza francese permette anche di problematizzare la collocazione della prima udienza nel nuovo rito ordinario italiano. Nel sistema riformato, la prima udienza *ex art. 183 c.p.c.* interviene dopo lo scambio delle memorie integrative e, dunque, quando molte delle preclusioni sono già maturate, rischiando perciò di perdere la propria funzione di luogo di orientamento e chiarificazione della causa, riducendosi a un momento di verifica o di conferma di attività già svolte per iscritto. Nel modello processuale francese, all'opposto, l'intervento giudiziale nella fase di *mise en état* mantiene una funzione conformativa ⁽³⁰⁾ più incisiva, poiché consente di modulare lo sviluppo del processo in relazione alle concrete esigenze della controversia ⁽³¹⁾.

La comparazione mostra, quindi, che non ogni anticipazione delle attività processuali realizza una vera concentrazione efficiente del giudizio: l'anticipazione è funzionale solo se inserita in una struttura processuale capace di governare la complessità della lite; diversamente, essa produce soltanto una più precoce maturazione delle decadenze.

Il problema del nuovo rito ordinario italiano, in altre parole, non è tanto l'aver anticipato allegazioni, difese e prove, quanto l'averlo

⁽³⁰⁾ V. *Code de procédure civile*, art. 789, che attribuisce al *juge de la mise en état*, dalla sua designazione sino al suo spossamento, una competenza esclusiva su una serie di questioni processuali e incidentali.

⁽³¹⁾ Cfr. *Code de procédure civile*, artt. 780 ss.; in particolare, la disciplina della *mise en état* consente al giudice di modulare i termini dell'istruzione in relazione alla natura, all'urgenza e alla complessità della controversia, previa interlocuzione con gli avvocati.

fatto senza costruire una fase preparatoria dotata di adeguata elasticità, effettivo contraddittorio e reale direzione giudiziale ⁽³²⁾.

Ne consegue che l'esperienza francese non deve essere assunta come modello da trapiantare meccanicamente, ma come termine di confronto utile per evidenziare ciò che nel sistema italiano resta incompiuto. La riforma Cartabia ha certamente perseguito l'obiettivo di rendere il processo più celere e ordinato; tuttavia, non ha pienamente risolto il problema della gestione della complessità. Il giudice italiano è chiamato a intervenire prima dell'udienza, ma non dispone ancora di una fase di *case management* paragonabile, per intensità e funzione, alla *mise en état* francese. Le parti sono chiamate a definire anticipatamente il perimetro della controversia, ma non beneficiano di un corrispondente spazio di chiarificazione guidata.

Una possibile evoluzione del rito ordinario italiano dovrebbe, in questo senso, muovere proprio dalla valorizzazione della prima fase del giudizio come momento di effettiva preparazione della causa, rafforzando il contraddittorio sulle verifiche preliminari, consentendo al giudice di modulare più consapevolmente il percorso processuale, anticipando non solo le preclusioni ma anche gli strumenti di chiarificazione delle questioni controverse, e restituendo alla prima udienza una funzione realmente ordinatrice. Solo in questo modo l'anticipazione delle attività processuali potrebbe cessare di essere un mero strumento di accelerazione formale e diventare, invece, una tecnica di migliore decisione della controversia.

Il confronto con l'ordinamento processuale francese permette quindi di formulare una considerazione più generale: la qualità del processo non dipende soltanto dalla rapidità con cui le parti sono chiamate a svolgere le proprie difese, ma dalla capacità del sistema di trasformare la fase iniziale del giudizio in un luogo di razionale organizzazione della lite. Questa è la differenza sostanziale tra un processo semplicemente anticipato e un processo realmente prepa-

⁽³²⁾ M. GRADI, *Nodi irrisolti e problemi contingenti del processo di cognizione*, cit., 106 ss.

rato. Il nuovo rito ordinario italiano sembra muoversi nella prima direzione; l'esperienza francese mostra, invece, la possibilità di una diversa costruzione, nella quale l'anticipazione è accompagnata da un'effettiva direzione giudiziale e da una maggiore adattabilità del rito alla concreta complessità della controversia.

9.1. Il confronto con l'ordinamento svizzero: semplificazione e completezza della cognizione.

Anche l'ordinamento svizzero offre spunti utili, pur muovendosi in una tradizione processuale diversa. Il Codice di procedura civile svizzero distingue tra procedura ordinaria, procedura semplificata e procedura sommaria, costruendo un sistema nel quale la semplificazione è legata al valore della lite o alla natura della materia. In particolare, la procedura semplificata si applica alle controversie patrimoniali di valore non superiore a 30.000 franchi e a determinate materie socialmente sensibili, quali lavoro, locazione, protezione da violenze o molestie, e altre ipotesi indicate dalla legge ⁽³³⁾.

Ai fini della comparazione il profilo più interessante riguarda il fatto che la procedura semplificata svizzera non è sinonimo di cognizione debole. Essa è, infatti, concepita come una procedura meno formale e più accessibile, ma resta una procedura piena, idonea a condurre a una decisione stabile sulla controversia. La semplificazione incide sulle forme, non sulla serietà dell'accertamento, evitando così sovrapposizioni improprie tra semplificazione e sommarietà.

Il modello svizzero mostra, inoltre, che la differenziazione dei riti può funzionare solo se i presupposti applicativi sono chiari e se il rito semplificato conserva garanzie adeguate, non essendo sufficiente andare solamente a ridurre gli adempimenti o accelerare i tempi: occorre preservare la possibilità di allegare, provare

⁽³³⁾ V. art. 243 CPC svizzero, che assoggetta alla procedura semplificata le controversie patrimoniali il cui valore litigioso non eccede 30.000 franchi, nonché ulteriori controversie individuate in ragione della materia.

e discutere in modo proporzionato alla natura della lite.

Rispetto al sistema italiano, l'esperienza svizzera suggerisce due indicazioni: la prima è che la semplificazione dovrebbe essere ancorata a criteri riconoscibili, così da ridurre l'incertezza applicativa. La seconda è che il rito semplificato non dovrebbe essere costruito come forma minore o residuale, ma come procedimento pieno, adeguato a controversie che non richiedono la complessità del rito ordinario. In questa prospettiva, la semplificazione non sacrifica il contraddittorio, ma lo organizza in modo più proporzionato.

Peraltro, la tendenza degli ordinamenti stranieri non è quella di comprimere indistintamente le garanzie, ma di differenziare il percorso processuale in base alla complessità della controversia: nel modello tedesco il giudice può orientare la causa verso una prima udienza immediata o verso un procedimento preliminare scritto; nel sistema inglese il *case management* si articola nella scelta tra *small claim track*, *fast track* e *multi track*; nel modello statunitense la fase *pretrial*, pur con caratteristiche proprie, è funzionale alla definizione dell'oggetto della lite e allo scambio delle informazioni rilevanti. L'elemento comune, a prescindere delle differenze strutturali, è che la semplificazione non viene affidata alla sola anticipazione delle preclusioni, ma alla combinazione tra preparazione, cooperazione e direzione giudiziale.

10. Conclusione.

Le considerazioni che precedono vanno dunque lette come risposta, in larga parte adesiva, alle sollecitazioni già formulate dal Prof. Poli, che ha il merito di porre il problema relativo ai limiti della recente riforma nei suoi termini essenziali: la riforma Cartabia non può essere valutata soltanto in base alla maggiore anticipazione delle attività difensive o alla riduzione nominale dei tempi, ma deve essere più che altro verificata alla luce della capacità del nuovo rito di preparare effettivamente la causa, di allocare razionalmente le risorse giudiziarie e di condurre a decisioni qualitativamente migliori. È proprio su questo terreno che

il presente contributo intende collocarsi, sviluppando, in chiave prevalentemente concorde, le criticità dell'attuale disciplina e alcune possibili direttrici correttive. È, quindi, decisivo comprendere se la riforma realizzi davvero una maggiore efficienza del processo e una migliore qualità della decisione.

In questo senso deve ritenersi in primo luogo che la riduzione dei tempi non va a coincidere automaticamente con il miglioramento della giustizia civile: un processo più breve, ma costruito su preclusioni eccessivamente anticipate, su contraddittorio indebolito e su una fase preparatoria solo apparente, rischia piuttosto di produrre decisioni meno meditate e più esposte a impugnazioni.

L'efficienza processuale deve essere misurata non solo in termini di c.d. *disposition time*, ma anche con riguardo alla qualità dell'accertamento, stabilità della decisione, riduzione del contenzioso successivo e soddisfazione effettiva dell'interesse sostanziale delle parti: un processo di primo grado ben preparato può essere più utile di un processo formalmente accelerato.

Deve ritenersi infatti che la vera deflazione del contenzioso non deriva dalla compressione delle garanzie, ma piuttosto dalla qualità della prima decisione: se il primo grado è capace di chiarire i fatti, selezionare le questioni, acquisire tempestivamente le prove e decidere in modo persuasivo, anche l'appello e il giudizio di cassazione vengono fisiologicamente ridotti.; all'opposto invece, se il primo grado è accelerato solo nelle preclusioni, ma non nella comprensione della lite, il rischio è che il contenzioso si sposti in avanti.

In conclusione, si può ritenere dunque che il processo civile italiano abbia effettivamente bisogno di una vera fase preparatoria e non di una mera anticipazione cartolare della trattazione. La riforma della fase introduttiva non può limitarsi allo spostamento in avanti delle preclusioni, ma deve costruire un momento autonomo di chiarificazione della lite, di cooperazione informativa e di selezione del percorso processuale più adeguato e per andare a realizzare ciò occorrerebbe muoversi lungo alcune direttrici

essenziali: in primo luogo, bisognerebbe rafforzare il contraddittorio nella fase preliminare, impedendo che questioni controvertibili siano decise fuori udienza senza previa interlocuzione effettiva delle parti; in secondo luogo, la prima udienza dovrebbe recuperare una funzione reale di orientamento e chiarificazione, non ridursi a ratifica di attività già consumate per iscritto; ancora, in terzo luogo, la scelta tra rito ordinario e rito semplificato dovrebbe essere affidata al giudice, in collaborazione con le parti, dopo un primo chiarimento della controversia, e non rimessa in via principale alla valutazione iniziale dell'attore.

Occorrerebbe, peraltro, introdurre un meccanismo proporzionato di *disclosure* documentale, sempre in modo conforme alla tradizione del processo civile italiano (e dunque non assimilabile a una *discovery* generalizzata), capace di ridurre le asimmetrie informative e di consentire allegazioni e difese realmente consapevoli. Tale strumento potrebbe essere collocato in una fase *pre-trial* autonoma o, comunque, in uno spazio preparatorio anteriore alla piena maturazione delle preclusioni, con possibilità di intervento del giudice in caso di rifiuti ingiustificati, richieste abusive o sproporzionate.

Ancora, le ordinanze sommarie dovrebbero essere ripensate, chiarendo se esse debbano costituire strumenti provvisori di tutela o vere forme decisorie accelerate, poiché l'attuale ambiguità, soprattutto con riferimento all'ordinanza di rigetto, rischia piuttosto di indebolirne l'utilità sistematica.

In ogni caso l'intero modello dovrebbe essere poi sostenuto da un'organizzazione giudiziaria adeguata: ed infatti, senza risorse, personale formato, Ufficio per il processo stabile e strumenti informatici efficienti, anche la migliore architettura normativa è destinata a restare sulla carta.

Si può quindi ritenere che la riforma Cartabia ha avuto certamente il merito di porre al centro del dibattito la fase introduttiva del processo e la necessità di superare un modello dispersivo e scarsamente governato. Tuttavia, essa non ha ancora realizzato una vera fase preparatoria della controversia: ha sì anticipato le

difese, ma non sempre ha migliorato il contraddittorio; ha rafforzato la scrittura, ma ha indebolito il ruolo dell'udienza; ha introdotto strumenti sommari, ma non sempre capaci di stabilizzare la lite; ha previsto un rito semplificato, ma non ha risolto il problema della corretta selezione delle cause.

Il processo civile non ha bisogno soltanto di essere più rapido ma più che altro avrebbe bisogno di essere meglio preparato, meglio diretto e meglio deciso.

La rapidità è un valore solo se resta al servizio della qualità della decisione e dell'effettività della tutela, al contrario essa si riduce a un criterio amministrativo di smaltimento, incapace di dare risposta alla domanda di giustizia.

La prospettiva comparata, letta anche attraverso il confronto con il Prof. Poli, mi pare proprio che confermi che i sistemi più evoluti non si limitano ad anticipare le preclusioni, ma vanno piuttosto a costruire spazi di orientamento, cooperazione, *disclosure* e *case management* proporzionato: è questa la direzione che dovrebbe assumere una futura riforma, non un ulteriore irrigidimento del processo, ma una sua razionalizzazione flessibile; non un processo soltanto cartolare, ma un processo realmente preparato; non una giustizia semplicemente più veloce, ma una giustizia più affidabile.

In questa prospettiva, una possibile soluzione alle criticità che emergono dalla riforma Cartabia non consiste nel negare l'esigenza di concentrazione e responsabilizzazione delle parti, bensì nel completarla con una fase preparatoria effettiva, con un giudice realmente posto in condizione di dirigere il processo e con difensori chiamati a collaborare alla ricostruzione corretta dei fatti, secondo una logica non meramente antagonistica ma orientata alla qualità della decisione.

ABSTRACT: L'articolo analizza il rito ordinario post-riforma Cartabia, distinguendo tra la mera anticipazione delle preclusioni e una reale fase preparatoria della lite. Si evidenziano i rischi di una burocratizzazione cartolare che penalizza l'oralità, oltre alle criticità del rito semplificato e delle ordinanze sommarie. Attraverso il metodo

comparatistico, l'Autrice propone un *case management* giudiziale fondato su collaborazione e *disclosure* per garantire la qualità della decisione.

ABSTRACT: *The article analyzes the ordinary proceedings following the Cartabia reform, contrasting the anticipation of deadlines with an effective preparatory phase. It highlights the risk of procedural bureaucratization and critiques the simplified and summary proceedings. Drawing on comparative law, the study proposes a flexible case management model based on cooperation and disclosure to balance speed with decision quality.*

Su una certa curvatura “asimmetrica” del processo civile (considerazioni sparse) (*)

di ANDREA PANZAROLA

SOMMARIO: 1. Il tema. — 2. Il principio di oralità. — 3. I principi del contraddittorio e di pubblicità della udienza in Cassazione. — 4. I principi costituzionali (artt. 102, comma 1, e 25, comma 1, Cost.) e l'Ufficio per il processo. — 5. Abuso del processo. — 6. La *Pönalisierung* del processo civile. — 7. L'art. 380-*bis* c.p.c. e la sanzione a vantaggio della cassa delle ammende. — 8. La crisi del principio di legalità in epoca di utilitarismo processuale. — 9. I «valori funzionali» del processo. — 10. Notazioni conclusive.

1. Il tema.

La storia plurisecolare del processo civile registra le più varie particolarità. In un approccio idealtipico, la si può organizzare tramite due modelli elaborati da Alessandro Giuliani e Nicola Picardi: quello di «ordine isonomico» e quell'altro di «ordine asimmetrico» ⁽¹⁾. Da questa articolata contrapposizione (nutrita da molteplici presupposti e promossa dalla lucida consapevolezza delle contaminazioni e sfasature temporali dei due modelli) traggo questa idea di fondo volutamente semplificatrice: dove domina l'eguaglianza fra parti e giudice l'ordine del processo è isonomico; dove il giudice, per varie ragioni che qui non posso inventariare, assume una posizione privilegiata (e prevale quindi la

(*) Relazione tenuta in data 11 dicembre 2025 nell'ambito del convegno (svoltosi nei giorni 11 e 12 dicembre 2025 in Trento ed organizzato dall'Università di Trento, Facoltà di Giurisprudenza) dal titolo: “Imago Iustitiae. *Trasformazioni del diritto, del potere e della giustizia*”.

(1) V., se vuoi, per l'esame dei due modelli, A. PANZAROLA, *Le ricerche sulla giustizia di Nicola Picardi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, 1167 ss. spec. 1183 ss.

diseguaglianza) siamo in presenza di un ordine asimmetrico. Con la «costituzionalizzazione» del «giusto processo» nel 1999 (art. 111 Cost.) ci si sarebbe aspettati che il processo civile avrebbe subito negli anni avvenire una torsione isonomica, favorita dalla esplicita enunciazione in Costituzione di talune garanzie fondamentali talmente note da non richiedere delle puntualizzazioni in questa sede. È per giunta presente a chiunque che la regolamentazione tecnico-giuridica del processo è ispirata a due differenti, e a volte contrastanti, finalità: da un verso l'efficienza, cioè la produttività dell'apparato giudiziario (da quando — s'intende — esiste un «apparato» consimile, che si può far risalire, nel *processus* moderno, all'ordinamento prussiano ⁽²⁾ e così alla emersione della figura del giudice funzionario dello Stato); dall'altro, il garantismo, vale a dire il rispetto dei diritti di tutti i soggetti coinvolti nel processo, ad iniziare dalle parti (assicurando loro il pieno dispiegamento delle garanzie difensive). Notoriamente, la ponderata armonizzazione delle due esigenze concretizza quella sintesi di diritti giudiziari fondamentali denominata giusto processo.

Intendo verificare con questo mio breve intervento se sia fondata o meno l'impressione — nutrita da non pochi studiosi — secondo la quale, per una sorta di eterogenesi dei fini, a dispetto della «costituzionalizzazione» del «giusto processo», siano stati proprio negli ultimi lustri introdotti nella disciplina del processo degli «elementi» i quali, anziché propiziare — come auspicato — un innalzamento ad un tempo quantitativo e qualitativo della isonomia nel giudizio civile, abbiano inversamente accentuato al suo interno la asimmetria fra le parti e il giudice. Lo faccio avanzando sin d'ora il dubbio che, sotto l'egemonico peso della «economia» e della utilità collettiva, le ragioni del garantismo siano non di rado sacrificate al pur legittimo anelito ad accrescere la produttività dell'apparato giudiziario.

Mi propongo di compiere la verifica predetta assumendo come principale termine di riferimento i «principi» processuali.

(2) Cfr., per tutti, A. GIULIANI - N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1995, 44 ss.

Non trascurerò la odierna tendenza alla escogitazione di «nuovi» principi (dalla proporzionalità alla buona fede, dall'abuso del processo alla sinteticità, ecc.), per lo più unilateralmente determinati dalle Corti, prima, per essere poi recepiti, ora più ora meno, dal legislatore. Lo farò riservando un ruolo eminente altresì al modo in cui sono trattati dal legislatore e impiegati nella giurisprudenza i principi processuali che chiamerei «tradizionali», in dipendenza della loro origine spesso secolare se non millenaria. Vorrei prendere le mosse proprio da uno dei più celebri fra questi ultimi.

2. Il principio di oralità.

Che dire infatti dell'odierno tramonto della oralità? È risaputo che si tratta di uno dei più vitali ingredienti che alimentarono al tempo la proposta di riforma del processo civile di Chiovenda. Fu intorno al (polivalente) principio di oralità, difatti, che il Maestro di Premosello articolò (in consonanza con le legislazioni tedesca ed austriaca) la propria posizione teorica e realizzò il proprio progetto riformatore. Per oltre un secolo l'oralità ha calamitato, in vario modo, l'attenzione di gran parte dei riformatori del processo civile italiano. Oggi però la lettera dell'art. 180 c.p.c. — che persiste a qualificare come «orale» la trattazione della causa — è del tutto fuorviante. Le udienze sono adesso rarefatte e il contraddittorio meramente cartolare *inter absentes* non basta ad esorcizzare lo spettro della incomunicabilità fra il giudice e l'avvocato. A quest'ultimo è sottratta in moltissimi casi la possibilità stessa di interagire attraverso il dialogo orale (*inter praesentes*) con il giudice (e gli è così impedito — nell'esercizio del diritto di difesa — di giovare di quel contatto diretto con il magistrato alla base della vitale comprensione tra persone). Non mi interessa in questa occasione ritornare alla genesi di questo stato di cose, né di indugiare sulla disciplina della c.d. trattazione cartolare (tutti sanno, d'altronde, della sua elaborazione in periodo pandemico, così come ben conosciuta è la sua stabilizzazione con la c.d. riforma Cartabia del 2022, nell'art. 127-ter c.p.c.; la larghissima discrezionalità del giudice nel disporre la trattazione cartolare, il suo

impiego amplissimo finanche in sostituzione della udienza pubblica — quantunque nel 2024 con avvedutezza subordinato alla mancata opposizione delle parti — ecc., sono altrettanti fatti che non hanno certo bisogno di essere documentati in questa sede, anche perché molti di noi ne hanno fatto e ne fanno esperienza quotidianamente).

Voglio piuttosto sottolineare che, per quanto sia incline a coltivare una idea vorrei dire «moderata» della oralità — al modo in cui la intese poco più di cinquant'anni fa il mio Maestro Nicola Picardi ⁽³⁾ — fa davvero impressione constatare che il segno tangibile del tempo che viviamo siano i Tribunali sempre più vuoti. Si manifesta — con il ripudio della oralità, altresì — una incrinatura nella concezione tradizionale della garanzia del contraddittorio, che non può non estrinsecarsi anche evidentemente attraverso la enunciazione della parola viva sulla materia del contendere tra persone che si ascoltano guardandosi in faccia. Ne risulta minacciata la stessa doverosa coerenza della dialetticità orale e svilita la sua forza ordinativa del ritmo dello sviluppo del processo, all'insegna delle quali dovrebbe potersi formare lo stesso contenuto della sentenza, rinvenirvi il proprio alimento, rintracciarvi la sua misura e, all'un tempo, il suo limite. La disumanizzazione del processo grava già su di noi.

3. I principi del contraddittorio e di pubblicità della udienza in Cassazione.

Un discorso a parte merita la c.d. cameralizzazione del giudizio di cassazione. Non posso ora soffermarmi sulla rilevanza — anche costituzionale (già in base all'art. 101, comma 1, Cost. ed ora sul fondamento dell'art. 111 Cost.) — della pubblicità (assicurata pure dall'art. 6 Cedu e dall'art. 47 CDFUE). Mi preme unicamente rimarcare che la cameralizzazione sotto esame si iscrive nella medesima orbita delineata in precedenza, giacché

⁽³⁾ N. PICARDI, *Riflessioni critiche in tema di oralità e scrittura*, in *Studi in memoria di C. Furno*, Milano, 1973, 701 ss. Sui «surrogati dell'udienza» v., da ultimo, G. AMMASSARI, *Contributo allo studio dell'udienza civile*, Bari, 2025, 123 ss.

comporta una sostanziosa contrazione del contraddittorio orale fra le parti e il giudice.

Non ignoro naturalmente le ragioni che hanno favorito la scelta di limitare la udienza pubblica in Cassazione, né voglio trascurare i motivi che hanno indotto la Suprema Corte ad agevolarla: motivi, questi, che hanno a che fare anche, se non solo, con il sentimento di sfiducia dei giudici che la compongono nei confronti della utilità pratica della udienza. È infatti probabile che la sua abolizione per una parte assai cospicua dei ricorsi costituisca il frutto della sedimentazione di un giudizio negativo diffusosi all'interno della Corte di cassazione, non tanto e non solo sulla preparazione media dell'avvocato cassazionista, ma soprattutto sulla sua conoscenza specifica della singola causa. Il che ha portato alla conclusione, foriera di conseguenze negative, che i tempi per la celebrazione della udienza e i modi stessi del suo svolgimento, altrettanto garantistici che articolati, non fossero giustificati in contemplazione di un risultato potenziale troppo basso.

Né d'altronde si può trascurare che il «giovane» Calamandrei ⁽⁴⁾ e, prima di lui, lo stesso «pontefice massimo» dei proceduristi italiani di fine Ottocento, Luigi Mattiolo ⁽⁵⁾ — di cui, sia osservato di passata, fu allievo deferente Luigi Einaudi — si dissero propensi ad accogliere anni addietro una riforma forse perfino peggiore negli esiti rispetto alla situazione che viviamo attualmente. Viene sovente altresì ricordato il giudizio di Salvatore Satta ⁽⁶⁾, secondo il quale in Cassazione il contrasto tra le parti si risolve in due monologhi dei rispettivi avvocati perché

(4) P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, tomo II, ora in ID., *Opere giuridiche*, tomo VII, parte 2, Roma, 2019, 399 (laddove allude alla «soppressione della trattazione in sede di Cassazione»). Il Maestro fiorentino richiama (oltre che l'art. 122 della Legge cisalpina 3 messidoro, anno VI) il sistema austriaco. V., se vuoi, sul punto, A. PANZAROLA, *La riforma della Cassazione civile e i processi dinanzi alle altre Corti Supreme europee*, in AA.VV., *La nuova Cassazione civile*, a cura di A. DI PORTO, Padova, 2017, 85 ss., spec. 86 ss.

(5) L. MATTIROLI, *Trattato di diritto giudiziario civile italiano*, 5ª ed., tomo IV, Torino, 1904, 910 (n. 1011).

(6) S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, tomo II, parte 2, Milano, 1959, 264.

— annotava il giurista sardo affidandosi ad una immagine potente — in quella sede si assiste alla «celebrazione dell'avvento della norma». La verità peraltro è che, a seguito della previsione (molto opportuna) che gli avvocati discutano dopo il p.m., il pericolo che la discussione si risolva in «due monologhi» può essere scansato allorché l'uno o l'altro dei difensori impieghi la discussione per replicare alle conclusioni dello stesso p.m.

Mi pare ad ogni buon conto innegabile che per chi complessivamente creda (con Chiovenda) nei benefici associati all'aria e alla luce della udienza e per chi confidi — con il Calamandrei maturo delle cosiddette Lezioni messicane — nel valore della pubblicità (al punto da auspicare perfino la deliberazione pubblica della sentenza ⁽⁷⁾), non vi sia altra possibilità che di giudicare negativamente un procedimento — quale è oggi ordinariamente quello di Cassazione — nel corso del quale avvocati e giudici non hanno la possibilità di scrutarsi vicendevolmente. Con tutta probabilità oggi non esistono più — occorre ammetterlo — quelle condizioni che nella seconda metà dell'Ottocento stimolarono i giuristi più autorevoli a porre nel massimo rilievo la garanzia della pubblica udienza (riconoscendo — per riprendere le parole di un insigne processualista “salito” come Mortara dalla cattedra alla magistratura e cioè Pasquale Saredo, nelle cui parole si sente il respiro corale e collettivo della dottrina ⁽⁸⁾), così come essa era stata formata e plasmata in quel medesimo giro di anni o anche prima — «l'importanza civile e politica della conquista sancita nell'art. 72 dello Statuto Albertino» ⁽⁹⁾).

Né adesso vi sarebbe chi sottoscriverebbe a cuor leggero (anche alla luce di Corte cost., 13 dicembre 2017, n. 263) l'idea (enunciata ancora una volta da Saredo, che ebbe cura di suffragar-

⁽⁷⁾ Sul tema v. A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, Bari, 2022, 143 ss., spec. 158 ss.

⁽⁸⁾ Non senza eccezioni in rapporto al giudizio di cassazione. V. *retro*.

⁽⁹⁾ P. SAREDO, *Istituzioni di procedura civile*, Firenze, 1873, 11 (l'art. 72 cit. disponeva che «le udienze dei Tribunali in materia civile, e i dibattimenti in materia criminale saranno pubblici conformemente alle leggi»).

la con dotte citazioni di personaggi illustri, da Mirabeau a Bentham, ecc. ⁽¹⁰⁾) secondo la quale la pubblicità della udienza va innalzata al culmine dei principi del diritto giudiziario (costituendo essa addirittura la garanzia processuale di tutte le altre garanzie). I tempi, si dirà, sono mutati da allora (dal tempo, per intenderci, nel quale intorno ai «principi generali di procedura» si coagulò la discussione che precedette la codificazione processuale tedesca unitaria del 1877, che intese aderire ai dettami – non solo della oralità e della libera valutazione delle prove, ma altresì – della pubblicità – *Grundsatz der Öffentlichkeit* – nella cornice della garanzia del principio dispositivo: *Verhandlungsgrundsatz*).

Resta il fatto che l'avere non solo compreso per mezzo del pensiero questo profondo significato della pubblicità, ma l'averlo sentito e vissuto in concreto, costituisce l'insegnamento perpetuo lasciatoci in eredità dai nostri *Patres*. Vi sono — occorre pur evidenziarlo — delle permanenze nella storia degli istituti giudiziari difficili da cancellare dalle menti con un tratto di penna del legislatore (e lo scrivo ancorché mi sovengano sia il «*Federstrich*» jheringiano sia le «*drei berichtigende Worte*» di Kirchmann). A conti fatti mi sembra di poter chiosare che il legislatore — eliminando quasi totalmente la pubblica udienza al vertice della giurisdizione civile — non abbia tenuto conto del fatto (efficacemente espresso nelle Lezioni messicane da Calamandrei) che è indispensabile che «le istituzioni giudiziarie corrispondano all'esigenza di una società di uomini liberi» ⁽¹¹⁾ e siano perciò aperte al dialogo (che può svolgersi in Cassazione solo in una udienza pubblica). In caso contrario, con il dialogo è reso impossibile anche il rinsaldarsi dei rapporti fra giudici e avvocati, con buona pace di tutti i tentativi che a parole pure si fanno per migliorarli. Va da sé poi che la asimmetria fra le parti e i giudici, con le une che non possono per l'intera durata del procedimento di fronte alla Suprema Corte dialogare dal vivo con i secondi, è vistosamente

⁽¹⁰⁾ *Ivi*, 11, 585 ss., 208.

⁽¹¹⁾ Per il richiamo di queste parole calamandreiane e per il loro inquadramento v., se vuoi, A. PANZAROLA, *op. cit.*, 167 ss.

confermata. È l'ennesimo tassello di una mutazione ragguardevole del ruolo e delle funzioni della Suprema Corte: nello svolgimento dell'uno e nell'esercizio delle altre l'obiettivo generale della nomofilachia è stato veementemente anteposto (con la pervasività e la perentorietà di una vera e propria ideologia arcigna e granitica, spesso innervata dal richiamo, tanto insistito quanto selettivo, alla elegante compattezza dell'opera maggiore del «giovane» Calamandrei) alla garanzia soggettiva del ricorso per cassazione. Non è qui luogo neppure per accennare alle responsabilità delle scelte che hanno procurato, passo dopo passo, questa appariscente asimmetria (se siano state partorite dal legislatore o maturate nel grembo della giurisprudenza o, come tutto lascia credere, forgiate in un sinergico connubio fra quello e questa). Gli esiti attuali — altrettanto disarmonici che punitivi (per le parti) — sono stati prefigurati peraltro solo da pochi giuristi (e non posso tacere — nel «silenzio dei chierici» — la lungimirante e insieme coraggiosa esortazione di alcuni anni fa di un autorevole studioso a tenere d'occhio la «deriva della Cassazione»: *chapeau* a Bruno Sassani ⁽¹²⁾!).

4. I principi costituzionali (artt. 102, comma 1, e 25, comma 1, Cost.) e l'Ufficio per il processo.

I rilievi compiuti sin qui (dai quali facilmente si arguisce che il principio di efficienza, nella sua declinazione economicistica, è prepotentemente anteposto alle altre garanzie, ad iniziare da quella del contraddittorio orale) mi spingono fatalmente ad addurre un ulteriore esempio che potrebbe iscriversi nell'orizzonte delineato. Lo traggio da un istituto che ha fatto di recente il suo ingresso anche nel codice di rito (art. 58-*bis* c.p.c.). Pur se in via di estrema sintesi, mi interessa porre in luce il concreto funzionamento del c.d. Ufficio per il processo (UPP) costituito presso i Tribunali ordinari e le Corti d'appello (sul quale unicamente mi

⁽¹²⁾ *La deriva della Cassazione e il silenzio dei chierici* (2019), ora in B. SASSANI, *Saggi scelti*, Torino, 2023, 153 ss.

concentro, non foss'altro perché su di esso si hanno informazioni maggiori rispetto a quelle concernenti il corrispondente Ufficio in Cassazione).

Ebbene, nel quadro efficientistico dell'art. 5, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 151, risulta cruciale la richiesta rivolta dai magistrati — di nuovo giustificata evocando ragioni di speditezza della funzione giurisdizionale — agli addetti all'Ufficio di predisporre bozze di provvedimenti giurisdizionali (accompagnata dalla ostensione al giudice dei risultati delle ricerche compiute). È stato in proposito elevato il dubbio ⁽¹³⁾ (a mio parere non implausibile) che questa modalità di formazione «progressiva» e «condivisa» del provvedimento — alla quale cooperano soggetti diversi dai magistrati ordinari — non si concili con il principio fondamentale consacrato nell'art. 102, comma 1, Cost. (quantunque, in fin dei conti, sia il giudice — a seguito della verifica finale sulla «bozza» sottopostagli — ad assumersi la responsabilità integrale, ad un tempo formale e sostanziale, del provvedimento decisorio assunto).

In altri termini, se la Costituzione esige che la funzione giurisdizionale debba essere «esercitata dai magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario», è lecito quanto meno interrogarsi se sia consentito che nella elaborazione della decisione siano coinvolti soggetti che magistrati non sono. Per di più, in un contesto nel quale si diradano sensibilmente le occasioni di un contatto fisico fra avvocato e giudice, appare estremamente discutibile che perfino il «prodotto» finale della attività del secondo rischi sostanzialmente di apparire al primo — nonostante la formale imputazione della decisione al magistrato ordinario che l'abbia sottoscritta — di indecifrabile paternità.

Ma non solo. Vi è un ulteriore profilo al quale posso solo fugacemente accennare. In relazione al tema della responsabilità per l'attività giurisdizionale svolta dall'organo decidente, è stato

⁽¹³⁾ Seguo l'ordine di idee di R. MARTINO (*L'ufficio per il processo ai tempi del PNRR: una panacea per la giustizia civile?*, in *Il Processo*, 2025, 1 ss., spec. 33 ss.), che ha dedicato al tema una illuminante ricerca.

documentato — mi pare con buoni motivi — altresì il possibile contrasto della disciplina sotto esame con un altro principio fondamentale, quello del giudice naturale precostituito per legge (art. 25, comma 1, Cost.). E questo allorché ai giudici di pace onorari — che operano nell'Ufficio per il processo — siano «affidate attività 'preparatorie' o di 'supporto' unitamente alla delega di funzioni giurisdizionali». Il fatto è che — in tale ipotesi — «l'individuazione della responsabilità dell'organo giurisdizionale coinvolge il problema della responsabilità personale tanto del magistrato togato, cui è formalmente riferibile la decisione, che del giudice onorario di pace che opera nell'UPP» ⁽¹⁴⁾.

È ovviamente vero che per una comprensione più adeguata del fenomeno dell'inficiamento dei principi processuali «tradizionali» vi sarebbe bisogno di altre esemplificazioni (che mi riservo di enumerare nel prosieguo). I dati sin qui raccolti spianano in ogni caso la strada ad una analisi critica diretta a riproporre la ineludibile cogenza di quei principi, nella consapevolezza delle proprie radici e della propria continuità. Ma la situazione generale è ben più complessa e merita di essere descritta con la massima brevità.

5. Abuso del processo.

Mentre i principi tradizionali vacillano, «nuovi» principi appaiono all'orizzonte, in consonanza con previsioni diffuse a livello europeo e internazionale, in vario modo ispirate a quello che, sinteticamente, mi azzarderei a denominare un inedito universalismo processuale utilitaristico, volontaristicamente trapiantato nel *temenos* del processo civile. Quali sono questi «nuovi» principi di carattere collettivo e impronta utilitaristica, elaborati nella cornice di un accentuato creazionismo giudiziario? Il primo fra essi è, a me sembra, l'abuso del processo (e, con esso, la buona fede, la quale meriterebbe — secondo una presa di posizione pri-

⁽¹⁴⁾ *Ivi*, 34 ss.

mariamente giurisprudenziale ⁽¹⁵⁾ — di essere incistata nella *tela judiciaria* civile).

Non è questa la sede per ripercorrere le vicende che hanno condotto alla elaborazione della categoria dell'abuso del processo. In questo convegno è del resto presente Giuseppe Tropea, che ha dedicato al tema una ricerca fondamentale anche per lo studioso del processo civile. Per non ripetere poi cose già scritte altrove ⁽¹⁶⁾, quel che mi preme mettere in rilievo è la questione generale posta da quella elaborazione. Si tratta di una questione che — mi pare di poter segnalare — continua ad interpellare l'interprete e che, per ragioni di concisione, affronterei richiamando ancora una volta il pensiero di Calamandrei, che ha scritto sull'argomento alcuni saggi premonitori e ammonitori.

Il Maestro fiorentino poneva in risalto che i sistemi processuali si trovano ad affrontare e risolvere una tensione concorrenziale fra due esigenze tra loro antitetiche: da un lato, «l'esigenza puramente giuridica della validità formale ed autonoma degli atti processuali, dalla quale dipende la certezza del diritto»; dall'altro lato, l'esigenza schiettamente «morale» — antagonistica alla precedente — «di introdurre anche nel processo, al di sopra delle forme, la tutela della buona fede» ⁽¹⁷⁾. Con la creazione una ventina di anni fa dell'abuso del processo ad opera della Suprema Corte (in rapporto al divieto di frazionamento della domanda) questo obiettivo di moralizzare il processo è stato vigorosamente anteposto a quell'altro che il Maestro fiorentino racchiudeva nella aspirazione a soddisfare il «valore» della certezza del diritto in materia processuale ⁽¹⁸⁾ (per quanto la stessa Cassazione, nelle

⁽¹⁵⁾ Non posso qui dire dei multiformi approcci dottrinali al tema. Segnalo però, da ultimo, da una ottica specifica, la valorizzazione della buona fede nell'esercizio della azione nella ottima ricerca di A. FABBÌ, *Linee di una teoria generale dell'accordo nel processo civile italiano*, Torino, 2025, spec. 257 ss.

⁽¹⁶⁾ A. PANZAROLA, *op. cit.*, 59 ss.

⁽¹⁷⁾ P. CALAMANDREI, *Un caso tipico di malafede processuale* (1941), ora in *Opere giuridiche*, tomo I, cit., 477 ss., spec., 482-483.

⁽¹⁸⁾ Per l'idea complessiva che la certezza non possa essere trattata (come accade oggi, nella cornice di un «protagonismo» e «creazionismo» giudiziari oggetto di critica

sue enunciazioni programmatiche, sia proclive ad apprezzarlo, quante volte assicura che la «affidabilità, prevedibilità e uniformità della interpretazione delle norme processuali costituisce imprescindibile presupposto di uguaglianza tra i cittadini e di ‘giustizia’ del processo»⁽¹⁹⁾).

6. La *Pönalisierung* del processo civile.

L'abuso del processo si articola in una molteplicità di figure specifiche, talune delle quali sembrano avvalorare la preoccupazione manifestata anni fa da Calamandrei, quando problematicamente registrava il pericolo che — se è pur vero che «coll'essere troppo rigidi difensori della forma si rischia di sacrificare le ragioni sociali e politiche della norma giuridica», in pari tempo — dando la «prevalenza a considerazioni moralistiche, si rischia di distruggere le basi stesse della legalità»⁽²⁰⁾. Si può parlare — in ordine a quest'ultima notazione calamandreiana — di una vera e propria prolessi, non appena si volga lo sguardo alle «nuove» sanzioni che figurano nei commi 3 e 4 dell'art. 96 c.p.c. (introdotti negli ultimi anni) e che sono riguardate, se non proprio quali espressioni dirette⁽²¹⁾, come corollari⁽²²⁾ della figura dell'abuso del processo.

Suscita già qualche perplessità il loro inserimento nel tessuto codicistico, indizio eloquente di una sempre più pronunciata e invasiva tendenza alla *Pönalisierung* del processo civile naziona-

recisa nel volume) «come uno dei tanti valori», cfr. M. LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023, 53 ss., spec. 54 (nonché, sul piano della vita concreta, *ivi*, 43).

⁽¹⁹⁾ Cass., Sez. Un., 6 novembre 2014, n. 23675.

⁽²⁰⁾ P. CALAMANDREI, *op. cit.*, 483. In questo scritto del 1941, il Maestro fiorentino deplora (cosa rimarchevole) certa tendenza della dottrina tedesca (di epoca nazista) a ritenere nulle tutte le sentenze (anche non più impugnabili) che si ponessero *contra bonos mores* (così «minando alla base l'istituto della cosa giudicata»).

⁽²¹⁾ In congiunzione con figure particolari di abuso: v. *infra*, quel che dirò in rapporto all'art. 380-bis c.p.c.

⁽²²⁾ Per il diritto vivente (e la cosa è nota a tutti) l'art. 96, comma 3, c.p.c. costituisce «una sanzione per l'abuso del processo a opera della parte soccombente mediante la condanna di quest'ultima, anche d'ufficio, al pagamento di tale somma in favore della controparte, oltre al (o indipendentemente dal) risarcimento del danno per lite temeraria» (così, il punto 5 della motivazione in diritto di Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139).

le (che non poteva non implicare, infine, la individuazione della cassa delle ammende quale soggetto beneficiario della sanzione: comma 4 cit.). Senza potermi addentrare in un esame più preciso dell'argomento qui tematizzato, basti richiamare l'attenzione sulla (del resto nota a tutti) formulazione genericissima dell'art. 96, comma 3, c.p.c., la quale, mentre consegna al giudice un potere sanzionatorio officioso, non specifica i presupposti sul fondamento dei quali la sanzione dovrebbe essere irrogata, se non alludendo alla circostanza che lo stesso giudice può «condannare la parte soccombente» allorché «pronuncia sulle spese ai sensi dell'art. 91» c.p.c. Allo smisurato potere del giudice si contrappone (quale sintomatica epifania di quella asimmetria più volte posta in rilievo) la totale soggezione della parte. Né la giurisprudenza, se non in minima parte ⁽²³⁾, è riuscita a fugare i timori comprensibilmente suscitati da una «sanzione senza fattispecie» qual è l'art. 96, comma 3, cit. Anzi, si è finanche potuto affermare (così Corte cost., 6 giugno 2019, n. 139) che la disposizione non contrasta con il principio di legalità ⁽²⁴⁾ perché (cosa contestabile) spetterebbe alla giurisprudenza ⁽²⁵⁾ il compito di puntualizzarne gli estremi applicativi lasciati «in bianco» dal legislatore.

7. L'art. 380-bis c.p.c. e la sanzione a vantaggio della cassa delle ammende.

Mi sia consentita sul punto una considerazione ulteriore riguardante l'insidiosa applicazione in Cassazione delle sanzioni

⁽²³⁾ Notoriamente, la Cassazione è solita sostenere che il comma 3 art. 96 c.p.c., richiamando l'equità, rinvii al criterio di proporzionalità secondo le tariffe forensi (sicché la somma contemplata dalla norma deve essere rapportata «alla misura dei compensi liquidabili in relazione al valore della causa»: Cass., 11 ottobre 2018, n. 25177 e n. 25176).

⁽²⁴⁾ Cfr. la riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.

⁽²⁵⁾ Il legislatore — si legge al punto 11 della motivazione in diritto di Corte cost. n. 139 del 2019 —, «esercitando la sua discrezionalità particolarmente ampia nella conformazione degli istituti processuali», avrebbe «fatto affidamento sulla giurisprudenza che, nell'attività maieutica di formazione del diritto vivente, soprattutto della Corte di cassazione (sentenza n. 102 del 2019), può specificare — così come ha già fatto — il precetto legale».

dell'art. 96 c.p.c. nel procedimento per la decisione accelerata dei ricorsi inammissibili, improcedibili o manifestamente infondati, di cui all'art. 380-*bis* c.p.c. (come novellato dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149). Si insegna che l'art. 380-*bis*, comma 3, c.p.c. «codifica, attraverso una valutazione legale tipica, un'ipotesi di abuso del processo» ⁽²⁶⁾.

Quindi in Italia, di fronte alla Cassazione, la situazione che si vive ultimamente è tutt'altro che allegra ed è questa: abuso del processo quella parte ricorrente che, non aderendo alla proposta monocratica di definizione del ricorso (ritenuto inammissibile, improcedibile o manifestamente infondato), richieda la decisione collegiale; e cioè proprio quella decisione collegiale che, sul piano ordinamentale – art. 67 ord. giud. –, è l'unica consentita e che ogni ricorrente avrebbe diritto di ottenere. Ecco la riprova, se ve ne fosse bisogno, delle preoccupanti conseguenze alle quali si può pervenire quando si maneggia una categoria così vaga quale quella di abuso del processo. In questo caso la parte ricorrente sta completamente stretta nella morsa di due precetti: o il ricorrente rinuncia al suo diritto alla decisione collegiale o, chiedendola, è «punito» con una ragguardevole sanzione quando la pronunzia finale confermi la proposta monocratica (e tutto ciò solo perché, anziché abdicarvi, ha esercitato quel diritto alla decisione collegiale).

E che dire poi del modo in cui la Suprema Corte è solita — nella situazione descritta — applicare la sanzione? Mi pare che sia senz'altro prevalente — a dispetto di indicazioni affioranti qua e là di segno differente ⁽²⁷⁾ — la tendenza ad irrogare automaticamente la sanzione ⁽²⁸⁾ (nella misura massima). Ma quel che è peggio, con una interpretazione veramente opinabile, la sanzione

⁽²⁶⁾ Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2023, n. 36069.

⁽²⁷⁾ Le stesse Sezioni Unite (Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2023, n. 36069) hanno avuto modo di precisare che l'art. 380-*bis* c.p.c. «non prevede l'applicazione automatica delle sanzioni ivi previste, che resta affidata alla valutazione delle caratteristiche del caso concreto, in base a un'interpretazione costituzionalmente compatibile del nuovo istituto».

⁽²⁸⁾ Cfr., ad es., Cass., 16 luglio 2025, n. 19641: «dalla definizione del giudizio in conformità alla proposta *ex* art. 380-*bis* c.p.c. discende l'applicazione, senza alcuna valutazione discrezionale della Corte, delle sanzioni di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 96 c.p.c.».

viene inflitta ⁽²⁹⁾ al ricorrente anche nel caso in cui la controparte intimata sia rimasta estranea al giudizio di cassazione. Questo approdo ermeneutico pare contraddetto dalla previsione — contenuta nel comma 3 dell'art. 380-*bis* c.p.c. — secondo la quale la Corte, quando definisce il giudizio aderendo alla proposta monocratica, «applica il terzo e il quarto comma dell'art. 96» c.p.c. Dal che si dovrebbe dedurre che l'omessa partecipazione al processo di cassazione dell'intimato, impedendo evidentemente (con la condanna alle spese) che sia irrogata a suo favore (e a carico del soccombente) la sanzione contemplata nel comma 3 dell'art. 96 c.p.c., preclude al contempo di infliggere al ricorrente la sanzione del comma 4 dello stesso articolo a vantaggio della cassa delle ammende. È questa, del resto, la soluzione imposta dalla lettera del medesimo comma 4 dell'art. 96 c.p.c. isolatamente considerata ⁽³⁰⁾.

8. La crisi del principio di legalità in epoca di utilitarismo processuale.

Come spiegare allora la opposta soluzione «punitiva» accolta dalla Suprema Corte ⁽³¹⁾? Si direbbe che la giurisprudenza paghi così il suo tributo alla ideologia processuale oggi dominante di impronta utilitaristica, quando intende giustificare tale conclusione sottolineando, fra l'altro, che «si tratta di una sanzione prevista a favore della collettività e non della parte vittoriosa» ⁽³²⁾. Quale impressione se ne ricava? Questa: nella fondazione giurispruden-

⁽²⁹⁾ Cass. n. 19641 del 2025, cit.

⁽³⁰⁾ Il comma 4, art. 96 c.p.c. presuppone la pronuncia di un provvedimento giurisdizionale riconducibile ai primi tre commi dell'art. 96 cit.; quindi, nella specie, la adozione del provvedimento di condanna a favore della controparte indicato nel comma 3 del medesimo articolo (il quale ha per fondamento la pronuncia sulle spese).

⁽³¹⁾ La condanna al pagamento, in favore della cassa delle ammende, della somma di cui all'art. 96, comma 4, c.p.c., è basata sulla (supposta) autonoma valenza precettiva del richiamo a tale disposizione (art. 380-*bis*, comma 3, c.p.c.), nonché fondata sulla aspirazione a disincentivare la richiesta di definizione ordinaria a fronte di una proposta di definizione accelerata (esigenza che sussiste anche nel caso di mancata costituzione dell'intimato): Cass., 4 ottobre 2023, n. 27947.

⁽³²⁾ Cass., 16 luglio 2025, n. 19641, cit.

ziale della nozione (altrettanto fondamentale che controversa) di «abuso del processo» ha un posto di rilievo il riferimento alla attuazione di un programma con finalità collettive, che ha il suo fondamento incrollabile nell'anelito alla gestione di una risorsa scarsa (come è reputata quella giudiziaria).

Diciamolo con franchezza: accettando questo programma, la asimmetria fra le parti e il giudice si intensifica. Perché lo dico? Perché quel programma, nell'ambito del processo, pregia più lo Stato che l'individuo, più l'utilità della collettività che la libertà del singolo, più l'efficienza economicistica globale dell'apparato che la effettività della tutela giurisdizionale individuale. Nella consapevolezza delle proprie radici e della propria continuità, il processualista non può fare a meno di segnalare questa inquietante frizione nel dominio del processo.

Dovrebbe allora essere chiaro perché mi sono intrattenuto su questo aspetto che potrebbe apparire secondario (ma non lo è affatto!). L'ho fatto perché vi rintraccio la spia significativa di un approccio globale al processo, di cui esistono altri e cospicui esempi che non posso peraltro analizzare nel dettaglio. Tutto lascia credere, insomma, che sia andato consolidandosi nel tempo (in giurisprudenza e sul piano legislativo, anzitutto) un approccio al processo orientato teleologicamente alla cura (per usare una espressione deliberatamente generica) dell'interesse collettivo a detrimento delle garanzie individuali. Credo di averne offerto la dimostrazione in altro luogo, designando al contempo l'età presente quale «epoca di utilitarismo processuale» ⁽³³⁾.

È rimarchevole che pure la nostra Corte di cassazione stia impiegando da alcuni anni l'argomento utilitaristico che fa leva sulla necessità di impiegare oculatamente le risorse giudiziali e di armonizzare le aspirazioni individuali con la necessità di riservare risorse agli altri processi. Si direbbe che, per quanto non espressamente richiamato, il principio di proporzionalità sia stato nei fatti recepito nel processo civile. Parlerei di un obiettivo di moralizza-

⁽³³⁾ A. PANZAROLA, *Principi e regole in epoca di utilitarismo processuale*, cit.

zione «utilitaristica» del processo. Ciò che risalta è che la tesi (della giurisprudenza e, a ruota, del legislatore), innestata su una visione utilitaristica *à la* Bentham, schiettamente antepone nel processo ad ogni altra esigenza individuale (e qualitativa) l'interesse pubblico (e quantitativo) alla gestione proporzionata del servizio-giustizia. Ci si chiederà allora: come può il singolo giudice — o anche un collegio di alcuni giudici — pronunciarsi sull'uso proporzionato della (scarsa) risorsa giudiziaria? A me pare che nessun giudice (neppure l'Ercole di Dworkin...) disponga di elementi empirici per impartire una tutela giurisdizionale coerente con la scarsità delle risorse. E se lo si fa, ciò avviene — daccapo — perché si ritiene che il giudice sia in una condizione privilegiata (pure in relazione alle parti), che lo legittimerebbe a risolvere — nel *dicere ius* — la questione di *policy* concernente la allocazione efficiente e proporzionata di una risorsa pubblica scarsa.

Mi sembra che ci vorrebbe, più in generale, maggiore accortezza nella elaborazione di nuovi principi generali del processo che finiscono per sanzionare o comunque limitare in vario modo l'azione in giudizio della parte. Vogliamo portare un altro esempio di questo fenomeno? Non posso ripetere quanto ho già avuto modo di scrivere a proposito del principio di sinteticità. Sarò per forza di cose schematico. Come si concilia — per dirne una sul filo del paradosso — questo tambureggiante spinta alla chiarezza e sinteticità nella redazione degli atti di parte con il fenomeno ben noto delle cosiddette «sentenze-trattato»? Né, d'altronde, si può sottacere che la sinteticità nella redazione dei provvedimenti giudiziari viene coltivata in un contesto complessivo di dequotazione della motivazione e della possibilità di controllarla, che sembra affievolire la stessa garanzia fondamentale dell'art. 111, comma 6, Cost. E che il problema persista — nonostante che quel principio sia richiamato in svariate disposizioni concernenti il giudizio di cassazione (*in primis* nell'art. 366 c.p.c.) e a dispetto del fatto che esso, come tutti sanno, sia stato perfino trasfuso (oltre che nel Protocollo del 2023) nel d.m. 7 agosto 2023, n. 110, adottato sul fondamento dell'art. 46 disp. att. c.p.c. — lo testi-

monia una recente pronuncia della Suprema Corte. Mi riferisco a Cass., 26 gennaio 2026, n. 1785, dove si legge testualmente (al punto 1.9.3. delle “ragioni della decisione”) che, «se questa Corte dovesse pronunciare un *non liquet* su tutti i ricorsi prolissi o sgrammaticati, resterebbe ben presto inoperosa» (parole, queste, dalle quali traluce altresì un certo qual sarcasmo che sembra documentare più di mille discorsi quella condizione asimmetrica di cui mi sto occupando).

Allargando il quadro dei riferimenti, appare manifesto che, tramite l'utilizzo dei principi, le Corti giudiziarie vanno affermandosi come organi «di ponderazione» e, giovandosi del loro carattere indeterminato, procedono con larga discrezionalità ora al bilanciamento di principi processuali contrastanti, ora alla creazione di nuove regole di procedura, ora alla eliminazione di regole vigenti. I principi posseggono infatti una straordinaria «forza generativa» (*ex principiis derivationes*) che è il riflesso della loro struttura «aperta». Non per caso, diversamente dalle «regole», i principi per loro natura si «pesano». È arcinoto che, soprattutto per mezzo del principio di durata ragionevole (e tramite una sua lettura in termini oggettivi ed ordinamentali), la Cassazione ha (negli ultimi lustri) praticato in modo sempre più massiccio una argomentazione con funzione decostruttiva o ablativa di regole tecniche processuali (anche essenziali per la garanzia del diritto di difesa), sconvolgendo occasionalmente l'ordine preesistente.

I principi utilitaristici che ho enumerato, mentre comprimono le garanzie individuali, rischiano di mandare in soffitta la cogenza di regole e forme processuali. Ho dimostrato in altra occasione la genesi e additato le ripercussioni di questo fenomeno. Mi sia consentito di addurre ulteriori esempi tratti dalla giurisprudenza di questi anni. Il concetto di giudicato implicito ⁽³⁴⁾ sulle questioni pregiudiziali di rito non solo annienta il diritto al contraddittorio,

⁽³⁴⁾ Intorno al quale v., da ultimo, Cass., Sez. Un., 29 agosto 2025, n. 24172, in *Giusto proc. civ.*, 2025, 1137 ss., con una profonda nota di commento di M. FARINA, *Il regime del rilievo in sede di impugnazione delle questioni pregiudiziali di rito secondo le Sezioni Unite*.

ma smorza la forza protettiva di quelle regole e forme (con effetti dirompenti allorché quelle e queste siano coordinate alla assicurazione dei diritti processuali individuali). Ma v'è di più. Da altro punto di vista, la usuale subordinazione (postulata dal diritto vivente) del rilievo pratico delle nullità alla verifica del c.d. «pregiudizio effettivo» rischia di sfibrare, fino a dissolverla, la autonoma portata garantistica (quando vi sia, s'intende) di questa o quella regola e forma processuale. Più ampiamente, la deliberata confusione (anche legislativa: art. 360-*bis* c.p.c.) nel giudizio di impugnazione fra infondatezza nel merito e inammissibilità, conducendo a sanzionare con quest'ultima categoria delle ipotesi manifestamente ascrivibili a quella prima figura, è la premessa decisiva per praticare in Cassazione una giurisprudenza largamente «punitiva» — in chiave di inammissibilità della impugnazione pur se infondata — agli occhi della parte e del suo difensore. Non posso neppure tacere della sostanziale neutralizzazione della regola (art. 384, comma 3, c.p.c.) che imporrebbe alla Suprema Corte di sollecitare il contraddittorio sulle questioni da essa rilevate d'ufficio (e, più ampiamente, della arbitraria esclusione delle questioni processuali dalla garanzia dell'art. 101, comma 2, c.p.c.). Quelli indicati sono fatti che la dottrina ha chiarito fin nei minimi particolari e che tuttavia lasciano spazio ad opinioni largamente divergenti. La mia idea è che la mentalità soggiacente a quei «nuovi» principi rischia di tradursi nella dequotazione delle regole processuali ⁽³⁵⁾ con valenza garantistica e in una trasparente lacerazione dello stesso principio di legalità. Già questi soli dati potrebbero (e, a mio sommo avviso, dovrebbero) invogliare ad emanciparsi da figure e modelli («utilitaristici» insisto a dirli) formati nel corso del tempo e tenuti a battesimo dalle Corti di concerto con il legislatore, realizzando (nelle forme di una rivoluzione di velluto) un vero e proprio cambio di paradigma, nel quadro del quale le garanzie soggettive associate a quei principi di

⁽³⁵⁾ La Suprema Corte discorre esplicitamente di una «innegabile evoluzione dell'ordinamento verso una progressiva relativizzazione della tutela apprestata dalle regole di rito»: così Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2015, n. 1238 (par. 9.1. dei «motivi della decisione»).

epocale dignità dianzi sunteggiati sono percepite, se non proprio quali zavorre di cui disfarsi, come «valori» recessivi rispetto alla utilità collettiva nelle sue innumerevoli proiezioni processuali. Sia chiaro però: bisogna anche guardarsi dal «feticismo» delle regole processuali! E lo dico perché tutti hanno in mente molti precetti processuali che paiono i «peggiori nemici» del giusto processo (tradendone — su questo o quel punto, per le ragioni più differenti — i corollari applicativi). L'impazzimento del *nomos* si profila pure notoriamente in materia processuale. Si è arrivati al punto di subordinare per legge la iscrizione della causa a ruolo al pagamento del contributo unificato ⁽³⁶⁾. E per quale motivo? «Per far lavorare meno coloro i quali, ai sensi dell'art. 247 d.p.r. 30 maggio 2002, n. 115, dovrebbero provvedere alla riscossione del contributo unificato» ⁽³⁷⁾.

9. I «valori funzionali» del processo.

Può servire a mettere in più chiara luce le questioni trattate sin qui la odierna tendenza giurisprudenziale a richiamare i cosiddetti «valori funzionali» del processo³⁸, con i quali si mira ad innestare (dall'alto e in maniera altrettanto volontaristica che soggettivistica) nel processo le direttive di una morale (perché evocare i «valori» vuol dire appellarsi alla morale) pregna di efficientismo, per mettere in pratica una radicale palingenesi del processo civile sovraccarica di conseguenze. Sia chiaro, il giurista non può fare a meno dei valori. Nella nostra materia tutti hanno in mente l'ancoraggio (sviluppato con rara sensibilità da un Maestro quale Andrea Proto Pisani, di cui è risaputa la rigorosa postura etica) della analisi strutturale degli istituti processuali ai valori solidaristici e personalistici della nostra Costituzione. D'altra parte, non posso dimenticare l'insegnamento piccardiano

⁽³⁶⁾ È stata sollevata questione di costituzionalità dalla Cassazione con ordinanza 11 dicembre 2025, n. 32234, in *Judicium*, 12 dicembre 2025, con nota critica di F.P. LUISO.

⁽³⁷⁾ Così, argutamente, F.P. LUISO, nello scritto citato alla nota che precede.

⁽³⁸⁾ Cfr., anche per riferimenti, M.L. SERRA, «Valori funzionali» del processo e domanda giudiziale, Napoli, 2018.

e la sua attitudine multimetodica nella analisi del processo, solcata pure da perspicui riferimenti alla dimensione etica. Quell'insegnamento e questa attitudine hanno agito in profondità sulle menti degli studiosi, ad iniziare da quelle dei suoi allievi. Se è vero che viviamo un «tempo senza storia» ⁽³⁹⁾, mi piace mettere in risalto che, grazie alle ricerche di Picardi, sappiamo, fra l'altro, che il ragionamento giudiziario nell'epoca di mezzo (con il suo carattere argomentativo e giustificativo) costituiva un capitolo della dialettica e dell'etica. L'*audiatur et altera pars* (diremmo oggi il principio del contraddittorio) era concepito come metodo, insieme etico e logico, usato dal giudice per la ricerca della verità «probabile». La procedura non assicurava unicamente il diritto di difesa nei processi, ma garantiva pure il diritto di resistenza nei riguardi di autorità esterne ⁽⁴⁰⁾. Le veniva riconosciuta perciò natura originaria e, in certo qual modo, extrastatuale. Era comune l'affermazione secondo la quale nessuno, neanche il papa o l'imperatore, avrebbe potuto fare a meno della procedura, e così prescindere dal rispetto delle garanzie procedurali.

E il punto è proprio questo. Non può esservi dubbio che oggi il richiamo — con un fraseggio marcatamente sociologizzante ⁽⁴¹⁾ — ai «valori funzionali» del processo sia dedotto (e ho in mente le famose «sentenze gemelle» del 2014 e quel che ne è derivato) in scrupolosa continuità di sviluppo dalle premesse comuni a tutto quello che ho chiamato utilitarismo processuale. Si esige che i valori funzionali (con il loro spiccato tasso polemogeno e con la loro azione — per dar credito alla sagace lettura di quasi

⁽³⁹⁾ A. PROSPERI, *Un tempo senza storia. La distruzione del passato*, Torino, 2021.

⁽⁴⁰⁾ V., se vuoi, per esempi storici considerevoli in questo senso, A. PANZAROLA, *Riflessioni su alcuni aspetti del c.d. processo politico*, in AA.VV., *Itinerari sul processo politico*, A. PANZAROLA - C.D. LEOTTA - A. MERONE - F. SANTAGADA (a cura di), Torino, 2024, 229 ss., spec. 258 ss.

⁽⁴¹⁾ Ho in testa, fra l'altro, il rimando della Suprema Corte alla unitaria «vicenda sostanziale» ed «esistenziale» (v., se vuoi, il mio contributo *Riflessioni minime intorno ad un concetto metagiuridico: la genealogia della «lite» in Carnelutti*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 992 ss., spec. 1002 ss.). Sorprendente è anche il ben noto paragone fra il processo e...il tram! (in Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310: punto 3 del «Ritenuto in diritto»).

settant'anni fa di Carl Schmitt ad Ebrach ⁽⁴²⁾ — scopertamente «tirannica») determinino e organizzino l'intero campo oggettivo del processo e, per esso, reagiscano sulla ampiezza della decisione del giudice, pur al di là della domanda e del principio venerabile che vi si riconnette ⁽⁴³⁾. Valori eminentemente oggettivi sono anteposti al (soggettivamente connotato) principio dispositivo in senso sostanziale.

10. Notazioni conclusive.

Come concludere quindi questo mio intervento? Il quadro che si offre allo sguardo è certamente variegato. Un giudizio netto in un senso o nell'altro è difficile e rischierebbe, a seconda del punto di osservazione prescelto, di apparire parziale e perfino superficiale. D'altronde ci sono qua e là soprassalti di vigorosa vitalità delle garanzie individuali (e penso, relativamente al contraddittorio, alla riscrittura dell'art. 101, comma 2, c.p.c., a condizione, beninteso, che sia interpretato nella prassi — come la volontà mi spinge a desiderare, ma un disincantato realismo mi fa dubitare che avverrà — alla maniera di Francesco Paolo Luiso ⁽⁴⁴⁾). Tutto

⁽⁴²⁾ Dalla relazione tenuta al seminario di Ebrach dell'ottobre del 1959 (organizzato dall'allievo Ernst Forsthoff) nacque il famoso testo di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008 (sull'impiego anteriore della locuzione «tirannia dei valori» da parte di Nicolai Hartmann rinvio alle osservazioni di Franco Volpi: *ivi*, spec. 92 ss.). Come noto, la posizione di Schmitt (e della sua scuola) non ha avuto alcun seguito in Germania: «l'interpretazione del *Grundgesetz* come 'ordine di valori'» ha infatti costituito la «guida per l'intero sviluppo giuridico nella Repubblica federale» (B. RÜTHERS, *La rivoluzione clandestina. Dallo Stato di diritto allo Stato dei giudici*, Modena, 2018, a cura di G. STELLA, 60).

⁽⁴³⁾ V., per un esempio notevole tratto dalle c.d. «sentenze gemelle», A. PANZAROLA, *Principi e regole*, cit., 256. Cosa ai miei occhi sorprendente, anche l'organismo apicale della avvocatura italiana (il CNF) — nel sottoscrivere il Protocollo d'intesa sul processo civile in Cassazione del 2023 (ricordato *retro*, § 8) — ha mostrato di condividere «l'accentuazione della 'dimensione valoriale' del processo» menzionata nelle premesse del medesimo protocollo.

⁽⁴⁴⁾ La tesi di Luiso si trova enunciata già in *Il nuovo processo civile*, Milano, 2023, 22 ss. La nuova disposizione dovrebbe imporre al giudice «di verificare se *in concreto nella singola vicenda* il contraddittorio sia stato attuato» e questo ancorché le regole di rito siano state osservate.

sommato, però, sono proclive a pensare ⁽⁴⁵⁾ che i dati raccolti e considerati nelle pagine precedenti disegnino uno scenario che disvela — da più angolazioni (46) — una preoccupante curvatura asimmetrica del processo civile. Certo, qualcuno — anche fra i presenti al convegno — probabilmente dissentirà. Mi resta in ogni caso la speranza di avere evidenziato fatti e circostanze che in altre narrazioni sono trascurati o addirittura ignorati.

ABSTRACT: Il contributo analizza le conseguenze che si sono determinate nei rapporti tra le parti e il giudice a seguito dell'impiego di principi processuali di schietta impronta «utilitaristica».

ABSTRACT: *This paper analyses the consequences that have arisen in the relationships between the parties and the judge following the use of procedural principles of a purely «utilitarian» nature.*

⁽⁴⁵⁾ Il mio ordine di idee è esplicitamente condiviso (e insieme arricchito nei contenuti) da R. MARTINO, *op. cit.*, spec. 15 ss. Rinvio pure alla inaggrabile meditazione sul tema di B. SASSANI, *Le regole del gioco al tempo del «disordine»*, in *Riv. dir. proc.*, 2026, 66 ss.

⁽⁴⁶⁾ Non va ovviamente trascurato neppure quello che è stato felicemente denominato (A. TEDOLDI, *Giustizia civile. Parte generale*, Bologna, 2025, 144 ss.) l'«iper-formalismo telematico» che, in congiunzione con la «disumanizzazione del processo», rischia di procurare (per tante ragioni qui impossibili da inventariare) una accentuazione ragguardevole della asimmetria di cui scrivo nel testo.

Istruttoria e principi della giustizia amministrativa

di MARCO MAZZAMUTO

Si, d'après l'examen d'une affaire, il a y lieu d'ordonner que des faits ou des écritures soient vérifiés, ou qu'une partie soit interrogée, le Grand-Juge désignera un Maître des requêtes, ou commettra sur les lieux: il réglera la forme dans la quelle il sera procédé à ces actes d'instruction (art. 14 Décret impérial 1806 sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État).

SOMMARIO: 1. I civilizzatori tra *ratio* liberale e *ratio* autoritaria. — 2. Il paradigma travisante dell'origine autoritaria della giustizia amministrativa. — 3. Il codice, l'istruttoria e le mode civilizzanti. — 3.1. Critica del modello benvenutiano. — 4. Specialità e *ratio* dell'istruttoria nella tradizione del processo amministrativo. — 5. Il giudice pretore signore della prova e signore del giudizio. Il bilanciamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato e l'elasticità in funzione della tutela. — 6. La sterile ricerca di un giudice amministrativo mero applicatore della legge e il presunto modello unico di giurisdizione nella Costituzione. — 7. Il paradigma travisante del (non) giudice del fatto. — 7.1. La discrezionalità tecnica. — 8. I pericoli di irrigidimento normativo e di involuzione autoritaria delle recenti generazioni di giudici amministrativi. — 9. Principio di prova, disponibilità della prova, non contestazione, argomenti di prova, trattamenti differenziati a seconda delle posizioni soggettive e delle azioni, più probabile che non, regola di giudizio. — 10. Conclusioni.

1. I civilizzatori tra *ratio* liberale e *ratio* autoritaria.

La *ratio* che muove coloro che intendono civilizzare la giustizia amministrativa ha due matrici.

Vi è anzitutto una matrice autenticamente liberale che ritiene di individuare nel modello della giustizia civile lo strumento per rafforzare le garanzie del cittadino.

Questa prospettiva era comprensibile nel XIX sec., ove, a ben vedere, non si consumava tanto, nell'alternativa tra monismo e dualismo giurisdizionale, una contrapposizione tra liberalismo

e autoritarismo, come a volte erroneamente si afferma, bensì si discuteva, nella comunanza del *telos* liberale, su quale potesse essere il miglior mezzo per raggiungere il fine ⁽¹⁾, cioè la costruzione delle guarentigie del cittadino di fronte alla pubblica amministrazione. Ma oggi, dopo l'esperienza maturata in due secoli e dopo che la giustizia amministrativa si è guadagnata sul campo una indiscutibile superiorità nei livelli di tutela conseguiti, riproporre ancora il modello civilistico appare segnato da ingenuità o da difetto di ricognizione storica.

Ciò che appare ancor più sorprendente di questi orientamenti è che non ci si avveda di come ogni passo in direzione della civilizzazione della giustizia amministrativa condurrebbe ad un risultato opposto a quello desiderato, cioè ad una proporzionale diminuzione della tutela del cittadino. Nel nostro ordinamento ne abbiamo avuto una emblematica riprova con la privatizzazione del pubblico impiego: persino la giustizia del lavoro, segnata, nel contesto privatistico, dalla maggior tutela del lavoratore rispetto ad un comune contraente, rimane un *minus* rispetto alla tutela che questo stesso lavoratore poteva in precedenza esperire nel sistema giuspubblicistico.

Vi è poi una seconda matrice, tutta novecentesca, che nasconde invece una genuina *ratio* autoritaria. È questo il vero filone che tesse le fila, a volte strumentalizzando gli argomenti di quel vecchio e ingenuo liberalismo. Si è perfettamente consapevoli

(¹) Basti evocare L. MORTARA, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza d'amministrazione*, 1886-1887, ristampa, Napoli, 2013, 155, a quel momento, ma non ancora per molto, sostenitore della giurisdizione unica, il quale osservava che il «liberalismo» e la «buona fede» degli oppositori della legge del 1865 non può essere messa in dubbio. O, riguardo alla dottrina tedesca, V. E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, a cura di V. E. ORLANDO, 1^a ed., vol. III, Milano, 1901, 639: «Per quanto anche la letteratura germanica non manchi di autorevoli sostenitori del sistema della giurisdizione unica, non può negarsi che sia più conforme alle tendenze generali di quella scuola il concetto che la giurisdizione amministrativa abbia un contenuto così speciale che non consiglia di affidarne la relativa competenza ai giudici ordinari. Ma le ragioni che a tale opinione inducevano erano ispirate non tanto da autoritarismo, come parrebbe, quanto ad un più profondo rispetto per gl'interessi dei singoli nei loro rapporti con l'azione amministrativa».

che il sistema giuspubblicistico ha costruito un vincolo giuridico stringente e proprio per questo lo si mette in discussione al fine di garantire una maggiore libertà dell'amministrazione nel perseguimento degli interessi pubblici.

Si tratta di un diffuso orientamento, che ha dominato il campo in questi ultimi decenni, di prevalente estrazione socialista e di cui si può individuare il capostipite nostrano in Massimo Severo Giannini ⁽²⁾: efficienza, public management, vizi formali, logica del risultato, e quanto altro di simile, non sono che parole d'ordine variamente informate ad una medesima filosofia volta a riequilibrare il regime giuridico a favore dell'amministrazione e a detrimento della tradizione liberale del diritto amministrativo.

Il ricorso all'ordito privatistico, sia esso diretto, sia esso per ibridazione del diritto amministrativo, si presta perfettamente a questi scopi, proprio perché si tradurrebbe in una significativa attenuazione del vincolo giuridico cui andrebbe sottoposta l'amministrazione.

Cosa è del resto l'intero sistema giuspubblicistico, sia nei principi di diritto sostanziale, sia in quelli di diritto processuale, se non un gigantesco diritto *diseguale* posto a riequilibrare la (generale) diseguaglianza del cittadino di fronte ai diritti riconosciuti dall'ordinamento alla pubblica amministrazione per il perseguimento degli interessi pubblici ⁽³⁾?

In più occasioni, si è cercato di dimostrare analiticamente che, una volta attribuiti determinati diritti all'amministrazione, più o meno esteso che ne sia l'ambito, è il regime pubblicistico, quello ereditato dalla tradizione francese, a costituire la maggior garanzia per il cittadino, con un vincolo giuridico, sia sul versante sostanziale, sia su quello rimediale, ben più stringente di quello

⁽²⁾ M. MAZZAMUTO, *La matrice dottrina del filoprivatismo: Massimo Severo Giannini*, in AIPDA, *Le amministrazioni pubbliche in forma privatistica*, Napoli, 2014, 23 ss.

⁽³⁾ M. MAZZAMUTO, *Per un richiamo alla gloriosa tradizione del contenzioso amministrativo*, in AIPDA, *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo*, Napoli, 2013, 266.

che potrebbe offrire l'ordito civilistico, naturalmente rispettoso dell'autonomia privata, libertà che non si vuole parimenti riconoscere all'esercizio dei diritti dell'amministrazione (4).

Per usare le parole di una autorevole dottrina francese, i diritti dell'amministrazione danno luogo a *derogations en plus*, ma, al contempo, questi diritti sono soggetti ad un regime, quello di diritto amministrativo, colmo di *derogations en moins*, ove «l'amministrazione appare, tutto all'opposto, infinitamente meno libera, nell'esercizio della sua volontà, che i privati» (5), non diversamente del resto da quanto affermavano già i nostri *patres*: se nei rapporti privati, «la massima *quod feci iure feci* costituisce una barriera insormontabile», «nei rapporti (...) dei poteri discrezionali dell'autorità amministrativa una tale assoluta insindacabilità dell'esercizio di quei poteri non può ammettersi e s'impongono invece delle restrizioni che originano da considerazioni tutte particolari al diritto amministrativo» (6); vi è «una differenza sostanziale fra la posizione dell'amministrazione e quella dei privati», sicché «la prima è, di regola, più vincolata di questi» (7), in quanto, grazie al maggior garantismo del sistema giuspubblicistico, «la protezione giuridica verso gli enti pubblici ha un'estensione maggiore che non quella che si svolge tra persone private» (8).

(4) M. MAZZAMUTO, *Pour une défense du droit administratif issu de la tradition française*, in *Il diritto dell'economia*, 2025, on line open access; ID., *The Formation of the Italian Administrative Justice System, European Common Principles of Administrative Law, and 'Jurisdictionalisation' of Administrative Justice in the 19th Century*, in *Administrative Justice Fin de siècle*, a cura di G. DELLA CANANEA - S. MANNONI, Oxford, 2021, 295 ss.; ID., *Le tecniche di attuazione dei diritti nel processo amministrativo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti. Omaggio a Salvatore Mazzamuto a trent'anni dal convegno palermitano*, a cura di G. GRISI, Napoli, 2019, 283 ss.; ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.; ID., *Il riparto di iurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 161 ss.

(5) J. RIVERO, *Existe-t-il un critère du droit administratif?*, in *Revue du droit public*, 1953, 279 ss.

(6) V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 667.

(7) S. ROMANO, *Prime pagine di un manuale di diritto amministrativo*, in *Scritti minori*, vol. II, Milano, 1950, 393.

(8) S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, 3ª ed., Milano, 1912, 199 ss.

2. Il paradigma travisante dell'origine autoritaria della giustizia amministrativa.

È difficile trovare una mistificazione storica e ideologica pari a quella che si è consumata nei confronti della giustizia amministrativa. In ciò hanno certamente anche contribuito vulgate storiografiche che hanno inteso rappresentare il secolo decimonono nel segno di uno Stato affetto dal dominio di classe e dunque autoritario, mentre si dimentica che si è trattato del secolo dello Stato di diritto, fucina di straordinarie garanzie di cui ancor oggi beneficiamo e nelle quali rientra a pieno titolo, anzi tra i più grandi risultati della modernità, la meravigliosa invenzione della giustizia amministrativa e del diritto da essa creato.

In questo travisamento è diffusa l'idea che la giustizia amministrativa si sia sviluppata all'insegna della tutela dell'interesse pubblico, prima come procedimento amministrativo e poi, a prosieguo del primo, come giurisdizione obiettiva, sicché, per realizzare una vera giustizia, che sia autenticamente giurisdizionale e autenticamente volta alla tutela dell'interesse del cittadino, occorresse superare questo passato, dall'inseguimento del modello civilistico sino da ultimo alle odierne enfatizzazioni dei traguardi (ritenuti) decisivi del codice del processo amministrativo.

Nulla di più travisante.

Per quanto nei primissimi tempi successivi alla Rivoluzione potevano esservi dubbi al riguardo, bastò già solo qualche decennio perché la giustizia amministrativa disvelasse inequivocabilmente la sua attitudine garantista. Sotto questo profilo, si tratta di una giustizia che non pare tanto figlia della Rivoluzione, come spesso si dà troppo per scontato, bensì, tutto al contrario, della reazione liberale al giacobinismo. E la riprova la si ha già nello stesso modo di produzione del diritto: in un ordinamento nato all'insegna del primato della legge, espressione della nuova sovranità, e di cui l'invenzione rivoluzionaria della Corte di Cassazione, soggetta a quel primato, costituiva il naturale precipitato giurisdizionale, il *Conseil d'État*, ben diversamente, con la cre-

azione pretoria del diritto amministrativo, ha dato luogo al più grande *judge-made law* del XIX sec.

Quale che sia l'armamentario concettuale o interpretativo che si voglia utilizzare si ha difficoltà a comprendere come si possa mai tralasciare un inconfutabile dato storico, ovvero sia che la giustizia amministrativa ha costruito un sistema di tutela nei confronti dei pubblici poteri che non ha pari in tutta la storia della civiltà giuridica. Perché mai si sarebbe realizzato tutto questo, se tale giustizia fosse stata informata ad una *ratio* autoritaria di tutela dell'interesse pubblico? Basterebbe soltanto un siffatto rilievo, cioè la valenza assorbente del *risultato*, per fare cadere intere cattedrali affette da pregiudizi ideologici e da puri formalismi storico-giuridici, costruiti attorno a modelli astratti e monistici di funzionamento della giustizia, come se la complessità della storia millenaria del diritto possa essere suscettibile di una *reductio ad unum*.

Formalistico è così screditare quasi un secolo di giustizia amministrativa, perché amministrativa e non giurisdizionale, dimenticando che è proprio qui che i principi fondamentali della maggior tutela giuspubblicistica del cittadino si sono formati. Non è difficile riscontrarlo, sol che si voglia sfogliare i repertori del XIX sec.: basti ad es. evocare i precedenti riguardo al controllo sulla intrinseca giustizia dei provvedimenti ⁽⁹⁾, per poter affermare che, parimenti

(⁹) Nella giurisprudenza graziosa, ad es., Cons. Stato (parere), Ad. Gen., 15 novembre 1884, in *Manuale degli amministratori comunali e provinciali*, 1887, 383: «L'assunto del Ministero che l'esame di un ricorso presentato al Rea termini dell'art. 9 n. 4 della legge sul Consiglio di Stato contro un decreto sovrano, debba restringersi unicamente a conoscere se l'atto impugnato fu emesso dall'Autorità competente, e se nell'emetterlo furono osservate le forme e le garanzie per il procedimento, è contrario alla giurisprudenza costante del Consiglio di Stato relativamente all'estensione che può avere il rimedio straordinario riservato all'Autorità suprema del Re dal citato art. 9 della legge sul Consiglio di Stato contro gli atti non legittimi delle pubbliche Amministrazioni. La legge non ha definito il concetto della legittimità degli atti amministrativi secondo il nostro diritto pubblico, ma ne ha lasciato l'intelligenza alla dottrina ed all'uso; e secondo la dottrina e l'uso non è tenuto per legittimo qualunque atto amministrativo contrario alle leggi ed alla giustizia».

Nella nota redazionale si osserva: «Il Consiglio di Stato opinò molte volte in questo senso. Ricordiamo i pareri a Sezioni riunite del 3 dicembre 1879 e 6 maggio 1880 (*Manuale* 1880 p. 302); uno pure a Sezioni riunite, inedito, del 5 febbraio 1887 n. 2911. Noi

all'esempio francese, il nostro Consiglio di Stato, in sede di ricorso straordinario, abbia esercitato la propria competenza di legittimità con «una tendenza largamente liberale», guardando alla «violazione non solo dell'*ius*, ma anche dell'*aequitas*» ⁽¹⁰⁾.

La giustizia *graziosa* è stata non meno giustizia della giustizia amministrativa divenuta giurisdizionale ⁽¹¹⁾, anzi quest'ultima non è stata altro, in una felice continuità, che il prosieguito, con una diversa veste, della prima di cui ha raccolto la preziosissima eredità, tanto che gli «scopi» della IV Sezione «non differiscono sostanzialmente da quelli del ricorso straordinario al re» e già nel 1897 vi era stata una proposta di abrogazione di quest'ultimo ⁽¹²⁾.

Il tentativo della scuola palermitana di affermare la natura amministrativa della sopravvenuta IV Sezione riposava essenzialmente nel timore che, con la giurisdizionalizzazione, il Consiglio di Stato divenisse come un semplice giudice civile, sottoposto alla Cassazione, e potesse così perdere i contenuti di quella maggior tutela già costruita: il timore cioè che andasse dissipata una consolidata tradizione, di derivazione francese, informata all'a-

abbiamo voluto pubblicare anche questo parere, sebbene di data non recente, perché ci è sembrato che più di tutti interpreti esattamente e in modo chiaro l'art. 9 della legge sul Consiglio di Stato. È superfluo avvertire che facciamo plauso a questa interpretazione, poiché diversamente se l'esame del Consiglio di Stato si dovesse limitare a riconoscere se il decreto contro il quale si ricorre fu emesso dall'Autorità competente, e con le forme prescritte, la garanzia data dal detto art. 9 della legge sul Consiglio di Stato sarebbe illusoria; diventerebbe una mistificazione in danno della vera giustizia».

Il parere inedito del 5 febbraio 1887 è in parte riportato da ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 701, nota: «quantunque tali ricorsi siano letteralmente ristretti alla sola legittimità, pure non è vietato, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, il riesame di quelle questioni sostanziali che si attengono alla vera giustizia dei provvedimenti».

⁽¹⁰⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 697 e 700.

⁽¹¹⁾ Che le vie amministrative, avessero già, ancor prima della giurisdizionalizzazione della fine del XIX sec., una natura sostanzialmente giustiziale, M. MAZZAMUTO, *Liti tra pubbliche amministrazioni e vicende della giustizia amministrativa nel secolo decimonono*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 383. V. anche F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano, 1901, 489 e U. FORTI, *Diritto amministrativo*, vol. I, Napoli, 1931, 223.

⁽¹²⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 709-710, il quale altresì osservava che «l'istituto del ricorso straordinario al re ha perduto ogni sua ragion d'essere (...) non si può dire soltanto inutile: esso è ingombrante e perciò dannoso».

equitas e che consentiva, da un lato, di sindacare, oltre la legge, l'intrinseca giustizia dei provvedimenti, o, per usare le parole di Orlando, il «cattivo uso di poteri discrezionali» che si traducesse in «arbitrio», ove «appare in tutta la sua gravità scientifica, la specialità del diritto pubblico», d'altro lato, di dare tutela ad un'ampia sfera di interessi sostanziali. Ed una tradizione che trovava appunto già ampio riscontro nel nostro ordinamento con la giustizia graziosa del ricorso straordinario al re ⁽¹³⁾.

Non meno travisante è la vulgata per la quale il giudice amministrativo, nella sua sopravvenuta veste giurisdizionale, nascerebbe come giurisdizione obiettiva, sempre in continuità con la giustizia graziosa, ma in una continuità questa volta erroneamente intesa in *malam partem*, di un sistema cioè che era originariamente e che era rimasto volto alla tutela dell'interesse pubblico e non anche di posizioni soggettive dotate di rilievo sostanziale ⁽¹⁴⁾.

La giustizia amministrativa invero non è mai stata una giustizia obiettiva, né quando era amministrativa ⁽¹⁵⁾, né quando è divenuta giurisdizionale, semmai, grazie alla larga selezione equitativa della tradizione graziosa, ha sempre riconosciuto rilievo giuridico ad una sfera ben più ampia di interessi sostanziali rispetto alla tradizione privatistica.

In Francia, fu Paul Collet, e soltanto nel 1876, non a caso dopo il passaggio nel 1872 alla giustizia delegata, che mise per la pri-

⁽¹³⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 665 ss.: «la competenza di annullamento, in via di contenzioso amministrativo, può attuarsi in un campo più largo di quelle della legalità in senso formalmente rigoroso. Si deve alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese una tale concezione più larga, che può suggerire alcuni confronti con l'*aequitas* romana. Vedremo, in atto, tale criterio di competenza nell'idea di 'legittimità' (nel ricorso straordinario) e di 'eccesso di potere' (nel ricorso alla IV Sezione)»; una larghezza che rende questa giustizia non limitata «al puro e semplice riconoscimento di un diritto subiettivo».

⁽¹⁴⁾ Ad es., M. NIGRO, *Silvio Spaventa e lo stato di diritto*, 1989, ora in *Scritti giuridici*, vol. III, Milano, 1996, 2022, che, malamente, evoca «l'idea, che praticamente dominerà l'ottocento e oltre, della natura obiettiva della giurisdizione amministrativa come diretta ad assicurare appunto obiettivamente la legalità dell'amministrazione e non a tutelare situazioni giuridiche del privato cittadino».

⁽¹⁵⁾ Persino nei ricorsi gerarchici occorreva pur sempre un «personale interesse»: v. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 678, che in nota cita al riguardo pareri del Consiglio di Stato anche antecedenti alla legge del 1889.

ma volta in campo l'argomento della giurisdizione obiettiva ⁽¹⁶⁾, mentre ancora, nel 1878, un autorevole consigliere di Stato, Leon Aucoc, affermava che «tali sono le basi del ricorso per eccesso di potere ai suoi debutti: la forza delle cose, la necessità di proteggere gli interessi privati» ⁽¹⁷⁾, e parimenti nel 1887 Laferrière vedeva in tale ricorso una «garanzia superiore dovuta ai cittadini» ⁽¹⁸⁾. Certo è che, a differenza di un interesse generale e impersonale di un cittadino idoneo soltanto a consentire una mera petizione ai poteri pubblici, il rilievo soggettivo degli interessi del ricorrente e la larghezza equitativa della tradizione graziosa erano, in quegli anni, ancora ben rappresentati dallo stesso Laferrière, che si confrontava con le conseguenze del passaggio alla giustizia delegata ⁽¹⁹⁾. Non

⁽¹⁶⁾ P. COLLET, *De la jurisprudence du Conseil d'État*, in *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1876, 230: «L'eccesso di potere commesso dagli agenti amministrativi è un pericolo, non solamente per gli interessi privati, ma anche e soprattutto per il governo stesso (...) questo ricorso è, per sua natura, destinata più a proteggere il governo contro le conseguenze dei fatti dei suoi agenti che a dare soddisfazione all'interesse privato», pur dovendo riconoscere che non si tratti di «un'azione popolare, nel senso che ci dà il diritto romano, giacché non basta di essere cittadino francese per potere domandare l'annullamento di ogni atto viziato da incompetenza o da diniego di potere. Occorre ancora che questo atto possa essere applicato al ricorrente».

⁽¹⁷⁾ L. AUCOC, *Des recours pour excès de pouvoirs devant le Conseil d'État*, Parigi, 1878, 20.

⁽¹⁸⁾ É. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, Parigi, 1887, 18: l'idea che sta dietro il potere di annullamento nel ricorso per eccesso di potere «è quella di una garanzia superiore dovuta ai cittadini, e reclamata dallo stesso ordine pubblico, per l'applicazione delle leggi che regolano la competenza di tutte le autorità o giurisdizioni amministrative».

⁽¹⁹⁾ É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, II, 1888, 407 ss., il quale evidenziava che già nella giurisprudenza graziosa, antecedente al passaggio alla giustizia delegata, il ricorso doveva rimanere fondato su «un interesse diretto e personale», secondo «una regola da lungo tempo consacrata dalla giurisprudenza», e che questa regola «sembra più larga della regola ordinaria relativa alle azioni». Ed infatti se l'interesse diretto e personale «non sarà da confondere con l'interesse generale e impersonale che ogni cittadino può avere a che l'amministrazione si fermi nei limiti della legalità; un tal interesse può bastare per ispirare una petizione ai poteri pubblici, ma non per giustificare un'azione davanti ad una giurisdizione contenziosa; questa azione non può fondarsi che su gli interessi propri del ricorrente»; al contempo, tale interesse diretto e personale «non è necessariamente un interesse pecuniario o materiale; un interesse morale può bastare, purché tocchi direttamente l'autore del ricorso», né è necessario che quest'ultimo «sia nominalmente indicato nell'atto impugnato».

sorprende così che più recenti studi hanno concluso che, per quanto, a cavallo tra XIX e XX sec., da taluni si tentò di dimostrare che «il giudice dell'eccesso di potere non conosceva che di questioni di diritto obiettivo», «la realtà era piuttosto che il ricorso per eccesso di potere serviva a difendere degli interessi puramente individuali, dei diritti subiettivi *lato sensu*, ovvero sia delle situazioni giuridiche soggettive» (20).

Si è già avuto in altre occasioni modo di osservare (21) che, ben lungi dall'essere espressione di una visione autoritaria, quello della giurisdizione obiettiva, pur creando un'ambiguità tra apparenza e realtà giuridica, fu soltanto un mero escamotage con il quale i suoi sostenitori intesero mantenere l'ampiezza graziosa del *locus standi* nel nuovo contesto della giurisdizionalizzazione della giustizia amministrativa in un sistema di *civil law*, dove il giudice applica legge, una legge che però non contemplava tutti quegli interessi suscettibili di riconoscimento secondo la tradizione graziosa. Così come fu anche un mero escamotage per serbare più in generale il prezioso *thesaurus* della giustizia graziosa, e principalmente il controllo sulla intrinseca giustizia del provvedimento, cioè ancora una volta, al di là di un semplice giudice che applica la legge, mantenendo vivo un sindacato su ciò che, per definizione, la stessa legge lasciava libero.

Una vicenda simile è riscontrabile in Germania con la tribunizzazione della giustizia amministrativa. Rudolf von Gneist la configura come una tutela posta a protezione dell'ordine giuridico, del «diritto obiettivo», ma così mirando, nel voler mantenere la portata dei rimedi amministrativi tradizionali, a lasciar salva la possibilità di sindacare gli abusi della discrezionalità, allora accentuati dalla faziosità dei partiti (22). E ciò vale anche con rife-

(20) N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés*, Parigi, 2003, 303.

(21) M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione*, cit., cap. II, par. 3.

(22) R. GNEIST, *Der Rechtsstaat*, Berlin, 1872, tr. it., *Lo Stato secondo il diritto*, Bologna, 1884, 213 ss.: «Nel fatto quella che ora chiamasi *giurisdizione amministrativa* non è più che un nuovo nome per una vecchia idea»; «Tra la forma e la sostanza vi ha un *terzo* aspetto del modo d'azione che, per la forma, non esorbita la legge, che per tendenza di partito (*iniquitas*) applica il senso delle leggi amministrative a prò di alcuni, a danno di altri».

rimento all'ampiezza del *locus standi*, come in seguito ebbe lapidariamente a chiarire Otto Mayer ⁽²³⁾.

Anche in Italia le cose non andarono diversamente. Con la giurisdizionalizzazione, la IV Sezione, così come nella Francia della giustizia delegata, non tradì la tradizione graziosa del nostro Consiglio di Stato. L'eccesso di potere divenne il nuovo contenitore nel quale preservare il controllo di legittimità e non solo di mera legalità sulla intrinseca giustizia del provvedimento, di cui Silvio Spaventa, da anni consigliere di Stato, era stato anche coautore ⁽²⁴⁾, per poi farne oggetto di naturale riversamento, da Presidente, nella giurisprudenza della neonata IV Sezione ⁽²⁵⁾. Al contempo, non diversamente da Laferrière, si tiene ferma la larghezza equitativa di una giustizia che però non trasmoda in giurisdizione obiettiva: «il legislatore ha voluto condizionare il diritto di ricorso all'esistenza di un interesse proprio di chi ricorre e di un atto o provvedimento lesivo di tale interesse» ⁽²⁶⁾, e, con la larghezza graziosa, di un interesse ravvisabile «nel caso in cui si

Non a caso V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit, 639-640, nello smentire, come si è visto, l'apparenza di autoritarismo della dottrina tedesca dell'epoca, evoca espressamente Gneist, condividendone così gli assunti garantisti: «È una *petitio principii* il dire che il giudizio possa solo vegliare alla regolarità della forma ed al freno dell'autorità pubblica, e che la sostanza debba essere lasciata al giudizio discrezionale dell'autorità a fine di pubblico bene»

⁽²³⁾ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, vol. I, Parigi, 1903, 210: «Per non limitare troppo il campo della giustizia amministrativa, ci si trova nella necessità di lasciar passare come diritto individuale tutto ciò che è semplicemente protetto in qualche modo dalle regole dell'ordine giuridico. Così, si giunge a porre il principio che la giustizia amministrativa può essere chiamata anche a mantenere semplicemente il diritto positivo, l'ordine giuridico di per sé, che da esso derivino o meno veri diritti individuali».

⁽²⁴⁾ È, ad es., alla penna di Spaventa che si deve Cons. Stato (parere), 5 dicembre 1879, ove si afferma che la «legittimità» va «intesa alquanto largamente, come richiede l'indole di una savia giurisprudenza amministrativa» e che «la portata» dei ricorsi straordinari al Re «sebbene ristretta alla sola legittimità, non esclude, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, il riesame di quelle questioni sostanziali che si attengono alla vera giustizia dei provvedimenti». Citato da G. DE NAVA, *Consiglio di Stato*, in *Digesto italiano*, Torino, 1895-1898, 310.

⁽²⁵⁾ Già Cons. Stato, 7 gennaio 1892, n. 3, in *Giust. amm.*, I, 1892, 9: a proposito di un provvedimento che «non contiene nulla di illogico e d'irrazionale o di contrario allo spirito della legge per riconoscere nel provvedimento medesimo un eccesso di potere».

⁽²⁶⁾ Cons. Stato, 27 maggio 1893, n. 189, *ivi.*, 274.

tratti di rimuovere gli ostacoli per conseguire quella determinata utilità, materiale o morale, o quella posizione o funzione qualsiasi che ne costituisce il contenuto» (27), così come «anche un interesse indiretto e futuro può essere degno di protezione giuridica, ma l'interesse deve essere certo, non soggetto ad alee, né dipendente da condizioni che potrebbero non verificarsi», poiché altrimenti si trasformerebbe il ricorso «in una denuncia fatta a difesa non di un interesse proprio, ma del diritto obiettivo», il che «non è conforme all'indole delle Sezioni giurisdizionali, le quali possono essere adite solamente se e quando il diritto obiettivo sia invocato a tutela di un interesse proprio, certo e realmente offeso» (28).

Vi erano giuristi, come Salandra o Chiovenda, e consiglieri di Stato, come Silvio Spaventa, che con intento liberale aderirono all'idea della giurisdizione obiettiva, così come vi erano giuristi che rimanevano invece più aderenti ad una più coerente coincidenza tra forma e sostanza nella rappresentazione della giustizia amministrativa (29). Non a caso, Orlando, subito dopo la legge Crispi, ebbe con immediatezza ad affermare che, a parte l'elemento estrinseco del difetto di azione giudiziaria, gli interessi «non hanno una base diversa, intrinsecamente, da quella dei diritti (...). E che questa differenza non sia intrinseca alla natura loro, si prova luminosamente da ciò, che un mutamento eventuale

(27) Cons. Stato, 9 marzo 1893, n. 94, *ivi*, 105; sulla sufficienza del solo interesse morale, v. anche Cons. Stato, 7 luglio 1899, n. 350, *ivi*, 1899, 475.

(28) Cons. Stato, 11 luglio 1913 n. 362, *ivi*, 1913, 475 (v. anche la nota che riporta parte della pronuncia)

(29) F. CAMMEO, *Commentario*, cit., 285, in nota, e 279: «L'opinione che la giurisdizione amministrativa abbia per oggetto dei diritti pubblici subbiettivi è del resto generalmente accolta». Cammeo arrivava a censurare *generaliter* l'idea stessa di giurisdizione obiettiva, sicché persino nella «giurisdizione penale l'attore è lo stato: ed è soltanto la posizione sua di attore principale e necessario che dà l'illusione di una giurisdizione di diritto obiettivo»; *Id.*, *Corso di diritto amministrativo*, 1911-14, ristampa, Padova, 1960, 734: «Formalmente la giurisdizione amministrativa non è eccitata né da un organo statuale che procede per dovere di ufficio, né da un qualunque cittadino indipendentemente da un suo interesse, bensì soltanto dal titolare di un interesse attuale, personale e valutabile. Sostanzialmente questo interesse è un diritto come abbiamo avvertito: e tanto lo è che il suo titolare ne ha la disponibilità, ancorché limitata, poiché lo perde se lascia decorrere i termini, può rinunciarvi espressamente per acquiescenza, lo tutela nei limiti dei motivi dedotti, ecc.».

di legislazione, conferendo loro un'azione, può senz'altro tramutarli in veri diritti». E ancora, riguardo alla larghezza del *locus standi*, evidenziava che, se «il diritto comune ci insegna (...) che non esiste una tutela giuridica di meri interessi», poiché «le due espressioni di diritto ed interesse si prendono spesso in senso antitetico», ciò «non può essere accettato così come sta, per il diritto pubblico» ⁽³⁰⁾, e che «può in verità ritenersi che anche quando scopo immediato della legge sia un interesse generale, non è con ciò incompatibile l'ammettere come scopo, sia pure mediato e subordinato dalla legge stessa, la protezione di interessi singoli con cui quella disposizione può venire in rapporto»³¹; «se questi istituti sono mossi dal solo fine di mantenere la *Rechtsordnung*, come cosa di pubblico generale interesse, perché subordinarne l'attività alla richiesta di un singolo o di una corporazione, il più delle volte mossi da un interesse proprio che non ha nulla da vedere con quello pubblico e generale? È il caso di dire — se ci passa l'espressione volgare — che l'elemento subbiettivo cacciato via dalla porta rientra dalla finestra» ⁽³²⁾.

O è anche da menzionare Ranelletti, sotto questo profilo mal interpretato ⁽³³⁾, che valorizzò l'escamotage degli interessi occasionalmente protetti dalla norma, tutt'altro che espressione di autoritarismo, in quanto anche qui volto ad asseverare la larghezza graziosa, fermo restando il divieto di dare corso ad un'azione popolare o ad una prospettiva formalista, poiché altrimenti «ammettere un tal ricorso (...) equivale ad ammettere che vi sia un *diritto (lato sensu) alla forma*, indipendentemente dall'interesse, che questa forma può garantire (...). Questo a me pare troppo spinto (...) giacché si verrebbero in sostanza a tutelare *indiretta-*

⁽³⁰⁾ V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, Firenze, 1891, 343 ss.

⁽³¹⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 739-740.

⁽³²⁾ *Ivi*, 728.

⁽³³⁾ Ci riferiamo alla non condivisibile opinione di F. G. SCOCA, *La "gestazione" dell'interesse legittimo*, in *Studi in onore di Leopoldo Mazza*, vol. I, Padova, 2007, 313, ove afferma che «la tesi dell'interesse occasionalmente protetto non è molto distante dalla tesi dell'interesse meramente processuale: entrambe escludono la sussistenza di una situazione giuridica soggettiva di diritto sostanziale, facente perno sull'interesse privato».

mente con ricorsi in via contenziosa interessi, che il diritto non vuole tutelare, perché non meritano questa tutela» ⁽³⁴⁾.

Se è questa la realtà storica dovrebbe svuotarsi di ogni rilievo l'odierna e ricorrente sottolineatura del passaggio da una giurisdizione obiettiva ad una giurisdizione subiettiva o della presunta discontinuità che sarebbe derivata dalla sopravvenuta disciplina costituzionale. Non a caso, si è acutamente rilevato che, riguardo all'interesse legittimo, «l'affermazione della sua natura di situazione giuridica soggettiva non abbia portato sul piano pratico ed operativo ad esiti di rilievo» ⁽³⁵⁾.

Invero, questo presunto passaggio ad una concezione soggettiva della tutela ha assunto indirettamente un significato *altro*, suscettibile, questa volta, di produrre conseguenze pratiche e dietro il quale si nasconde la volontà di avvicinare sempre più la giustizia amministrativa al modello civilistico: si tratterebbe cioè, a ben vedere, non del passaggio da una giurisdizione obiettiva ad una subiettiva, bensì, riguardo all'ampiezza del *locus standi*, del passaggio dalla giurisdizione subiettiva della tradizione amministrativa a maglie larghe alla ben diversa giurisdizione subiettiva del processo civile a maglie strette.

Le conseguenze che se ne traggono nella vulgata si traducono così in uno sconcertante capovolgimento. Si vorrebbe far credere che si determinerebbe un avanzamento nel trasmigrare da un'originaria giurisdizione obiettiva autoritaria ad una giurisdizione soggettiva garantista, mentre semmai potrebbe, in ipotesi, avvenire esattamente il contrario. La giurisdizione amministrativa,

⁽³⁴⁾ O. RANELLETTI, *Ancora sui concetti discretivi e sui limiti della competenza dell'autorità giudiziaria e amministrativa*, 1893, ora in *Scritti giuridici scelti*, vol. II, Napoli, 1992, 479.

È raro incontrare, rispetto alla vulgata, quanto abbastanza di recente osservato da A. PAJNO, *Il riparto di giurisdizione*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, 4230: «La formula della tutela indiretta ed occasionale è servita a risolvere in via immediata il problema costituito dal riconoscimento di una tutela giudiziaria a posizioni non prese direttamente in considerazione da una esplicita norma di legge».

⁽³⁵⁾ G. FALCON, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2001, 295.

quella reale, soggettiva e non oggettiva, ha creato un sistema di tutela senza pari e il suo compenetrarsi in una giurisdizione soggettiva di stampo civilistico si tradurrebbe in una rovinosa caduta delle guarentigie del cittadino.

3. Il codice, l'istruttoria e le mode civilizzanti.

Con l'avvento del codice del processo amministrativo anche il tema dell'istruttoria non poteva non dare adito ad una rinnovata riflessione ⁽³⁶⁾, ivi comprese opinioni che ritengono di ricavare dalle previsioni codicistiche una decisa svolta in direzione del sistema dispositivo ⁽³⁷⁾.

Gli odierni propugnatori del gemellaggio civilistico sono certamente al di là dell'indicazione metodologica orlandiana, ovvero sia dell'utilizzo del risalente armamentario civilistico per tecnicizzare il diritto amministrativo, questa volta quello processuale, ma fermo restando l'eterogeneità sostanziale dell'oggetto: «fare del diritto pubblico qualche cosa in cui si parla di tutto meno che di diritto, è certamente un deplorable sviamento; ma costruire il diritto pubblico in maniera da perdersi affatto quella sua speciale fisionomia che dal diritto privato lo distingue, è un altro abuso non meno dannoso» ⁽³⁸⁾.

Non sembra infatti che si voglia soltanto descrivere con quell'armamentario una giustizia amministrativa che continui a funzionare come ha sempre funzionato, bensì che si voglia apportare ad essa un cambiamento.

Il cambiamento oggi da taluni auspicato non è invero univoco poiché dipende dalle diverse rappresentazioni che si offrono del modello civilistico da imitare.

⁽³⁶⁾ La letteratura in argomento è nota. Ci limitiamo ad indicare, da ult., per l'originale scelta metodologica di una ricostruzione dell'istruttoria alla luce della teoria dei sistemi luhmanniana, F. FRACCHIA, *L'onere della prova e l'attività istruttoria nel processo amministrativo: una lettura sistemica*, in corso di pubblicazione.

⁽³⁷⁾ Ad es., L. R. PERFETTI, *Problemi del pieno dispiegarsi del principio dispositivo nel processo amministrativo*, in *L'istruzione nel processo amministrativo*, a cura di L. R. PERFETTI - G. PESCE, Milano, 2024, 7 ss.

⁽³⁸⁾ V. E. ORLANDO, *Le teorie fondamentali*, in *Primo trattato*, cit., vol. I, 1900, 46.

Nell'ipotesi peggiore, se si attuasse pienamente il principio dispositivo nella risalente e rigorosa accezione che gli si attribuisce nel processo civile, il ricorrente, per quanto possa oggi anche avvalersi del diritto di accesso ai documenti, verrebbe infatti a subire un importante ridimensionamento delle *chance* di tutela. Ci troveremmo dunque di fronte ad una prospettiva da rigettare interamente.

Nell'ipotesi intermedia, si partirebbe invece dal valorizzare l'emergere di profili inquisitori nel processo civile. È un terreno comparativo di cui si discute in realtà da più un secolo, ma senza che ciò abbia mai portato a far venire meno significative differenze tra i due processi. Anche infatti a cogliere forme di ibridazione e non di rigida dicotomia tra modello dispositivo e modello inquisitorio, ponendo le differenze più su un piano di graduazione «quantitativa» ⁽³⁹⁾, si tratterebbe pur sempre di combinazioni non assimilabili, rimanendo ferma la specialità del processo amministrativo rispetto a quello civile ⁽⁴⁰⁾, e ciò nel tempo è apparso sempre valido nel rispecchiamento col codice di procedura civile del 1940 ⁽⁴¹⁾ e ancora negli anni sessanta e oltre, se il processo amministrativo, di fronte ai segni di «inquisitorializzazione» del processo civile, mostrerebbe pur sempre un «estremismo» dal lato inquisitorio che lo pone «quasi al limite stesso di esistenza di una combinazione» ⁽⁴²⁾.

⁽³⁹⁾ Già L. RAGGI, *Questioni in materia di prove nei procedimenti nanti le sezioni contenziose del Consiglio di Stato e le Giunte Provinciali Amministrative*, in *Arch. giur.*, 1910, 210-211: «a prescindere dalla considerazione che non si sa in che cosa precisamente consista il principio cosiddetto dispositivo (...) La differenza tra i due sistemi rispetto all'onere di prova delle parti è (come accenna il Leonhard) quantitativa, non qualitativa».

⁽⁴⁰⁾ Così, G. DALLARI, *Il sistema delle prove nel giudizio amministrativo*, in *Studi senesi*, 1919, 98, a partire dalla *querelle* tra i processualciviliisti sulla configurabilità o meno di una espansione dei poteri officiosi del giudice civile, già osservava che «anche ammesso codesto potere nel giudice civile, esso sarebbe ben più angusto e diverso da quello che» le leggi «riconoscono agli organi di giustizia amministrativa».

⁽⁴¹⁾ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, 7ª ed., vol. III, Milano, 1954, 296: a differenza del giudice amministrativo, «se pure l'attuale Codice ha investito il giudice di maggiori poteri nella ricerca della verità, la regola fondamentale resta quella dell'iniziativa e dell'autonomia delle parti nel campo istruttorio».

⁽⁴²⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, in *Foro it.*, 1967, V, 14.

A parte che in tal modo è il processo civile che sembra avvicinarsi a quello amministrativo e che è tutto da vedere se, a parte ambiti speciali, come il processo del lavoro, le fondamentali tradizionali del sistema civilistico, fin quando cioè esso manterrà il *core* della sua matrice liberale nei rapporti tra privati, potranno mai venire realmente capovolte senza negare il sistema stesso, l'ipotesi intermedia sembra aspirare ad un mutamento di minor portata, ma pur sempre significativo, e cioè ricondurre alla nuova miscela civilistica, tra sistema dispositivo e inquisitorio, il processo amministrativo, sfrondandolo di ciò che rispetto a tale miscela appaia come un *surplus* di componente inquisitoria.

È quanto si pretende oggi nel voler ricavare dalla giurisprudenza pretoria civile sul cd. criterio della disponibilità della prova e da frammenti letterali del codice del processo amministrativo l'origine di quello che si ritiene debba essere il principio ordinante l'attuale assetto del processo amministrativo ⁽⁴³⁾.

Anche questa seconda prospettiva non pare affatto auspicabile, poiché nella storia della giustizia amministrativa, di contro, come abbiamo visto, alla sua travisante rappresentazione come una giustizia obiettiva di natura autoritaria, la componente inquisitoria è sempre stata essenzialmente messa al servizio della tutela del cittadino, sicché occorre massima cautela nel prospettarne un ridimensionamento, né si comprende perché mai dovrebbe essere la giustizia civile a fare da modello.

Non deve poi affatto sorprendere che la componente inquisitoria possa anche avere una valenza teleologica garantista. Ce ne dà *aliunde* conferma il recente e speciale percorso della giustizia del lavoro, dove è proprio per favorire la parte debole del rapporto che, sebbene non nella ben più ampia e risalente misura del processo amministrativo, si sono sviluppati maggiori tratti inquisitori (basti evocare l'art. 421 c.p.c.) rispetto alla giustizia civile.

⁽⁴³⁾ Con il che, secondo F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 111, «la specialità del processo amministrativo tende a scolorirsi».

La tensione alquanto problematica tra la tendenza inquisitoria ed il tradizionale principio dispositivo è invero una vicenda tutta interna alla giustizia civile ⁽⁴⁴⁾ che nulla ha a che fare con la tradizione della giustizia amministrativa. Sono storie diverse ⁽⁴⁵⁾, ed è bene che rimangano tali, sicché il giudice amministrativo non ha alcun bisogno di fondare e sviluppare il proprio percorso alla stregua delle evoluzioni della giurisprudenza della Cassazione che è una giurisdizione superiore di diritto privato e non di diritto pubblico.

Non si possono dunque condividere i continui tentativi di privilegiare le presunte relazioni con l'ordito civilistico, ove si nasconde in realtà una mal posta volontà di civilizzare il processo amministrativo e di negarne l'autonomia.

Né è con la mera associazione di formule astratte, come quella della vicinanza della prova o come anche quella del più proba-

⁽⁴⁴⁾ Di recente, S. PATTI, *Onere della prova: l'erosione di un'antica regola*, in *www.juscivile.it*, 2023, il quale, riguardo al processo civile, ravvisa l'erosione della regola di giudizio di cui all'art. 2697 c.c., che opera quando il giudice non perviene al convincimento della verità dei fatti, nei seguenti fenomeni di matrice giurisprudenziale: inversione giudiziale dell'onere della prova, anche mediante presunzioni semplici; ripartizione dell'onere della prova mediante il criterio della vicinanza; abbassamento dello standard di prova richiesto (più probabile che non); utilizzo della consulenza tecnica d'ufficio, anche in funzione percipiente, in ragione della complessità tecnica della questione.

⁽⁴⁵⁾ Condivisibilmente A. PARANZOLA, *Onere della prova, in L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 208-210, dopo un'articolata disamina dei due processi, conclude che «la tematica in esame si dispone — nella riflessione sul processo amministrativo — entro assi concettuali, quando non ideologici, diversi da quelli che siamo abituati a riconoscere nella evoluzione del processo civile. Solo in quest'ultima è — negli ultimi anni — all'opera una tensione concorrenziale tra i due poli antagonisti della legge (l'art. 2697 c.c. e la predeterminazione legale del ruolo degli elementi della fattispecie) e del giudizio (per mezzo dei criteri tratti dall'esperienza con funzione equitativa), con quest'ultimo polo che va assumendo una posizione sempre più importante», fermo restando «la funzione ordinativa insostituibile» dell'art. 2967 c.c., che «per quanto manipolata (o, se si preferisce, vivificata) dal criterio della vicinanza della prova, nessuno, o quasi, acconsentirebbe a sostituirla con la codificazione di quest'ultimo criterio», mentre «tutt'al contrario» nel processo amministrativo questo stesso criterio, oggi codificato, si iscrive in quella «tradizionale signoria della prova», sicché «siamo al cospetto di un carattere generale che nel tempo si è profondamente impresso nella trama del processo amministrativo, di una nota determinante che non si rintraccia, con la stessa frequenza ed intensità, nel processo civile fra le parti in posizione equiordinata», siamo al cospetto, in definitiva, di una «tradizione risalente e così all'ampio retaggio di idee e dottrine che vi sono state originalmente elaborate in consonanza con i bisogni di vita».

bile che non, e connotate da una discrezionalità giudiziale di tipo equitativo, che si può di per sé accomunare in sede applicativa la vera sostanza di sistemi di giustizia diversi, se non cadendo in una sorta di generico formalismo processuale, fatto di fumisterie estetiche di comodo che possono al più alimentare un inutile compiacimento dei propugnatori di un diritto processuale comune.

È già sufficiente evidenziare al riguardo l'eterogeneità dei conflitti di interesse, sicché una cosa è che le scelte concrete di bilanciamento vertano sui rapporti tra interesse pubblico e interesse privato, altra cosa che vertano sui rapporti tra interessi privati. Ma è altrettanto significativo ricordare, fra i molteplici rivoli di ciascun comparto di diritto amministrativo speciale, l'incomparabile quantità e varietà delle fattispecie pubblicistiche che, nella ricorrente assenza di una esaustiva tipizzazione normativa, necessitano del bilanciamento, con un conseguente carattere elastico del giudizio, che, da un lato, difficilmente è riconducibile a principi di diritto troppo rigidi ⁽⁴⁶⁾ e, d'altro lato, può trovare idonea e dinamica modulazione nella diversità di vizi che possono motivare il dispositivo di annullamento. Ben più limitata è diversamente l'esigenza di bilanciamento nel processo civile, ove molti interessi, espressione di autonomia privata, sono meno sindacabili (se non insindacabili) e dunque meno contemperabili (se non incontemperabili), la predeterminazione delle fattispecie sostanziali, ivi compreso il riparto legale dell'onere probatorio, è di gran lunga più densa e ricorrente

⁽⁴⁶⁾ Si veda, per fare un esempio recente, Cons. Stato, 19 gennaio 2021, n. 584, che, riguardo ai poteri sanzionatori dell'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas, ha derogato al principio secondo il quale, in assenza di espressa previsioni, i termini vanno considerati ordinatori, e ciò perché è una «premessa erronea (...) il ritenere che il tempo dell'azione amministrativa sia uniforme rispetto a tutti i sistemi di relazione tra amministrazione e amministrato» mentre «la relazione che può generarsi è chiaramente poliforme e dipende dalla trama normativa di riferimento, nonché dagli interessi sostanziali in gioco. Pertanto, sia la potestà amministrativa che la posizione giuridica soggettiva dell'amministrato possono comporsi in modo differente»; la stessa «pluralità di figure di interesse legittimo» (interessi oppositivi, pretensivi, rivali, ostili, alla legalità, dipendenti) «evidenzia la presenza di un diverso atteggiarsi della potestà pubblica, che a sua volta impone la presenza di regole sostanziali differenti nel delineare facoltà e obblighi dell'amministrazione e dell'amministrato».

di quanto avviene nelle leggi amministrative, e infine è possibile adottare regole di giudizio semplificanti, come l'art. 2967 c.c., sia grazie alla suddetta predeterminazione, sia grazie alla tendenziale indifferenza rispetto agli esiti del conflitto tra interessi privati, semplificazione e indifferenza che non sono certo parimenti configurabili nel sistema giuspubblicistico.

Qualora invece una siffatta associazione di presunte figure comuni dovesse divenire efficiente anche nella sua sostanza civilistica, sempre che una tale evenienza sia in effetti realmente praticabile, non potrebbero che malauguratamente derivarne conseguenze rovinose per la tutela del cittadino.

È dunque con la propria tradizione giuspubblicistica e, così come avveniva in passato, con le giurisdizioni superiori di diritto pubblico di ordinamenti cugini, ed in particolare col *Conseil d'État*, che semmai i nostri giudici amministrativi dovrebbero tenere vivo il confronto, non certo, se non solo in via del tutto secondaria e residuale, con la nostra Cassazione.

Lo stesso legislatore ha a volte assecondata la moda civilistica, introducendo, per rinvio o per riproduzione, previsioni di derivazione civilistica nel corpo della disciplina del processo amministrativo. Da qui la forte aspettativa dei civilizzatori, come se il sistema pubblicistico e i suoi principi non esistano (o si vuole che non esistano) e siano dunque una sorta di colabrodo plasmabile secondo i loro *desiderata*. L'aspettativa rimane però puntualmente delusa, perché questo sistema, fortunatamente, sembra nel complesso persistere ed è del tutto evidente che una previsione, pur anche letteralmente identica a quella di provenienza, non possa che risuonare diversamente a seconda dell'ambientazione sistematica in cui si colloca. Cosa, ad es., dovrebbe mai ricavarsi in materia cautelare, dall'imitazione dell'art. 700 c.p.c., se i principi dei rispettivi sistemi sono diversi? Così il fondamentale presupposto del *periculum in mora*, nel processo civile, è interpretato restrittivamente alla luce del primato della tutela risarcitoria per equivalente (sanzione meno invasiva dell'autonomia privata), mentre nel processo amministrativo è interpretato più largamente

al fine di preservare, per quanto possibile, il più garantista, per il cittadino, primato della tutela in forma specifica (annullamento, effetto conformativo, ottemperanza).

Lo stesso può dirsi, come è stato pure opportunamente evidenziato ⁽⁴⁷⁾, per lo scopiazzamento di norme civilistiche relative all'istruttoria, se sono pur sempre rilevabili sensibili discostamenti «al di là della mera assonanza terminologica o semantica».

Non è un caso che tra dottrina e giurisprudenza sia perlopiù diffuso il convincimento che l'assetto dell'istruttoria nei suoi termini fondamentali non abbia subito mutamenti significativi ⁽⁴⁸⁾, andando così incontro all'auspicio prospettato da chi scrive dopo l'entrata in vigore del codice ⁽⁴⁹⁾, e cioè che vi era, e vi è ancora, da augurarsi che il nostro giudice amministrativo rimanga ben ancorato al garantismo del proprio modello tradizionale, *quello che è sempre stato*, quali che siano le categorie prescelte per rappresentarlo, e sterilizzi o sminuisca l'ipotetica portata innovativa degli indici normativi valorizzati dai propugnatori della civiliz-

⁽⁴⁷⁾ G. CARLOTTI, *Domanda, principio dispositivo e istruzione*, in *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 56.

⁽⁴⁸⁾ Già G. TROPEA, *Considerazioni sul principio di non contestazione nel processo amministrativo, anche alla luce delle sue prime applicazioni giurisprudenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1158, evidenzia che «la dottrina maggioritaria che si è trovata ad analizzare i nuovi artt. 63 e 64 c.p.a. è dell'opinione che l'assetto precedente non sia stato sostanzialmente alterato»; F. SAITTA, *Onere della prova e poteri istruttori del giudice amministrativo dopo la codificazione*, in *Dir. e proc. amm.*, 2013, 104 e 133, a sua volta, conferma che «secondo la stragrande maggioranza della dottrina, la formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo continua a connotare il processo amministrativo anche nel codice» e che «la situazione non muta volgendo lo sguardo alla giurisprudenza», concludendo che ciò «non dev'essere considerato necessariamente un male. Anzi ...».

Già in giurisprudenza, ad es., Cons. Stato, 16 settembre 2011, n. 5227: «nel processo amministrativo, anche dopo l'entrata in vigore della L. 205 del 2000 e, a fortiori, anche dopo l'entrata in vigore del nuovo codice di rito (...) il sistema probatorio è per certo fondamentalmente retto dal principio dispositivo con metodo acquisitivo degli elementi di prova da parte del giudice, il quale comporta l'onere per il ricorrente di presentare almeno un indizio di prova perché il giudice possa esercitare i propri poteri istruttori». Tra i consiglieri di Stato, ad es., G. VELTRI, *Gli ordini istruttori del giudice amministrativo e le conseguenze del loro inadempimento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2013: «Gli esiti dell'analisi del recente codice del processo, conducono ad una piena conferma dell'onere del principio di prova e del metodo acquisitivo».

⁽⁴⁹⁾ M. MAZZAMUTO, *Per un richiamo alla gloriosa tradizione*, cit., 265 ss.

zazione dell'istruttoria, grazie anche, per i cultori dell'esegesi, al forte grado di ambiguità presente nella lettera del codice tra principio dispositivo e principio inquisitorio ⁽⁵⁰⁾.

Né gli autonomi percorsi della giustizia amministrativa dovrebbero essere esposti al pericolo di una indebita intromissione civilizzante delle Sezioni Unite della Cassazione, atteso che le problematiche istruttorie fuoriescono dalle questioni di giurisdizione, come tradizionalmente ritenuto ⁽⁵¹⁾, e come anche da ultimo confermato ⁽⁵²⁾, nonostante il recente (e fortunatamente fallito) tentativo della Cassazione di espandere il sindacato sui motivi di giurisdizione ⁽⁵³⁾. Il pericolo, invero, permane mediatamente, qualora l'istruttoria del fatto e la valutazione di quest'ultimo vengano coinvolte nelle (inopportune) ingerenze della Cassazione sul controllo della discrezionalità amministrativa effettuato dal giudice amministrativo ⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵⁰⁾ Ad es., F. SAITTA, *Onere della prova*, cit., 106, parla di indicazioni «obiettivamente altalenanti».

⁽⁵¹⁾ Riguardo ad un rifiuto di perizia, Cass., Sez. Un., 18 febbraio 1924, in *Giur. it.*, 1924, I, 860.

⁽⁵²⁾ Ad es., riguardo alla mancata assunzione di prove, Cass. (ord.), Sez. Un., 8 luglio 2024, n. 18559.

⁽⁵³⁾ Come evidenziato *funditus* in altra occasione, M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato*, Relazione al Convegno *Il processo amministrativo a quindici anni dal suo codice*, Bari 14-15 novembre 2025, già in *Giustamm. it.*, 2025, open access, nell'interpretazione originaria della competenza delle Sezioni Unite non era compreso l'eccesso di potere giurisdizionale dei giudici speciali e ciò andrebbe oggi rivisto alla luce della competenza della Corte costituzionale prevista *per tabulas* in materia di conflitto di poteri.

Anche dopo il mutamento giurisprudenziale intervenuto al riguardo, L. MORTARA, *Sindacato delle Sezioni unite sull'eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1934, I, 1, 495, ricorderà le «osservazioni più volte fatte», asseverando, ancora una volta, «la nostra insistenza nel desiderio di un migliore indirizzo della giurisprudenza delle sezioni unite sulla materia dell'eccesso di potere e sulla giurisdizione che esercita intorno ad essa il consiglio di Stato in sede di legittimità. Non ci stancheremo di ripetere che l'art. 48 del testo unico 26 giugno 1924 conferisce alla corte di cassazione in sezioni unite soltanto il potere di annullare le decisioni viziate da assoluto difetto di giurisdizione. Quando il consiglio di Stato annulla per eccesso di potere l'atto amministrativo non solo pronuncia dentro i limiti della propria giurisdizione, ma pronuncia con un potere giurisdizionale esclusivamente suo proprio, come lo dimostrano le origini e lo svolgimento storico della giustizia amministrativa».

⁽⁵⁴⁾ Ad es. Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, che cassa la censura del giudizio di inaffidabilità del concorrente alla stregua delle risultanze di una CTU.

3.1. *Critica del modello benvenutiano.*

Un ulteriore elemento di ambiguità nell'odierno dibattito è costituito dal diffuso e tralaticio riferimento alla formula del «principio dispositivo» (o «processo di parti») «con metodo acquisitivo». Si tratta invero di formule sintetiche di comodo, poiché, ove si guardi in modo più approfondito all'impegnativa monografia benvenutiana del 1953 ⁽⁵⁵⁾, ci si avvede subito che, al di là del puro interesse dottrinario, vi è stata una sopravvalutazione dell'incidenza e dunque del rilievo pratico di questo contributo, come può esemplificarsi a proposito della questione centrale dei fatti cd. *semplici* o *secondari* ⁽⁵⁶⁾. La fama della formula non è cioè riportabile all'effettivo pensiero dell'autore, non diversamente da quanto è avvenuto per la, non meno mal posta, fama della formula gianniniana delle procedure di evidenza pubblica ⁽⁵⁷⁾.

E non vi è dubbio dunque che, per evitare equivoci o per evitare che ciascuno utilizzi tali formule a proprio piacimento, sarebbe preferibile abbandonarne l'uso. Certo è che, nel nostro caso, non risulterebbe appropriato né avvalersene per valorizzare l'assimilazione al processo civile, poiché in Benvenuti è pur sempre inequi-

⁽⁵⁵⁾ F. BENVENUTI, *L'istruzione nel processo amministrativo*, Padova, 1953.

⁽⁵⁶⁾ R. VILLATA, *Considerazioni in tema di istruttoria, processo e procedimento*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, 200 e 203 ss.: «l'utilizzo attuale della formula benvenutiana si distacca in alcuni passaggi fondamentali dal pensiero dell'autore», tanto che «tutt'altra cosa è invece il metodo acquisitivo nella letteratura oggi corrente», ove «si afferma che riconoscere l'iniziativa circa l'introduzione in giudizio, l'allegazione, dei fatti secondari alla parte piuttosto che al giudice non ha nulla a spartire con il principio della domanda e con il potere monopolistico delle parti di individuare l'oggetto del giudizio».

Sulla nozione già G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, 3a ed., Napoli, 1923, 266, per il quale «diconsi *fatti giuridici* i fatti da cui deriva l'esistenza, la modificazione o la cessazione di una volontà concreta di legge: e come tali distinguonsi dai *fatti semplici* o *motivi*, i quali hanno importanza pel diritto solo in quanto possono servire a provare l'esistenza d'un fatto giuridico». In giur., di recente, Cons. Stato, 3 maggio 2021, n. 3459, su fatti primari e secondari, questi ultimi «da intendersi, come noto, quali fatti strumentali alla conoscenza dei primi e con funzione probatoria degli stessi»; o in quella civile, ad es., Cass., 20 dicembre 2021 n. 40756.

⁽⁵⁷⁾ Per l'abbandono di questa formula, M. MAZZAMUTO, *Contratti pubblici di diritto privato*, in *Il diritto dell'economia*, 2022, 60, open access, ove si prospetta il ripristino di dizioni tradizionali più fedeli al diritto positivo, come fase pubblicistica di scelta del contraente o fase pubblicistica di formazione della volontà contrattuale, *et similia*.

voca la necessità di affermare in una certa misura l'autonomia del processo amministrativo e la sua differenza dal processo civile, né, tutto all'opposto, avvalersene per trovarvi una mera conferma del passato, poiché in Benvenuti è altrettanto inequivoco che, pur in apparenza ragionando *de iure condito*, vi sia una prospettazione di mutamento dell'assetto tradizionale del processo amministrativo o di quell'assetto che Egli riteneva tradizionale, tanto che, come è stato ben evidenziato, quella benvenutiana sarebbe, non solo per il giudizio civile, ma anche per quello amministrativo, una «suggestiva costruzione che non trova (...) convincente giustificazione nella concreta disciplina dei due processi in questione» ⁽⁵⁸⁾.

Non si può però al contempo non evidenziare come tali antitetiche oscillazioni siano state anche favorite da una qualche incertezza degli esiti, unitamente alla complessità, del costruito benvenutiano. Vale quindi la pena di soffermarsi su una breve analisi che cerchi di andare più all'interno di tale teoria per saggiarne, comunque, la sua validità o la sua utilità.

Vi sono alcune premesse fondamentali da cui si prendono le mosse.

Una premessa di carattere *storico*: e cioè l'idea che il processo amministrativo nasca come procedimento amministrativo e che sia finalizzato alla tutela dell'interesse pubblico. Tale origine per Benvenuti avrebbe poi malamente influenzato le teorie successive alla giurisdizionalizzazione della giustizia amministrativa, avvenuta nell'ultimo scorcio del secolo decimonono.

Una premessa di carattere *valoriale*: e cioè che il modello del processo fondato sui due principi del *ne procedat iudex ex officio* e del *ne eat iudex extra petita partium* sia riconducibile ai «più generali fondamenti dello stesso ordinamento dello Stato come Stato di diritto», e che quei principi «riconoscendo la piena autonomia processuale delle parti, corrispondono ai postulati essenziali dell'ordinamento giuridico dello stato moderno»,

⁽⁵⁸⁾ B. CAVALLONE, *I poteri di iniziativa istruttoria del giudice civile*, 1968, ora in *Id.*, *Il giudice e la prova nel processo civile*, Padova, 1991, 129.

sebbene «non sempre la logica necessità della costituzione del processo secondo i principi fondamentali dello Stato di diritto, diviene effettiva costruzione del diritto positivo, rappresentando essa piuttosto una direttiva generale che un'esigenza giuridicamente sanzionata».

Da qui, nella prospettiva benvenutiana, l'evidente esigenza di promuovere tale modello. E, lungo questa direttiva, sarebbe poi il processo civile (che incarna, come vedremo, il principio dispositivo, o processo di parti, con metodo dispositivo) il «prototipo dei processi», «il tipo più elevato di processo», quello nel quale si ha «la più alta espressione del riconoscimento della dignità dell'individuo» ⁽⁵⁹⁾.

Una premessa *metodologica*: e cioè che occorra tecnicizzare l'analisi del processo amministrativo, concentrandosi sulla sua «struttura», sul «puro rapporto processuale», indipendentemente, a differenza della dottrina tradizionale, da quali siano gli oggetti concreti, le ragioni di diritto sostanziale e i fini del processo. Solo in tal modo sarà possibile trovarne i veri tratti peculiari, individuandoli proprio nell'istruttoria, rispetto al processo civile ⁽⁶⁰⁾.

Da ciò si perviene ad un risultato, che, seguendo le categorie classificatorie, in parte nuove, adottate da Benvenuti, può così sintetizzarsi:

- il processo amministrativo è, secondo il criterio del «potere di costituire il rapporto processuale», un processo «accusatorio», dove «vige pienamente il principio dell'iniziativa di parte» (*ne procedat iudex ex officio*), e non invece un «processo di inquisizione», dove «il giudice può procedere *ex officio*» ⁽⁶¹⁾;
- è un «processo di parti», come il processo civile, fondato cioè sul «principio dispositivo» (a volte pure detto a «sistema dispositivo» ⁽⁶²⁾), ove «è riconosciuta l'esclusiva di-

⁽⁵⁹⁾ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 37, 49, 181, 209, 218.

⁽⁶⁰⁾ *Ivi*, 4-26.

⁽⁶¹⁾ *Ivi*, 21-25.

⁽⁶²⁾ *Ivi*, 257.

sponibilità del ricorrente della indicazione dell'oggetto del giudizio» (*ne eat iudex extra petita partium*), e non un «processo inquisitorio» (da non confondere con un «processo di inquisizione», v. *supra*), diversamente fondato sul «principio inquisitorio», ove il giudice può «intervenire nella concreta individuazione dell'oggetto del giudizio» ⁽⁶³⁾;

- sempre in apparentamento col processo civile, il processo amministrativo, in quanto processo di parti (o retto dal principio o sistema dispositivo), adotta «necessariamente» un «sistema istruttorio» che «si può chiamare sistema dispositivo in senso lato», ove anche i fatti secondari sono esclusivamente «introdotti dalle parti del processo», a differenza di un «sistema istruttorio inquisitorio», ove il giudice può «ricercare al di fuori del processo, mediante un'attività ufficiale, i fatti secondari», e che è «adottato generalmente nei processi inquisitori, e cioè nei processi che si ispirano ad un principio inquisitorio» ⁽⁶⁴⁾ (che già si caratterizzano per la possibilità che il giudice modifichi l'oggetto del giudizio, intervenendo sui fatti primari); dal che si desume che mentre in un processo di parti si deve («necessariamente») adottare un sistema istruttorio dispositivo in senso lato, ove solo alle parti è rimesso di introdurre sia i fatti primari, sia i fatti secondari, in un processo inquisitorio, al potere del giudice di intervenire sui fatti primari, può accompagnarsi («generalmente») analogo potere per i fatti secondari, mentre, se quest'ultimo potere manchi, l'istruzione «secondaria» del processo inquisitorio avrebbe «la stessa natura dell'istruzione che si esercita in un processo di parti» ⁽⁶⁵⁾;
- in un'ulteriore distinzione dell'istruttoria di marca tutta benvenutiana, che a sua volta presuppone quella scalare tra principio e metodo, il processo amministrativo è infine retto, dal «metodo acquisitivo», che, a differenza del «metodo dispo-

⁽⁶³⁾ *Ivi*, 39-41.

⁽⁶⁴⁾ *Ivi*, 184-185.

⁽⁶⁵⁾ *Ivi*, 76, specie in nota.

sitivo», adottato nel processo civile, presenta maggiori poteri del giudice di ricerca della verità rispetto ai fatti secondari introdotti dalle parti, ed è proprio in questa ulteriore e nuova qualificazione che si consuma invece il divorzio dal processo civile, tanto da arrivare ad affermare che il processo amministrativo «non è una specie o una derivazione di quello civile; perché se esso è, come quello civile, un processo di parti, non ha niente in comune con il metodo del processo civile», e «pur sulla base del sistema dispositivo comune a tutti i processi di parti, ne realizza tuttavia una specie particolare» ⁽⁶⁶⁾.

Occorre ovviamente prestare una qualche attenzione alla terminologia, che può essere frastornante, mantenendo sempre sostanzialmente distinti questi diversi piani:

- processo accusatorio/processo di inquisizione, che attiene al piano del potere d'iniziativa processuale;
- processo di parti (principio o sistema dispositivo)/processo inquisitorio (principio inquisitorio), che attiene al potere di individuazione dell'oggetto del giudizio (fatti primari);
- sistema istruttorio dispositivo in senso lato (corollario necessario in Benvenuti del processo di parti)/sistema istruttorio inquisitorio, che attiene al potere di introdurre i fatti secondari, nel primo caso rimesso alle sole parti;
- metodo istruttorio dispositivo/metodo istruttorio acquisitivo, nell'ambito di processi di parte con sistema istruttorio dispositivo in senso lato, che attiene ai diversi poteri del giudice di ricerca della verità rispetto ai fatti, primari e secondari, la cui introduzione rimane pur sempre esclusivamente rimessa alle parti.

Per usare le formule, limitandoci al processo civile e a quello amministrativo, potrebbe quindi riassuntivamente affermarsi che il processo civile è un processo accusatorio, di parti (cioè fondato sul principio dispositivo o sistema dispositivo), con necessario sistema istruttorio dispositivo in senso lato e con metodo istrutto-

⁽⁶⁶⁾ *Ivi*, 308, 219.

rio dispositivo, mentre il processo amministrativo è un processo accusatorio, di parti (cioè fondato sul principio dispositivo o sistema dispositivo), con necessario sistema istruttorio dispositivo in senso lato e con metodo istruttorio acquisitivo, sicché il distinguo tra i due processi si colloca soltanto nell'ultimo anello della catena delle qualificazioni.

Ma qual è la scommessa di Benvenuti? Da un lato, collocare il processo amministrativo nel processo di parti, per farne derivare delle conseguenze innovative rispetto al (ritenuto) assetto tradizionale, d'altro lato, mantenere pur sempre uno spazio di autonomia e di peculiarità del processo amministrativo. Si tratta di una scommessa niente affatto facile da condurre in porto, traducendosi in un percorso esposto ad un continuo gioco di sottile ricamo, e ciò non solo per le difficoltà di ricostruzione proprie della giustizia amministrativa, ma anche perché la pretesa sistematica panprocessualistica di una siffatta cattedrale di distinzioni, in parte nuove, e la necessità di assumere una determinata caratterizzazione del processo civile, come termine di paragone del processo amministrativo, finiscono in modo inevitabilmente problematico per intrecciarsi col quadro, per altro verso, niente affatto univoco della riflessione processualcivile sull'istruttoria e dunque più in generale sul processo civile.

La prima parte del discorso è quella astrattamente più facile da riscontrare. Il problema non sta nel potere d'iniziativa processuale, né su quello di definizione dell'oggetto del giudizio e dunque della introduzione dei fatti primari, atteso che il giudizio amministrativo è stato da sempre informato al principio *ne procedat iudex ex officio* e al principio *ne eat iudex extra petita partium*, inteso con riguardo ai fatti primari che sostengono i motivi di annullamento ⁽⁶⁷⁾.

Il punto di novità, rispetto all'assetto tradizionale del processo amministrativo, consiste nell'assunto che nel processo di parti

⁽⁶⁷⁾ Ad es. Cons. Stato, 11 giugno 1897, n. 239, in *Giust. amm.*, 1897, I, 266: «una tale postuma deduzione, *judicii mutandi causa*, non può esser presa in alcun esame, non avendo formato obbietto né dei motivi del rifiuto, né del reclamo al Ministero, né dell'odierno ricorso basato soltanto sull'eccesso di potere per travisamento di fatto».

anche l'ingresso dei fatti secondari, e non solo di quelli primari, sarebbe esclusivamente rimesso alle parti. Non a caso Benvenuti, nella logica dell'autonomia del processo in un processo di parti, tiene a sottolineare, da un lato e a differenza come vedremo di Nigro, che non vi sia alcun automatico rapporto tra il procedimento amministrativo, in quanto realtà di per sé extraprocessuale, e il processo ⁽⁶⁸⁾, d'altro lato, che l'amministrazione nel processo deve rivestire solo il ruolo di «parte» e non di «ausiliare del giudice».

Ciò, come si è visto, è il frutto dell'asserzione dommatica benvenutiana del riconnettere necessariamente al processo di parti il «sistema dispositivo in senso lato», ma si tratta di un assunto niente affatto pacifico, se, persino rispetto al processo civile, la dottrina processualciviltistica ne fa oggetto di vivace *querelle* ⁽⁶⁹⁾.

Ma, anche a voler dare per scontato il suddetto assunto, è soprattutto nell'ultimo corno del discorso, e cioè nella distinzione tra metodo dispositivo e metodo acquisitivo, che le cose si complicano maggiormente, sia sul versante della distinzione col

⁽⁶⁸⁾ F. BENVENUTI, *op.cit.*, 159-160: contro «una commistione tra la fase amministrativa del procedimento per l'atto amministrativo e la fase giurisdizionale di cognizione sui ricorsi interposti contro quell'atto, che condurrebbe in definitiva o ad attribuire alla prima una diretta rilevanza processuale che essa non ha, ovvero alla seconda una connessione con l'attività amministrativa che costituirebbe una grave anomalia del nostro sistema processuale: il quale è costruito come un autonomo controllo giurisdizionale dell'attività amministrativa e non come una suprema istanza di revisione di decisioni amministrative».

⁽⁶⁹⁾ Di recente, per un quadro sintetico delle varie posizioni, S. PATTI, *Le Prove. Parte generale*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di F. IUDICA - P. ZATTI, Milano, 2010, 96 ss. Prendendo posizione in senso contrario all'estensione dell'onere di allegazione ai fatti secondari, D. BUONCRISTIANI, *L'allegazione dei fatti nel processo civile. Profili sistematici*, Torino, 2001, 125, osserva che «il problema dell'allegazione dei fatti secondari nel processo civile viene comunemente impostato in termini di raffronto con la disciplina assegnata all'allegazione dei fatti principali. Partendo dalla premessa che l'allegazione dei fatti principali è rimessa esclusivamente all'iniziativa delle parti, si cerca o di differenziare o di assimilare a quella disciplina anche l'allegazione dei fatti secondari. La distinzione poggia soprattutto sulla diversa funzione attribuita all'allegazione dei fatti secondari rispetto all'allegazione dei fatti principali. L'assimilazione, invece, poggia o sulla negazione della possibilità di distinguere i fatti secondari dai fatti principali ovvero sulla riferibilità anche all'allegazione dei fatti secondari degli stessi principî, che giustificano la signoria delle parti sull'allegazione dei fatti principali».

processo civile, sia sul versante del modello di giurisdizione amministrativa che si prospetta.

Il punto fondamentale di partenza è che nel processo entri pur sempre in campo l'esigenza che il giudice ricerchi la verità dei fatti ai fini del giudizio, il che riguarda anche il processo di parti, ove l'allegazione dei fatti, primari e secondari, spetta esclusivamente alle parti. Qui può al più configurarsi un potere «correttivo» del giudice, con diverse modulazioni, esercitabile «sul piano del processo», ma non sul «piano sostanziale», tanto che sarebbe da escludere che possa configurarsi un dovere delle parti di *edere contra se* e «ciò vale anche per la Pubblica amministrazione come parte del processo» ⁽⁷⁰⁾.

Il metodo dispositivo ⁽⁷¹⁾, proprio del processo civile, sarebbe così caratterizzato:

- le parti, allegando i fatti, ne dispongono, dichiarando di volersene avvalere, con un atto negoziale che vincola il giudice;
- la ricerca della verità è facilitata dalla condizione di autonomia e diversità delle parti che conduce naturalmente ad un arricchimento del quadro fattuale; ma non sempre questa dinamica è sufficiente, e ciò fa comprendere perché «un puro metodo dispositivo non è attuato in nessun processo»;
- il potere correttivo del giudice può però operare solo sul piano del processo, e cioè sulla «diversità» e non sull'autonomia, avendo un mero carattere di «ausilio» affinché l'attività delle parti sia «stimolata o facilitata», o rinforzandone gli oneri nel porre «accanto all'onere della prova un onere supplementare di verità o completezza», il cui mancato adempimento può avere conseguenze svantaggiose, o ricorrendo ad un «mezzo di prova che serva per conoscere un fatto la cui esistenza sia stata affermata dalle parti», giammai ricorrendo invece anche ad un «fatto principale o un fatto secondario

⁽⁷⁰⁾ F. BENVENUTI, *op.cit.*, 200, anche in nota.

⁽⁷¹⁾ *Ivi*, 206 ss..

fonte di prova»; e ciò varrebbe anche nelle ipotesi, come l'ispezione o la richiesta di informazione all'Amministrazione, ove «potrebbe sembrare» che il giudice «possa provvedere ad introdurre dei fatti», mentre i fatti secondari emergenti dagli atti possono essere acquisiti solo se vi sia un atto dispositivo delle parti.

Nel metodo acquisitivo ⁽⁷²⁾, riguardando pur sempre un processo di parti, «non si può offrire al problema della ricerca della verità una soluzione molto diversa», ma si persegue lo «scopo di acuire nel processo quella situazione di diversità delle parti che è stimolo a colmare le eventuali diseguaglianze in cui esse si trovino nei confronti dei fatti». La differenza tra i due metodi sembrerebbe dunque essere più una differenza di grado, per quanto si tratti di una differenza i cui contenuti, riguardo ai poteri correttivi del giudice, non appaiono di evidenza cristallina.

In particolare nel processo amministrativo:

- non sussistendo qui autonomia e diversità delle parti, l'allegazione dei fatti, primari e secondari, a differenza del metodo dispositivo, vale solo come atto di «introduzione» e non come atto di disposizione, sicché è al giudice che spetta l'acquisizione dei fatti, sempre se allegati dalle parti, che diventano così «patrimonio comune» del processo e sui quali il giudice, se li ritiene anche *motu proprio* rilevanti, può ordinare o meno mezzi istruttori; ma ciò non significa che il giudice «trovi già nel processo i relativi mezzi di prova, né che egli possa d'altra parte porsi a ricercarli sul terreno materiale», sicché, «se non si voglia contravvenire ai principi fondamentali del processo», resta «l'unica soluzione (...) di ammettere che il giudice ordini ad una parte di provvedere alla prova del fatto acquisito», il che avviene in particolare con «l'istituto della richiesta di schiarimenti, verificazioni, e con l'ordine di produzione di nuovi documenti»; è questo ricondurre comunque alle parti, pur qui non titolari di un

(72) *Ivi*, 248 ss..

potere dispositivo come nel processo civile, che consente di riannodarsi ai principi;

- il distinguo rispetto al metodo dispositivo, per come inteso da Benvenuti, diventa più evidente «nell'ipotesi di acquisizione del risultato di prova», poiché «è possibile pensare che divenga comune non solo il risultato della prova (esperita e prodotta) del fatto probatorio, ma altresì ogni fatto che risulti da quella prova intendendosi che esso sia implicitamente introdotto nel processo»; ove è evidente che il voler mantenere un siffatto significativo aspetto differenziante del processo amministrativo possa poi rientrare nel rispetto dei principi del processo di parti, qui nel contenuto minimo dell'allegazione, solo con una fittizia forzatura («implicitamente»);
- l'allegazione dei fatti, avendo valore solo introduttivo, comporta che il giudice non è vincolato né da un accordo delle parti sull'ingresso di un fatto, né la contestazione o meno di un fatto introdotto da una parte.

Sul versante del processo civile, il modello benvenutiano desta non pochi dubbi. È significativo al riguardo che una dottrina processualcivilistica ne abbia fatto oggetto di disamina critica, tanto più che si tratta di una dottrina che condivide con Benvenuti l'idea che anche i fatti secondari siano rimessi all'esclusiva produzione delle parti: si afferma infatti, di contro a Benvenuti, che, nel processo civile, i fatti comunque risultanti o emergenti dall'esperimento delle prove diventino di per sé patrimonio del processo, indipendentemente dalle parti ⁽⁷³⁾, così come si è ritenuto discutibile più in generale, rispetto allo stesso processo civile, l'artificioso distinguo tra potere «dispositivo» (processo civile) e potere di sola «introduzione» (processo amministrativo) ⁽⁷⁴⁾.

Ma, per quello che qui soprattutto interessa, è lo stesso modello di processo amministrativo che si offre a non risultare convincente.

⁽⁷³⁾ B. CAVALLONE, *op. cit.*, 132 ss.

⁽⁷⁴⁾ Oltre a Cavallone, nella nostra dottrina R. VILLATA, *op. cit.*, 214, che ravvisa in ciò «il profilo forse meno condivisibile» della tesi di Benvenuti.

Tale modello ha infatti un punto di grave ambiguità che è probabilmente anche all'origine degli usi di comodo della famosa formula benvenutiana: l'ambiguità sta tutta in quella *implicita* allegazione delle parti di un fatto che emergesse dal risultato di una prova, con la quale *implicita* allegazione l'apparente rigore del sistema dispositivo in senso lato viene ad infrangersi, finendo per lasciare sostanzialmente aperta la porta all'acquisizione di fatti secondari non derivanti dalle parti ma dall'attività istruttoria del giudice.

In altre parole, Benvenuti, oscillando tra l'affermazione che il metodo del processo amministrativo «non ha niente in comune con il metodo del processo civile» e quella che, tra i due processi, «non si può offrire al problema della ricerca della verità una soluzione molto diversa», non riesce poi a trovare, quanto meno sul piano pratico, un decisivo *ubi consistam* per quel nuovo punto intermedio di collocazione del processo amministrativo, che avrebbe dovuto essere segnato, da un lato, dall'abbandono del processo inquisitorio e dall'assunzione del processo amministrativo nell'ambito del processo di parti, d'altro lato, in quest'ultimo *genus*, dal mantenere al contempo un apprezzabile distinguo col processo civile. Si ha quindi l'impressione che Benvenuti, stando sempre alla griglia concettuale da Egli adottata, abbia cercato di conciliare ciò che è infine è risultato sostanzialmente inconciliabile: il (suo) principio dispositivo e il (suo) metodo acquisitivo.

Colpisce poi che in un cotanto sforzo teorico non emerga anche il tema dell'ingresso di fatti primari derivanti dai risultati della prova e dai quali possano prospettarsi motivi aggiunti. È vero che qui è solo con il ricorso per motivi aggiunti della parte che tali fatti primari entrano nel *thema decidendum*, ma lascia pur sempre interdetti che non si sia preso in considerazione un aspetto così rilevante del concreto funzionamento del processo amministrativo, e un aspetto anzi che, rispetto al problema della diseguaglianza, può risultare ancor più importante della stessa questione dei fatti secondari. Basti menzionare la famosa figura del ricorso in bianco, pur oggi recessiva, grazie al diritto di accesso ai documenti,

ma non ancora scomparsa ⁽⁷⁵⁾, che non era certo una lite temeraria, ma faceva normale affidamento sulle produzioni dell'amministrazione, all'occorrenza, ordinate dal giudice.

La realtà tradizionale della giustizia amministrativa è invero che, attraverso i risultati delle produzioni dell'amministrazione, si sono sempre acquisiti sia fatti secondari, sia fatti primari, a favore del ricorrente e che, come già evidenziato da Orlando (v. *infra*), può essere così imposto all'amministrazione di *edere contra se*. Oggi questa tradizione trova conferma e ancor più deciso rafforzamento nel codice che configura a carico dell'amministrazione l'obbligo *ex lege* di produrre gli atti, tanto che, nella mancanza di uno spontaneo adempimento, l'ordine del giudice sembra avere assunto più il carattere della doverosità che della discrezionalità (art. 46, comma 2, e 65, comma 3, c.p.a.).

Non si può altresì non evidenziare come la teoria benvenutiana non appaia suscettibile di essere seguita neanche guardando a ragioni di carattere più generale, specialmente con riguardo alle premesse da cui tale teoria prende le mosse.

In primo luogo, si cade nel solito travisamento (v. *supra*): la natura inquisitoria della giustizia amministrativa, derivante dalla sua origine amministrativa, costituirebbe per Benvenuti un «metodo» inteso «come mezzo strutturalmente ordinato in modo da far salve le esigenze proprie dell'Amministrazione», cioè «costruito in modo da venire incontro a quelle esigenze anche a scapito delle esigenze del cittadino», mentre, ove se ne valorizzi proficuamente la veste giurisdizionale, nel «processo di parti (...) il metodo che in esso è adottato, non tanto dipende nelle sue peculiarità da una tendenza a porre l'Amministrazione in uno stato di vantaggio, quanto invece della necessità di non porre il cittadino in condizione di svantaggio di fronte all'Amministrazione, aiutandolo a superare quella mancanza di equivalenza che vi è sul terreno della realtà pratica tra lui e l'Amministrazione stessa» ⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷⁵⁾ Ad es., T.A.R. Lazio Roma, 3 ottobre 2022, n. 12520.

⁽⁷⁶⁾ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 307.

Non resta così, ancora una volta, che ricordare come la natura inquisitoria sia stata principalmente messa al servizio dell'interesse del cittadino, sicché, se si parte da una corretta rappresentazione della premessa storica, l'auspicato avvento del processo di parti benvenutiano, volendo, almeno in apparenza, impedire l'acquisizione officiosa di fatti secondari e salvando così l'amministrazione dall'*edere contra se*, potrebbe comportare non un avanzamento, ma, al contrario, un arretramento rispetto ai livelli di tutela del cittadino già conseguiti: altro che prototipo ideale! Sotto questo profilo si tratta di una dottrina che contiene il pericolo di un'involuzione autoritaria.

Lascia poi interdetti che alla travisante rappresentazione storica della giustizia amministrativa si accompagni una non meno travisante rappresentazione della nostra gloriosa giuspubblicistica liberale. Se ne dà una troppo scontata, quanto errata coloritura autoritaria, sino al punto da arrivare ad una cattiva, e dunque accademicamente inaccettabile, ricognizione delle fonti del nostro *magister magistrorum*. Così, quando Benvenuti parla del presunto metodo tradizionale inteso «come mezzo strutturalmente ordinato in modo da far salve le esigenze proprie dell'Amministrazione», in nota aggiunge che «così si giustifica ad es. la affermazione di Orlando, *La Giustizia*, cit., I ed., p. 1022, (...) secondo cui la richiesta di nuove verificazioni da parte del giudice amministrativo alla Pubblica Amministrazione costituirebbe uno svantaggio per il privato medesimo» (77). Sennonché, nella fonte citata, a parte che si fa ivi riferimento non alle verificazioni, ma alla richiesta di chiarimenti e di documenti, Orlando, come vedremo, dice esattamente il contrario.

Un pregiudizio ideologico che si è poi anche ingiustamente riversato sui sostenitori della giurisdizione obiettiva, riducendo sbrigativamente ad «una ragione storica, o meglio forse, temporale» (78), ritenuta dunque ormai priva di fondamento, l'opinione

(77) *Ivi*, 307.

(78) *Ivi*, 152, nota.

degli autori che, nonostante la giurisdizionalizzazione, continuavano ad avvalorare i poteri officiosi del giudice amministrativo.

Non convincono dunque né la premessa *storica*, né la premessa *valoriale* dalle quali diparte il costruito benvenutiano.

Ma non convince parimenti la premessa *metodologica*, che appare più che altro utile a creare una zona franca nella quale poter concepire in tutta libertà un proprio modello.

Vi è anzitutto da evidenziare una intrinseca contraddittorietà nello svolgimento. Benvenuti non mantiene coerentemente l'assunto dell'isolare il puro rapporto processuale, poiché non si sottrae alla questione della diseguaglianza delle parti nella disponibilità dei fatti, che, a rigore, è questione extraprocessuale. Si potrebbe infatti affermare che, se taluno incontra una siffatta difficoltà, *sic et simpliciter* perderà la causa. Il potere correttivo del giudice non può allora giustificarsi, come tenta Benvenuti, con l'obiettivo di cercare la verità, il che suona solo come un debole escamotage, ma esprime piuttosto un potere equitativo con una valenza inevitabilmente sostanziale che si concretizza nel processo solo in quanto equità di fonte giurisdizionale. Non a caso la stessa dottrina processualcivilistica riconduce i sopraggiunti temperamenti pretori dell'art. 2967 c.c., come la vicinanza della prova, al giudizio «per mezzo dei criteri tratti dall'esperienza con funzione equitativa» ⁽⁷⁹⁾.

Ma è altro che si vuole soprattutto sottolineare.

Benvenuti, contraddittoriamente o meno, cerca di dare un qualche rilievo alla diseguaglianza, ma, per il resto, è il formalismo processuale a dominare il campo, ignorando così il più ampio sistema nel quale il processo amministrativo è inserito. Più esattamente, si accede ad un armamentario tecnico che ha avuto la sua primaria ambientazione nel diverso sistema civilistico, senza che si possa comprendere, se non a indizio di una strisciante attitudine civilizzante, di come si possa al contempo finire per tralasciare i caratteri complessivi, sostanziali e proces-

⁽⁷⁹⁾ A. PARANZOLA, *op. cit.*, 208-210.

suali, del sistema giuspubblicistico, elementi invece necessari per qualsivoglia costruito: basti soltanto pensare all'importanza della scarsa predeterminazione normativa delle fattispecie e del riparto dell'onere probatorio nelle leggi amministrative ⁽⁸⁰⁾. È del resto un vizio ricorrente dei civilizzatori: ignorare o volere ignorare l'esistenza di un autonomo sistema giuspubblicistico.

La portata della stessa questione della disegualianza delle parti ne subisce infatti un restringimento, mentre essa ha nella giustizia amministrativa fondamenta ben più antiche e larghe. Il potere acquisitivo e riequilibratore del giudice non è infatti solo da correlare all'anfratto della disparità del cittadino che non può disporre della prova o di una prova piena. Nella tradizione tale disparità è concepita in termini più generali ⁽⁸¹⁾ e in termini più

⁽⁸⁰⁾ Una visione più sistematica e più vicina alla tradizione, per quanto pure ambientata in un processo di parti, è invece, in quegli anni, ravvisabile in E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, in *Nuovissimo Digesto Italiano*, XIII, Torino, 1966, 1084 ss.: vi sono due aspetti «fondamentali per la teoria del processo amministrativo», e cioè, da un lato, la funzione pretoria di «stabilimento del diritto amministrativo», cui si dà adesso la copertura dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento, di contro alla «qualificazione normativa», presupposta dall'art. 2697 c.c., sicché «il rapporto tra fatto e regola si pone in maniera diversa da quella usuale», e, d'altro lato, la «disparità sostanziale» dei soggetti (di contro alla «eguale autonomia» della bilateralità dei soggetti privati cui si riferiscono i processualciviliisti) che viene «compensata mediante il processo, ancorché questo si instauri su libera iniziativa della parte», e a tale compensazione della disparità si riconduce l'esercizio del potere officioso del giudice nel disporre delle prove e nell'acquisire i fatti secondari (mentre quelli primari rimangono nell'onere del ricorrente, in quanto processo di parti), in vista della «scoperta della verità», giustificando altresì la giurisprudenza che ritiene sufficiente un principio di prova o anche solo uno schema attendibile di ricostruzione dei fatti; tutto ciò negando in definitiva che «per amore di schemi più consueti» possa attribuirsi al processo civile un presunto carattere di esemplarità a scapito della «realità propria del processo amministrativo, ove il sistema delle prove risulta (...) aperto e libero, senza che ciò contrasti con il carattere dispositivo del relativo processo».

⁽⁸¹⁾ Così, V. SPAGNUOLO VIGORITA, *Notazioni sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1984, 17: «la disegualianza tra le parti nel processo amministrativo non sta soltanto nel possesso dei documenti, di quanti documenti abbia l'Amministrazione e quanti ne abbia il privato. Essa è piuttosto (insito nel punto) disparità sostanziale, di posizione sostanziale: perché il privato è il destinatario o l'oggetto del provvedimento amministrativo».

Si avvicina alla percezione di tale larghezza (cosa insolita, quanto apprezzabile per gli odierni processualciviliisti, i quali sembrano, per lo più, grandemente distanti dall'alta

generali, e dunque più ampi, può sempre prospettarsi, in sede di istruttoria o di giudizio, l'intervento equitativo del giudice.

Di questo più largo orizzonte ce ne dà indirettamente riscontro, come vedremo meglio in seguito, Mario Nigro, nel 1967, quando osserva che la signoria della prova ed il libero convincimento si atteggiano altresì a «logico accessorio della funzione inventiva propria del giudice amministrativo».

Anche sotto questo profilo, deve ulteriormente affermarsi, di contro a quel travisante paradigma di un'autoritaria giurisdizione obiettiva erede dei rimedi amministrativi nel quale finisce per cadere lo stesso Nigro, che, nella storia concreta della giustizia amministrativa, dalla tradizione graziosa alla sua giurisdizionalizzazione, componente inquisitoria e funzione pretoria sono intrecciate e concorrono sinergicamente allo sviluppo della tutela del cittadino.

Vi è solo un passaggio nel quale Benvenuti, in realtà perfettamente consapevole che il suo voleva anche essere un costrutto di mutamento, sembra titubare sulla prospettiva *de iure condito*. Si dice incidentalmente che il processo amministrativo non è inquisitorio «a meno di negarlo» ⁽⁸²⁾.

Ebbene, chi scrive intende appunto negare che non lo sia: il processo amministrativo è, almeno in parte, un processo inquisitorio ed è bene che rimanga tale, lasciando integra la prevalente *ratio* garantista che a questo carattere inquisitorio è storicamente connessa.

La teoria benvenutiana dell'istruttoria non merita dunque di essere seguita *in toto*. Ma andando anche oltre, essa non è altro che un esempio applicativo di quegli orientamenti più generali di cui, nella nostra disciplina, sono stati portatori i mentori della se-

considerazione che della giustizia amministrativa avevano i loro *patres*, come Mortara o Chiovenda), Paranzola, *op. cit.*, 187, quando definisce l'asimmetria informativa come «globale», «una asimmetria, cioè, che può riguardare vuoi la conoscenza e accessibilità materiale dei mezzi di prova, vuoi (e a monte) la stessa esaustiva cognizione della vicenda fattuale alla base della azione in giudizio», cui si collega facilmente l'accezione «lasca» del principio di prova sino a risolvere quest'ultimo in altra cosa, ossia nella sola attendibilità dei fatti rappresentati.

⁽⁸²⁾ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 174.

conda metà del XX sec., da Massimo Severo Giannini allo stesso Feliciano Benvenuti. Tali orientamenti hanno determinato delle gravi distorsioni del pensiero giuridico, facendo cadere la comunità giuspubblicistica in una mistificazione o in un vero e proprio analfabetismo della tradizione. Queste dottrine andrebbero radicalmente abbandonate, nella speranza che le nuove generazioni si riappropriino del preziosissimo *thesaurus* del passato e colmino così quella che, quantomeno da un punto di vista accademico, è divenuta una intollerabile disparizione di conoscenze.

4. Specialità e *ratio* dell'istruttoria nella tradizione del processo amministrativo.

La specialità, mera convenzione cui per comodità ci atterremo ⁽⁸³⁾, o, come più esattamente dovrebbe dirsi, l'ordinaria diversità ⁽⁸⁴⁾ della nostra giustizia amministrativa, figlia della tradizione francese ⁽⁸⁵⁾, è facilmente ravvisabile anche nei riguardi dell'istruttoria ⁽⁸⁶⁾, né c'è da sorprendersi poiché, come è ovvio,

⁽⁸³⁾ Di recente, C. DEBBASCH, *Le droit administratif, droit dérogatoire au droit commun?*, in *Mélanges René Chapus*, Paris, 1992, 127: «Ciascuno concorda oggi nel riconoscere che non si può parlare del diritto amministrativo come di un diritto derogatorio al diritto comune che per comodità di linguaggio», poiché «il diritto privato non è più diritto comune del diritto amministrativo».

⁽⁸⁴⁾ Vale la pena di ricordare che l'idea che il giudice amministrativo sia il «giudice ordinario» nel suo ambito di giurisdizione, come ci dice Mario Nigro nel suo manuale di giustizia amministrativa, non è affatto una novità, ma è ben presente nella dottrina tradizionale: già, ad es., A. SALANDRA, *La giustizia amministrativa nei governi liberi con speciale riguardo al vigente diritto italiano*, Torino, 1904, 865, evidenzia, da un lato, che «in nessun caso può dirsi che la giurisdizione amministrativa sia straordinaria, eccezionale o privilegiata», né essa esprime «un privilegio dell'amministrazione; in quanto è della sua essenza garantire, mediante l'indipendenza dei giudici e l'osservanza dei termini e delle forme procedurali, in egual misura il diritto delle parti in causa», e, d'altro lato, che tale giurisdizione può avere carattere «speciale», quando si adotti il sistema della «enumerazione» delle competenze, o carattere «generale», come è avvenuto con la legge Crispi, «quando, con una norma generale di diritto, si è accordato dalle leggi la facoltà di domandare al giudice amministrativo l'annullamento degli atti amministrativi illegali, o di talune categorie di essi».

⁽⁸⁵⁾ M. MAZZAMUTO, *The Formation of the Italian Administrative Justice System*, cit., 282 ss.

⁽⁸⁶⁾ L. RAGGI, *op. cit.*, 180, evidenzia, riguardo all'istruttoria, la «inesatta impostazione della questione, in quanto si considera la procedura civile come comune e le leggi sul C. di S. e la G. P. A. come leggi speciali».

i tratti dell'istruttoria, che è un importante crocevia del processo, riflettono i caratteri che nel complesso segnano un determinato sistema di giustizia ⁽⁸⁷⁾.

Significativo è al riguardo evocare quanto già ci rappresentavano i *patres* della nostra disciplina.

All'epoca potevano esservi dei distinguo sulla possibilità o meno di ricorrere alla disciplina processualeciviltistica e, in caso positivo, a quali condizioni, ma sempre sul condiviso presupposto della specialità o diversità del processo amministrativo.

Così il nostro *magister magistrorum*, Vittorio Emanuele Orlando ⁽⁸⁸⁾, pur affermando che in linea di principio sia applicabile «il diritto comune tutte le volte che: 1.° non si abbia un'apposta disposizione della legge speciale; 2.° che esso sia compatibile con la speciale materia da questo regolato», ritiene che nell'istruttoria del processo amministrativo italiano operi una «disposizione speciale» ⁽⁸⁹⁾ che regola «tutta la materia delle prove», ad esclusione quindi della disciplina del diritto comune giudiziario. Questa completezza deriverebbe dal fatto che per l'intervento officioso è

(87) G. DALLARI, *op. cit.*, 65-66: «la determinazione del fatto si compie coi mezzi di prova, il cui sistema è naturalmente appropriato al giudizio cui deve servire. (...) Certo è che la materia dei giudizi, la natura e l'estensione delle competenze che nel giudizio si svolgono, hanno un diretto legame col sistema probatorio: questo si plasma, rispetto all'attività del giudice e delle parti non meno che nella sua struttura intima, in relazione alla materia e alla finalità del giudizio, come in relazione all'ordinamento e alla portata delle competenze».

Di recente, rispetto *mutatis mutandis* al tema dei motivi di ricorso, M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, in *Foro it.*, 1975, V, 17: «Ogni problema c. d. tecnico finisce per aprire delle grosse prospettive sul terreno dei principi e degli orientamenti di fondo», sicché «nel motivo di ricorso si concentrano e riassumono l'intera vita del processo amministrativo, i suoi limiti, i suoi scopi, la sua natura».

(88) Nel prosiegua gli argomenti del Maestro sono principalmente tratti da V.E. ORLANDO, *Contenzioso amministrativo*, in *Digesto italiano*, VIII, 2, 1895-98, 942 ss. e Id., *La giustizia amministrativa*, cit., 813 ss. e 1019 ss.

(89) «Se la sezione riconosce che l'istruzione dell'affare è incompleta o che i fatti affermati nell'atto o provvedimento impugnato sono in contraddizione con le risultanze dei documenti, prima di decidere sul merito, può richiedere all'Amministrazione interessata nuovi schiarimenti o la produzione di documenti od ordinare all'Amministrazione medesima di far nuove verificazioni, autorizzando le parti, quando ne sia il caso, ad assistervi ed anche a produrre determinati documenti» (art. 37 r.d. n. 6166/1889; nonché v. l. n. 62/1907, con l'eliminazione dell'inciso «quando ne sia il caso»).

sufficiente che il giudice ritenga l'istruzione «incompleta», sicché tale possibilità d'intervento è concepita così «largamente da abbracciare il bisogno di qualsiasi prova eventuale, che sorga per completare la istruzione». Occorre al riguardo anche considerare che, secondo il Maestro, per le prove semplici, come ad es. la testimonianza o la perizia, suppliscono le verificazioni, previste dalla legge con espressione «larga» e «comprensiva», sicché siffatta disciplina speciale delle prove «in un certo senso le esclude tutte», perché quelle giudiziarie si formano dinanzi al giudice o per suo diretto incarico, mentre qui sono rimesse alla p.a., ma «in senso improprio», attraverso la verifica, le ammette «tutte», fermo restando il divieto di prove legali, come ad es. il giuramento ⁽⁹⁰⁾.

Né mancavano posizioni volte a puntellare in modo più marcato l'autonomia del sistema giuspubblicistico non solo sul piano sostanziale, ma anche su quello processuale. È il caso di Santi Romano, che confina l'applicabilità del diritto giudiziario comune ai soli principii generali (non diversamente dall'odierno codice del processo amministrativo per come interpretato dall'Adunanza plenaria ⁽⁹¹⁾) dei quali relativizza la provenienza civilistica, se non come primato temporale, ricordando che «una serie abbastanza numerosa ed importante di principii non esclusivi al diritto giudiziario dei tribunali civili, ma comune ad ogni diritto giudiziario, ha avuto in esso occasionale e tradizionale sede», sicché «solo in questo senso e limitatamente a tali principii generali, il diritto che regola il procedimento dei tribunali civili può dirsi comune, in contrapposto al diritto che regola il procedimento delle giurisdizioni amministrative» ⁽⁹²⁾, né l'eventuale utilizzo di istituti comuni tratti dal diritto privato significa che con ciò si passi

⁽⁹⁰⁾ Ancora negli anni Cinquanta, ci dà contezza, nei giudizi di legittimità, dell'uso giurisprudenziale della testimonianza nell'ambito delle verificazioni, A.M. SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici subordinati*, Napoli, 1963, 385.

⁽⁹¹⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 2 ottobre 2025, n. 11: «i criteri della compatibilità e della natura di principio generale sono, a ben vedere, un'endiadi».

⁽⁹²⁾ S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in *Primo trattato*, cit., vol. III, 615 ss.

dal diritto pubblico al diritto privato ⁽⁹³⁾. O ancora, in Francia, è il caso di Maurice Hauriou, che, in modo ancor più tranciante, esclude ogni funzione integrativa del diritto processuale civile, venendo le lacune colmate dall'attitudine pretoria dello stesso giudice amministrativo, e ammette al più che, ove tale giudice evochi previsioni processualciviltistiche, non è tenuto ad un loro testuale applicazione ⁽⁹⁴⁾.

Per nostra parte, ci appare senz'altro preferibile l'opzione francese. Ma anche a voler seguire l'idea di istituti comuni, all'occasione rintracciabili in fonti privatistiche, se ne dovrebbero comunque trarre le seguenti conseguenze: si può dire di più della considerazione che il loro utilizzo non significhi che si passi da un diritto all'altro, ritenendo, in modo più tranciante, che un qualsivoglia principio, o persino una qualsivoglia regola, quale che ne sia la fonte di origine (foss'anche il codice civile o di procedura civile), è di diritto pubblico se applicato in un rapporto di diritto pubblico e di diritto privato se applicato in un rapporto di diritto privato; un medesimo istituto, come si è già detto, risuona diversamente a seconda dell'ambientazione sistematica nel quale, di volta in volta, viene a collocarsi, sicché è del tutto naturale che,

⁽⁹³⁾ F. CAMMEO, *Corso*, cit., 48: «Questi istituti comuni, disciplinati in occasione del diritto privato e nelle leggi relative, sono elaborati nella dottrina di questo, perché è il primo diritto giunto a perfezione. Tuttavia, per il fatto che, in tema di diritto pubblico e in difetto di norme speciali di esso che questi istituti disciplinino, si deve andarne a ricercare l'ordinamento nel diritto privato, sarebbe errore pensare che si passi dall'un diritto all'altro: si utilizzano soltanto istituti comuni, ricercandoli dove già sono regolati».

⁽⁹⁴⁾ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 5ª ed., Parigi, 1903, 836: «Questa procedura è distinta dalla procedura civile, essa ha una genia sua propria e si sviluppa in modo indipendente. Allorché i testi che la regolamentano sono insufficienti, appartiene al giudice amministrativo stesso di formulare le regole. (...) E se, in questa opera pretoria, il giudice deve ispirarsi a dei principi di equità sui quali riposano talune disposizioni del Codice di procedura civile, non è tenuto ad applicare testualmente tali disposizioni». Vi erano anche posizioni del tutto minoritarie, favorevoli ad un avvicinamento alla procedura civile, come nel caso di R. JACQUELINE, *L'évolution de la procédure administrative*, in *Revue du droit public*, 1903, 5 ss., per il quale il codice «è applicabile alla procedura amministrativa nel silenzio della legge, e a meno di un testo contrario», criticando anche il «temperamento», nell'orientamento dominante, che rimette la desiderabilità o meno dell'applicabilità del codice al giudice amministrativo in luogo di una applicazione «pura e semplice».

come in sostanza indicato da Hauriou, il giudice amministrativo ne moduli l'atteggiarsi in conformità ai principi del sistema di appartenenza.

Ovviamente poco senso avrebbe parlare di specialità, se non fossero ravvisabili i *contenuti* di siffatta specialità.

Di ciò ci dà già qualche contezza Orlando: così, ad es., riguardo alle prove precostituite, si ravvisano «parecchie deroghe al diritto giudiziario comune» e «diversi principii». La legge infatti «autorizza la IV Sezione a curare essa il completamento della istruzione per documenti» e «autorizza la richiesta di documenti all'amministrazione stessa che dovrà produrli anche quando ciò torni in suo svantaggio» ⁽⁹⁵⁾ in deroga al principio del *nemo tenetur edere contra se*.

Nel 1904 Antonio Salandra evidenzia, in chiave comparata, tra i caratteri comuni del contenzioso amministrativo, che «l'istruzione è diretta dal giudice», il quale «non ha il dovere di giudicare *secundum allegata*», e che «prevale sul tipo della procedura *accusatoria* quello della procedura *inquisitoria*» ⁽⁹⁶⁾. Parimenti, per la Francia, sempre Hauriou sottolinea che «per i suoi caratteri generali, la procedura amministrativa si distingue profondamente dalla procedura civile; essa appartiene, come la nostra procedura criminale, al tipo della procedura inquisitoria dove l'istruzione dell'affare è fatta dal giudice, mentre la procedura civile si rifà al tipo della procedura accusatoria, dove l'istruttoria è fatta dalla parti stesse senza il concorso del giudice» ⁽⁹⁷⁾.

Nel 1910, Luigi Raggi, con un'articolata disamina, afferma: che «sarà possibile al giudice anche prendere cognizione d'un fatto non allegato dalle parti», sebbene con il limite del «principio inderogabile della corrispondenza assoluta fra il chiesto dalle

⁽⁹⁵⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 1022. Nel testo della seconda edizione del III volume del *Trattato* del 1907 si dice invece «vantaggio», ma si tratta di un mero *lapsus* della stampa, tanto che nell'identico passaggio sia della prima edizione, qui citata, sia della precedente voce *Contenzioso amministrativo*, si legge, come è logico del resto nel tessuto dell'argomentazione, «svantaggio».

⁽⁹⁶⁾ A. SALANDRA, *op. cit.*, 855.

⁽⁹⁷⁾ M. HAURIOU, *op. loc. cit.*

parti e il pronunciato dal giudice» ⁽⁹⁸⁾; che, diversamente dall'opinione diffusa (come quella di Cammeo: v. *infra*) per la quale in un sistema inquisitorio non si pone il problema dell'onere della prova e del suo riparto, la differenza di questo sistema con quello dispositivo sarebbe «quantitativa» e non qualitativa, nel senso che, nel processo amministrativo, «l'onere di affermazione e di prova non è completo ed esteso come nel processo civile», ma rimarrebbe pur sempre integro nella parte in cui si deve «provare quanto è necessario per porre in movimento il potere istruttorio del giudice», sicché «l'iniziativa del giudice in materia di prove è sempre una iniziativa (direm così) di secondo grado: egli non ordina prove d'ufficio se dalle parti non gli vengono forniti *elementi* per procedere a tali ordinazioni»; che nei processi amministrativi «i residui del sistema della prova legale sono ancora minori che nel processo civile», sicché «il principio della libera convinzione si è in essi realizzato con maggiore interezza che nel processo civile»; che tali processi sono «maggiormente intonati allo scopo del raggiungimento della scoperta della verità di fatto, che non il processo civile», in quanto per il «giudice amministrativo, che non per il giudice civile» è «data la possibilità competentegli d'indagare lo stato di fatto con mezzi da lui ordinati anche oltre e contro le affermazioni concordi delle parti in causa» ⁽⁹⁹⁾.

La disamina dei *patres* sulla specialità può concludersi, senza pretesa di completezza, con una sintetica, quanto preziosa, nota a sentenza di Federico Cammeo del 1916, ove tale specialità appare vivamente marcata, il che è tanto più significativo se si considera che Egli fu allievo di Ludovico Mortara, cioè di uno dei *patres* della nostra dottrina processualcivileistica ⁽¹⁰⁰⁾.

Si afferma che «l'ordinamento delle prove è imperniato dinanzi alle giurisdizioni amministrative su due principi: quel-

⁽⁹⁸⁾ Anche in seguito, parimenti, G. DALLARI, *op. cit.*, 100, con riferimenti giurisprudenziali.

⁽⁹⁹⁾ L. RAGGI, *op. cit.*, *passim*.

⁽¹⁰⁰⁾ F. CAMMEO, *Sulle prove nel procedimento dinanzi alle giurisdizioni di giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1916, III, 102 ss.

lo dell'assoluto libero convincimento del giudice e quello della prova di ufficio e non a proposizione di parte», il che si traduce in una «differenza importante fra la procedura amministrativa e quella civile, nella quale ultima molte sono le limitazioni legali al libero convincimento del giudice e, con qualche eccezione secondaria, le prove sono proposte ad iniziativa della parte interessata». Cammeo trova semmai, come Hauriou, delle similitudini col processo penale, e non caso nella dottrina si era pure ritenuto che, ai fini dell'applicazione di disposizioni in via analogica, occorresse guardare anche alla procedura penale ⁽¹⁰¹⁾.

Tale è la portata del libero convincimento che persino di fronte alla presunzione legale «più importante» nel processo amministrativo, ossia la «verità dei fatti posti a base del suo provvedimento dall'autorità pubblica», Cammeo afferma che tale presunzione non costituisca un vincolo per il giudice. La stessa presunzione sussisterebbe peraltro anche nel processo civile per i «fatti esistenti a favore del convenuto» ma con la differenza che, in tale processo, vi è «l'obbligo dell'attore di provare la falsità dei fatti stessi» e, qualora tale obbligo non è adempiuto, si applica la massima *actor non probante reus absolvitur*.

Primeggia poi il potere officioso del giudice, tanto che, secondo quella diffusa opinione criticata da Raggi, «non può parlarsi dinanzi alle sezioni giurisdizionali di onere della prova». Ove vige tale onere «occorre che il legislatore (...) designi su quale delle parti gravi l'onere», ma «quando è il giudice che dispone la prova d'ufficio non vi può essere né onere della prova né ripartizione

⁽¹⁰¹⁾ L. RAGGI, *op. cit.*, 179, nota: «non v'ha motivo per considerare come procedura comune la procedura civile. Anche per l'applicazione dell'analogia bisogna tener conto di una procedura generale importantissima, la procedura penale, che ha per oggetto appunto le norme che regolano l'esperimento di un'azione esercitata per conto dello Stato contro i privati». Raggi cita in tal senso MAYER, *op. cit.*, 219, che, in effetti, afferma che la giustizia criminale può servire da modello con riferimento ai casi in cui la giustizia amministrativa non sia sollecitata dalla domanda di un privato, bensì «proceda anche d'ufficio o — il che non ne differisce essenzialmente — su richiesta di un rappresentante dell'interesse pubblico».

Anche di recente G. ABBAMONTE, *Attualità e prospettive di riforma del processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 315 ss.

dell'onere fra le varie parti, perché ciascuna può avere vittoria in virtù di una prova ordinata dal giudice anche se non l'ha chiesta, e comunque il giudice può sempre designare di volta in volta (p. es. nell'ordinare l'esibizione di documenti), su chi l'onere stesso venga a gravare» ⁽¹⁰²⁾. Solo subordinatamente, anche a voler invece ritenere che sul ricorrente gravi un onere, tale onere «non concerne tanto la prova completa della erroneità dei fatti posti a luce dal provvedimento (...), quanto la prova preliminare degli indizi (principio di prova)» ⁽¹⁰³⁾, il che, nella sostanza, non appare tanto diverso da quel pieno onere di provare i soli «elementi» idonei a porre in movimento il potere istruttorio del giudice di cui parla Raggi, per quanto Cammeo sembra essere ancor meno rigoroso a favore del cittadino, quando arriva a puntualizzare tale onere anche nei soli termini di mostrare «l'inverosimiglianza dei fatti dedotti dell'amministrazione e la verosimiglianza e opportunità della prova».

I *patres* ci offrono al contempo la *ratio* di tale specialità e in un'inequivoca direzione, precipitato naturale della nostra gloriosa giuspubblicistica liberale che ben aveva compreso il superiore valore di garanzia della giustizia amministrativa.

È ancora Orlando, nel *Trattato*, a darcene l'essenza. A proposito del fatto che con la richiesta di documenti l'amministrazione

⁽¹⁰²⁾ Ad es., Cons. Stato, 4 marzo 1927, n. 109, in *Riv. dir. pubb.*, 1927, II, 142: «mentre incombe all'impiegato l'obbligo di giustificare le sue assenze, nei limiti, s'intende, della possibilità di farlo adeguatamente (ad esempio, nei casi di malattia con certificati medici), l'Amministrazione ha un solo modo per non credere ai motivi giustificanti le assenze: di opporre prove a prove, cioè, nel caso di addotta infermità, di procedere mediante visita sanitaria fiscale all'accertamento della verità. Non può presumere l'inesistenza della malattia nonostante che il comportamento del suo dipendente, nel passato, faccia dubitare che il motivo di malattia sia un mero pretesto, poiché in materia in cui è in giuoco l'avvenire di un impiegato, non si può dall'Amministrazione procedere per semplici indizi o presunzioni, ma deve per l'accertamento della verità adoperarsi l'unico mezzo idoneo e congruo, che nel caso di addotte infermità è quello della visita sanitaria fiscale».

⁽¹⁰³⁾ Sul seguito giurisprudenziale del criterio del principio di prova, ad es., Cons. Stato, 28 aprile 1916, n. 1561, in *Giust. amm.*, 1916, I, 108, statuisce, in materia elettorale, come «inattendibili le accuse di violenze, di corruzioni e di brogli, quando di esse non risulti neppure un principio di prova»; o Cons. Stato, 2 maggio 1930, n. 256, in *Riv. dir. pubb.*, 1930, II, 244: che rigetta il ricorso poiché «il ricorrente non ha presentato alcun principio di prova a conforto dell'eccesso di potere».

possa essere anche tenuta ad *edere contra se*, si afferma che «giustizia vuole (...) che si riconosca che una tale deroga ai principi generali sulle prove torna a vantaggio della ragione del privato ricorrente: il che costituisce un certo contrappeso» ad altre «specialità, (...) le quali si risolvono in uno svantaggio per il privato medesimo» ⁽¹⁰⁴⁾.

Ma anche in Cammeo è palese la *ratio* garantista della specialità. Si ipotizza, come si è visto, l'assenza *tout court* dell'onere della prova, di cui beneficia massimamente il ricorrente, che è l'attore, e, in via subordinata, si delimita significativamente l'onere del ricorrente al solo «principio di prova» (se non alla sola rappresentazione di verosimiglianza o inverosimiglianza dei fatti), così come in Raggi questo onere riguarda solo gli «elementi», né più né meno, per gli amanti dell'esegesi, degli «elementi di prova» richiesti oggi dal codice (art. 64, comma 1, c.p.a.).

5. Il giudice pretore signore della prova e signore del giudizio. Il bilanciamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato e l'elasticità in funzione della tutela.

Un'eccellente fotografia dello stato dell'arte tra gli anni Sessanta e Settanta del XX sec. ce la offre il già citato contributo di Mario Nigro del 1967 ⁽¹⁰⁵⁾, mentre assai discutibile è, come vedremo, la parte propositiva.

Questo contributo è, nel metodo, tanto più apprezzabile, se si considera che esso riprende pienamente il terreno del confronto con il modello francese e nel segno della sostanziale comunanza — aggiungerei, niente affatto casuale — dei rispettivi percorsi di giustizia amministrativa ⁽¹⁰⁶⁾. La stessa formula di sintesi

⁽¹⁰⁴⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 1022.

⁽¹⁰⁵⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 1967, 9 ss., *passim*.

Si cerca così anche di raccogliere l'invito di Villata, *op. cit.*, 199, nota, per il quale le notazioni del suddetto contributo «non sono sempre state, a mio avviso, in ogni occasione oggetto di adeguato studio».

⁽¹⁰⁶⁾ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 11: la giurisprudenza italiana «se non si sopravvalutino anche qui differenze marginali o di tono e il più frequente ricorso da parte del nostro

del giudice amministrativo come «signore della prova» è tratta dalle conclusioni del commissario del governo Letourneur nel caso *Barel* del 1954 («*le juge administratif dirige l'instruction lui-même; il en est maître*») ⁽¹⁰⁷⁾.

La realtà giurisprudenziale che si rappresenta sembra decisamente avvicinarsi alle prospettazioni offerte mezzo secolo prima da Cammeo.

Il ricorrente è onerato dal «principio di prova», ma il giudice si accontenta al riguardo di «elementi alquanto tenui», e si va anche oltre (come era nel criterio della verosimiglianza pure auspicato di Cammeo), essendo persino sufficiente la «pura e semplice affermazione della esistenza di un fatto», purché la ricostruzione storica offerta appaia «attendibile» ⁽¹⁰⁸⁾.

Superata questa «prmissima delibazione» il giudice «procede verso la soluzione della controversia con i più ampi poteri istruttori e le più libere possibilità di valutazione».

Già in questa fase può emergere il rilievo del libero convincimento, poiché il giudice potrebbe da subito ritenere di accogliere il ricorso anche soltanto sulla base del principio di prova o invece rigettarlo perché valuta poco attendibili gli indizi offerti rispetto a quanto già puntualmente affermato dall'amministrazione.

O ancora il giudice potrebbe diversamente attivare i poteri officiosi, sicché, secondo la nostra giurisprudenza e come indicato da Cammeo, il giudice ha «il potere d'influire sulla stessa ripartizione dell'onere della prova, attribuendolo con carattere di novità a quella parte (e, in genere, è la pubblica amministrazione) che egli ritenga possa più facilmente permettergli di superare la situazione d'incertezza» ⁽¹⁰⁹⁾. E che si tratti «in genere» dell'am-

giudice all'efficacia coagulante di principi generali (onere del principio di prova, dovere di collaborazione delle parti, potere del giudice di ripartire l'onere della prova, ecc.), non sembra muoversi su linee diverse da quelle che governano la giurisprudenza francese».

⁽¹⁰⁷⁾ M. LETOURNEUR, in *Revue du droit public*, 1954, 522.

⁽¹⁰⁸⁾ M. NIGRO, *op. ult. cit.*, 12, cita sul punto, ritenendolo rappresentativo degli orientamenti giurisprudenziali, E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit., 1085.

⁽¹⁰⁹⁾ V. già Sandulli, *op. cit.*, 383, che cita Cons. Stato, IV, 27 giugno 1946, n. 256, in *Foro amm.*, 1946, I, 2, 237.

ministrazione conferma la *ratio* garantista che ancora informa l'operato della giurisprudenza.

In caso di non collaborazione dell'amministrazione il giudice potrebbe ritenere provati i fatti affermati dal ricorrente, ma, secondo la prevalente giurisprudenza, sempre nel segno del libero convincimento, non è obbligato in tal senso.

In definitiva, se nel sistema francese «non può esserci evidentemente altra regola di giudizio che quella del libero convincimento del giudice», non diversamente, in quello italiano, come anche prefigurato da Cammeo, «si riceve netta la sensazione che, per il nostro giudice amministrativo, la regola di giudizio del libero convincimento sia il fatale sbocco della logica globale del sistema istruttorio da esso elaborato. Dal momento che il giudice non è vincolato da un onere originario o legale della prova; che esso è libero nello stabilire se vi è un principio di prova, o nel distribuire l'onere della prova; parimenti libero esso si ritiene nel valutare i risultati delle sue precedenti decisioni e valutazioni».

Ma Nigro non si ferma qui e allarga lo sguardo sistematico alla tradizione pretoria della giustizia amministrativa. La signoria della prova non si collega soltanto alla necessità di riequilibrare la disuguaglianza sostanziale delle parti sul piano probatorio, bensì, come si è visto, anche al fatto che si tratta di «un logico accessorio della funzione inventiva propria del giudice amministrativo sia sul terreno della individuazione (che è spesso creazione) delle situazioni giuridiche, sia sul terreno della stessa formazione della regola giuridica. In questa duplice veste, esso giudice è uno dei produttori del diritto amministrativo, anzi il più importante», sicché il giudice amministrativo non è soltanto il signore della prova, ma «sostanzialmente nega l'esistenza di una regola obiettiva di giudizio, rimettendo lo scioglimento dell'incertezza residua al libero convincimento del giudice».

Ci sembra così che il giudice amministrativo non sia tanto signore del giudizio in quanto signore della prova, bensì soprattutto che sia signore della prova in quanto signore del giudizio, il che fa facilmente comprendere come l'argomento della compensazio-

ne della diseguaglianza non si esaurisca nella sola dinamica della disponibilità della prova, ma investa l'intero processo.

Nel 1974, lo stesso Nigro ⁽¹¹⁰⁾, sempre nella convergente comparazione con l'esperienza francese, conferma l'attitudine pretoria, ravvisando, sulla scorta della dottrina francese e dei modelli della retorica aristotelica ⁽¹¹¹⁾, «la maggior familiarità del giudice amministrativo con il ragionamento per entimema (un tipo di ragionamento sillogistico in cui la premessa maggiore non è esplicitata)» e «il largo ricorso al ragionamento finalistico», attento cioè alle conseguenze della decisione.

Questa veste pretoria non è riferita soltanto all'attitudine creativa, ma anche al rapporto con le leggi amministrative, cioè con un «mostruoso agglomerato di precetti — monchi, contraddittori, oscuri, male scritti e peggio raccordati, pieni di grossolani sbagli e di sconcertanti fraintendimenti», tanto che «mentre diventa umoristica la ricerca, per l'interpretazione, della volontà del legislatore, l'identificazione della regola vigente finisce per spettare unicamente al giudice amministrativo e questa identificazione innegabilmente è, nella perplessità e polivalenza dei precetti scritti, vera e propria creazione della regola», o, per usare le parole della dottrina francese ⁽¹¹²⁾, «in diritto amministrativo le regole suscettibili di costituire la premessa maggiore del sillogismo non hanno né la coerenza logica né la precisazione delle regole di diritto privato». È così — continua Nigro — che il giudice amministrativo, in confronto al giudice ordinario, ha maturato una «maggiore indipendenza (...) rispetto alla norma scritta», anche alimentata dalla «conoscenza diretta» che ha dell'amministrazione, sicché «sente di saperne di più del legislatore» e appunto «non ha quindi alcun timore reverenziale di fronte alla norma scritta» ⁽¹¹³⁾.

⁽¹¹⁰⁾ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato, giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1974, specie 1387 ss.

⁽¹¹¹⁾ Y. GAUDAMET, *Les méthodes du juge administratif*, Parigi, 1972, 59.

⁽¹¹²⁾ Y. GAUDAMET, *op. cit.*, 92.

⁽¹¹³⁾ È ben curioso che un nostro storico del diritto amministrativo, B. SORDI, *Il tem-*

Nel 1975, nell'ambito di una disamina sui motivi di ricorso, Nigro si dichiara «convinto che l'impianto e il corso del processo amministrativo debbano essere guidati da tecniche più elastiche, tecniche che consentano la maggiore possibile aderenza del processo alle situazioni concrete, la cui realizzazione o protezione è il fine reale di esso sia nell'interesse del privato sia in quello della pubblica amministrazione» ⁽¹¹⁴⁾.

Ancora nel 1978, con un'altra eccellente fotografia, che merita di essere largamente richiamata, si afferma che «il giudice amministrativo, per sua intima natura, si è posto (e si pone) come un giudice non meramente ricognitivo, ma attivo, creativo; non un semplice reintegratore di un ordine violato, ma un costruttore, un coautore dell'ordine», risolvendo «conflitti sociali, anche se sono conflitti di natura particolare, perché portatore di uno degli interessi in conflitto è la pubblica amministrazione»; «non trova — o non trova sempre e, in ogni caso, non trova in quella che è la sua funzione più tipica — un ordine normativo preesistente»; «il giudice amministrativo sindacava l'eccesso di potere, crea, all'atto stesso che ne riscontra la violazione, il parametro al quale avrebbe dovuto conformarsi l'azione amministrativa. È il giudice, anzi, che stabilisce l'ambito della legalità e definisce il confine fra legittimità e merito dell'azione amministrativa: è esso che, come sappiamo, ha progressivamente spostato questo confine nel senso di ampliare il territorio della legittimità. Ogni volta che giudica, il giudice amministrativo identifica *ex novo* il confine e, se questa operazione, per l'accumulo dei dati giurisprudenziali, è spesso ripetitiva e applicativa, nessuno e nulla impedisce al giudice amministrativo di avanzare o di rinculare nel caso concreto rispetto alla linea precedente di confine (la pratica è piena di questi eventi): nessun principio analogo alla regola del precedente vincola il giudice amministrativo alla propria giurisprudenza»; «l'ordine normativo, che il giudice amministrati-

po e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica, in *Quaderni fiorentini*, 2003, 357, affermi che «esaurita la fase ottocentesca di fondazione, le norme amministrative si contraddistinguono anzi per una notevole stabilità».

⁽¹¹⁴⁾ M. NIGRO, *Processo amministrativo e motivi di ricorso*, cit, 17.

vo pur considera per il controllo dell'uso del potere discrezionale, è necessariamente il più ampio e flessibile: comprende sì leggi e regolamenti in senso proprio, ma anche principi generali, indirizzi, programmi, atti generali, massime d'esperienze, ecc., un insieme cioè di figure che 'mediano' fra la norma e il caso concreto e creano un continuum fra diritto e fatto. È chiaro che, in quest'opera, l'apporto del giudice amministrativo all'individuazione dei c.d. valori di giustizia è decisivo» ⁽¹¹⁵⁾.

Tutto quanto rappresentato da Nigro è di grande importanza, poiché è da questa storia e dalle peculiarità della giustizia amministrativa e in generale dal sistema giuspubblicistico che dovrebbe partire ogni ragionamento, invece di dedicarsi, come oggi si fa normalmente, a ricostruzioni generaliste del rapporto tra legge e giurisdizione senza aggettivazioni.

Ciò che però sorprendentemente manca nei contributi di Nigro è che quanto ancora rilevato in quegli anni trovava già chiaro riscontro nella tradizione ottocentesca, ivi compresi i *patres* di quella italiana (del tutto ignorati!), che si tratti della natura pretoria della giustizia amministrativa, della peculiarità delle leggi amministrative e della connessione fra questi due caratteri. Non ci pare francamente che, nonostante l'indubbia qualità del giurista, sia questo un esercizio esemplare del metodo accademico, che per definizione esige una conoscenza della tradizione disciplinare, difetto purtroppo quantomai diffuso nella dottrina di questi ultimi cinquant'anni.

Già nel 1818 Cormenin osservava che le leggi amministrative sono «così variabili per loro natura e così subordinate ai bisogni dell'amministrazione», tingendosi del «colore dei diversi Governi» e dando luogo ad «una folla di leggi sanguinose, mostruose, fiscali, indigeribili, confusamente accumulate nel contenitore del bollettino», sicché «la giurisprudenza ha dappertutto esplicito, commentato, rimpiazzato la legge» ⁽¹¹⁶⁾. Se il mito delle XII Tavo-

⁽¹¹⁵⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, in *Foro it.*, 1978, V, 166 ss.

⁽¹¹⁶⁾ L. M. CORMENIN, *Du Conseil d'État envisagé comme conseil et comme juridiction sous notre monarchie constitutionnelle*, Parigi, 1818, 229-230. Alla stessa stregua,

le ha alimentato l'idea che la norma scritta è garanzia di maggiore certezza e prevedibilità, nel diritto amministrativo vale l'opposto, poiché tale certezza è assicurata dai principi del giudice pretore e non dalla deriva caotica del legislatore: «la giurisprudenza del *Conseil d'État*. Questa è la fonte più abbondante e più sicura del diritto amministrativo» ⁽¹¹⁷⁾.

Né al riguardo è stato di ostacolo che il giudice amministrativo non fosse vincolato, come il giudice di *common law*, dallo *stare decisis* del precedente, poiché, come ricorda Laferrière, «le deduzioni giuridiche che motivano le decisioni del *Conseil d'État* sono tanto meno mutevoli, in quanto che esse sono sempre ispirate da un grande rispetto dei *precedenti* ed hanno per loro base, quando i testi mancano, i principi tradizionali, scritti o non scritti, del nostro diritto pubblico e amministrativo» ⁽¹¹⁸⁾, tanto che, secondo Orlando, «l'autorità della giurisprudenza può arrivare, indirettamente e condizionatamente, a costituire una fonte del diritto in senso proprio, in quanto cioè le massime da essa stabilite costituiscono, per la loro costante ripetizione, una specie di diritto consuetudinario» ⁽¹¹⁹⁾.

È un modello giuridico tutto affatto peculiare ove migliaia di fonti scritte, sia in relazione all'espandersi dei molteplici compiti pubblici, sia in relazione all'articolarsi di tali fonti (non solo leggi, ma anche fonti secondarie e terziarie ⁽¹²⁰⁾), convivono col

citando Cormenin, L. A. MACAREL, *Éléments de jurisprudence administrative extraits des décisions rendues, par le Conseil d'État, en matière contentieuse*, vol. I, Parigi, 1818, VII: «le leggi amministrative (...) sono, per la maggior parte, oscure, incomplete, confuse da dettagli e da disposizioni accidentali e transitorie».

⁽¹¹⁷⁾ Già M. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. I, Parigi, 1842, IV.

⁽¹¹⁸⁾ É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, IX.

⁽¹¹⁹⁾ V.E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, in *Primo trattato*, vol. I, cit., 1052, precisando però, più puntualmente, che «tale autorità è indiretta, perché non la giurisprudenza ma la consuetudine sarebbe in tal caso la fonte del diritto», non potendosi «far sì che la giurisprudenza sia annoverata tra le fonti del diritto, nel senso rigoroso da noi determinato».

⁽¹²⁰⁾ Si consenta un rimando a M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 684.

giudice pretore. Potrebbe sembrare una coesistenza contraddittoria, ma che nella tradizione aveva invero un suo funzionale punto di equilibrio: il giudice pretore era l'inventore e il *dominus* della parte generale, mentre il legislatore era confinato alle parti speciali. Al contempo il giudice pretore si atteggiava a garante della coerenza del sistema, riconducendo, all'occorrenza in modo anche manipolatorio, la lettera delle scomposte previsioni del diritto amministrativo speciale ai propri principi. In tal senso, in altre occasioni, si è ipotizzato che si tratti di un *tertium genus* di produzione giuridica, non assimilabile né al modello di *civil law*, né a quello di *common law* ⁽¹²¹⁾.

Non deve così sorprendere che il Consiglio di Stato fosse stato paragonato al pretore romano: il *Conseil d'État* è una «giurisdizione di equità» ⁽¹²²⁾; «la giurisdizione amministrativa è essenzialmente pretoria» ⁽¹²³⁾; «È curioso non meno che istruttivo il notare questa coincidenza fra lo sviluppo del diritto amministrativo e quello del diritto romano. In questo come in quello, l'elemento poderoso di progresso è l'esercizio della giurisdizione; in questo come in quello, l'autorità del magistrato non si limita ad applicare il diritto, ma ne costituisce la *viva vox*» ⁽¹²⁴⁾; «la competenza di annullamento, in via di contenzioso amministrativo, può attuarsi in un campo più largo di quello della legalità in senso formalmente rigoroso. Si deve alla giurisprudenza del Consiglio di Stato francese una tale concezione più larga, che può suggerire alcuni confronti con l'*aequitas* romana» ⁽¹²⁵⁾; «Il ruolo svolto

⁽¹²¹⁾ Si consenta un rimando a M. MAZZAMUTO, *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2022, 167, on line open access; ID., *L'incertezza nel diritto amministrativo tra norme scritte e giurisprudenza pretoria: per un diritto giurisprudenziale a sovranità legislativa limitata*, in AIPDA, *Annuario 2014. L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015, 295; ID., *I principi costitutivi del diritto amministrativo*, cit., 463, specie l'ultimo paragrafo sulla diversa *forma mentis* del giudice amministrativo nell'interpretazione delle leggi.

⁽¹²²⁾ L. AUCOC, in *Annales des ponts et chaussées*, 1865, 367.

⁽¹²³⁾ M. HAURIU, nota a *Conseil d'État*, 13 décembre 1889 Cadot, in *S. (Sirey)*, 1892, 3, 17, nonché ora in *Revue générale du droit on line*, 2014.

⁽¹²⁴⁾ V.E. ORLANDO, *Le teorie fondamentali*, cit., 45.

⁽¹²⁵⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 665.

dal Consiglio di Stato francese e dai giuristi francesi esperti di diritto pubblico può certamente essere paragonato, e non sfavorevolmente, a quello del pretore romano e dei *iurisprudentes*» ⁽¹²⁶⁾.

Non deve sorprendere altresì che il diritto amministrativo, proprio per la mutevolezza e la scompostezza delle sue leggi, si riteneva non potesse prestarsi alla codificazione, intesa come momento sistematico di stabilizzazione di principi e istituti: «Il Diritto civile, commerciale, penale è codificato, il Diritto amministrativo non lo è, ed è dubbio che lo possa essere» ⁽¹²⁷⁾; «il diritto pubblico non si codifica, non solo per la ragione, gravissima certo, ma di indole transitoria, della poca elaborazione che esso ha avuto, ma soprattutto perché l'indole medesima di quei rapporti non si presta non che ad una codificazione, spesso neanche ad una dichiarazione legislativa» ⁽¹²⁸⁾; tre sono le caratteristiche delle leggi amministrative, «l'estrema diversità del suo oggetto, la grande mobilità delle disposizioni che le mettono in opera, l'assenza di codificazione» ⁽¹²⁹⁾.

Ancora negli anni Cinquanta Guido Zanobini osservava che la questione della codificazione «fu un tempo molto discussa e non soltanto nei riguardi dell'ordinamento italiano» e «può ormai considerarsi pacificamente risolta in senso negativo». L'ostacolo starebbe appunto nella «continua instabilità di disposizioni» che «è un carattere ineliminabile del diritto amministrativo», sicché tutt'al più si potrebbe ipotizzare un codice limitato all'enunciazione di principi generali, che non dovrebbero essere «esposti alle continue modificazioni» ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁶⁾ L. DUGUIT, *The French Administrative Courts*, in *Political Science Quarterly*, 1914, 407.

⁽¹²⁷⁾ É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, VII.

⁽¹²⁸⁾ V.E. ORLANDO, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, 1889, ora in *Id.*, *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Milano, 1954, 18.

⁽¹²⁹⁾ H. BERTHELEMY, *La méthode applicable à l'étude du droit administratif*, in *Les méthodes juridiques: leçons faites au Collège libre des sciences sociales en 1910*, a cura di F. LARNAUDE e altri, Parigi, 1911, 63.

⁽¹³⁰⁾ G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, cit., vol. I, 45-46.

Né deve sorprendere che, in un siffatto quadro, la funzione pretoria non si esprimesse soltanto nella creazione della parte generale e nel colmare gli eventuali silenzi legislativi, bensì non meno in un rapporto tra il giudice e la legge segnato da un'ampia e correttiva disinvoltura interpretativa, ben lungi dalla tradizione di un giudice civile che si confronta con le lapidi della codificazione: «Per il Diritto codificato, l'esegesi dei testi è il metodo dominante, e la giurisprudenza può essere solo un ausiliario; per il Diritto amministrativo, è il contrario; l'abbondanza dei testi, la diversità delle loro fonti, la scarsa armonia che spesso hanno tra loro, rischiano di confondere il commentatore che vorrebbe applicarvi gli stessi metodi del Diritto codificato. La giurisprudenza è qui la vera fonte della dottrina, perché solo essa può far emergere i principi permanenti dalle disposizioni contingenti in cui sono racchiusi, stabilire una gerarchia tra i testi, rimediare al loro silenzio, alla loro oscurità o alla loro insufficienza, ricorrendo ai principi generali del Diritto o all'equità» ⁽¹³¹⁾; «l'osservazione della grande mutabilità ed instabilità delle leggi amministrative è comune agli scrittori di tutte le nazioni» e «la cattiva — e sempre peggiorante — redazione delle leggi amministrative è un fatto così rilevante che finisce quasi col costituire un elemento di interpretazione delle leggi stesse» ⁽¹³²⁾; «la più profonda differenza fra il diritto pubblico e il diritto privato: differenza che comincia con essere di metodo e finisce con essere di contenuto», sta nel fatto che se «la trattazione di diritto privato non potrà mai separarsi dall'esame di quella determinata formula che è il testo di legge (...). Per il diritto pubblico invece, il famoso sillogismo (...) si presenta con un'importanza del tutto rovesciata: da assoluto diventa relativo; da originario, derivato; da regola si trasforma in eccezione» ⁽¹³³⁾; «non è un mistero per

⁽¹³¹⁾ É. LAFERRIÈRE, *op. loc. cit.*

⁽¹³²⁾ V.E. ORLANDO, *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 1079-1080.

⁽¹³³⁾ V.E. ORLANDO, *Note dell'autore del 1925 all'autore del 1885*, 1925, ora in *Diritto pubblico generale. Scritti vari*, cit., 31; già ID., *Le fonti del diritto amministrativo*, cit., 1052: «Per quanto il principio fondamentale del diritto moderno obblighi il magistrato a

alcuno che la teorica relativa all'interpretazione delle leggi in generale sia stata sempre svolta da privatisti» e se i risultati «pur sono sufficienti pel diritto privato, non bastano senza dubbio pei bisogni del diritto pubblico», ove «allo spirito delle leggi (...) si deve molte volte accordare una considerazione maggiore di quella che occorrerebbe nel diritto privato», tanto che il criterio dell'interpretazione letterale «deve intendersi, per dir come si dice, *cum grano salis*» ⁽¹³⁴⁾.

E ancora nella dottrina tedesca: «Qualche dozzina di disposizioni di polizia basta a dimostrare che quei *limiti e criteri* si confondono talmente che l'applicazione della legge secondo il suo spirito dipende sempre da un criterio equo ed uniforme. Questa relatività delle norme amministrative può non essere simpatica al senso giuridico di uomini avvezzi ai concetti precisi del diritto privato, ma è inevitabile» ⁽¹³⁵⁾.

Come si è già osservato in altre occasioni ⁽¹³⁶⁾, il diritto amministrativo è più un diritto per principi, di elaborazione giurisprudenziale, che conforma il dato eterogeneo delle norme scritte, mentre il diritto civile, pur non certo privo di principi, è più un diritto fondato sulle norme scritte e sulla loro interpretazione. La si potrà anche considerare una differenza di misura, o una dif-

giudicare non *de legibus* ma *secundum leges*, non mancano i modi con cui il giudice può farsi organo di nuovi bisogni del diritto, sia spingendo l'interpretazione più lungi che sia possibile senza mettersi in flagrante antitesi col testo, sia servendosi della facoltà illimitata di valutazione dei fatti e delle prove. Ed è notevole che questa possibilità è maggiore nel campo del diritto amministrativo, sia appunto per la maggiore imperfezione tecnica delle leggi che a questa branca si riferiscono e che, per ciò stesso, hanno minore forza di vincolare la tendenza del magistrato ad un libero giudizio, sia per l'elemento politico che frequentemente si riannoda al fatto (...) influenza che dentro certi limiti può dirsi naturale e inevitabile».

⁽¹³⁴⁾ S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, 1899, ora in *Scritti minori*, vol. I, Milano, 1950, *passim*. Anche nei *patres* della nostra dottrina processual-civilistica, G. CHIOVENDA, *Principi di diritto processuale civile*, II ed., Napoli, 1923, 32: «l'efficacia e l'interpretazione delle norme di diritto pubblico e di diritto privato sono regolate da principii diversi».

⁽¹³⁵⁾ R. GNEIST, *op. cit.*, 215.

⁽¹³⁶⁾ M. MAZZAMUTO, *L'incertezza nel diritto amministrativo*, cit. 297; *Id.*, *I principi costitutivi*, cit., 510.

ferenza che possa essersi attenuata di fronte ad una più recente propensione creativa della giurisdizione ordinaria, ma resterebbe pur sempre, come si è visto pure a proposito della combinazione tra metodo dispositivo e metodo inquisitorio, una differenza tale da segnare la diversa qualità sistematica dei rispettivi orditi, quantomeno secondo il «principio logico della conversione della quantità in qualità» ⁽¹³⁷⁾.

E per questo non è necessario soffermarsi più di tanto nei ragionamenti, basta l'esperienza pratica del giurista, di quando ci si trovi di fronte ad un giudice civile o ad un giudice amministrativo, per avere la chiara percezione di trovarsi in mondi eterogenei.

Non deve sorprendere infine che, sin dalle origini, la giustizia amministrativa trovasse il suo vero e primo fondamento nella necessità liberale del temperamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato per dare a quest'ultimo una *chance* di tutela. A questo fine, è insopprimibilmente connaturato a tale giustizia un significativo grado di elasticità, certamente superiore a quello di cui gode il giudice civile in un sistema di *civil law*, sia per consentire un sindacato sulla discrezionalità, poiché, come era chiaro nel XIX sec., non basta il vincolo della legge ⁽¹³⁸⁾, ma occorre altresì non lasciare all'amministrazione il libero

⁽¹³⁷⁾ E. CANNADA BARTOLI, *Di alcuni aspetti del diritto amministrativo*, in *Studi in onore di Gaetano Zingali*, vol. II, Milano, 1965, 68-69: «il carattere non chiuso del sistema si riscontra nel diritto amministrativo in misura quantitativamente maggiore (si ricordi il principio logico della conversione della quantità in qualità) che in altri -anche se non tutti gli altri- settori dell'ordinamento, onde la tecnica del diritto giudiziale non può ritenersi marginale nella nostra disciplina»; il che fa comprendere come «il diritto amministrativo (...) tenda ad essere in parte diritto giudiziale anche in prassi di diritto scritto» e come «la legge dell'azione amministrativa ed anche quella sul processo amministrativo (...) debbano riconoscere il carattere in parte giudiziario del diritto amministrativo».

⁽¹³⁸⁾ F. GAZZILLI, *L'eccesso di potere nella giurisprudenza della IV sezione del Consiglio di Stato*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1900, XXVIII, 328-29, il quale osserva che, in Francia, «le idee allora correnti sulla violazione di legge erano così ristrette che non si concepiva altra violazione di legge all'infuori di quella della lettera delle legge», sicché, di fronte al «moltiplicarsi degli abusi (...) più facilmente mascherabili in quei casi in cui l'amministrazione è investita di poteri discrezionali», il *Conseil d'État* «stiracchiò l'eccesso di potere sino a comprendervi una nuova forma d'illegittimità, che si chiamò *détournement de pouvoir*».

arbitrio⁽¹³⁹⁾, sia riguardo al rapporto tra il giudice e le malcomposte leggi amministrative.

Ciò era già perfettamente rappresentato, nel lontano 1810, da Jean-Guillaume Locré, segretario generale del *Conseil d'État* napoleonico, che giustificava la necessità di istituire una giustizia amministrativa al fine di combinare e temperare il contrasto tra ordine pubblico, le cui leggi si fondano sulla prevalenza dell'interesse pubblico, e ordine privato, le cui leggi si fondano sul «rendere a ciascuno ciò che gli spetta, secondo regole invariabili»: una giustizia amministrativa dunque «che, avendo più di latitudine, possa tutto bilanciare (...) e fare prevalere, al bisogno, l'equità e l'interesse dello Stato, che è l'interesse di tutti, sulle disposizioni

(139) V.E. ORLANDO, *Principii di diritto amministrativo*, cit., 346: «la discrezione di statuire sui privati interessi non deve considerarsi mai come un *arbitrio*» e «se si risale al principio generico, al fine proprio della pubblica amministrazione, si troverà in essa un vero e proprio obbligo giuridico di curare gli interessi dei singoli, pure accordandoli con il bene della comunità. (...) Anche quando l'utile generale deve prevalere sul particolare, sarà giusto e doveroso ricercare il modo onde la lesione che questo ne soffra sia la minima possibile e sia, quanto più è possibile, riparata»; S. ROMANO, *L'interpretazione delle leggi di diritto pubblico*, cit., 96: i «poteri discrezionali attribuiti alle pubbliche amministrazioni (...) non sono, com'è noto, in nessuna guida paragonabili alle facoltà concesse ai privati nelle loro relazioni patrimoniali e civili. Mentre nell'esercizio di quest'ultime facoltà è, per regola generale che soffre poche eccezioni, completamente rimesso all'arbitrio del loro titolare, per modo che il giudice deve limitarsi ad esaminare soltanto se esse siano state dal legislatore concesse e non può vietarle anche quando, nel caso singolo, riescono contrarie ai fini che il legislatore medesimo ebbe in vista, lo stesso non può dirsi dei poteri amministrativi discrezionali»; V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 667: «Nel campo patrimoniale privato, la massima *quod feci iure feci* costituisce una barriera insormontabile dinanzi la quale si arresta qualsivoglia interesse di terzi che restino danneggiati dall'esercizio di un diritto subbietivo, anche quando tale esercizio apparisca manifestamente vessatorio ed ingiusto», per quanto «anche il diritto comune resiste contro una manifestazione sfrenata di questo principio: e questa reazione ha una importante manifestazione nella teorica dei così detti atti emulativi»; ciò non vale per il diritto amministrativo, perché «la *discrezione* dell'autorità amministrativa cui la legge affida i privati interessi non può mai tramutarsi in *arbitrio*»; O. RANELLETTI, *Principi di diritto amministrativo*, Napoli, 1912, 366, nota: «Non è quindi possibile equiparare e ridurre l'attività libera dell'amministrazione all'attività sua giuridicamente irrilevante per i cittadini, per quanto di fatto utile o dannosa, e quindi paragonare gli atti discrezionali dell'amministrazione agli atti giuridicamente irrilevanti, che nel diritto privato ciascun individuo può compiere nell'ambito della propria sfera libera».

inflexibili e più strette della legislazione positiva» ⁽¹⁴⁰⁾. Proprio sulla scorta di Locré, dopo un secolo e mezzo, la dottrina francese è felicemente tornata sul punto: «La conciliazione dell'ordine pubblico e dell'ordine privato, tale è la ragione profonda di questo diritto amministrativo (...). L'essenza generale del diritto amministrativo è di costituire un diritto d'equità» ⁽¹⁴¹⁾.

Non si tratta del resto, nell'epopea ottocentesca della costruzione del diritto amministrativo, che del precipitato del giusnaturalismo liberale, per intenderci alla maniera di Locke, o di quel principio di proporzionalità, massima e originaria espressione del bilanciamento con l'interesse privato.

In definitiva, l'elasticità del regime dell'istruttoria non è altro che la naturale proiezione dell'elasticità equitativa del giudizio pretorio, ed in questa chiave essa si è sempre e anzitutto volta alla tutela del cittadino.

6. La sterile ricerca di un giudice amministrativo mero applicatore della legge e il presunto modello unico di giurisdizione nella Costituzione.

Nella letteratura contemporanea si trova spesso, e non da ora, il richiamo al rispetto del principio di legalità, che troverebbe oggi fondamento costituzionale nell'idea che i «giudici sono soggetti soltanto alla legge» (art. 101, comma 2, Cost.) e che quest'ultima è espressione della «sovranità» del popolo (art. 1, comma 2, Cost.).

Nel caso della giustizia amministrativa, tutto questo costruito, insieme alla ripetizione dei suoi corollari, dalla certezza della legge *versus* l'arbitrio giurisprudenziale alla teoria dell'interpretazione, si è però sempre risolta in una sostanziale vacuità. Nonostante ciò, invece di trarne ragione per approfondire la *ratio* e le

⁽¹⁴⁰⁾ J. G. LOCRIÉ, *Du Conseil d'État, de sa composition, de ses attributions, de son organisation intérieure, de sa marche, et du caractère des ses actes*, Parigi, 1810, 166-168. Locré è famoso per il suo commentario ai codici francesi: *La Législation civile, commerciale et criminelle de la France*, Parigi, 1827.

⁽¹⁴¹⁾ P. SANDEVOIR, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, 1964, 307-308,

peculiarità del fenomeno storico del sistema giuspubblicistico, si continua *more geometrico* ad insistere in una tautologica quanto inconcludente litania di concetti.

Nel citato contributo del 1967, Nigro, nella parte propositiva, mette in discussione la compatibilità costituzionale del giudice pretore in nome appunto del «principio di legalità», sicché «il principio del libero convincimento», in luogo di «una regola pre-costituita di giudizio», di «un principio di ripartizione», questa volta, «obiettiva dell'onere della prova» e di un «nesso immediato fra (esistenza della) fattispecie concreta e (applicazione del) precetto astratto», «si trova vietato soprattutto, per il profilo oggettivo, dall'art. 101, 2° comma, nel quale non si legge unicamente che il giudice è soggetto solo alla legge, ma anche che il giudice applica la legge non la fa e, per il profilo soggettivo, dall'art. 24, il quale tutela le situazioni giuridiche esistenti, quelle cioè che siano venute in vita per il verificarsi delle fattispecie concrete cui la norma (e solo la norma) le collega».

In tal senso, pur se il principio del libero convincimento come strumento di rimozione della diseguaglianza sostanziale del cittadino «rimane un intento meritorio», ci si chiede «se possa essere perseguito con lo stesso radicalismo che in passato».

Ma cosa dovrebbe mai consentire il mutamento o il temperamento auspicato?

Si prende spunto dalla considerazione che, in un'amministrazione oggi più partecipata e più segnata da una rigorosa definizione dei suoi poteri, la funzione «ortopedica» del giudice è meno giustificata ⁽¹⁴²⁾.

⁽¹⁴²⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 17: «oggi che i rapporti sostanziali fra amministrazione e cittadino sono in corso di accelerato mutamento vuoi per la più rigorosa definizione della posizione di supremazia della pubblica amministrazione nei confronti del cittadino, vuoi per lo svolgersi dell'azione amministrativa in forme più varie, più articolate (procedimento), e più aperte (collaborazione, generale o specifica, del cittadino; pubblicità di atti, ecc.)», ne deriva che «la funzione ortopedica del processo diventa meno necessaria, quando già sul terreno sostanziale si eliminano o contengono le maggiori storture: quello che si conviene in relazione ad una amministrazione da Basso Impero, non si conviene in relazione ad una amministrazione democratica».

Nigro è uno studioso troppo avveduto per non cogliere la complessità del sistema giuspubblicistico, ma, nonostante ciò, si avventura così nell'avvicinamento ad un modello ideale tutto astratto ove riprodurre in qualche misura la geometria dell'ordito civilistico nei rapporti tra la legge e il giudice.

Da questa prospettazione non si ricava invero un granché.

In primo luogo, perché non è ravvisabile un salto di qualità delle leggi amministrative. Ed infatti, sul versante del riparto dell'onere della prova, si ha consapevolezza della grave difficoltà, anche considerato che «le fasi e le situazioni, nelle quali o per le quali sorge il nostro problema, sono le più diverse». Non si arriva così che a elaborare una distinzione tra interessi pretensivi (ove l'onere probatorio graverebbe sul cittadino) e interessi oppositivi (ove l'onere probatorio graverebbe sull'amministrazione), ma si tratta di un'indicazione generica, rispetto alla molteplicità delle fattispecie amministrative, non meno creativa, ma anche più rigida e schematica, di quanto potrebbe fare il giudice pretore e, infine, di evidente fragilità, se lo stesso Nigro riconosce, da un lato, che l'applicazione del criterio indicato per gli interessi pretensivi «non è tanto facile quanto appare a prima vista, perché non è sempre possibile stabilire se un fatto è, in via positiva, elemento costitutivo della pretesa oppure se, viceversa, è la sua mancanza ad impedire il realizzarsi della pretesa stessa» ⁽¹⁴³⁾, d'altro lato, più in generale, che alla statica del riparto dell'onere della prova occorre aggiungere anche la «dinamica che non è solo del processo ma anche e prima quella del procedimento», sicché «sembra che nella determinazione del soggetto tenuto a provare un fatto non si possa prescindere dalle posizioni che le parti sono venute concretamente ad assumere circa la prova di esso nel procedimento amministrativo».

Non a caso nel contributo del 1974 si continua ad offrire la tradizionale rappresentazione della pessima e mutevole redazione

⁽¹⁴³⁾ Su questo aspetto, cioè della distinzione tra fatti costitutivi e impeditivi, A. PARANZOLA, *op. cit.*, 189, nota, evidenzia «una difficoltà che instilla una robusta vena di incertezza al fondo della tesi di Nigro, della quale peraltro egli è perfettamente consapevole».

delle leggi amministrative, e si afferma che «la larga produzione di diritto giurisprudenziale resta sempre così una delle caratteristiche fondamentali della giurisdizione amministrativa», poiché anche a «considerare tramontata l'epoca d'oro dell'elaborazione della parte generale (...) resterebbe sempre la necessità di rimediare, attraverso la creazione di regole giurisprudenziali, alle deficienze del prodotto corrente della normazione scritta» ⁽¹⁴⁴⁾.

In secondo luogo, tornando al 1967, evocare un'amministrazione «democratica» in nulla contribuisce alla precostituzione normativa della fattispecie, se dovrebbe essere rimesso al legislatore confezionarla, anzi si consuma qui una viva contraddizione. Nonostante si richiami il principio di legalità, si fa risorgere la non nuova antinomia, come nelle note pagine kelseniane ⁽¹⁴⁵⁾, tra democrazia legislativa e democrazia amministrativa. Per altro verso, tale evocazione finisce per nascondere un intento autoritario, come se, in quanto democratica, la decisione amministrativa abbia un grado superiore di intangibile legittimazione di fronte al giudice ⁽¹⁴⁶⁾. Ed infatti, proprio nel momento in cui si menziona l'amministrazione «democratica», Nigro aggiunge subito dopo che tale amministrazione «oltre tutto, si presenta anch'essa come un soggetto meritevole di tutela, tanto più meritevole, appunto, quanto più la sua supremazia, liberata di ogni inutile frangia, sarà in immediato e congruo collegamento con la esigenza di efficienza». Tant'è che in un contributo del 1969, per quanto si incominci a prefigurare una generale crisi del rapporto tra legislazione e giurisdizione, si rimane fermi nell'idea che la Costituzione non consenta una «commistione di giurisdizione e amministrazione», cioè che il giudice amministrativo possa divenire un giudice equi-

⁽¹⁴⁴⁾ M. NIGRO, *Il Consiglio di Stato, giudice e amministratore (aspetti di effettività dell'organo)*, cit., 1390.

⁽¹⁴⁵⁾ Sulla diffidenza per la democrazia amministrativa rispetto a quella legislativa, H. Kelsen, *Il primato del parlamento*, Milano, 1982.

⁽¹⁴⁶⁾ Sulla valenza illiberale dei modelli di democrazia amministrativa, da Mario Nigro alla scuola di Feliciano Benvenuti, si rimanda a M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000, 82 ss.

tativo della «opportunità» della decisione amministrativa ⁽¹⁴⁷⁾.

Oggi, si orecchia a volte che la situazione sarebbe cambiata, grazie all'intervento del legislatore, sicché sussisterebbero i presupposti per l'abbandono del giudice-pretore.

In cosa consisterebbe questo presunto mutamento sul terreno della precostituzione della regola sostanziale?

L'unica novità è l'avvento della disciplina di parte generale contenuta nella legge sul procedimento amministrativo. Ma ciò, a ben vedere, ha peggiorato, invece che migliorato la situazione. A parte che si tratta o di principi, spesso già di elaborazione pretoria e la cui applicazione rimanda pur sempre alla giurisdizione, o di frammenti di disciplina generale, anche in tal caso la tipica propensione alla mutevolezza delle leggi amministrative si è immancabilmente attivata: basti ricordare quante volte è stata modificata l'evocata legge sul procedimento amministrativo, peraltro inopportuno pure allargata alla disciplina del provvedimento. Il risultato è rovinoso: una volta la parte generale era nell'esclusivo dominio del giudice pretore che, pur con la prudenza delle necessarie modulazioni, garantiva un certo grado di certezza, ora invece che anche questo ambito è occupato dal legislatore cangiante, proprio come preconizzava Zanobini, non può che alimentarsi l'incertezza ⁽¹⁴⁸⁾.

Per il resto, il diritto amministrativo speciale, nonostante i tentativi di razionalizzazione dei testi unici, non ha certo perso quei tradizionali e famigerati caratteri, anzi si può dire che nel corso del Novecento il quadro si sia ulteriormente complicato con l'articolarsi dei compiti pubblici e del novero dei soggetti regolatori. Si continua dunque a far fatica, oggi come ieri, a trovare quella desiderata precostituzione delle fattispecie, con tutto ciò che ne consegue anche sul piano del riparto obiettivo dell'onere della prova e della regola di giudizio.

Non è un caso che, ancor oggi, non mancano amministrativisti che lamentano «una legislazione ipertrofica, assolutamente

⁽¹⁴⁷⁾ M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, V, 63.

⁽¹⁴⁸⁾ M. MAZZAMUTO, *L'incertezza nel diritto amministrativo*, cit.

incerta, che neanche davanti ai giudici trova univoca interpretazione. Una legislazione che riversa sull'amministrazione e sul diritto amministrativo l'arbitrarietà della politica» ⁽¹⁴⁹⁾, o che evidenziano come «nella nostra disciplina l'interpretazione delle norme si svolge in un quadro soggetto a continue variazioni» ⁽¹⁵⁰⁾. O ancora una giurisprudenza costituzionale che giustifica l'attenuazione della responsabilità erariale in ragione di una «fatica di amministrare» derivante, tra l'altro, da «una caotica produzione legislativa» ⁽¹⁵¹⁾.

Cosa rimane dunque, nei riguardi della giurisdizione amministrativa, che i «giudici sono soggetti soltanto alla legge»?

Nigro, nel contributo del 1978, ci offre, rispetto a quello del 1967 e ai dubbi di quello del 1969, un autentico capitolombolo. Se lo Stato di diritto ottocentesco è rappresentato come uno Stato legislativo (vulgata invero errata, anche fra filosofi, teorici generali e storici del diritto, se riferita alla giustizia amministrativa ⁽¹⁵²⁾), questa volta si accede, per la contemporaneità, ad un deciso e generale riconoscimento della crisi del rapporto tra legge e giurisdizione, tanto che addirittura la stessa giurisdizione ordinaria sarebbe segnata da un «ruolo attivo, di creazione o di concreazione di valori insieme con il legislatore o al posto del legislatore». A ciò consegue una evaporazione del vincolo costituzionale sin lì tenuto fermo: «nonostante che la nostra Costituzione metta l'accento sulla funzione garantista della giurisdizione (art. 24) e sulla posizione neutrale del giudice (il giudice soggetto soltanto alla legge: art. 101), né l'una né l'altra cosa sono più completamente vere». Sull'esempio della giurisdizione ordinaria, quella ammini-

⁽¹⁴⁹⁾ S. LICCIARDELLO, *La giustizia amministrativa in trasformazione tra processo e servizio*, in *Prospettive della giustizia amministrativa. Efficienza, qualità e nuove tecnologie*, a cura di S. LICCIARDELLO, Napoli, 2026, 17.

⁽¹⁵⁰⁾ A. TRAVI, *L'interpretazione della norma amministrativa*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, 6.

⁽¹⁵¹⁾ Corte cost., 16 luglio 2024, n. 132.

⁽¹⁵²⁾ M. MAZZAMUTO, *Il diritto amministrativo: un perfetto sconosciuto?*, cit.; con riferimento, in particolare, alla scuola degli storici del diritto fiorentini, Id., *Liti tra pubbliche amministrazioni*, cit., 346.

strativa, già segnata da un'origine pretoria, dovrebbe addirittura fare un passo in più: superare il (presunto) freno che deriva dal processo sull'atto che mortificherebbe «quelle stesse manifestazioni della socialità del giudice» e così «ampliare al massimo la superficie controllata di amministrazione e penetrare in essa il più profondamente e efficace», pervenendo alla «individuazione dei c. d. valori di giustizia» che riflettono la socialità ⁽¹⁵³⁾. Sembra quasi che Nigro, per realizzare quei valori di giustizia, che in tal caso sono da ricondurre, giusta per individuarle, alle premesse ideologiche di un socialista, non si fidi più neanche di un'amministrazione democratica, che rimarrebbe pur sempre esposta all'influenza dei poteri privati, e punti adesso decisamente al ruolo della giurisdizione, quasi a voler fare dei giudici amministrativi qualcosa di simile a quei pretori d'assalto che già in quegli anni erano apparsi all'orizzonte.

Tralasciando questo asseveramento della giurisdizione ordinaria creativa, che peraltro riguarderebbe non solo quella civile, ma anche quello penale, è il metodo che interessa qui mettere criticamente in evidenza, e cioè che si passi da un estremo all'altro in modo tendenzialmente uniforme per tutte le giurisdizioni ⁽¹⁵⁴⁾.

Deve infatti, ben diversamente, ritenersi più corretto un approccio differenziato, a seconda del sottosistema e della relativa giurisdizione cui si fa, di volta in volta, riferimento, sicché anche il vincolo costituzionale della sottoposizione alla legge va conseguentemente modulato. Si tratta ancora una volta di storie diverse.

Poco importa, ad es., evidenziare la crisi della legge o la de-

⁽¹⁵³⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo oggi*, cit., *passim*.

⁽¹⁵⁴⁾ Anche di recente, e nonostante si tratti di un consigliere di Stato, R. GAROFOLI, *Il giudice tra creatività interpretativa e esigenze di legalità e prevedibilità*, in *Federalismi.it*, 2019, pur evidenziando incidentalmente che tali problemi si presentano «forse con diversi livelli di intensità» nei vari rami del diritto, finisce per avere un approccio generalizzante.

Parimenti, in dottrina, poco si comprendono gli amministrativisti che affrontano il tema del rapporto tra legge e giudice in termini appunto generali, senza considerare la peculiarità del sistema giuspubblicistico, come, ad es. nel caso di F. SAITTA, *La (ragionevole?) discrezionalità del giudice amministrativo*, in *Prospettive della giustizia amministrativa*, cit., 51 ss.

codificazione del diritto privato, poiché si tratterebbe pur sempre e di gran lunga di un fenomeno di minor grado di fronte alle migliaia di fonti cangianti che da sempre e strutturalmente caratterizzano il diritto amministrativo, sicché nel complesso non ha mai perso validità l'osservazione che la «straordinaria ampiezza e frammentarietà» della legislazione amministrativa «non trovano invero riscontro in nessun altro campo del diritto» ⁽¹⁵⁵⁾. Un amministrativista, che ha un ben altro peso sulle spalle, non potrebbe che sorridere bonariamente di fronte alle preoccupazioni del civilista per il peggioramento della qualità delle leggi privatistiche e per la tenuta del suo sistema codicistico.

Se così può apparire ripugnante un giudice penale creativo o, in una posizione mediana, può essere controverso il ruolo del giudice civile, non si può eludere il fatto che il carattere pretorio del giudice amministrativo presenti un maggior peso come invariante del sistema giuspubblicistico e questa volta con una valenza certamente positiva.

L'assunzione del vincolo del principio di legalità a presidio della prevedibilità delle regole cui non si può opporre una sorta di «realtà naturale» della pratica giudiziaria potrà valere per il diritto penale o forse anche per il diritto privato ⁽¹⁵⁶⁾, ma non per il diritto amministrativo, della cui peculiarità, come si è già detto, i teorici generali, i filosofi del diritto o gli storici del diritto non si fanno invero mai carico e dove, solo il giudice può essere fonte di certezza, non certo il legislatore.

Né cambia le cose evocare il principio democratico di cui la legge è espressione. La storia millenaria del diritto è cosa ben più complessa dell'avvento della democrazia come strumento di produzione e legittimazione del diritto, ove da tale avvento si pretenda di ricavare un solo modello di rapporti tra legge e giurisdizione, indipendentemente cioè dai comparti dell'ordinamento di volta in volta interessati.

⁽¹⁵⁵⁾ G. ZANOBINI, *op. loc. cit.*

⁽¹⁵⁶⁾ L. FERRAJOLI, *Contro la giurisprudenza creativa*, in *Quest. giust.*, 2016.

La modulazione del vincolo costituzionale è del resto ravvisabile nella stessa giurisprudenza del giudice delle leggi. Cosa sono già le ricorrenti variabili tra riserve assolute o relative di legge, o tra gradi diversi di tipizzazione sostanziale richiesti a seconda degli ambiti materiali presi in considerazione? Ai fini del nostro discorso è sufficiente evidenziare che, se in materia penale il principio di legalità è inteso in maniera particolarmente rigoroso, dalla riserva assoluta di legge al principio di determinatezza ⁽¹⁵⁷⁾, nel diritto amministrativo, all'opposto, si è arrivati a salvare previsioni legislative con un grave deficit di tipizzazione, e comportanti il pericolo di uno sconfinamento nell'arbitrio amministrativo, sul presupposto che tale deficienza fosse compensata dal giudice amministrativo, cioè dai principi del giudice pretore: così, ad es., riguardo alla previsione del requisito di buona condotta, si è statuito che «se, di norma, non si sono ancora verificati immediati effetti caducatori, una delle ragioni è da ravvisarsi nell'esistenza della tutela giurisdizionale delle pretese stesse nei confronti della pubblica amministrazione, tutela garantita dall'art. 113 della Costituzione, al quale la giurisdizione amministrativa ha fatto ampio ricorso al fine di realizzare in concreto il sindacato dell'azione amministrativa» ⁽¹⁵⁸⁾.

⁽¹⁵⁷⁾ Così gli obiettivi del principio di determinatezza consistono «per un verso, nell'evitare che, in contrasto con il principio della divisione dei poteri e con la riserva assoluta di legge in materia penale, il giudice assuma un ruolo creativo, individuando, in luogo del legislatore, i confini tra il lecito e l'illecito; e, per un altro verso, nel garantire la libera autodeterminazione individuale, permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare a priori le conseguenze giuridico-penali della propria condotta» (Corte cost., 1 agosto 2008, n. 327).

⁽¹⁵⁸⁾ Corte cost., 16 dicembre 1993, n. 440. Ad es., v. anche Corte cost., 2 febbraio 1972, n. 12, che evoca i principi generali, ovvero sia, ancora una volta, quelli pretori, per salvare la previsione legislativa: «In ordine alla prima deduzione non appare esatta la tesi sulla quale si fonda, secondo cui la potestà conferita al questore risulterebbe sfornita di quei limiti necessari a garantire il rispetto del dovere dell'eguale trattamento, a parità delle condizioni soggettive ed oggettive inerenti alle richieste di licenza. Soccorrono infatti, per giungere a conclusioni diverse, i principi generali valevoli a preservare dall'arbitrio l'attività della pubblica Amministrazione quando incida sulla sfera di libertà dei cittadini, quali quelli riguardanti l'obbligo di far precedere i provvedimenti di rifiuto della licenza da motivazioni sufficienti a rendere possibile il sindacato giudiziario sui medesimi». Si rimanda al riguardo a M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 148.

È nostro pieno convincimento che la carta fondamentale nel confermare l'esistenza del giudice amministrativo abbia inteso salvaguardare i caratteri, come consegnatici dalla tradizione, del peculiare sistema giuspubblicistico, di contro a quelle militanti dottrine che pretendono di ravvisare nei principi costituzionali la premessa della progressiva riconduzione ad un monismo del diritto e del modello di giurisdizione ⁽¹⁵⁹⁾.

Né va dimenticato che la giurisdizione non può essere astretta alla sola funzione di dare esecuzione alla volontà del sovrano, ma esprime storicamente anche, se non anzitutto, l'esigenza di porre a tale sovrano un limite a tutela dei cittadini, il che vale in massimo grado per i giudici dei pubblici poteri, *lato sensu* intesi, che si tratti della corte costituzionale o del giudice amministrativo.

In questo senso, come si è osservato in altre occasioni, il fondamento più profondo del diritto pubblico e della giustizia amministrativa, a mente dell'art.1, comma 2, Cost. («La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione»), sta non tanto nella sovranità del popolo, bensì nei limiti entro i quali questa sovranità deve essere esercitata ⁽¹⁶⁰⁾.

7. Il paradigma travisante del (non) giudice del fatto.

Un altro paradigma di cui si ha spesso traccia nella vulgata è che la giurisdizione amministrativa non nasca come giurisdizione sul fatto, in quanto, e sempre nel segno di un presunto originario autoritarismo, non sarebbero stati suscettibili di sindacato i fatti per come rappresentati dall'amministrazione ⁽¹⁶¹⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ M. MAZZAMUTO, *Il confronto con la dottrina classica*, in *Il confronto nel metodo giuridico*, Napoli, 2023, 50.

⁽¹⁶⁰⁾ M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità*, cit., 159; ID., *Il riparto di giurisdizione*, cit., 212; in particolare sulla giustizia amministrativa anche come limite al legislatore, ID., *Il confronto con la dottrina classica*, cit., 51.

⁽¹⁶¹⁾ Ancor oggi si riscontrano in questo senso affermazioni del tutto prive di fondamento storico e positivo, come è, ad es., il caso di S. CAPOZZI, *Giusto processo e istruttoria nel processo amministrativo*, in *Il nuovo art. 111 cost.*, Napoli 2002, 99, secondo il quale, per la giurisprudenza, «il parametro di valutazione è costituito non già dalla realtà oggettiva ma da quella riportata nell'atto». Ma anche, sorprendentemente, nella dottrina

Ancora una volta, nulla di più travisante.

Se si guarda alla giustizia graziosa, è facilmente riscontrabile, sul piano storico, una rappresentazione opposta. Tale giustizia, proprio perché essenzialmente equitativa, sembrava infatti dominata dal *fatto* e non dal diritto, come inteso in un sistema di *civil law*. Tanto è vero che Orlando, inizialmente sostenitore della giurisdizione unica ⁽¹⁶²⁾, nella sua prima monografia del 1888, si confrontava con l'idea diffusa che nelle controversie amministrative si faccia soprattutto «quistione non di diritto ma di fatto» ⁽¹⁶³⁾.

Nella nostra giurisprudenza sui ricorsi straordinari al re era non meno consolidato che, nel controllo sulla legittimità e non sulla sola mera legalità, cioè nel controllo equitativo sulla intrinseca giustizia del provvedimento, fosse anche compreso quello sulla veridicità dei fatti assunti dall'amministrazione ⁽¹⁶⁴⁾.

È vero che, con la giurisdizionalizzazione del Consiglio di Stato, sia in Francia, specie per l'autorità di Laferrière ⁽¹⁶⁵⁾, sia

amministrativistica, F. SAITTA, *Vicinanza della prova e codice del processo amministrativo: l'esperienza del primo lustro*, in *Riv. tr. dir. proc. civ.*, 2017, 939, che individua tra «i problemi la cui risoluzione è davvero impellente», oltre al sindacato sulle scelte tecniche, la «mancanza di un accertamento giurisdizionale autonomo dei fatti di causa, i quali continuano ad essere sindacati attraverso la rappresentazione che se ne ha nel provvedimento impugnato».

⁽¹⁶²⁾ Sul successivo e deciso mutamento d'opinione a favore della giustizia amministrativa, come anche avvenuto nel caso di Ludovico Mortara, si rimanda a M. MAZZAMUTO, *Il tramonto dottrinario del mito della giurisdizione unica alla luce dell'esperienza tra Orlando e Mortara*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2019.

⁽¹⁶³⁾ V.E. ORLANDO, *Teoria giuridica delle guarentigie delle libertà*, Torino, 1888, 54 ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Ancora Cons. Stato (parere), 19 febbraio 1896, in *Rivista di diritto ecclesiastico*, 1896, 323, richiamando i propri precedenti: «un provvedimento in tanto è legittimo in quanto corrisponde alla verità sostanziale delle cose».

⁽¹⁶⁵⁾ É. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, vol. II, 36 e 508-509: riconosce che «il *Conseil d'État* si è sovente riconosciuto il diritto di ricercare se i fatti posti alla base della decisione erano stati ben definiti dal punto di vista giuridico, e di verificare, a tal fine, l'esistenza e la natura di questi fatti», come nell'emblematico caso *Duval* del 1881, dove si procedette ad una visita dei luoghi, ma a ciò contrappone la sua idea che il ricorso per eccesso di potere può fondarsi «sull'illegalità delle decisioni, non sugli errori di fatto o di valutazione che potrebbero contenerle», in vista della «cassazione dell'atto illegale», ed è «per questa attribuzione che» il *Conseil d'État* «talvolta è stato paragonato a una Corte di cassazione dell'ordine amministrativo».

in Italia, ha avuto una qualche influenza l'idea di un apparentamento del Consiglio di Stato al giudizio di sola legittimità della Cassazione, ma ciò ha solo determinato un brevissimo momento d'incertezza, poiché il giudizio sul fatto non venne mai meno e finì rapidamente per tornare a consolidarsi ⁽¹⁶⁶⁾.

Anche in Italia è indubbio che la dottrina e la giurisprudenza si siano mosse in questa direzione, così come il nostro eccesso di potere, nel quale il vaglio del fatto ha avuto subito ampio riscontro, secondo la tradizione graziosa.

Già Orlando evidenziava che, a differenza del giudizio in Cassazione, la IV Sezione «ha facoltà di procedere ad accertamenti del fatto, quando la determinazione di esso che sorge dal provvedimento impugnato sia monca o evidentemente errata», essendo «indiscutibilmente ammissibile, secondo il nostro ordinamento, che per mezzo di una prova documentale o di altre istruzioni all'uopo ordinate, si dimostri infondato quell'elemento di fatto con cui il provvedimento impugnato credette di applicare la legge», anzi «nell'affermare questo principio la IV Sezione è stata assai ferma ed è senza dubbio questo il più largo e utile contributo portato alla pratica dalla competenza per eccesso di

⁽¹⁶⁶⁾ Così in Francia, G. JÈZE, *L'erreur de fait comme grief pouvant servir de base à un recours pour excès de pouvoir*, in *Revue du droit public*, 1911, 283 ss., che cita un precedente del 1899 favorevole al giudizio di fatto, uno contrario del 1906 e di nuovo una pronuncia favorevole del 1910, oggetto di annotazione, auspicando, in contrapposizione a Laferrière, un definitivo consolidamento della giurisprudenza. Il che in effetti avverrà nelle pronunce degli anni successivi (ad es. *Conseil d'État*, 14 gennaio 1916, *Camino*: «Considerando che il *Conseil d'État* non può apprezzare l'opportunità delle misure che gli sono deferite col ricorso per eccesso di potere, gli appartiene, d'una parte, di verificare la materialità dei fatti che hanno motivato queste misure, d'altra parte, nel caso in cui i detti fatti sono stabiliti, di cercare se essi possono legalmente motivare l'applicazione delle sanzioni previste nelle precitate disposizioni») come mostrato da M. HAURIOU, *Violation de la loi par suite de cause juridique inexistante dans la décision exécutoire*, nota a *Conseil d'État*, 22 janvier 1926, *Lefranc*, ora in www.revuegeneraledudroit.eu, open access.

Nel prosieguo del XX sec. la dottrina francese non avrà infatti più alcuna remora ad affermare pacificamente che nel ricorso per eccesso di potere il giudice amministrativo è giudice del fatto e che l'errore di fatto è uno dei principali motivi di illegittimità dell'atto amministrativo: di recente v. D. BAILLEUL, *L'efficacité comparée des recours pour excès de pouvoir et de plein contentieux objectif en droit public français*, Parigi, 2002, 246.

potere» ⁽¹⁶⁷⁾. Così, ad es., assume rilievo non solo che «il fatto ritenuto è in aperta contraddizione colle risultanze degli atti» ⁽¹⁶⁸⁾, ma anche che l'atto non è giustificato da «fatti certi obiettivi e legittimamente provati» ⁽¹⁶⁹⁾ o «tace circostanze essenziali» ⁽¹⁷⁰⁾, così come che «un apprezzamento reale del tutto viziato nella base dalla quale si diparte, che non è a confondersi con la pura estimazione dei fatti che appartiene alla sede di merito, verrebbe a porre in essere una specie di eccesso di potere nel provvedimento che si è conformato a presupposti che a risultanze complete si rivelano per insussistenti» ⁽¹⁷¹⁾.

Sarebbe del resto altrimenti incomprensibile l'affermazione dell'originaria tendenza inquisitoria del processo amministrativo ⁽¹⁷²⁾. A cosa mai, ove esercitati, servirebbero infatti questi poteri istruttori officiosi, se non a condurre investigazioni sul fatto? Non a caso Cammeo, nell'affermare come sia «noto che nel giudizio di legittimità la IV sezione può esercitare una indagine sui fatti», argomentava anche a partire dai poteri officiosi riconosciuti dall'art. 37 della legge 2 giugno 1889 ⁽¹⁷³⁾.

Questione di secondo grado, ma di grande importanza, era poi, come anche chiariva lo stesso Orlando, se il giudice amministrativo potesse andare al di là della verità o meno del fatto e

⁽¹⁶⁷⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 813-4 e 1020. Anche F. CAMMEO, *La competenza di legittimità della IV sezione e l'apprezzamento dei fatti valutabili secondo criteri tecnici*, in *Giur. it.*, 1902, III, 275, osservava che «la giurisdizione di legittimità diversamente che il giudizio di cassazione nella procedura civile non è dunque caratterizzata dalla circostanza che debba il giudice ritenere i fatti quali emergono dallo stadio anteriore, e non possa apprezzare le prove raccolte e assumerne delle nuove». Ancora Dallari, *op. cit.*, 75, per il quale «il giudizio di Cassazione esclude, per la sua indole, un esame del fatto», mentre «per. contro, il giudizio di legittimità consente senza dubbio l'ammissione dei mezzi di prova per la ricostruzione del fatto affermato nel provvedimento».

⁽¹⁶⁸⁾ Cons. Stato, 21 dicembre 1893, n. 368, in *Giust. amm.*, 1893, I, 587.

⁽¹⁶⁹⁾ Cons. Stato, 15 dicembre 1893, n. 364, *ivi*, 610.

⁽¹⁷⁰⁾ Cons. Stato, 17 novembre 1892, n. 320, *ivi*, 1892, I, 521.

⁽¹⁷¹⁾ Cons. Stato, IV 25 maggio 1894, n. 171, *ivi*, 1894, I, 364.

⁽¹⁷²⁾ M. NIGRO, *Il giudice amministrativo «signore della prova»*, cit., 14, per quanto riportata erroneamente alla «primèva convinzione che si trattasse di una giurisdizione di diritto obiettivo e vi dominasse l'interesse pubblico».

⁽¹⁷³⁾ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità*, cit., 205.

sconfinare nel suo apprezzamento, poiché «dove è possibile un diverso opinamento e una diversa valutazione» si tratterebbe di una «questione di merito» ⁽¹⁷⁴⁾.

I limiti del sindacato sull'apprezzamento del fatto non sussistono invero di per sé ma come riflesso della ricorrenza o meno di limiti al sindacato sulla discrezionalità ⁽¹⁷⁵⁾. Anche l'apprezzamento dei fatti è dunque sindacabile, così come lo è la discrezionalità. E quanto più, secondo il convincimento del giudice pretore, dalla giustizia graziosa all'eccesso di potere, si mantiene o si espande il controllo sulla discrezionalità, tanto più il giudice amministrativo diviene giudice degli apprezzamenti dell'amministrazione, sia in generale, sia riguardo alla valutazione del fatto.

La nostra stessa giurisprudenza costituzionale ci offre ancor oggi un spaccato del tutto analogo: «anche in presenza di tale latitudine di apprezzamenti, la garanzia della tutela giurisdizionale appare sufficientemente assicurata dalla possibilità, per il giudice amministrativo, di verificare la sussistenza degli elementi di fatto (...) quali vengono asseriti nella motivazione, (...) nonché di

⁽¹⁷⁴⁾ V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 814. Ancora O. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 1934, 422 ss.: nel giudizio di legittimità, fermo restando nella valutazione del fatto il limite dell'opportunità, il Consiglio di Stato «può anche fare un giudizio di fatto, per rilevare gli eventuali difetti dell'atto in riguardo ai fatti», come si evidenzia nelle figure dell'eccesso di potere, «specialmente da quelle costituite dalla contraddizione fra i fatti, sulla base dei quali fu preso il provvedimento, e la realtà di essi»; non si può fare il sindacato sull'eccesso di potere «senza un'indagine e un giudizio sui fatti».

⁽¹⁷⁵⁾ Nella dottrina francese, il rilievo del fatto è stato espressamente collegato al confine tra legalità e opportunità da J. RIVERO, *La distinction du droit et du fait dans la jurisprudence du Conseil d'État français*, in *Dialectica*, 1961, 462 ss.: «questo ruolo creativo, che va ben oltre gli esercizi esegetici in cui si limita l'azione del giudice giudiziario, pone in termini singolari il problema del confine tra diritto e fatto: perché il giudice amministrativo è, in larga misura, padrone del tracciato di questo confine; formulando una regola in ciò che fino a quel momento era lasciato al potere discrezionale dell'amministrazione, sposta a suo piacimento il limite tra legalità e opportunità; e, in questo tracciato, si ispira a preoccupazioni essenzialmente concrete: a seconda delle necessità di un momento, o di un servizio, secondo le esigenze variabili dell'ordine e della libertà, erige in regola di diritto, qui e oggi, ciò che là, o domani, abbandonerà al dominio della libera valutazione dei fatti da parte dell'amministrazione. La delimitazione del diritto e del fatto è quindi, nel nostro sistema contenzioso, la delimitazione della parte controllata e della parte incontrollata dell'azione amministrativa».

valutare, sotto il profilo della logicità, il significato attribuito agli elementi di fatto su cui ci si fonda, e l'iter seguito per pervenire a certe conclusioni» ⁽¹⁷⁶⁾.

Anche qui, nella vulgata, si addiuvano tuttavia ad uno sconcertante capovolgimento. Si vuole far credere che il giudice amministrativo non era giudice del fatto e che, per superare questo limite, si debba prendere a modello il giudizio civile.

Non solo, come si è visto, non corrisponde al vero che il giudice amministrativo non fosse giudice del fatto, ma non si considera altresì l'importanza del collegamento tra il fatto e i vizi del provvedimento, poiché sono solo i fatti giuridicamente rilevanti a venire in rilievo ⁽¹⁷⁷⁾.

L'ampiezza dei fatti rilevanti, e dunque suscettibili di sindacato da parte del giudice amministrativo, è infatti direttamente proporzionale all'ampiezza del vincolo giuridico. E se il vincolo di diritto pubblico, tra norme scritte e principi pretori, è più largo e penetrante del vincolo di diritto privato, ne deriva che, nel primo, più largo è di regola il novero dei fatti rilevanti e vagliati dal giudice, mentre, nel secondo, minore è la portata dei fatti rilevanti in quanto in grossa parte riconducibili all'insindacabile libero arbitrio dell'autonomia privata.

In questo senso il giudice amministrativo è invero sempre stato molto più giudice del fatto di quanto non lo sia stato il giudice civile.

Ci appare così mal posta l'odierna critica che vedrebbe nel merito un ostacolo al sindacato sul fatto, se con ciò si intenda dare una rappresentazione deteriore del giudizio amministrativo rispet-

⁽¹⁷⁶⁾ Corte cost., 19 marzo 1993, n. 103.

⁽¹⁷⁷⁾ Ancora sul finire del XX sec., con considerazioni che potrebbero facilmente valere per il passato, G. CORSO, *Prova (diritto amministrativo)*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1999, 1 ss. e 7, osserva che «esistono, anche nel processo amministrativo, ampi spazi (...) in cui ci sono fatti da provare», come nel caso in cui vengano dedotti i vizi di eccesso di potere o di falsa applicazione della legge, e che «lo stesso art. 44 t.u., prospettando la possibilità che i fatti affermati nell'atto o provvedimento siano in contraddizione coi documenti esclude che», così come già affermava Cammeo, «l'esposizione dei fatti contenuta nell'atto impugnato possa vincolare il giudice».

to a quello civile. Basti pensare a tutti i fatti che devono essere vagliati in relazione a norme di diritto pubblico che, a differenza dell'ordito privatistico, sono quantomai pervasive (dalla competenza al procedimento) e hanno di regola carattere imperativo e non dispositivo, o in relazione al sindacato sulla discrezionalità, nelle sua variegate articolazioni. Persino qualora il giudizio amministrativo fosse, in ipotesi, ridotto ai suoi minimi termini, si tradurrebbe pur sempre in un *quid pluris*, in una *chance* in più di tutela rispetto alla insindacabilità delle libere scelte dell'autonomia privata e dei fatti che vi sono connessi.

7.1. *La discrezionalità tecnica.*

Se è corretta la nostra ricostruzione del quadro generale, la *vis* critica della vulgata finisce invero per restringersi alla nota questione della discrezionalità *tecnica*, cui la dottrina di questi ultimi decenni ha riservato massima attenzione, e ove *prima facie* i termini del confronto con la giustizia civile potrebbero sembrare atteggiarsi diversamente.

I tratti essenziali del problema sono già chiari nella citata nota di Cammeo del 1902 ⁽¹⁷⁸⁾.

L'idea di fondo è che la discrezionalità tecnica, ove entrano in gioco «criteri tecnico-amministrativi» per la valutazione di fatti complessi (come nel caso dei concetti giuridici indeterminati, quali, ad es., l'urgenza, la pericolosità o l'insalubrità), vada staccata dal *genus* della discrezionalità e ascritta invece ai presupposti di applicazione della norma, senza dunque che, nel sindacato del giudice, possano frapporsi i limiti del merito, tanto che al riguardo Cammeo ipotizza coerentemente la configurabilità di una violazione di legge (e, solo, subordinatamente, di un eccesso di potere).

Nel processo civile i fatti complessi sarebbero invece pienamente sindacabili. Ma Cammeo deve riconoscere che ciò è vero nei rapporti fra privati, non quando sia in gioco un atto ammini-

⁽¹⁷⁸⁾ F. CAMMEO, *La competenza di legittimità*, cit., *passim*.

strativo. Sarebbe infatti conseguenza della divisione dei poteri, come intesa dal legislatore del 1865, che, come già evidenziato in un discorso parlamentare di Mancini, il giudice ordinario possa sindacare i fatti semplici, ma non i fatti complessi riguardanti l'amministrazione. E a ciò la giurisprudenza civile si attenne, sì che «escluse costantemente ogni sindacato sopra circostanze di fatto che, ancorché poste a base di una norma di diritto amministrativo, dovessero apprezzarsi con criteri tecnici», rimandando semmai espressamente alla giustizia amministrativa ⁽¹⁷⁹⁾.

Non a caso, Cammeo finisce per volgere lo sguardo proprio alla giustizia amministrativa, di fronte alla quale le ragioni della divisione dei poteri vengono a «cessare», auspicando che in questa sede possa determinarsi un approfondimento del sindacato sui fatti complessi.

E non a caso evoca subordinatamente l'eccesso di potere, poiché, pur non pervenendo al pieno sindacato auspicato, si tratterebbe pur sempre di un *quid pluris*, nell'ambito del generale controllo sulla discrezionalità, rispetto alla insindacabilità giudiziaria.

Sarà proprio questo percorso subordinato che, sin dalla prima giurisprudenza, compresa quella annotata da Cammeo, finirà per consolidarsi, mentre sempre problematico appare ancor oggi il rapporto tra sindacato giudiziario e discrezionalità tecnica, specie quando l'amministrazione si presenta nella veste di convenuta ⁽¹⁸⁰⁾.

⁽¹⁷⁹⁾ Ancora, ad es., Cass., Sez. Un., 28 febbraio 1918, in *Giust. amm.*, 1918, III, 21, che distingue, ai fini del risarcimento, l'omessa manutenzione dal «modo», non sindacabile, di «come la pubblica amministrazione, nell'orbita della discrezionalità tecnico-legale, abbia adempiuto all'obbligo della manutenzione delle strade», trattandosi appunto di «quella discrezionalità tecnica, che non è soggetta al sindacato giurisdizionale del magistrato ordinario, salvo il ricorso gerarchico e quello presso gli organi della giustizia amministrativa. nei casi e secondo le condizioni dalla legge stabilite», o Cass., Sez. Un., 28 dicembre 1921, *ivi.*, 1921, III, 88, che, sempre ai fini risarcitori, non ritiene sindacabile la discrezionalità tecnica riguardante le misure di tutela del buon regime delle acque pubbliche.

⁽¹⁸⁰⁾ Ad es., riguardo al contrasto di giurisprudenza sull'efficacia probatoria, nel giudizio avente ad oggetto l'azione di risarcimento del danno, della valutazione espressa, quanto

Affermare dunque che la discrezionalità tecnica sia stata *sic et simpliciter* insindacabile di fronte al giudice amministrativo sarebbe, sul piano storico e positivo, un grossolano errore. Vero è invece che la discrezionalità tecnica è sempre stata sindacabile, come pure si è detto in giurisprudenza, *ab antiquo* ⁽¹⁸¹⁾, purché, così come nel controllo della discrezionalità *tout court*, non si superi il limite del merito, come anche può evincersi *medio tempore* da una cristallina pronuncia dell'Adunanza plenaria del 1964, che, nel riaffermare la sindacabilità dei giudizi di avanzamento degli ufficiali, sottopone *generaliter* la discrezionalità tecnica, allo stesso modo di quella amministrativa, ai principi dell'eccesso di potere, sicché esemplificando possono venire in rilievo il travisamento del fatto, la coerenza logica del procedimento valutativo del tecnico, sia nei presupposti di fatto e nelle loro qualificazioni tecniche e giuridiche, sia rispetto a precedenti giudizi, anche ai fini della disparità di trattamento ⁽¹⁸²⁾.

al nesso causale fra emotrasfusione e insorgenza della patologia, dalla Commissione medica ospedali per il diritto all'indennizzo *ex lege* n. 210 del 1992, solo con Cass., Sez. Un., 11 gennaio 2008, n. 577, si afferma che la suddetta valutazione, se fa piena prova, *ex art. 2700 c.c.*, dei fatti che la Commissione attesta essere avvenuti in sua presenza o dalla stessa compiuti, non costituisce una prova legale quanto alle valutazioni, alle diagnosi, alle manifestazioni di scienza o di opinione, espresse dall'organo tecnico, che il giudice può apprezzare, senza, però, attribuire alle stesse il valore di vero e proprio accertamento; Cass., 15 giugno 2018, n. 15734 ha tuttavia ritenuto inapplicabile tale principio al caso in cui l'azione risarcitoria venga proposta nei confronti del Ministero della Salute, perché in detta fattispecie, nella quale le parti del giudizio coincidono con quelle del procedimento amministrativo, sicché l'accertamento della Commissione qui vale anche come prova legale (nonché Cass., 5 ottobre 2018, n. 24523; 30 giugno 2020, n. 13008, e 17 novembre 2021, n. 34885); distinguo, da ultimo, sconfessato da Cass., Sez. Un., 6 luglio 2023, n. 19129, per inciso, nel caso di specie, in favore dell'amministrazione, nel senso che si è ritenuto non vincolante, pur valendo come prova presuntiva, il giudizio positivo per il privato della Commissione, rinviando al giudice di merito per una rivalutazione del nesso causale.

⁽¹⁸¹⁾ Cons. Stato, 2 novembre 1993, n. 961: «la Sezione osserva che il potere di disporre o meno l'inquadramento in un livello superiore si caratterizza per la discrezionalità tecnica del giudizio che va effettuato, in ordine alla sussistenza dei presupposti sanciti al riguardo dalla legge. L'esercizio di tale forma di discrezionalità deve basarsi su canoni di coerenza, di ragionevolezza e di logica, come *ab antiquo* ha evidenziato la giurisprudenza di questo Consiglio».

⁽¹⁸²⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 22 maggio 1964, n. 11: «La discrezionalità, anche se ampia, (...) non esclude il sindacato di legittimità: ché anzi lo strumento più penetrante

Ma perché la nostra giurisprudenza amministrativa è sempre rimasta ferma alla via subordinata dell'eccesso di potere e non ha mai passato il guado nel senso auspicato in via principale da Cammeo?

Sul piano storico-sistematico, fondamentale è certo la connessione con quanto avveniva negli ordinamenti cugini, e specie in quello francese da cui traiamo origine, e cioè la riconduzione della discrezionalità tecnica al potere pubblico e alle sue prerogative.

Ma deve anche evidenziarsi, nelle vicende nazionali, il concorso dell'estrinseco motivo del riparto di giurisdizione.

Come è noto, la distinzione tra atto vincolato e atto discrezionale fu uno dei principali strumenti usati dalla Cassazione, dopo la istituzione della IV Sezione, per provare a incardinare la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie di diritto pubblico alla luce della legge del 1865. Si comprende dunque bene che la riconduzione della discrezionalità tecnica agli elementi discrezionali e non vincolati della fattispecie esprimesse, sin d'allora, una inevitabile propensione del giudice amministrativo al fine di asseverare la propria giurisdizione.

Ancora oggi, nell'inoportuno riemergere di tale distinzione nel giudice della giurisdizione ⁽¹⁸³⁾, il punto si ripropone negli stessi termini. Non ha così remore la Cassazione, per affermare

di tale sindacato, e cioè l'indagine per la ricerca dell'eccesso di potere, si esplica appunto laddove il potere amministrativo si eserciti discrezionalmente, per evitare appunto che la discrezionalità affidata per il conseguimento dell'interesse pubblico si trasformi in arbitrio. Né il carattere tecnico degli elementi apprezzabili nel giudizio di avanzamento può attribuire al giudizio stesso il contenuto esclusivo di una valutazione tecnica e come tale sottratta al giudice della legittimità», sicché tali valutazioni devono essere conformi ai «principi della legittimità dell'azione amministrativa». In altre parole, per quanto «il vaglio tecnico (...) non può essere sindacato dal giudice amministrativo», in realtà, «anche di fronte a valutazioni tecniche il giudice della discrezionalità amministrativa non è disarmato», ma può verificare se siano considerati «gli elementi di fatto prescritti», se vi è «travisamento del fatto», se «il procedimento valutativo del tecnico si sia svolto secondo un coerente sviluppo logico (...) sia con riguardo ai passaggi dei presupposti di fatto, alle loro qualificazioni giuridiche o tecniche, e cioè incidendo nell'iter stesso della valutazione, sia con riguardo alla coerenza del giudizio a precedenti o successive manifestazioni della realtà valutata», se vi è «illogicità manifesta» o «contraddittorietà».

⁽¹⁸³⁾ M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere*, cit.

la giurisdizione del giudice ordinario, a sostenere che non è di impedimento alla configurazione di un atto vincolato la presenta di profili di discrezionalità tecnica ⁽¹⁸⁴⁾, così come, in direzione opposta, il giudice amministrativo, oltre a contestare in radice che l'atto vincolato sia di ostacolo alla propria giurisdizione ⁽¹⁸⁵⁾, è mosso pur sempre a valorizzare l'assunto che la discrezionalità tecnica sia espressione di potere ⁽¹⁸⁶⁾, al pari di come si ricaverebbe dalla sussistenza della, pur distinta ⁽¹⁸⁷⁾, discrezionalità pura o amministrativa, a maggior ragione poi ove si presentino fattispecie miste di convivenza delle due discrezionalità ⁽¹⁸⁸⁾.

Tutto questo peraltro nell'estrema contraddizione in cui cade la stessa Cassazione che non rifugge al contempo dal farsi giudice dell'eccesso di potere giurisdizionale, vagliando se il giudice amministrativo nel sindacare la discrezionalità tecnica abbia o meno invaso il merito, fino ad asseverare che la CTU non possa essere esperita per andare alla ricerca della soluzione ⁽¹⁸⁹⁾.

La storia sulla discrezionalità tecnica non è dunque altro che un capitolo della storia giurisprudenziale dell'eccesso di potere,

⁽¹⁸⁴⁾ Ad es. Cass. (ord.), Sez. Un., 13 maggio 2022, n. 15370 parla di «discrezionalità tecnica vincolata» e 18 gennaio 2022, n. 1390 o 13 novembre 2019, n. 29459, di «mera discrezionalità tecnica».

⁽¹⁸⁵⁾ Cons. Stato, 3 ottobre 2022, n. 8434; Corte Giust. amm. Sic, 19 dicembre 2022, n. 1279. Ma v. in precedenza anche Cons. Stato, 30 novembre 1973, n. 1140, per il quale «non necessariamente (...) ad una posizione di interesse legittimo del privato deve fare riscontro un potere dell'amministrazione di carattere discrezionale (...) Invero può ben darsi che l'esercizio di potere o di una potestà sia un certo quel modo necessario una volta che si verifichino determinati presupposti».

⁽¹⁸⁶⁾ Così, ad es., Cons. Stato, 3 dicembre 2025, n. 9518: «un apprezzamento tecnico-scientifico intrinsecamente opinabile (...) conforma chiaramente la posizione soggettiva dell'utente in termini di interesse legittimo».

⁽¹⁸⁷⁾ Sulla distinzione, ad es., Cons. Stato, 26 giugno 1987, n. 388, o di recente 5 dicembre 2022, n. 10624.

⁽¹⁸⁸⁾ Ad es. Cons. Stato, 11 aprile 2006, n. 2001, in materia di rinnovo di una concessione mineraria, «si tratta di una fattispecie, in cui dopo la valutazione tecnica, l'amministrazione ha comunque dovuto effettuare la scelta della misura più idonea ai fini del soddisfacimento del pubblico interesse (c.d. discrezionalità mista). Entrambe le valutazioni sono pienamente sindacabili dal giudice amministrativo, sia sotto il profilo della ragionevolezza, adeguatezza e proporzionalità delle comparazioni effettuate, sia sotto l'aspetto tecnico della correttezza dei dati acquisiti e delle conseguenti valutazioni».

⁽¹⁸⁹⁾ Cass., Sez. Un., 12 maggio 2017, n. 11804.

ove, a seconda, da un lato, delle fattispecie interessate, e, d'altro, delle propensioni del giudice amministrativo, possono ravvisarsi vari gradi e sfaccettature di approfondimento del sindacato alla luce dei principi ⁽¹⁹⁰⁾.

In questo senso, le ricorrenti diatribe sul carattere forte o debole del controllo, o sul suo carattere estrinseco o intrinseco, possono, quando sono messe in campo, avere al più un senso tutto concretistico rispetto alle fattispecie o alle tipologie di fattispecie prese in considerazione per manifestare una volontà più o meno interventista del giudice, ma, nella misura in cui pretendono di rappresentare alternative di carattere generale, appaiono invece del tutto sterili, nulla togliendo o aggiungendo a quel confine imprevedibile tra discrezionalità sindacabile e merito, da sempre rimesso al libero convincimento del giudice amministrativo nella varietà, singolare o per tipi di fattispecie, delle controversie rimesse al suo vaglio, che si tratti della discrezionalità amministrativa o della discrezionalità tecnica ⁽¹⁹¹⁾.

⁽¹⁹⁰⁾ Che si tratti, tanto per esemplificare, della macroscopica illogicità (Cons. Stato, 22 gennaio 1976, n. 101), irrazionalità dell'iter logico-giuridico del giudizio (Cons. Stato, 1 marzo 1977, n. 169), inesistenza dei presupposti di fatto o macroscopica incoerenza logica (Cons. Stato, 17 novembre 1978, n. 1158), disparità di trattamento (Cons. Stato, 4 gennaio 1983, n. 3), illogicità e carenza di motivazione, poiché altrimenti gli atti tecnico discrezionali sarebbero allora configurabili come liberi nel fine e sottratti a qualsivoglia controllo, il che si pone in contrasto con i principi dell'ordinamento amministrativo (Cons. Stato, 9 gennaio 1986, n. 7), illogicità, palesi incongruenze, disparità di trattamento rilevabili *prima facie* (Cons. Stato, 7 marzo 1986, n. 153), non coincidenza tra la discrezionalità tecnica dell'Amministrazione e l'assoluta libertà nella scelta (Cons. Stato, 11 aprile 1988, n. 319), manifesta irrazionalità (Cons. Stato, 18 aprile 1988, n. 233), razionalità della valutazione (Cons. Stato, 18 febbraio 1991, n. 160), ricostruzione della realtà che rispetti i canoni della logica e della coerenza (Cons. Stato, 4 aprile 1991, n. 231) esternazione degli elementi che hanno giustificato la scelta, onde consentire la verifica della ragionevolezza dell'atto (Cons. Stato, 3 aprile 1990, n. 326), coerenza, ragionevolezza e logica (Cons. Stato, 2 novembre 1993, n. 961), palesi incongruenze e irrazionalità (Cons. Stato, 28 maggio 1996, n. 685), manifesta irragionevolezza o erroneità nei presupposti (Cons. Stato, 27 maggio 1997, n. 570), valutazioni manifestamente incoerenti o irragionevoli (Cons. Stato, 10 dicembre 1998, n. 1733), e così via.

⁽¹⁹¹⁾ Non a caso, di recente, M. RAGUSA, *Il giudizio di fatto nel processo amministrativo di annullamento*, Napoli, 2025, 274, mette bene in evidenza che si tratta «soltanto di definizioni», che «non rappresentano un approdo definitivo né sicuro, se non altro perché, non di rado, il metodo di indagine realmente impiegato dal giudice sembra smentire, in

Non si vede così cosa vi sia di storico in una nota pronuncia del 1999 ⁽¹⁹²⁾, che «anche alla luce di autorevole dottrina» prospetta «una riconsiderazione dell'argomento»: si spezza (apparentemente) il nesso tra discrezionalità tecnica e merito ⁽¹⁹³⁾, in quanto «la questione di fatto, che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma — soltanto perché opinabile — in una questione di opportunità», sicché «il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici può svolgersi, allora, in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì invece alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo» ⁽¹⁹⁴⁾. Sarebbe stata storica, se si fosse con ciò passato il guado, come auspicava Cammeo, se cioè la discrezionalità tecnica fosse stata del tutto estromessa dal *genus* della discrezionalità e ricondotta *tout court* all'applicazione della norma con un potere pieno anche sostitutivo di cognizione da parte del giudice, ma così non è, atteso che col criterio della attendibilità si finisce, anche in presenza di altre soluzioni possibili, per dare prevalenza alla opinione attendibile dell'amministrazione, residuando così pur sempre una riserva, per quan-

tutto o in parte, quello dichiarato», tanto che «per comprendere la reale *ratio* delle decisioni (...) è necessario andare oltre le dichiarazioni di principio riportate nelle motivazioni (spesso le uniche valorizzate nella massimazione), e scendere a un livello di analisi più concreto. Solo così emerge un panorama giurisprudenziale ben più ampio e sfumato di quanto non appaia attraverso le consuete etichette classificatorie», sottolineando in definitiva «che in materia di discrezionalità tecnica non sia possibile definire in astratto il minimo imposto e il massimo consentito alla revisione giurisdizionale».

⁽¹⁹²⁾ Ad es. Cons. Stato, 11 dicembre 2025, n. 9799, «a seguito della storica sentenza 601 del 1999, è stato per la prima volta ammesso il sindacato cd. intrinseco sulla discrezionalità tecnica e, dunque, della sua ampiezza».

⁽¹⁹³⁾ Peraltro in questo senso sembrerebbe già andare l'isolata e dimenticata pronuncia di Cons. Stato, 14 dicembre 1976, n. 1499: «Il T.A.R., infatti, ha ritenuto, erroneamente, che la valutazione fatta dalla amministrazione sull'estensione della distanza tra i due edifici producesse il merito amministrativo. È da dire, invece, che la c.d. opportunità amministrativa non viene minimamente coinvolta in un giudizio del genere, perché questo concerne semmai la c.d. discrezionalità tecnica, pienamente sindacabile in sede giurisdizionale».

⁽¹⁹⁴⁾ Cons. Stato, 9 aprile 1999, n. 601.

to relativa e non assoluta (altrimenti del tutto insindacabile), di amministrazione e dunque uno spazio di merito amministrativo ⁽¹⁹⁵⁾, tanto è vero che la giurisprudenza successiva si è mossa inequivocabilmente in tal senso ⁽¹⁹⁶⁾, se non all'occorrenza tornando

⁽¹⁹⁵⁾ Non a caso, correttamente, a commento di tale pronuncia, D. DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Gior. dir. amm.*, 1999, 1180, osserva che il Consiglio di Stato «mostra una certa (ragionevole) preoccupazione di salvaguardare un minimo spazio riservato all'amministrazione allorché le sue valutazioni appaiono appunto opinabili ma non inattendibili», sicché, in definitiva, «la portata della sentenza in commento appare meno dirompente di quanto certamente non sarebbe potuto essere se l'applicazione della teoria dei concetti giuridici indeterminati fosse stata integrale».

⁽¹⁹⁶⁾ Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4990: «il giudice (sia pure all'esito di un controllo intrinseco, che si avvale cioè delle medesime conoscenze tecniche appartenenti alla scienza specialistica applicata dall'Amministrazione) non è chiamato, sempre e comunque, a sostituire la sua decisione a quella dell'Autorità, dovendosi piuttosto limitare a verificare se siffatta risposta rientri o meno nella ristretta gamma di risposte plausibili, ragionevoli e proporzionate, che possono essere date a quel problema alla luce della tecnica, delle scienze rilevanti e di tutti gli elementi di fatto»; Cons. Stato, n. 10624/2022, cit.: «quando difettano parametri normativi a priori che possano fungere da premessa del ragionamento sillogistico, il giudice non 'deduce' ma 'valuta' se la decisione pubblica rientri o meno nella (ristretta) gamma delle risposte maggiormente plausibili e convincenti alla luce delle scienze rilevanti e di tutti gli altri elementi del caso concreto. È ben possibile per l'interessato — oltre a far valere il rispetto delle garanzie formali e procedurali strumentali alla tutela della propria posizione giuridica e gli indici di eccesso di potere — contestare ab intrinseco il nucleo dell'apprezzamento complesso, ma in tal caso egli ha l'onere di metterne seriamente in discussione l'attendibilità tecnico-scientifica. Se questo onere non viene assolto e si fronteggiano soltanto opinioni divergenti, tutte parimenti plausibili, il giudice deve dare prevalenza alla posizione espressa dall'organo istituzionalmente investito (dalle fonti del diritto e, quindi, nelle forme democratiche) della competenza ad adottare decisione collettive, rispetto alla prospettazione individuale dell'interessato»; Cons. Stato, 6 agosto 2024, n. 7001, riguardo all'esistenza di un interesse culturale, la discrezionalità tecnica «è sindacabile, in sede giudiziale, esclusivamente sotto i profili della logicità, coerenza e completezza della valutazione, considerati anche per l'aspetto concernente la correttezza del criterio tecnico e del procedimento applicativo prescelto, ma fermo restando il limite della relatività delle valutazioni scientifiche, sicché, in sede di giurisdizione di legittimità, può essere censurata la sola valutazione che si ponga al di fuori dell'ambito di opinabilità, affinché il sindacato giudiziale non divenga sostitutivo di quello dell'Amministrazione attraverso la sovrapposizione di una valutazione alternativa, parimenti opinabile»; Cons. Stato, 11 marzo 2025, n. 1992: «L'attività espressione di discrezionalità tecnica è sindacabile da questo Giudice quanto alla sussistenza dei presupposti di fatto e al percorso logico-giuridico seguito, appunto basato sul criterio del 'più probabile che non', con il limite di non poter sostituire una valutazione opinabile con altra valutazione opinabile. Sicché, in presenza di due valutazioni opinabili, entrambe verosimili, questo Giudice non può preferire una valutazione rispetto all'altra (prescelta dalla stazione appaltante)».

a massime del tutto simili a quelle tradizionali ⁽¹⁹⁷⁾.

Ci sembra quindi che, in questa enfasi per il citato precedente del 1999, vi siano consiglieri di Stato che conoscono più di dottrina che della loro tradizione, facendosi malamente condizionare da quell'errata vulgata per la quale il giudice amministrativo non era un giudice del fatto ⁽¹⁹⁸⁾, mentre ci troviamo al più di fronte a modulazioni, sempre a loro volta rimodulabili, del controllo della discrezionalità ⁽¹⁹⁹⁾, né più né meno di quanto, nel corso della

⁽¹⁹⁷⁾ Cons. Stato, 16 aprile 2025, n. 3328: «Non si disconosce che a seguito di una decisione storica del Consiglio di Stato (cfr. sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601) il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione può svolgersi attraverso la verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni compiute da quest'ultima (sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo) ma cionondimeno è comunque pacifico che il controllo del giudice amministrativo sulle valutazioni discrezionali deve essere svolto nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo diretto ad accertare il ricorrere di seri indici di invalidità e non a sostituire la valutazione tecnica dell'amministrazione (nel qual caso si sconfinerebbe inammissibilmente nel merito dell'attività amministrativa)»; Cons. Stato, 27 gennaio 2026, n. 677, sulla «discrezionalità tecnica della Commissione di gara, i cui esiti non sono sindacabili se non in caso di manifesta illogicità»; Cons. Stato, 27 gennaio 2026, n. 675, riguardo all'interesse culturale di un bene occorrono «profili di incongruità ed illogicità di evidenza tale da far emergere l'inattendibilità della valutazione tecnico-discrezionale compiuta»; Cons. Stato, 26 gennaio 2026, n. 609, «l'ampio margine di discrezionalità tecnica che caratterizza la valutazione dell'ente previdenziale sul riconoscimento di una situazione di crisi, di modo che le scelte dell'Amministrazione sono sindacabili soltanto se evidentemente illogiche, manifestamente incongruenti, inattendibili ovvero viziate da travisamento in fatto»; Cons. Stato, 21 gennaio 2026, n. 475, «la valutazione di interesse pubblico della realizzazione di un intervento in deroga alle previsioni dello strumento urbanistico è espressione dell'ampia discrezionalità tecnica di cui l'Amministrazione dispone in materia e dalla quale discende la sua sindacabilità in sede giurisdizionale solo nei ristretti limiti costituiti dalla manifesta illogicità e dall'evidente travisamento dei fatti».

⁽¹⁹⁸⁾ Cons. Stato, 15 luglio 2019, n. 4990: «Questa tipologia di sindacato — che può definirsi di attendibilità tecnica e non sostitutivo — ha indubbiamente avuto il merito di allontanare definitivamente il processo amministrativo dal paradigma del contenzioso amministrativo, improntato non al metodo istruttorio di fondare il proprio accertamento sul raffronto tra la realtà e la rappresentazione che di essa fa l'amministrazione, bensì muovendosi all'interno della rappresentazione della realtà descritta nel provvedimento»; nonché Cons. Stato (parere), 22 gennaio 2026, n. 166.

⁽¹⁹⁹⁾ Cons. Stato, 22 ottobre 2004, n. 6947: «Più di recente, è però prevalsa una diversa e più aperta impostazione giurisprudenziale, alla stregua della quale il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'Amministrazione può svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'Autorità amministrativa, bensì in base alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto

sua storia, il giudice amministrativo ha sempre fatto nell'ambito dell'eccesso di potere. Né ci sembra di per sé segno di chissà quale svolta che si adotti il criterio della attendibilità, poiché ciò sta già nei principi che impongono di vagliare la logicità dell'iter decisionale dell'amministrazione, il che, come si è visto nella pronuncia dell'Adunanza plenaria del 1964, vale anche ove tale logicità debba vagliarsi alla luce di criteri tecnici o scientifici. Né in fondo si finisce per rimanere lontani dal criterio dell'opinabilità, poiché, in presenza di più soluzioni possibili, tutte in ipotesi frutto di un procedimento corretto, rispunta, come si è visto, il merito e la giurisprudenza fa prevalere l'opinione dell'amministrazione. Non siamo cioè lontani da quanto ci diceva Orlando a proposito in generale dell'apprezzamento del fatto: «dove è possibile un diverso opinamento e una diversa valutazione» si tratterebbe di una «questione di merito» ⁽²⁰⁰⁾.

La verità rimane invero sempre quella tradizionale dell'origine graziosa. Il giudice amministrativo è, come si è detto in altra occasione, un «cacciatore dell'arbitrio» ⁽²⁰¹⁾ e arriva o si ferma dove ritiene ragionevole ed equo, essendo il *dominus* del confine tra discrezionalità e merito.

Ma, messa da parte la riconduzione *tout court* alla norma e stando al dato positivo del confluire nel *genus* della discrezionalità, occorre pur sempre chiedersi se nella storia della discrezionalità tecnica non possa emergere qualcosa di peculiare rispetto alla stessa discrezionalità amministrativa.

Anche all'interno della discrezionalità tecnica non si può certo generalizzare e occorre tenere sempre conto della varietà delle fattispecie. Nel complesso si ha tuttavia l'impressione che proprio il contenuto tecnico o scientifico di tale discrezionalità abbia

il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo. (cfr. IV Sez. 9.4.1999 n. 601)».

⁽²⁰⁰⁾ Anche V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 670, collegava concetti indeterminati, come ad es., quello di pericolosità, alla discrezionalità, osservando che da ciò «non discende che sia inattuabile un giudizio, sia pure in senso improprio, quasi venissero completamente a mancare i criteri onde risolverlo».

⁽²⁰¹⁾ M. MAZZAMUTO, *Pour une défense du droit administratif*, cit., 11 ss..

potuto costituire un ostacolo suppletivo alla cognizione del giudice amministrativo, tanto che sembrerebbe persino più semplice e fattibile rendere, all'occorrenza, più penetrante il sindacato sulla discrezionalità amministrativa, trattandosi di questioni con le quali il giudice può avere una più immediata dimestichezza.

Nella giurisprudenza francese, a cavallo tra XIX e XX sec., sintomatico è che Hauriou ⁽²⁰²⁾ fornisca una sfilza di casi, dal 1891 al 1920, la cui caratteristica è che il *Conseil d'État* si preclude il sindacato sul fatto perché ci si trova di fronte a commissioni speciali. E se, per la più parte, ciò sembrerebbe potersi giustificare col fatto che la legge avrebbe attribuito a tali commissioni dei «*poteri definitivi* per l'apprezzamento dei fatti», sicché il «*Conseil d'État*, giudice dell'eccesso di potere, stima che si abbia una separazione delle competenze che gli interdice di tornare sui fatti per verificarne la materialità», in altri casi, sempre di fronte a commissioni speciali, questa giustificazione non sussiste, il che rende poco comprensibile la preclusione, se al contempo il *Conseil d'État*, con l'eccesso di potere, continuava ad applicare il controllo sui fatti nelle fattispecie comuni.

Si ha così l'impressione che a pesare nel sempre incerto confine tra discrezionalità e merito stesse soprattutto quella difficoltà di cognizione rispetto al contenuto tecnico o scientifico e, a maggior ragione, in presenza di organismi tecnici specializzati o ad elevata qualificazione, così come oggi può anche ravvisarsi nei riguardi delle sopravvenute autorità amministrative indipendenti.

Di ciò si può avere persino riscontro nella nostra risalente giurisprudenza.

Così la IV Sezione non si limita ai casi in cui ritiene che esuli dal suo sindacato di legittimità vagliare «circostanze che non solo appartengono al merito, ma non possono essere valutate che per via di giudizio tecnico militare» ⁽²⁰³⁾ o vagliare la «censura del giudizio di merito» del parere dell'Ispettorato di Sanità militare

⁽²⁰²⁾ M. HAURIOU, *Violation de la loi*, cit., *passim*.

⁽²⁰³⁾ Cons. Stato, 2 luglio 1897, n. 267, in *Giust. amm.*, 1897, I, 510.

sul quale si è fondato il provvedimento impugnato ⁽²⁰⁴⁾. Si mostra infatti un analogo *self-restraint* financo nei casi di giurisdizione di merito, in astratto suscettibili di una più piena cognizione, se, ad es., si ritiene che il giudice «non avrebbe modo di contrapporre un proprio diverso apprezzamento sulla condizione di fatto e sulla portata dei valichi alpini, a quello competente ed esauriente del Consiglio Superiore dei LL. PP.» ⁽²⁰⁵⁾, sicché sembrerebbe che, non operando qui i limiti del sindacato di legittimità, sia piuttosto la difficoltà a fronteggiare un grande corpo tecnico dell'amministrazione a divenire determinante.

Significativo è anche un altro precedente ⁽²⁰⁶⁾.

Riguardo alla classificazione delle strade provinciali da parte del Consiglio Superiore dei LL. PP si afferma che, in sede di legittimità, la IV Sezione «non può spingersi fino al punto di convertire il ricorso in un giudizio di fatto, massimamente dove questo giudizio sarebbe in gran parte dipendente da apprezzamenti di carattere tecnico». In realtà, il giudizio sul fatto non era affatto precluso, come mostra tutta la coeva giurisprudenza sull'eccesso di potere, e neanche lo era in questo caso, poiché, al di là della perentorietà che caratterizza spesso le conclusioni delle pronunce, nel corpo della motivazione si affermava che «di fronte a queste non equivocate e reiterate affermazioni dei corpi competenti, emesse sulle relazioni dei tecnici locali, occorrerebbe una dimostrazione concludente per combattere gli apprezzamenti dei corpi consultivi che sono stati adottati dal decreto impugnato. Ma la Deputazione provinciale nel suo ricorso si restringe a una semplice negativa» ⁽²⁰⁷⁾.

⁽²⁰⁴⁾ Cons. Stato, 4 giugno 1897, n. 221, *ivi*, 210.

⁽²⁰⁵⁾ Cons. Stato, 13 settembre 1895, n. 350, *ivi*, 1895, I, 406.

⁽²⁰⁶⁾ Cons. Stato, 3 luglio 1896, n. 308, in *Rivista universale di giurisprudenza e dottrina*, 1896, III, 354.

⁽²⁰⁷⁾ Nulla di diverso, da quanto afferma tutt'oggi la giurisprudenza: Cons. Stato, n. 10624/2022 cit. Ma v. in precedenza, ad es., anche Cons. Stato, 4 aprile 1975, n. 438: «va osservato che la valutazione della necessità e dell'urgenza del ricovero di un infermo come pure della durata del ricovero stesso è affidata alla discrezionalità tecnica dei sanitari, il cui giudizio non può essere smentito, peraltro, da una mera affermazione contraria,

Ciò che colpisce, ai fini del nostro discorso, è semmai l'affermazione che l'impedimento al giudizio sul fatto si presenti «massimamente» per i giudizi tecnici.

Sembra dunque che si trovino già qui le tracce di un ostacolo più concreto che di principio al sindacato sulla discrezionalità tecnica, quasi che il giudice, ieri come oggi, sia consapevole di avere risorse materiali e conoscitive impari rispetto a quelle di cui gode l'amministrazione e dunque spesso troppo limitate per fronteggiare questi pronunciamenti tecnici, tanto che, all'occorrenza, è la verifica ad essere lo strumento privilegiato o, se si intende chiudere il processo, ben si presta l'accoglimento del ricorso per difetto di istruttoria e di motivazione o per profili di illogicità che lasciano ancora una margine di scelta, affinché sia sempre l'amministrazione a rinnovare il giudizio tecnico. Né ci sembra che l'odierna previsione della CTU, ove in ipotesi utilizzabile, possa comunque essere sufficiente, al di là di singoli casi, a compensare *generaliter* questo squilibrio.

Ritornano così in mente le indicazioni di diritto comparato che ci offriva Cammeo nel 1902: «la giurisprudenza di tutti questi paesi tende ad ammettere un sindacato sulla discrezionalità tecnico-amministrativa, ogni qual volta almeno le indagini non siano troppo difficili». Del resto, il carattere tutto concreto di questa difficoltà si nasconde già nel distinguo tra fatti semplici e fatti complessi, dove è l'aggettivazione a pesare (semplici o complessi) sul sindacato, non il *genus* (i fatti) che è il medesimo.

In ciò giocano certo anche altri fattori.

Anzitutto la tradizionale rapidità che caratterizza per ovvie ragioni di tutela dell'interesse pubblico il giudizio amministrativo e che verrebbe pregiudicata da un generalizzato appesantimento dell'istruttoria processuale. Ancora nella riforma della 2000, nel rinviare per la giurisdizione esclusiva ai mezzi di prove processualciviltistici, si imponeva di tenere conto della «specificità» del

non confortata da circostanziati elementi di fatto».

processo amministrativo e delle «esigenze di celerità e concentrazione del giudizio» (art. 7, l. n. 205/2000).

Ma non va neanche negletta l'attenzione che il giudice amministrativo presta alle conseguenze delle proprie decisioni, non potendo ignorare se una certa modulazione del sindacato possa rivelarsi disfunzionale rispetto all'esercizio di una determinata funzione amministrativa nei rapporti con la giurisdizione, sia rispetto al caso concreto scrutinato, sia rispetto al ripetersi di decisioni amministrative in casi simili. Si faccia un semplice esempio: sarebbe ragionevole che per un concorso universitario si ricorra ad una CTU con la quale si affidi ad un professore di esprimere un giudizio sulla qualità scientifica dei titoli? Certamente no, sia in quanto i componenti della commissione, per la loro veste accademica, sono per definizione al vertice delle conoscenze e non si vede perché dovrebbe essere più attendibile il giudizio di un pari scelto come consulente, sia in quanto altrimenti ogni concorso porterebbe inevitabilmente ad un'impugnazione in cui il tutto verrebbe sempre rimesso a quel professore consulente, che ha la stima, bene o mal riposta, dei giudici e che si ergerebbe ad una sorta di superbarone universitario. Si comprende dunque facilmente perché la giurisprudenza qualifichi come questioni di merito le censure ai giudizi scientifici, limitandosi a sindacarne la manifesta illogicità.

In definitiva, la discrezionalità tecnica è sindacabile con i principi dell'eccesso di potere, né appare ragionevole andare oltre in termini generali, poiché passare il guado di Cammeo produrrebbe, sempre che in effetti praticabile con i mezzi di cui dispone il giudice amministrativo, l'effetto troppo schematico di una continuativa ingerenza sostitutiva, il che, da un lato, si tradurrebbe, con scarso realismo, in un eccessivo ostacolo di carattere sistematico all'azione amministrativa, d'altro lato, e soprattutto, finirebbe per delegittimare lo stesso giudice amministrativo, da quando almeno, nella forma istituzionale, esso da organo grazioso è divenuto organo giurisdizionale. Altro è invece che frammentariamente, nella necessaria elasticità dell'eccesso di potere, possa in concreto financo pervenirsi ad una piena ingerenza per ragioni

di giustizia, frutto del convincimento del cacciatore dell'arbitrio nello spostare all'occorrenza, in linea con la preziosa sostanza della tradizione graziosa, il limite tra discrezionalità e merito.

In tutto questo, se, per grandissime linee, è ravvisabile una particolarità del sindacato sulla discrezionalità tecnica nella storia dinamica dell'eccesso di potere, essa quindi può forse individuarsi in un sindacato tendenzialmente più prudente rispetto al sindacato della stessa discrezionalità amministrativa, e ciò in ragione non tanto di una preclusione di principio, bensì dell'obiettivo maggiore difficoltà insita nell'oggetto del sindacato, a misura e graduazione dell'importanza dei corpi tecnici dell'amministrazione interessati e della complessità delle questioni ⁽²⁰⁸⁾.

8. I pericoli di irrigidimento normativo e di involuzione autoritaria delle recenti generazioni di giudici amministrativi.

Nella vulgata o almeno in una parte di essa, in consonanza con la moda civilizzante, è facilmente riscontrabile l'idea che, in omaggio al principio di legalità, più si disciplina per via legislativa il processo amministrativo, più si dà al giudice amministrativo la veste di una vera giurisdizione, nel segno della certezza, della riduzione dell'arbitrio e dunque di un'autentica tutela del cittadino, come se — par di sognare — il Consiglio di Stato, con la sua storia, avesse bisogno di un *surplus* di legittimazione.

Anzi, la predeterminazione normativa delle regole processuali è a volte considerata ancor più importante di quella delle regole sostanziali ⁽²⁰⁹⁾.

Va subito chiarito che non si condivide in alcun modo l'affrontare il problema guardando alla giurisdizione *tout court*, poi-

⁽²⁰⁸⁾ Non è a caso che, persino nell'ordinamento tedesco, ove nel corso del Novecento si affermò l'idea che la discrezionalità tecnica appartenesse ai presupposti della norma, sul piano pratico, la giurisprudenza abbia finito per mostrare segni simili di *self restraint*: v., al riguardo, D. DE PRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1995.

⁽²⁰⁹⁾ Così ad es. F. SAITTA, *Regole processuali, indeterminazione e creazionismo*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 343.

ché, lo si ripete ancora, la giustizia amministrativa ha una propria storia e l'approccio generalista, secondo quanto, in ipotesi, predicabile per la giurisdizione ordinaria, penale o civile, può condurre soltanto ad effetti travisanti o dannosi.

La suddetta vulgata ignora anzitutto che la necessaria elasticità del giudice pretore è una condizione che riguarda in un tutt'uno sia il diritto sostanziale, sia il diritto processuale. La diffidenza ottocentesca degli amministratoristi per la codificazione della parte generale era in questo senso comprensiva, puntando al giudice pretore anche come inventore del proprio processo ⁽²¹⁰⁾. Del resto, in una giurisprudenza pretoria è del tutto naturale che sostanza e processo siano fortemente compenetrati.

In questi ultimi decenni gli scimmiettamenti civilizzanti hanno invece guadagnato campo nel segno dell'irrigidimento: dall'adozione di un codice del processo amministrativo al rafforzamento della funzione nomofilattica dell'Adunanza plenaria, secondo quel semplificato modellino, rispetto alla complessità del sistema giuspubblicistico, del giudice che applica la legge. Tutte cose di cui sarebbe stato di gran lunga preferibile fare a meno.

Ma ciò che soprattutto si ignora è che, contrariamente all'immaginario dei pensatori geometrici e generalizzanti dell'idea di giurisdizione, quanto più si irrigidisce il sistema della giustizia amministrativa, quanto più si riducono le *chance* di tutela del cittadino.

Si prenda, ad es., tutta quella corrente dottrinarica che ha inseguito l'obiettivo di garantire un giudizio unico e definitivo, in modo che, sull'esempio della giurisdizione civile, il cittadino sappia subito, una volta e per tutte, ciò che gli spetta o che non gli spetta. Come si è osservato in altre occasioni ⁽²¹¹⁾, ciò che sem-

⁽²¹⁰⁾ É. LAFERRIERE, *op. cit.*, vol. I, VII, afferma che «Il legislatore ha voluto che fosse così; ha dichiarato più volte, e non senza motivo, che il contenzioso amministrativo non poteva essere rinchiuso nelle formule rigide dei testi legislativi. Per questo ha conferito al Consiglio di Stato una delega molto ampia per definire, tramite la sua giurisprudenza, le regole del diritto applicabile alle liti amministrative».

⁽²¹¹⁾ Ad es., M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione*, cit., 310.

brerebbe un incremento della tutela si risolverebbe facilmente nel suo contrario, poiché il giudice, messo di fronte all'immediatezza di un giudizio tranciante, sarebbe costretto, in presenza anche di un briciolo di discrezionalità, a rigettare il ricorso. Non possiamo dunque che ritenerci fortunati se la fumisteria dell'introdotta azione di adempimento lasci pur sempre come condizione di ammissibilità il residuo di uno spazio di discrezionalità, sicché, in tal caso, potrebbe derivarne soltanto una pronuncia in rito e non un giudizio sostanziale in danno del cittadino.

È invece proprio nell'elasticità, di un giudice che ha la possibilità, a seconda delle circostanze, di graduare il proprio sindacato e i vizi accolti, che si offrono ulteriori *chance* di tutela: meglio avere questa *chance*, pur con l'eventuale costo di fronteggiare più di un giudizio, che non averla affatto.

Ovviamente quella del giudizio amministrativo è una elasticità che, per altro verso, non preclude affatto che, in prima o in ulteriore battuta, l'effetto conformativo sul riesercizio del potere amministrativo possa coprire per intero i presupposti dell'atto, grazie alla valenza sostanzialmente condannatoria che, come si è osservato in altra occasione ⁽²¹²⁾, hanno tutte le pronunce del giudice amministrativo, sempre suscettibili di ottemperanza, quale che ne sia il dispositivo (di annullamento o altro).

L'istruttoria processuale non sfugge alla medesima *ratio*: come si è già detto, l'elasticità dell'istruttoria non è in tal senso altro che uno strumento dell'elasticità equitativa del giudizio ⁽²¹³⁾ e del bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, come pure può ricavarsi dalla giurisprudenza ⁽²¹⁴⁾, nel segno di

⁽²¹²⁾ M. MAZZAMUTO, *Le tecniche di attuazione*, cit., 292.

⁽²¹³⁾ Non si condivide dunque di recente F. SAIITA, *La distribuzione dell'onere della prova nel processo amministrativo, tra principi e regole*, in *Il Processo*, 2025, 130, che ribadisce l'opinione già espressa in precedenza in favore di un maggior intervento legislativo nell'istruttoria per delimitare la discrezionalità del giudice amministrativo.

⁽²¹⁴⁾ Così Corte Giust. amm. Sic, n. 29 giugno 1989, n. 239, ove la formula del principio dispositivo con metodo acquisitivo viene declinata nel senso che, da una parte, «il ricorrente deve poter conseguire *iussu iudicis* l'accesso al materiale probatorio in possesso dell'Amministrazione che sia necessario per dimostrare la fondatezza della

favorire il più possibile il ricorrente.

Fa così una certa impressione vedere a volte giudici amministrativi che in luogo di stare alla tradizionale flessibilità dei principi si attaccano, come se fossero dei giudici civili, al metodo tutto esegetico della interpretazione della lettera delle quattro norme del codice, con il pericolo di ricavare, qua e là, rigide soluzioni generalizzanti.

Sullo sfondo vi è anche un altro motivo di preoccupazione.

Specie per responsabilità della dottrina universitaria, di giuristi dimentichi della propria tradizione o che ne hanno fatto oggetto di liquidatori travisamenti, la moda pluridecennale del filoprivatismo autoritario ha finito per permeare la formazione di diverse generazioni di giuristi e dunque anche di giudici amministrativi. Si ha così non di rado la sensazione di trovarsi di fronte a consiglieri di Stato affetti o, sarebbe più esatto dire, travati da una *forma mentis* civilistica, con tutto ciò che inevitabilmente ne può conseguire in termini di riduzione della tutela, come, ad es., può ravvisarsi nella pessima prova data dall'Adunanza plenaria a proposito della *vicinitas* ⁽²¹⁵⁾. L'analfabetismo della tradizione

sua pretesa; e — dall'altra — che il processo amministrativo ha anche la funzione di assicurare la giustizia nell'amministrazione, ai sensi dell'art. 100 Cost., e cioè di assicurare un giusto temperamento degli interessi pubblici e privati oggetto dell'attività amministrativa».

Non coglie il valore storico-sistematico di quest'ultima indicazione, rimanendo colto dalle solite geometrie A. DEGLI ESPOSTI, *Appunti sull'istruttoria nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, 297, anche in nota, che, a commento della pronuncia, parla di «un'espressione verbale che, seppur dotata di fascino, pare piuttosto astratta», «oltre che non del tutto precisa dal punto di vista tecnico-processuale» poiché «sembra arbitrario estendere all'ambito dei criteri che devono reggere l'operato del giudice sino alla decisione, un principio — quello del temperamento degli interessi pubblici e privati — che riguarda la regola di condotta della P.A., e quindi elaborato con riferimento alla funzione amministrativa sostanziale».

⁽²¹⁵⁾ Cons. Stato, Ad. Plen., 9 dicembre 2021, n. 22, sulla quale M. MAZZAMUTO, *La malasorte della vicinitas: ulteriore segno dei tentativi di rottura della gloriosa tradizione della giustizia amministrativa*, in *Studi in onore di Filippo Salvia*, a cura di G. CORSO - M. IMMORDINO, Napoli 2022, 471 ss. Non può così che dissentirsi radicalmente da quanto da ultimo ritenuto da L. BERTONAZZI, *Per il superamento della legittimazione da vicinitas*, in *Dir. proc. amm.*, 2026, 35 ss., che vorrebbe rimandare alla sola qualificazione normativa degli interessi, con il che si determinerebbe una chiara involuzione autoritaria della

purtroppo oggi non è più soltanto, come si è già avuto occasione di evidenziare ⁽²¹⁶⁾, riferibile all'accademia, ma di riflesso anche ai giudici amministrativi, di chi avrebbe dovuto essere invece in prima fila nel salvaguardare il proprio glorioso patrimonio istituzionale. Mi ha sempre molto colpito al riguardo quanto, in una chiaccherata informale, mi rappresentava diversi anni fa un ex consigliere di Stato: se gli odierni consiglieri possono ancora recare tratti della tradizione, ciò è ormai un frutto inconsapevole del loro operato.

Tutto questo ha trovato anche alimento nell'altro rivolo di una politica di reclutamento dei consiglieri di Stato che guarda sempre meno alla provenienza amministrativa e sempre più a quella giurisdizionale, pure, di male in peggio, imbarcando all'occorrenza ex consiglieri di Cassazione. Si dimentica ancora una volta la peculiarità dei giudici dei pubblici poteri e che solo chi proviene dall'amministrazione può aggiungere quell'insostituibile apporto conoscitivo per consentire un vero e profondo sindacato alla ricerca dell'arbitrio, così come, *mutatis mutandis*, il nostro giudice delle leggi è, non a caso, composto non da soli giudici, ma anche da personalità provenienti dal mondo politico, per meglio sindacare la discrezionalità del legislatore.

Non meno dannosa è la tendenza a contrastare la possibilità che i consiglieri di stato, come se fossero dei semplici giudici ordinari, svolgano incarichi governativi, non solo privando il governo della nazione del loro tradizionale e prezioso apporto, presumibile garanzia anticipata di competenza e imparzialità, così

giustizia amministrativa, buttando alle ortiche la tradizione garantista di due secoli di storia, in nome di un malinteso e illiberale legicentrismo democraticistico.

Non mancano tuttavia indici giurisprudenziali che sembrano volerne ridimensionare la portata del *revirement*, valorizzando i casi di immediatezza della vicinanza, sull'esempio della giurisprudenza francese (Corte Giust. amm. Sic., 20 dicembre 2022, n. 1296, 16 gennaio 2023, n. 48 e 6 marzo 2023, n. 177), o di contiguità (Cons. Stato, 23 settembre 2025, n. 7480; Corte Giust. amm. Sic., 22 dicembre 2025, n. 1011).

⁽²¹⁶⁾ M. MAZZAMUTO, *Orlando uno e trino versus Orlando dimenticato o immaginario*, in *Alla ricerca del metodo nel diritto pubblico. Vittorio Emanuele Orlando reloaded*, a cura di F. CORTESE - C. CARUSO - S. ROSSI, Milano, 2020, 309 ss.

come da sempre avviene in sede consultiva ⁽²¹⁷⁾, ma eliminando altresì un'altra importante fonte di conoscenza dell'amministrazione, che si accompagnava anche qui a quella consultiva ⁽²¹⁸⁾, ai fini di un migliore esercizio della funzione giurisdizionale.

Tracce di autoritarismo non sono però solo rintracciabili nella moda privatistica ⁽²¹⁹⁾, ma anche, e con un ulteriore capitolombolo dei paradigmi travisanti, in una parziale riesumazione di una *ratio* autoritaria del mai realizzato modello della giurisdizione obiettiva. È quanto sembra potersi ricavare da un recente contributo di un valente consigliere di Stato ⁽²²⁰⁾. Di contro ad un presunto effetto civilizzante del codice si offre un condivisibile quadro sistematico improntato ancora alla specialità del processo amministrativo, tanto che l'istruttoria continuerebbe a far capo ad una disciplina «autonoma e unitaria», segnata da «peculiarità strutturali» e dunque da «una fisionomia apprezzabilmente differente da quella del processo civile». Così, ad es., si evidenzia la natura «tutta processuale» del regime delle prove, rispetto alla ripartizione civilistica tra dimen-

⁽²¹⁷⁾ Già nel XIX sec., a proposito del Governo monarchico-costituzionale «la cui essenza sta nella divisione e ponderazione dei poteri, ed il cui ordinamento è vieppiù perfetto laddove la responsabilità ministeriale è con opportune cautele circondata, acciò non tramodi in atti arbitrari od inconsiderati», si valorizzavano le varie funzioni consultive del Consiglio di Stato, «in guisa che la responsabilità del Governo sia tanto più grave in quanto che l'atto fu preparato colla maturità di un ponderato ed imparziale consiglio»: Cons. Stato (parere), 27 marzo 1861, in *Rivista amministrativa del regno*, 1861, 556 ss..

⁽²¹⁸⁾ Non meno chiaro nella tradizione era che la funzione consultiva e quella contenziosa fossero di ausilio l'una all'altra, dunque anche a vantaggio di quest'ultima. Ancora valido è quanto si affermava nel rapporto Dumon del 1843, citato da L. AUCOC, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789, ses transformations, ses travaux et son personnel*, Parigi, 1876, 127: «Noi crediamo che la riunione delle due funzioni del Consiglio di Stato è favorevole all'esercizio di entrambe. Si preparano meglio le decisioni amministrative quando si ha l'esperienza delle difficoltà contenziose che possono far nascere; si risolvono meglio le difficoltà contenziose quando si conosce lo spirito delle decisioni amministrative».

⁽²¹⁹⁾ Vedi per una, pur ben fatta, esercitazione di schematismo civilistico, che non ci si aspetterebbe da un giudice amministrativo, G. SERRA, *L'onere della prova nel processo amministrativo*, in *L'istruzione nel processo amministrativo*, cit., 211 ss., che pretende con ciò di accedere ad una «moderna» concezione della prova. Verrebbe da dire che sarà pur moderna per l'ordito privatistico, ma non si vede perché essa debba costituire un paradigma ordinante il sistema della giustizia amministrativa.

⁽²²⁰⁾ G. CARLOTTI, *op. cit.*, *passim*.

sione statica (sostanziale) e dinamica (processuale); la difficoltà di distinguere tra fatti primari e secondari; il mantenimento di una posizione «potenzialmente più interventista» del giudice amministrativo rispetto a quello civile, riconducendo il metodo acquisitivo al principio inquisitorio, come sarebbe ricavabile dall'obbligo di collaborazione dell'amministrazione, anche se non costituita (art. 46, comma 2), e ciò per la presenza di interessi pubblici la cui tutela esige elementi di giurisdizione obiettiva. Persino il tradizionale ruolo anche processuale del giudice pretore non appare invero accantonato, se il codice, per quanto incrementando la disciplina normativa rispetto al passato, presenta pur sempre un carattere «snello», fatto di poche disposizioni, e si presta dunque ad essere «completato, ancor oggi» dal contributo giurisprudenziale.

Se si fa un confronto astratto con i *patres* può apparire che, nei contenuti strutturali, siano più le similitudini che le differenze, né impressiona di per sé che si evochi la tutela dell'interesse pubblico, unitamente alla correlativa sussistenza di elementi di giurisdizione obiettiva, poiché, come si è detto, nella giuspubblicistica liberale anche un siffatto modello nascondeva in realtà la volontà di mantenere un sistema garantista ⁽²²¹⁾.

È entrando in taluni rivoli che si coglie tuttavia una serpeggiante attitudine autoritaria: il regime del principio di prova e della disponibilità viene predicato parimenti a favore dell'ammi-

⁽²²¹⁾ Così può evidenziarsi come il costrutto inquisitorio di Carloti coincida con quello di G. ZANOBINI, *op. cit.*, II, 296, che, nel confronto col giudice civile, osservava che «Il giudice amministrativo, invece data la prevalenza del pubblico interesse nel relativo giudizio, è investito di funzioni inquirenti (...) in modo da assicurare la massima possibile chiarezza e certezza intorno alla realtà dei fatti» e che «l'amministrazione, nel fornire i vari elementi istruttori, abbandona la sua qualità di parte, per riprendere quella di autorità che collabora col giudice alla ricerca del vero e alla formazione di una sentenza giusta». Con l'avvertenza che siffatto assunto, in un nipote della giuspubblicistica liberale palermitana, ha solo un'apparenza di autoritarismo, qui probabilmente più necessitata per un manuale scritto in epoca fascista, tanto è vero che le pronunce citate a corredo in nota da Zanobini riguardano controversie nelle quali il Consiglio di Stato accoglie i ricorsi per eccesso di potere, dunque, come nella realtà della tradizione, nel segno di un'attitudine inquisitoria che in concreto opera principalmente in funzione non della «prevalenza del pubblico interesse» ma della tutela del ricorrente.

nistrazione, nei cui confronti sarebbe altresì configurabile il soccorso istruttorio del giudice; si sminuisce la posizione di disparità del cittadino, che oggi gode dei rimedi della trasparenza, anzi la disparità si presenta a volte capovolta, quella di un'amministrazione debole di fronte a poteri privati.

In altre parole, si prende, pur solo in parte, il modello di giurisdizione obiettiva e, facendo questa volta coincidere l'apparenza con la sostanza, lo si fa proprio di contro all'ispirazione liberale del modello della storia reale della giustizia amministrativa, ove elasticità e propensione inquisitoria sono stati principalmente utilizzati in funzione della tutela dei ricorrenti, di un'autentica e originaria giustizia subiettiva.

Affermare che bisogna tenere conto dell'interesse pubblico non è affatto una novità, perché la considerazione di tale interesse ha sempre fatto parte del bilanciamento: cosa fa immancabilmente il giudice amministrativo, specie nel momento delicato della cautela da cui dipendono le sorti della tutela in forma specifica, se non saggiare il peso degli interessi coinvolti? Ma da quei rivoli evocati sembra che dell'interesse pubblico si auspichi una maggiore considerazione, come se vi fosse al riguardo non una occasionale, ma una strutturale debolezza dell'amministrazione da compensare, dimenticando che il compito storico del giudice amministrativo non sta tanto o soltanto nel farsi carico, come è ovvio, dell'interesse pubblico, che ha già dalla sua parte l'esercizio dei poteri amministrativi, ma sta anzitutto nel dare al ricorrente una *chance* di tutela, indagando seriamente, e con la massima elasticità equitativa, se e in che misura ciò sia possibile.

E senza tralasciare che l'interesse pubblico ancor prima di essere oggetto di tutela e quindi di bilanciamento con l'interesse privato costituisce già un limite dell'azione amministrativa. È in tal senso a sproposito che si critica l'idea che il giudice amministrativo sia giudice dell'interesse pubblico, come se fosse un segno di autoritarismo, poiché tutt'al contrario e a differenza dell'interesse espressione dell'autonomia privata del cui perseguimento nessun terzo può avvalersi, l'interesse pubblico è oggetto di sindacato e

di ciò ne trae già un indiretto vantaggio il ricorrente che invece di tale sindacato può avvalersi per contestare la legittimità del provvedimento.

È certo inevitabile che a volte, specie quando vengono in gioco interessi pubblici di primaria importanza, l'indagine del giudice possa in qualche modo agevolare l'amministrazione, sino all'estremo, che sarebbe di regola patologico, di un giudice che si sostituisce nel dare un proprio fondamento al provvedimento impugnato o *motu proprio* o grazie ad un'ammessa eccedenza dei chiarimenti richiesti all'amministrazioni⁽²²²⁾, finendo così, tra l'altro, per elidere l'eventuale rilievo dei vizi di difetto di istruttoria e di motivazione. Non esistono sistemi perfetti. Ciò che conta è però che sul piano sistematico l'attitudine generale sia rispondente a quel compito storico di tutela del cittadino.

Desta così sconcerto che, con un capovolgimento parificatorio e sulla base di un approccio esegetico puramente letterale, si prospetti di valorizzare il fatto che l'art. 64, comma 1, faccia riferimento alle parti senza distinzioni, di contro all'orientamento tradizionale che ha sempre o quantomeno principalmente guardato alla sola tutela del ricorrente⁽²²³⁾. Una cosa è che occasionalmente l'approfondimento officioso possa in qualche modo favorire l'amministrazione, altra cosa è affermare in generale che l'onere della prova attenuato, unitamente alla possibilità di un soccorso istruttorio giudiziale, varrebbe anche per l'amministrazione. Un'idea del genere significherebbe depotenziare in radice l'onere, pur di incerta latitudine, che l'amministrazione ha di accertare i presupposti di fatto e di diritto delle proprie decisioni, e ne deriverebbe inaccettabilmente che *de plano* si possa consi-

⁽²²²⁾ G. CORSO, *Istruttoria nel processo amministrativo*, in *Enc. giur.*, appendice, Torino, 2003, 8: «L'efficacia probatoria dei chiarimenti è limitata dal principio, formulato da una giurisprudenza assolutamente prevalente, che vieta all'amministrazione di integrare attraverso le difese giudiziali la carente motivazione dell'atto impugnato».

⁽²²³⁾ Corte Giust. amm. Sic., 29 giugno 1989, n. 239: «nel caso inverso — in verità eccezionale — di materiale probatorio in possesso del ricorrente e favorevole all'Amministrazione, questa non possa invece chiederne al giudice l'acquisizione, in mancanza di una norma che lo consenta».

derare sufficiente un provvedimento sostenuto da un principio di prova, sempre integrabile, in giudizio, con l'aiuto del giudice.

Desta non meno sconcerto che, probabilmente a causa delle ideologie diffuse in questi ultimi decenni, nell'odierna giurisprudenza, o almeno in una sua parte, si ravvisino pronunce che, dietro le statuizioni conclusive di inammissibilità di censure che investirebbero il merito amministrativo, nascondano non un giudice che abbia provato a mettervi dentro le mani, che cioè abbia svolto seriamente il suo mestiere di cacciatore dell'arbitrio, nel senso quantomeno di verificare se sussistano delle ragioni di approfondimento, come era di solito ricavabile, in modo più o meno esplicito, dal tessuto motivazionale delle pronunce tradizionali, bensì un giudice che trova un facile e tranciante motivo di rigetto del ricorso a tutela dell'amministrazione.

Non sfugge peraltro l'impressione che in ciò, a detrimento della sacra funzione della giustizia, possa anche giocare la condizione di giudici ormai ossessionati dallo smaltimento dei carichi di lavoro e dalla produttività, cioè da quella «ragioneria giurisdizionale» cui, in altra occasione ⁽²²⁴⁾, si è fatto riferimento.

9. Principio di prova, disponibilità della prova, non contestazione, argomenti di prova, trattamenti differenziati a seconda delle posizioni soggettive e delle azioni, più probabile che non, regola di giudizio.

Ragionare sui principi di un gigantesco patrimonio secolare dovrebbe essere, almeno per chi scrive, sufficiente, senza bisogno di attribuire particolare importanza alla esegesi delle quattro norme del codice, cui solo per completezza, malvolentieri, ci sottoporremo.

Sono queste quattro norme che infatti, nello scimmiettare frammenti di disciplina processualcivile, hanno creato in taluni una grande suggestione, come se da ciò, indipendentemente dal re-

⁽²²⁴⁾ M. MAZZAMUTO, *L'effettività della giustizia amministrativa*, in *Prospettive della giustizia amministrativa*, cit., 41 ss..

sto e soprattutto dal quadro storico-sistematico della giustizia amministrativa, possa farsi derivare un sostanziale accomunamento all'ordito del processo civile. A parte la dottrina, desta pure, in chi scrive, il più vivo disappunto incrociare a volte pronunce dei giudici amministrativi che si limitano, senza bisogno d'altro, ad evocare indici civilistici ⁽²²⁵⁾, o che ne fanno menzione quasi come a dare per scontato che essi siano direttamente applicabili al processo amministrativo ⁽²²⁶⁾. Il disappunto nasce non tanto dai richiami in sé stessi, fin quando essi abbiano essenzialmente una valenza *ad colorandum*, quanto perché da essi sembra appunto emergere, parimenti a certa dottrina, l'ideologia di una ben più densa indicazione di comunanza sostanziale tra giudizio amministrativo e giudizio civile, segno palpabile dell'influenza esercitata da decenni di deriva filo-privatistica. È sbalorditivo che vi siano consiglieri di Stato che non si avvedano del come insistere in una siffatta attitudine non potrebbe portare che ad una despecializzazione e infine ad una disparizione della giustizia amministrativa: un autentico *harakiri* e soprattutto un gravissimo danno per la tutela dei cittadini.

A ben vedere, le previsioni codicistiche sono alquanto inconcludenti, così come sono inconcludenti gli assunti di coloro che vorrebbero valorizzarle, se con ciò si intenda prospettare un capovolgimento di paradigma.

L'inconcludenza è ascrivibile ad almeno due ordini di considerazioni.

In primo luogo, secondo un diffuso convincimento, la stessa lettera del codice non offre in effetti indicazioni univoche, poi-

⁽²²⁵⁾ Ad es. Cons. Stato, 29 gennaio 2026, n. 779, senza manco citare il c.p.a., afferma che «la ripartizione dell'*onus probandi* così declinata è conforme anche al canone pretorio, che informa in concreto la modulazione e l'applicazione della regola astratta ed elastica di cui al citato art. 2697 c.c., di vicinanza (o di riferibilità o prossimità) della prova (SS.UU. Cass. civ., sez. unite, 30 ottobre 2001, n. 13533 sulla prova dell'inadempimento dell'obbligazione)».

⁽²²⁶⁾ Ad es., Cons. Stato, 31 marzo 2025, n. 2671 «La decisione adottata dal Giudice di primo grado non è, pertanto, censurabile anche tenuto conto dell'art. 2697 del codice civile (...), dell'art. 115, comma 1, del codice di procedura civile (...) e dell'art. 64, commi 1 e 2, del codice del processo amministrativo».

ché, accanto alle tracce civilizzanti, rimangono in campo tracce riconducibili alla tradizione. Non è cioè ravvisabile una chiara e decisa discontinuità. Questo dovrebbe già far riflettere. Nei decenni antecedenti al codice, la dottrina si era ampiamente prodigata nell'approfondire alla luce delle concatenazioni civilistiche il processo amministrativo per come era stato ereditato, senza mai pervenire a risultati realmente soddisfacenti e incisivi, sicché il fatto di avere adesso di tali concatenazioni dei riferimenti letterali nel codice non è realmente utile a mutare i termini e gli esiti delle questioni.

In secondo luogo, non sono ravvisabili cambiamenti strutturali nell'assetto complessivo del sistema giuspubblicistico che possano giustificare un avvicinamento alla classica sequenza dell'ordito civilistico, foss'anche quest'ultimo vestito dalle più recenti tendenze pretorie della giurisprudenza civile.

Al riguardo è anzitutto fondamentale, guardando anche al di fuori e prima del processo, fare riferimento alla predeterminazione della fattispecie sostanziale e del riparto obiettivo dell'onere della prova, ovvero sia alla premessa maggiore della sequenza civilistica.

A poco serve infatti evocare, sotto questo profilo, il principio di legalità, se le leggi amministrative non sfuggono normalmente a quei caratteri di insufficienza che le segnano da almeno due secoli. È questo un aspetto che si tende ad ignorare e che invece continua ad influire su tutto il sistema, rendendo futili o difettosi i percorsi *per saltum* di coloro che pensano di potere disquisire direttamente e autonomamente dei meandri più interni dell'istruttoria processuale e della regola di giudizio, tanto più se, come mostra la storia, quei caratteri di insufficienza sembrano costituire una invariante del diritto pubblico moderno e contemporaneo.

Così, ad es., sulla scorta del modello civilistico, si era già tentato nella dottrina precodicistica, come si è visto, di far gravare sul ricorrente, secondo le sue autonome scelte, l'adempimento di un onere di allegazione che comprendesse, oltre i fatti primari, anche quelli secondari, con conseguente limitazione anche per

quest'ultimi dei poteri di acquisizione del giudice, ma non sembra che ciò abbia mai condotto a risultati tangibili. Non è un caso che di recente si ritrovi ancora l'affermazione di come appaia difficile adottare la distinzione tra fatti principali e secondari nel processo amministrativo ⁽²²⁷⁾, e ciò in definitiva, come è stato ben rilevato, perché la distinzione «presupporrebbe la previa determinazione legale delle fattispecie sostanziali», tanto che proprio del ricorrente difetto di tale previa determinazione sembrerebbe tenere conto il codice, non imperniando immediatamente la formulazione dell'art. 64, comma 1, sull'allegazione del fatto, a differenza che nell'art. 2697 c.c. ⁽²²⁸⁾. E se in ipotesi della distinzione ci si possa occasionalmente avvalere, ciò, secondo la giurisprudenza, non impedirebbe affatto l'acquisizione officiosa dei fatti secondari ⁽²²⁹⁾. Nulla dunque di nuovo sul punto ⁽²³⁰⁾.

Si vorrebbe attribuire rilevanza al citato art. 64, comma 1 («spetta alle parti l'onere di fornire gli elementi di prova che siano nella loro disponibilità»), inteso come riproduttivo dell'onere della prova di cui all'art. 2697 c.c., unitamente al criterio pretorio, qui invece codificato, della vicinanza/disponibilità della prova, con una conseguente riduzione dei poteri officiosi del giudice.

⁽²²⁷⁾ G. CARLOTTI, *op. cit.*, 64.

⁽²²⁸⁾ A. PANZAROLA, *op. cit.*, 161.

⁽²²⁹⁾ Così Cons. Stato, 10 ottobre 2018, n. 5911: «se l'introduzione dei fatti principali (per tale intendendosi quelli posti a fondamento delle domande e delle eccezioni) è opera esclusiva delle parti (art. 64, comma 1, c.p.a.), sembra conseguire che il Giudice non possa spingersi alla verifica di fatti, che pure gli appaiono rilevanti ai fini del decidere, se non dedotti dalle parti, salvo che si tratti di fatti secondari (ovvero dedotti in funzione esclusivamente probatoria)»; già T.A.R. Lombardia Milano, 6 maggio 2011, n. 1205, e 7 novembre 2013, n. 2481. O, prima del codice, ad es. T.A.R. Veneto Venezia, 19 ottobre 2007, n. 3336, T.A.R. Puglia Bari, 4 dicembre 2002, n. 5407: «secondo le regole processuali, è onere di chi prospetta una domanda, dare la prova o principio di prova del fatto che pone a base della domanda, salvo il potere del giudice di integrare l'attività istruttoria introducendo fatti secondari rappresentativi dei fatti principali affermati e allegati dalla parte».

⁽²³⁰⁾ Poco si comprende, se non come un forzato omaggio alla tesi benvenutiane, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2026, 279, ove si afferma, riguardo alla possibilità che «i fatti secondari possano essere introdotti anche dal giudice», che «nella giurisprudenza e nella dottrina prevale l'orientamento negativo» e che già prima del codice, «anche la loro allegazione doveva essere riservata alle parti».

Non vi è forse norma sull'istruttoria più densa di suggestioni e di incertezze.

In primo luogo, contemplare che spetti alle parti l'onere della prova può, come l'art. 2967 c.c., avere un significato solo come norma di rimando alle fattispecie sostanziali, ma se, lo si ripete ancora, come avviene normalmente nel sistema pubblicistico, la fattispecie sostanziale non è al riguardo di ausilio, l'utilità *in parte qua* della prescrizione si svuota. Poco vi è dunque da compiacersi per i civilizzatori di questo suggestivo, quanto sterile rispecchiamento.

In luogo dell'art. 2967 c.c. è allora il criterio della disponibilità che potrebbe *in toto* supplire, recuperando nella sede processuale, in luogo del difetto della previa sede sostanziale, un criterio di riparto obbiettivo che attraverserebbe tutte le fattispecie. In tal caso, il giudice amministrativo continuerebbe a effettuare il riparto (processuale) dell'onere della prova, ma, questa volta, sulla base appunto di un criterio obbiettivo, così come sulla base di tale criterio verrebbe ad essere condizionata la modulazione dei poteri officiosi del giudice, ponendo un limite alla componente inquisitoria.

È bene subito precisare che anche a voler, in ipotesi, ritenere che la disponibilità della prova sia divenuto il criterio ordinante dell'istruttoria amministrativa, rimarrebbe una distanza siderale dal processo civile. Una cosa è un sistema, quello civilistico, nel quale tale criterio intervenga occasionalmente, in via sussidiaria⁽²³¹⁾, come correzione equitativa di un riparto della prova che di regola ha pur sempre a monte una predeterminazione sostanziale nelle norme cui rimanda l'art. 2967 c.c., altra cosa sarebbe, in ipotesi, un sistema, quello amministrativo, nel quale tale criterio costituisca l'unico parametro del riparto. Del resto la dottrina processualcivilistica non sembra aver mai prospettato per il proprio

⁽²³¹⁾ V. anche M. RAGUSA, *op. cit.*, 188, nota, che, alla luce della giurisprudenza della Cassazione, condivisibilmente dissente da C. SERENI LUCCARELLI, *L'accesso al fatto nel processo amministrativo*, Bologna, 2024, 140 ss., che nel principio di vicinanza individua una sostanziale identità tra processo civile e processo amministrativo.

processo che il criterio della disponibilità possa divenire sostitutivo e non soltanto correttivo dell'art. 2697 c.c. ⁽²³²⁾.

Né, nella stessa parte in cui si applica il criterio della disponibilità, ci si può avventurare in facili richiami alla giurisprudenza civile: come si è già evidenziato, non si vede cosa mai potrebbe ricavarsi da calibrature riguardanti rapporti paritari tra privati per il ben diverso mondo in cui confliggono interesse pubblico e interesse privato e dove insiste la variabile di un'amministrazione che ha pur sempre, per quanto di incerta latitudine, un obbligo di accertamento dei presupposti di esercizio dei propri poteri.

Se già queste obiezioni preliminari sono di ostacolo a qualsivoglia accomunamento sistematico tra i due processi, è, in radice, lo stesso assunto che la disponibilità della prova possa assurgere a criterio ordinante a non essere affatto di piana configurazione.

Il primo aspetto di grave incertezza è dovuto al fatto che la norma evoca non solo la «disponibilità», ma anche gli «elementi» di prova. Il rapporto tra questi due riferimenti letterali può infatti dar luogo ad interpretazioni antitetiche.

Si potrebbe pensare che il riferimento agli elementi non preconstituisca un *quantum* fisso, ma sia una variabile dipendente dalla disponibilità. Il metro di misura cioè sarebbe di volta in volta relativo a quanto, poco o molto, sia nella disponibilità, che diverrebbe appunto il criterio sovraordinato. Non a caso si finisce in quest'ottica per ritenere a volte che il codice, abbracciando il criterio della disponibilità, avrebbe al contempo abbandonato quello del principio di prova. Il principio di prova perderebbe cioè ogni autonoma valenza, traducendosi al più in una possibile concretizzazione del criterio della disponibilità, quando cioè si abbia la disponibilità del solo principio di prova. Anzi, si potrebbe per questa via anche giustificare quella giurisprudenza che tradizionalmente neanche esige un principio di prova, ma si accontenta della sola rappresentazione attendibile dei fatti ⁽²³³⁾, sempre che

⁽²³²⁾ Si veda: A. PANZAROLA, *op. cit.*, 210, nota.

⁽²³³⁾ V. ancora al riguardo C.E. GALLO, *La prova nel processo amministrativo*, Milano, 1994, 49; R. VILLATA, *op. cit.*, 222.

nella giurisprudenza tale larghezza sia realmente riconducibile all'indisponibilità dello stesso principio di prova e non invece, come ci sembra, ad un'autonoma attitudine equitativa.

Ma con ciò si sta in sostanza dicendo che il legislatore avrebbe inutilmente evocato gli elementi, atteso che allora sarebbe stato del tutto sufficiente menzionare l'onere della prova di cui si ha la disponibilità, similamente alla più asciutta lettera all'art. 2967 c.c., pur integrata dalla giurisprudenza civile sulla vicinanza/disponibilità della prova.

L'esegesi può infatti andare in tutt'altra direzione. Non si può certo dire *de plano* che il riferimento agli elementi sia in sé casuale o eccentrico, potendosi invece facilmente riportare al passato, cioè, persino nella sua letteralità, a quegli stessi elementi di cui parlava Raggi, sicché l'onere della prova era nel processo amministrativo «quantitativamente» diverso da quello imposto nel processo civile, o, *mutatis mutandis*, a quel principio di prova di cui parlava Cammeo e di cui la giurisprudenza ha sempre fatto applicazione. E non si vede perché mai una disposizione ambigua, che non contiene quindi una inequivoca volontà innovativa, debba essere letta in contrasto con una tradizione centenaria: in un ordinamento giuridico serio i principi non si possono far saltare con qualche giochetto esegetico di comodo.

La stessa giurisprudenza continua del resto ad evocare il principio di prova, unicamente al criterio meno gravoso per il ricorrente della sola attendibilità dei fatti rappresentati e della specificità dei motivi ⁽²³⁴⁾. Si tratta di un dato, nella quantità e nella

⁽²³⁴⁾ Cons. Stato, 16 marzo 2026, n. 2158: «secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, nel processo amministrativo, pur operando il principio dispositivo temperato dal metodo acquisitivo, la parte ricorrente è comunque tenuta ad offrire quantomeno un principio di prova o ad allegare circostanze concrete idonee a consentire al giudice l'attivazione dei poteri istruttori, non potendo il metodo acquisitivo tradursi in una surrettizia inversione dell'onere probatorio né nella sostituzione del giudice alla parte onerata (Cons. Stato, 30 aprile 2020, n. 2761; 10 aprile 2020, n. 2374; 8 maggio 2023, n. 4596; 5 marzo 2025, n. 1883). Ne consegue che non è sufficiente dedurre in via generica un vizio dell'azione amministrativa, occorrendo invece indicarne il profilo specifico e le circostanze fattuali dalle quali possa desumersi la sua effettiva sussistenza, a pena di inammissibilità per genericità della censura (Cons. Stato, 20 marzo 2023, n. 2285; 7

varietà delle fattispecie, così diffuso e persistente da rendere già del tutto velleitaria l'idea che l'adozione codicistica del criterio della disponibilità abbia fatto venir meno il criterio del principio di prova. E poco importa se la categoria appaia dommaticamente insoddisfacente: se ne trovi altra che si preferisce, purché la *cosa* rimanga quella che è.

Ma ancor più significativo, in tale direzione, è che persino quando la giurisprudenza ricorre esplicitamente al criterio della disponibilità per gravare dell'onere probatorio il privato non ne fa di per sé derivare l'assorbimento di quello del principio di prova. Così, ad es., pur se si afferma che spetta al privato, in base alla disponibilità/vicinanza, la prova della data di realizzazione del manufatto edilizio abusivo ⁽²³⁵⁾, si ritiene ancora sufficiente che vengano soltanto offerti «elementi rilevanti» ⁽²³⁶⁾, ovvero sia un principio di prova, in tal caso spettando semmai all'amministrazione offrire una prova contraria ⁽²³⁷⁾.

L'assunzione della disponibilità come criterio esclusivo incontra in ogni caso un altro ostacolo difficilmente superabile e relativo a ciò che ne dovrebbe costituire l'esito finale, ovvero sia una limitazione dei poteri officiosi del giudice, la cui misura andrebbe appunto subordinata alla sola indisponibilità della prova.

Si è ben evidenziato ⁽²³⁸⁾ che il permanere di profili inquisitori troverebbe, tra l'altro, chiara conferma nel dovere di collaborazione dell'amministrazione, «anche quando (...) giovino alle tesi difensive del ricorrente», parimenti a quanto già osservava

dicembre 2022, n. 10713; 29 novembre 2022, n. 10483)». Per qualche riferimento al principio di prova, da ult., *ex multis*: Cons. Stato, 20 marzo 2026, n. 2377; 19 marzo 2026, n. 2362; 19 marzo 2026, n. 2357; 17 marzo 2026, n. 2277; 17 marzo 2026, n. 2208.

⁽²³⁵⁾ Ad es., Cons. Stato, 6 febbraio 2019, n. 903: prova che «solo il privato può fornire (in quanto ordinariamente ne dispone e, dunque, in applicazione del principio di vicinanza della prova)».

⁽²³⁶⁾ Cons. Stato, 23 novembre 2023, n. 10054, che offre una ricostruzione del quadro giurisprudenziale.

⁽²³⁷⁾ Cons. Stato, 21 ottobre 2022, n. 9010: «qualora la parte onerata abbia fornito sufficienti elementi probatori (...) pure ove non sia raggiunta la certezza processuale sulla datazione delle opere ... spetta alla parte pubblica fornire elementi di prova contraria».

⁽²³⁸⁾ G. CARLOTTI, *op. cit.*, 89.

Orlando sulla deroga, nel processo amministrativo, al principio *nemo tenetur edere contra se*. Significativo sarebbe in tal senso l'obbligo di produrre gli atti procedurali (art. 46, comma 2) e, in caso di inadempimento, il «doveroso» intervento d'ufficio del giudice (art. 65) ⁽²³⁹⁾, il che varrebbe, secondo la giurisprudenza ⁽²⁴⁰⁾, anche in appello. Si potrà dire che è pur sempre qualcosa di cui l'amministrazione ha la disponibilità, ma si tratterebbe soltanto di una coincidenza, poiché non è questa la *ratio* che muove tali disposizioni, tanto che si prescinde da ciò che, in ipotesi, sia al contempo nella disponibilità del ricorrente. Siamo invece pienamente dentro la tradizione inquisitoria, che storicamente, come si è visto, è stata soprattutto messa a servizio della tutela del ricorrente. Non va peraltro dimenticato che questo obbligo di collaborazione non solo può rafforzare gli assunti del ricorso introduttivo, ma può costituire ragione per allargare il *thema decidendum* con la presentazione di motivi aggiunti.

Significativo è un caso in cui la giurisprudenza ha appunto statuito che l'amministrazione deve comunque dare adempimento al suddetto obbligo collaborativo anche «a prescindere dalle allegazioni documentali fornite dal ricorrente» e dunque a prescindere dalla disponibilità o meno della prova da parte di quest'ultimo ⁽²⁴¹⁾.

⁽²³⁹⁾ Già V. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 19 ss., con riferimento all'obbligo di produzione della p.a. di cui all'art. 21 legge Tar, osservava che si allargano così significativamente *ex lege* gli *alligata*, oltre a quanto allegato dalle parti, e ne vengono «ampliati enormemente i poteri di ufficio del giudice».

⁽²⁴⁰⁾ Cons. Stato, 9 novembre 2020, n. 6862: «Secondo la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, la preclusione probatoria di cui all'art. 104, comma 2, c.p.a. non si riferisce al deposito del provvedimento impugnato e dei documenti correlati, trattandosi di adempimento doveroso ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a., che legittima il giudice (anche d'appello) ad acquisire d'ufficio gli atti» (v. anche Cons. Stato, 3 novembre 2022, n. 9651; 25 gennaio 2023, n. 849). Non mancano anche casi in cui viene censurato l'operato del giudice di prime cure che non ha provveduto ad emanare l'ordine *iussu iudicis* ai sensi dell'art. 65 cit.: Cons. Stato (ord.), 26 ottobre 2021, n. 7173.

⁽²⁴¹⁾ Cons. Stato, 6 marzo 2025, n. 1899, che riforma il rigetto di prime cure, motivato dalla mancata produzione da parte del ricorrente della documentazione posta a supporto delle sue censure, in quanto, in disparte il fatto che «la documentazione attestante i servizi concretamente svolti dal ricorrente nell'ultimo quinquennio non era ragionevolmente nella sua immediata disponibilità», resta che «ad ogni modo» la p.a. avrebbe dovuto adempiere all'obbligo di produzione di cui all'art. 46, comma 2, «a prescindere

Anzi, ciò ci conferma come un ricorso possa non meno andare a buon fine sebbene il ricorrente si sia limitato a ad una ricostruzione attendibile dei fatti e non abbia dunque allegato neanche un principio di prova, potendo pur sempre contare su quanto risulterà dalla documentazione che l'amministrazione è tenuta a produrre.

In altro caso, non meno significativo, di un giudizio di appello, se ne può avere conferma *a contrario*. Così come ricordava Nigro, la giurisprudenza, anche oggi, lascia sempre aperta la porta al suo libero convincimento, sicché dall'inadempimento dell'amministrazione «non può automaticamente ricavarsi la fondatezza della domanda del privato» ⁽²⁴²⁾. Si è così statuito che «l'affermazione dell'originario ricorrente, non suffragata da documenti idonei e nella sua disponibilità, non può essere ritenuta comprovata dal mancato deposito da parte dell'amministrazione resistente delle domande e dei provvedimenti autorizzativi delle installazioni. In una fattispecie di tal fatta, invece, sarebbe spettato al giudice intervenire con i suoi poteri officiosi, per colmare il deficit probatorio del ricorrente, disponendo l'acquisizione della documentazione in possesso dell'amministrazione. Questione, però, che in assenza di appello incidentale da parte dell'originario ricorrente non fa parte del presente *thema decidendi*, e che, pertanto, non può essere apprezzata in questa sede». È discutibile che qui non si sia provveduto all'acquisizione d'ufficio in appello, ma, ai fini di quanto si va dicendo, è evidente che ben si sarebbe potuto ottenere l'integrazione istruttoria a supporto di un ricorso le cui doglianze erano «non supportate neanche da un principio di prova» di cui il ricorrente aveva la disponibilità («documenti idonei e nella sua disponibilità») e che soltanto per l'omessa impugnazione sul punto il ricorso è rimasto del tutto orfano di prove

dalle allegazioni documentali fornite dal ricorrente»; ed è così, grazie, infine all'ottemperanza all'ordine *iussu iudicis* di cui all'art. 65, comma 3, e alla conseguente integrazione istruttoria, che il ricorso è stato accolto.

⁽²⁴²⁾ Da ult.: Cons. Stato, 4 novembre 2025, n. 8543.

e infine rigettato ⁽²⁴³⁾. In altre parole, si parla di una prova di cui nella sua pienezza il ricorrente aveva disponibilità, e nonostante ciò ci si sarebbe pure accontentati di un principio di prova, e persino in assenza di un principio di prova sarebbe stato pur sempre possibile sollecitare i poteri officiosi per ottenere la produzione documentale dell'amministrazione.

Mal posto è anche il tentativo ⁽²⁴⁴⁾ di sminuire i poteri istruttori del giudice amministrativo di cui all'art. 64, comma 3 («Il giudice amministrativo può disporre, anche d'ufficio, l'acquisizione di informazioni e documenti utili ai fini del decidere che siano nella disponibilità della pubblica amministrazione») assimilando tali poteri a quelli del giudice civile ai sensi dell'art. 213 c.p.c. A parte il fatto che non si capisce perché tutto quanto può fare il giudice civile d'ufficio rientri sempre nel metodo dispositivo, mentre quel *quid pluris* che potrebbe, in ipotesi, fare il giudice amministrativo sarebbe espressione del metodo acquisitivo e dunque da contrastare, non può non rilevarsi che siamo comunque alle solite: si punta tutto sulla similarità o identità della lettera delle disposizioni, in tal caso tra l'art. 213 c.p.c. e l'art. 64, comma 3, c.p.a., ma in modo decontestualizzato e dunque formalistico. Secondo la giurisprudenza costituzionale e civile, a conferma della distanza tra i due modelli processuali, l'ordine istruttorio ai sensi dell'art. 213 cit. è possibile infatti solo quando l'amministrazione non sia parte del processo ⁽²⁴⁵⁾, mentre è del tutto scontato che l'art. 64,

⁽²⁴³⁾ Cons. Stato, 7 giugno 2016, n. 2441.

⁽²⁴⁴⁾ L.R. PERFETTI, *op. cit.*, *passim*.

⁽²⁴⁵⁾ Così Corte cost., 19 marzo 2007, n. 109, che, nel quadro di un ridimensionamento legislativo dei poteri inquisitori del giudice tributario e della «piena applicabilità nel processo tributario dell'art. 2697 cod. civ.», ha evidenziato come «la produzione di documenti, oltre che spontanea, possa essere ordinata a norma dell'art. 210 cod. proc. civ. (e, quindi, anche nei confronti di terzi): ed è ovvio che l'esigenza di un'istanza di parte affinché il giudice possa ordinare l'esibizione di documenti è coerente con il principio dispositivo che, anche relativamente alle prove, il legislatore vuole governi il processo tributario e vale ad escludere in radice per il giudice ogni ruolo di supplenza della parte inerte, sia essa l'amministrazione o il contribuente. Né può trascurarsi che, ove necessario, il giudice ha il potere – nei confronti di pubbliche amministrazioni diverse da quella che è parte del giudizio davanti a lui pendente – di chiedere informazioni o documenti ai

comma 3, cit. sia applicabile anche nei confronti dell'amministrazione che sia parte, costituita o non costituita, del processo ⁽²⁴⁶⁾.

Non sembrano neanche particolarmente significativi altri casi di scimmiettamento di norme civilistiche, come nel caso dell'art. 64, comma 2, secondo il quale «Salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti nonché i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite», e che, a parte l'ovvia omissione del riferimento al pubblico ministero, ha contenuto identico all'art. 115 c.p.c.

Si tratta invero di una norma perfettamente inutile, se con ciò si sia voluto importare la sostanza del modello civilistico. Il rapporto reale tra la regola apparente, cioè il principio civilistico che il giudice decide *iuxta alligata et probata*, e l'eccezione apparente («Salvi i casi previsti dalla legge») va in realtà calibrato in modo direttamente proporzionale alla misura dell'eccezione e dunque all'estensione dei poteri officiosi del giudice, sicché si comprende bene che, stante la permanente larghezza di tali poteri nel processo amministrativo, la forza preclusiva della suddetta regola nei confronti del giudice ⁽²⁴⁷⁾ finisce qui per avere un valore alquanto relativo, confermando la distanza che continua ad intercorrere col processo civile ⁽²⁴⁸⁾.

sensi dell'art. 213 cod. proc. civ., e cioè attivarsi in funzione di chiarificazione dei risultati probatori prodotti dai mezzi di prova dei quali si sono servite le parti». Parimenti Cass., 30 aprile 2019, n.11432, che si riporta all'«insegnamento della Corte costituzionale che, con la decisione n. 109 del 2007, ha rimarcato che presupposto necessario per l'applicazione dell'art. 210 c.p.c. è l'istanza di parte. Mentre per poter applicare l'art. 213 c.p.c. occorre necessariamente che il destinatario dell'ordine sia una Pubblica Amministrazione estranea al giudizio».

⁽²⁴⁶⁾ Del resto, già prima di questi pronunciamenti, G. CORSO, *Prova*, cit., 7, evidenziava puntualmente, rispetto alla richiesta di chiarimenti all'amministrazione, che «neppure è accettabile il confronto con il mezzo di prova *ex* art. 213 c.p.c. per la semplice ragione che qui l'amministrazione è terza rispetto alle parti, mentre nel processo amministrativo è parte».

⁽²⁴⁷⁾ Cass. (ord.), 28 dicembre 2023, n. 36320: «La violazione dell'art. 115 c.p.c. può essere dedotta come vizio di legittimità» quando il giudice «ha giudicato sulla base di prove non introdotte dalle parti, ma disposte di sua iniziativa fuori dei poteri officiosi riconosciuti agli».

⁽²⁴⁸⁾ Non convince al riguardo G. CORSO, *Prova*, cit., 5 e 10-11, che, se condivisibilmente già evidenziava che «pur potendo le prove essere proposte dalle parti, non si può

Parimenti non pare di particolare rilievo il fatto che il giudice debba porre a fondamento della decisione anche «i fatti non specificatamente contestati dalle parti costituite». Rispetto alle varie interpretazioni che si sono configurate in ambito civilistico ⁽²⁴⁹⁾ dell'analogia previsione contenuta, a seguito della novella del 2009, nell'art. 115 c.p.c., deve senz'altro escludersi che nel processo amministrativo possa configurarsi una prova legale, sicché rimangono solo due possibilità, entrambe rimesse all'apprezzamento del giudice: che si tratti di un argomento di prova o invece di una *relevatio ab onere probandi*.

Sennonché, anche a voler stare, tra le due, alla seconda e più stringente ipotesi, la stessa giurisprudenza civile ha chiarito (oltre al fatto che la non contestazione «non costituisce prova legale, bensì un mero elemento di prova» ⁽²⁵⁰⁾), da valere *a fortiori* per il processo amministrativo) che «il principio di non contestazione di cui all'art. 115 c.p.c., se solleva la parte dall'onere di provare il fatto non specificamente contestato dal convenuto costituito, non esclude tuttavia che il giudice, ove dalle prove comunque acquisite emerga la smentita di quel fatto o una sua diversa ricostruzione, possa pervenire ad un diverso accertamento» ⁽²⁵¹⁾. E nelle prove «comunque acquisite» rientrano dunque anche quelle cui può pervenire il giudice amministrativo con la larghezza dei poteri officiosi di cui è titolare ⁽²⁵²⁾. Non è un caso che nella giurispru-

dire che il giudice amministrativo *debba* porre a fondamento della decisione *solo* quelle prove», d'altra parte, troppo sbrigativamente, a partire dalle notazioni della processual-civilistica su un ampliamento dei poteri officiosi del giudice civile, arrivava ad affermare che non sia ravvisabile nel processo amministrativo «un peculiare metodo acquisitivo, che mancherebbe nel processo civile».

⁽²⁴⁹⁾ V. F. FOLLIERI, *Il principio di non contestazione nel processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 1012 ss.

⁽²⁵⁰⁾ Cass., 4 aprile 2017, n. 8708.

⁽²⁵¹⁾ Cass. (ord.), 6 luglio 2023, n. 16028, richiamata anche da Cons. Stato, 16 giugno 2025, n. 5218, e 22 maggio 2025, n. 4487.

⁽²⁵²⁾ In assenza di prove contrarie «comunque acquisite», dunque, in ipotesi, anche per le vie officiose, non pare possa andarsi al di là di quanto statuito da Cons. Stato, 20 gennaio 2026, n. 428, «I fatti che una parte allega possono essere considerati pacifici, dispensando colui che li deduce dal relativo onere probatorio, solo quando vengono esplicitamente ammessi dall'altra parte o quando questa abbia impostato il suo sistema

denza amministrativa si sia pure statuito come «la disciplina del principio di non contestazione di cui al secondo comma dell'art. 64 cod. proc. amm. si cala all'interno del (e, dunque, presuppone il) metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, cod. proc. amm.)» ⁽²⁵³⁾.

Nonostante l'affermata diversità di origine civilistica tra prova e argomento di prova ⁽²⁵⁴⁾, che, per il processo amministrativo, risulterebbe in concreto affetta da rigore troppo schematico, non ci sembra così che si rimanga anche qui tanto lontani dall'elasticità con la quale tradizionalmente il giudice amministrativo traeva argomenti di prova dal comportamento delle parti ⁽²⁵⁵⁾.

La tradizionale logica inquisitoria, anche soltanto astratta e potenziale, come si è visto per l'adempimento di cui art. 46, comma 2, in funzione di strumento di tutela del ricorrente, ha trovato persino rispecchiamento nella vigente disciplina sostanziale del procedimento. È questo un aspetto non sempre adeguatamente preso in considerazione nella ricostruzione sistematica, nonostante sia oramai risalente, come ad es. nel caso di Nigro, l'indicazione di una correlazione dinamica sul piano probatorio tra procedimento e processo.

Il responsabile del procedimento *generaliter* «accerta di ufficio i fatti» (art. 6, comma 1, lett. b), l. n. 241/1990) e, a tal fine, tra l'altro, «può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete» (cd. soccorso istruttorio), così come «i documenti attestanti atti, fatti, qualità e stati soggettivi, necessari per l'istruttoria del procedimento, sono

difensivo su elementi ed argomentazioni che risultano di per sé incompatibili con il disconoscimento di quei fatti».

⁽²⁵³⁾ Cons. Stato, 11 maggio 2017, n. 2184; 9 dicembre 2024, n. 9822; 12 novembre 2025 n. 8878.

⁽²⁵⁴⁾ F. FOLLIERI, *op. cit.*, 1015.

⁽²⁵⁵⁾ Così ancora, prima della novella del 2009 del c.p.c. e dell'avvento del c.p.a., Cons. Stato, 15 maggio 2008, n. 2247: «per costante giurisprudenza, in presenza di un'istruttoria disposta e non adempiuta dalla Pubblica amministrazione, il giudice amministrativo, in applicazione della regola di giudizio di cui all'art. 116 comma secondo cod. proc. civ., può dare per provati i fatti affermati dal ricorrente, solo se tale conclusione non si ponga in contrasto con altri fatti ricavabili dagli atti di causa».

acquisiti d'ufficio quando sono in possesso dell'amministrazione procedente, ovvero sono detenuti, istituzionalmente, da altre pubbliche amministrazioni» (art. 18, comma 2).

Se normalmente nel diritto amministrativo le fattispecie sostanziali non aiutano nell'individuazione del riparto dell'onere della prova, questa disciplina sul procedimento sembra tendenzialmente volerne fare carico all'amministrazione, tanto da caratterizzare in senso spiccatamente inquisitorio l'istruttoria procedimentale. E a una siffatta tendenza è del resto facilmente da ricollegare il tradizionale vizio di difetto di istruttoria, proprio in quanto vizio di carattere generale.

Ci sembra però troppo ambizioso far derivare da ciò una regola rigorosa, suscettibile soltanto, come si è ritenuto ⁽²⁵⁶⁾, di essere derogata in tutto o in parte da una «norma speciale», nei casi in cui, la fattispecie sostanziale, cosa invero di scarsa frequenza, dovesse chiaramente rimettere l'onere della prova in capo al privato ovvero occorra, come nelle procedure concorsuali, tenere conto della *par condicio* in applicazione del principio d'imparzialità, poiché ci troveremmo così di fronte ad uno schema generale, che, nonostante sia concepito nell'interesse del cittadino, per la sua rigidità rispetto all'elastico bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, non appare adatto al sistema giuspubblicistico. Ma tali indicazioni normative non rimangono però prive del loro rilievo sistematico nell'asseverare una continuità tra inquisizione amministrativa e inquisizione processuale, e principalmente in favore del cittadino, nella misura in cui ogni momento inquisitorio, nell'uno e nell'altro caso, si risolve in un venir meno o in un'attenuazione del suo onere probatorio.

Dall'insieme della superiore disamina può in generale ricavarsi l'impressione che nel complesso ci si continui pur sempre a confrontare col signore della prova ⁽²⁵⁷⁾ e con la dinamica tutta proces-

⁽²⁵⁶⁾ M. RAGUSA, *op. cit.*, 222 ss.

⁽²⁵⁷⁾ Che anche dopo l'avvento del codice, il giudice amministrativo sarebbe rimasto «signore della prova», A. ROMANO TASSONE, in *Resoconto del seminario sul libro II (Il processo amministrativo di I grado) del progetto di Codice del processo amministrativo*

suale dell'onere della prova ⁽²⁵⁸⁾, sicché l'utilizzo di categorie tradizionali o di categorie nuove, come quella della disponibilità della prova, finisce, grosso modo e senza rigorose geometrie, per costituire non tanto la premessa ma piuttosto la conseguenza, a mero corredo motivazionale, delle scelte di bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato effettuate dal giudice pretore.

Semmai, se la signoria della prova ha tradizionalmente sempre avuto un occhio di riguardo per il ricorrente, vi sono degli ambiti in cui tuttavia questa *ratio* tradizionale appare oggi messa in discussione.

Nel sistema pubblicistico può anche accadere che in determinati settori del diritto amministrativo speciale le ragioni di interesse pubblico si facciano così imperative da portare a cicli di attenuazione delle garanzie generali.

Così, ad es., può essere ravvisabile un qualche irrigidimento di una parte consistente della giurisprudenza in materia edilizia, riconducibile ad una forte pressione ordinamentale in direzione del contrasto al diffuso abusivismo edilizio ⁽²⁵⁹⁾, o, in materia antimafia, riconducibile, parimenti, ad una forte pressione ordinamentale in direzione, questa volta, del contrasto alla criminalità organizzata ⁽²⁶⁰⁾.

Certo si potrà discettare se un determinato bilanciamento sia in sé discutibile ⁽²⁶¹⁾, ma il punto che preme qui sottolineare è un

svoltosi il 9 aprile 2010 presso l'Università degli studi di Messina, a cura di A. GRAZIANO, in Dir. e proc. amm., 2010, 10.

⁽²⁵⁸⁾ Come ricorda ancor oggi G. CARLOTTI, *op.cit.*, 56.

⁽²⁵⁹⁾ Colpisce, ad es., per il tenore troppo rigoroso della motivazione, quasi che fosse un giudice civile, Cons. Stato, 17 marzo 2026, n. 2215: il ricorrente «parte ricorrente, che ha agito in giudizio al fine di provare la propria pretesa circa il bene della vita, avrebbe dovuto fornire la prova di tutti gli elementi costitutivi della stessa, ivi compresa la circostanza per la quale sussisterebbe, nel caso di specie, il requisito della doppia conformità ex art. 36-bis del d.P.R. n. 380 del 2001».

⁽²⁶⁰⁾ Ad es. già Cons. Stato, 19 luglio 2011, n. 4367: «l'interdittiva prefettizia mira all'obiettivo di mantenere un atteggiamento intransigente contro rischi di infiltrazione mafiosa, ed in quanto misura di massima anticipazione dell'azione di prevenzione non richiede che sia dimostrata la intervenuta infiltrazione, essendo sufficiente la sussistenza di un quadro indiziario dal quale sia deducibile il tentativo di ingerenza».

⁽²⁶¹⁾ V., ad es., M. MAZZAMUTO, *Divagazioni sull'abusivismo edilizio tra potere pubblico e ius aedificandi*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2025; o, con riguardo ai

altro.

Anche a voler ammettere, con spirito pratico, che questo tipo di evenienze possa ritenersi in qualche caso e misura comprensibile o accettabile, occorre pur sempre che si rimanga consapevoli del carattere derogatorio e, si spera, temporaneo di una attenuazione delle garanzie, e che si rifugga dunque dal dare ai relativi costrutti dignità di modelli alternativi, suscettibili di espandersi a detrimento del modello generale di tutela, passando dalla considerazione di strette ragioni di diritto amministrativo speciale a categorie astratte di natura trasversale, come nel caso delle posizioni soggettive o del tipo di azione.

Non può così seguirsi l'idea che l'onere probatorio attenuato valga per gli interessi legittimi, ma non anche interamente per i diritti soggettivi, ove, secondo la giurisprudenza, tale onere andrebbe vagliato con maggior rigore, così come il soccorso del giudice andrebbe considerato una *extrema ratio* ⁽²⁶²⁾. In disparte l'argomento che la disciplina dell'istruttoria ha nel codice carattere unitario, si annida qui un equivoco sistematico e cioè che il confronto vada fatto con la più rigorosa disciplina probatoria dei diritti soggettivi di diritto privato, mentre si tratta invero di diritti soggettivi di diritto pubblico e non vi è alcuna ragione per applicare principi diversi nell'ambito di un rapporto di diritto pubblico a seconda della posizione soggettiva implicata, specie se si considera che il problema si presenta in termini capovolti rispetto a quando la giurisprudenza costituzionale censurava la limitazione dei mezzi probatori nella giurisdizione esclusiva ⁽²⁶³⁾. Lo stesso parametro dell'eguaglianza va invero vagliato non, come di solito si prospetta, con riferimento alle posizioni soggettive, bensì alla natura pubblicistica o privatistica del rapporto. In tal senso, ad essere eterodosso in senso peggiorativo della tutela è semmai l'operato del giudice civile, che quando, nelle vicende del riparto

delicati contemperamenti che involgono i poteri amministrativi antimafia, Id., *Profili di documentazione amministrativa antimafia*, in *giustamm.it*, 2016.

⁽²⁶²⁾ Cons. Stato, 27 luglio 2021, n. 5560.

⁽²⁶³⁾ Corte cost., 23 aprile 1987, n. 146.

di giurisdizione, continua purtroppo ad attribuirsi la cognizione di diritti soggettivi di diritto pubblico, tratta i diritti soggettivi allo stesso modo, senza discernere se si tratti di diritti soggettivi che si innestano in un rapporto di diritto pubblico o di diritto privato, con ciò mostrando, anche in questo rivolo, la sua generale inidoneità a giudicare di controversie di diritto pubblico, portato, come è, a rimanere naturalmente fedele ai diversi principi, quelli civilistici, nei quali è ambientato il suo sistema di appartenenza. Ancor prima di discettare, come ha fatto la giurisprudenza costituzionale, dei mezzi istruttori, ben più rilevante e assorbente sembrerebbe allora discettare della maggiore o minore densità dell'onere della prova.

Ci sembra dunque che un trattamento differenziato basato in generale sulla diversità delle posizioni soggettive in un rapporto di diritto pubblico sia del tutto privo di fondamento positivo, né, proprio per il suo carattere generale, vi è una ragion pratica, come può avvenire occasionalmente nel diritto amministrativo speciale, che possa giustificarlo.

Non si può neanche condividere il carattere troppo tranciante della oramai consolidata giurisprudenza che afferma una piena riespansione del principio dispositivo in materia di risarcimento del danno ⁽²⁶⁴⁾, per quanto non mancano casi nei quali la giurisprudenza sembra rientrare nel solco del principio di prova ⁽²⁶⁵⁾.

Il tema del risarcimento non coincide con quello precedente, poiché, da quando il giudice delle leggi ha smentito la nota

⁽²⁶⁴⁾ *Ex multis*: Cons. Stato. 20 ottobre 2025, n. 8106, che ricorda come «la giurisprudenza amministrativa ribadisce costantemente che, in materia risarcitoria, si riespande nella sua pienezza il principio dispositivo incombente sull'attore in conformità con la *regula iuris* dell'art. 2697, primo comma, cod. civ. esigendosi rigorosamente l'allegazione e la prova puntuale della esistenza del danno da parte del danneggiato, senza i noti temperamenti scaturenti dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento ai sensi dell'art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.».

⁽²⁶⁵⁾ Cons. Stato, 19 marzo 2026, n. 2357: «Non risulta necessario, pertanto, disporre la consulenza tecnica d'ufficio richiesta dall'appellante per la quantificazione del danno. In difetto di qualsivoglia principio di prova di un pregiudizio superiore all'ammontare già riconosciuto a titolo indennitario – il cui onere incombeva sull'appellante – non sussistono i presupposti per l'esercizio dei poteri istruttori officiosi».

ricostruzione della Cassazione del 1999 (il diritto soggettivo al risarcimento distinto dalla posizione sostanziale sottostante di interesse legittimo) e ha chiarito che la tutela risarcitoria del giudice amministrativo non dà luogo ad una giurisdizione esclusiva, sono configurabili, non solo diritti soggettivi, ma anche interessi legittimi che rimanendo tali accedono direttamente al risarcimento. Anzi incrociando i due argomenti si avrebbe una contraddittoria sovrapposizione tra trattamenti differenziati e non: i diritti soggettivi avrebbero un trattamento peggiorativo per differenziazione rispetto agli interessi legittimi, mentre, nel risarcimento, sarebbero gli interessi legittimi ad avere un trattamento peggiorativo per parificazione ai diritti soggettivi.

In disparte ancora una volta il fatto che la disciplina dell'istruttoria ha nel codice carattere unitario, è il paradigma civilistico, quello del codice civile e del riparto della prova ivi previsto, a incidere a sproposito, mentre farebbe bene il giudice amministrativo a lasciare anche qui, all'occorrenza, una porta sempre aperta all'equità, ivi compresa la liquidazione del danno e senza bisogno di appendersi strettamente ai requisiti dell'art. 1226 c.c.: il codice civile lo si lasci ai giudici civili. Tutto questo preferibilmente, come si è più volte suggerito ⁽²⁶⁶⁾, nel quadro della costruzione di una autonoma responsabilità di diritto pubblico, così come è avvenuto in Francia, facendo della nota pronuncia n. 204/2004 del giudice delle leggi il nostro *arrêt Blanco*, invece di attardarsi, e con innumerevoli complicazioni di concorrenza nomofilattica con la Cassazione, nell'assunto in sé privo di fondamento dell'esistenza di una generale ontologia civilistica della responsabilità, dunque anche comprensiva del danno derivante da rapporti di diritto pubblico.

Né mancherebbe l'autorevole sostegno delle sempre valide indicazioni di Santi Romano, che non solo evidenziava, come si è già ricordato, che nel diritto amministrativo il cittadino ha una

⁽²⁶⁶⁾ Ad es. M. MAZZAMUTO, *Giustizia amministrativa ed effettività della tutela*, in *Specialità delle giurisdizioni ed effettività delle tutele*, a cura di A. GUIDARA, Torino, 2021, 258.

maggior tutela nei confronti nell'amministrazione rispetto a quella esperibile tra privati, ma prospettava altresì una responsabilità di diritto pubblico basata «sul concetto che alle pubbliche amministrazioni incorre più che ai privati l'obbligo di riparare al torto di cui possono essere causa» ⁽²⁶⁷⁾.

A differenza del caso precedente vi è qui una ragion pratica che può *ab externo* in qualche misura comprensibilmente incidere, così come quando in passato si discuteva della risarcibilità degli interessi legittimi, ovvero sia le gravi difficoltà finanziarie dell'erario pubblico. Anzi di questa cautela si ha traccia anche nella giurisprudenza costituzionale, ove, di recente, si è giustificato il termine di decadenza dell'azione risarcitoria come «bilanciamento» che risponde altresì «all'interesse, di rango costituzionale, di consolidare i bilanci delle pubbliche amministrazioni (artt. 81, 97 e 119 Cost.) e di non esporli, a distanza rilevante di tempo, a continue modificazioni incidenti sulla coerenza e sull'efficacia dell'azione amministrativa» ⁽²⁶⁸⁾.

Ma ciò non può giustificare che per la tutela risarcitoria si costruisca, in punto di diritto, un rigido e generale sistema preclusivo rispetto alla tradizione equitativa.

Né può condividersi, come a volte si afferma, che il giudice amministrativo sarebbe meno idoneo a dispensare la tutela risarcitoria rispetto al giudice civile.

A prescindere dalla considerazione che anche il giudice civile non potrebbe a sua volta rimanere estraneo alla pressione sistemica delle difficoltà finanziarie, è invero il giudice amministrativo a trovarsi nella migliore condizione sotto tutti i punti di vista. Dal punto di vista del risparmio per l'erario pubblico, perché il primato della tutela in forma specifica (annullamento, effetto conformativo etc.) per il suo carattere soddisfattorio rende di solito non necessaria la tutela risarcitoria, mentre è solo quest'ultima ad avere in mano il giudice civile. Dal punto di vista del cittadino,

⁽²⁶⁷⁾ S. ROMANO, *op. ult. cit.*, 70.

⁽²⁶⁸⁾ Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94.

perché solo il giudice amministrativo può esercitare un penetrante sindacato di legittimità, presupposto della fattispecie risarcitoria.

È quanto del resto ci mostra la storia. È stato grazie all'affermarsi della pregiudiziale di annullamento nei primi decenni del Novecento che il giudice ordinario ha potuto espandere la tutela risarcitoria, mentre inizialmente, con un'azione diretta, se non si aveva da lamentare una violazione di legge, ma solo un cattivo uso della discrezionalità, la domanda era rigettata in quanto improponibile, non potendo il giudice civile ingerirsi nelle scelte discrezionali per vagliare la sussistenza della colpa. È stato cioè solo grazie al previo annullamento del giudice amministrativo che anche l'atto affetto da eccesso di potere, sempre che residuasse un danno, ha potuto dare luogo, in seconda battuta, al risarcimento di fronte al giudice civile come *chiffre du dommage*.

Ed è ancora una volta la storia, quella francese, che ci mostra come il *Conseil d'État*, costruttore pretorio di una responsabilità di diritto pubblico, ha espanso tale responsabilità sino a consolidare la più avanzata figura della *responsabilité sans faute*, raggiungendo così un livello di tutela che, anche dunque per le vicende risarcitorie, non aveva pari in altri ordinamenti. Da noi, la responsabilità da atto legittimo, alquanto sollecitata dalla dottrina, fu in qualche misura per un certo tempo praticata dal giudice civile, e proprio per compensare la difficoltà di sindacare, a fini risarcitori, l'atto discrezionale, ma venne poi abbandonata a metà degli anni trenta del secolo scorso, probabilmente grazie al coevo diffondersi della pregiudiziale di annullamento, che, come si diceva, ha consentito di allargare il risarcimento all'atto affetto dal vizio di eccesso di potere.

Non diversamente deve ritenersi che il giudice amministrativo sia nella posizione migliore per effettuare quella delicata valutazione sul disvalore di «comportamenti» del soggetto amministrativo ambientati nel sistema pubblicistico ⁽²⁶⁹⁾.

⁽²⁶⁹⁾ Su questi ultimi profili, anche di carattere storico, M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere*, cit.

C'è dunque da sperare che il Consiglio di Stato non si fossilizzi in questo irrigidimento di sapore civilistico, lasciando impregiudicate le potenzialità equitative di un giudice che ha nella sua tradizione tutte le qualità per assolvere ottimamente al sopravvenuto compito della tutela risarcitoria, magari nel favore di auspicabili tempi migliori per le finanze pubbliche, e senza però mai dimenticare che tale tutela, per quanto possa espandersi, debba pur sempre concepirsi solo in via sussidiaria e non sostitutiva della irrinunciabile tutela in forma specifica.

Resta da osservare che le previsioni sulla prova si sovrappongono usualmente al tema delle regole di giudizio.

Tutte le concatenazioni civilistiche cadono qui nell'abisso.

Il modello classico ci è offerto dall'art. 2697 c.c.: predeterminazione sostanziale della fattispecie e conseguente riparto obiettivo dell'onere della prova; giudizio conseguente all'assolvimento o meno dell'onere della prova per come ripartito.

Questo tipo di rigida sequenza appare difficilmente configurabile nel processo amministrativo dove di regola non si riscontrano i medesimi presupposti e dove signoria della prova e signoria del giudizio sono collegate circolarmente ⁽²⁷⁰⁾.

Se riescono velleitari i tentativi di imbrigliare nel segno di rigidità generalizzanti le quattro normette codicistiche sulle prove, ancor più velleitari appaiono i tentativi di ricavare da tali normette rigidità generalizzanti per le regole di giudizio, «dal momento — per riprendere le parole di Nigro — che il giudice non è vincolato da un onere originario o legale della prova; che esso è libero nello stabilire se vi è un principio di prova, o nel distribuire l'onere della prova; parimenti libero esso si ritiene nel valutare i risultati delle sue precedenti decisioni e valutazioni».

Il confronto col modello civilistico è reso peraltro arduo dalla varietà che già, senza bisogno di andare ad altri *petita*, caratteriz-

⁽²⁷⁰⁾ E. CANNADA BARTOLI, *Processo amministrativo*, cit., 1084 e 1086, che, come si è visto, disquisendo del giudice pretore e dell'insussistenza dei presupposti di qualificazione normativa per l'applicazione dell'art. 2697 c.c., osserva che «il rapporto tra fatto e regola violata si pone in maniera diversa da quella usuale».

za le pronunce di annullamento e che, per quello che qui interessa, alimenta l'elasticità del giudizio, atteso che, dietro il carattere monolitico del dispositivo di annullamento, si nasconde l'articolata incidenza del tipo di vizio che dà luogo all'accoglimento del ricorso e, come è noto, del preminente rilievo che, ai fini del giudicato, ha la motivazione della sentenza ⁽²⁷¹⁾.

Nel processo civile si perviene ad uno stretto risultato, cui può essere confacente, nelle sorti delle utilità finali perseguite, una semplificata e conclusiva regola di giudizio, mentre, in quello amministrativo, pur sussistendo l'eventualità che possa pervenirsi a un effetto conformativo che copra tutti i presupposti dell'atto, si offrono altre possibilità interlocutorie del tutto eterogenee rispetto al modello civilistico ⁽²⁷²⁾ e che possono anche investire il profilo dell'accertamento dei fatti.

Non pare in particolare che, per quanto qui interessa, si consideri adeguatamente l'importanza sistematica che hanno al riguardo il difetto di istruttoria e di motivazione.

Il giudice amministrativo non si trova a dover necessariamente trarre dalla conduzione del *thema probandi* soluzioni trancianti negli esiti del giudizio, ma può, appunto elasticamente, nel ragionevole bilanciamento tra interesse pubblico e interesse privato, adottare percorsi intermedi. Ed è proprio perché si aprono queste possibilità più articolate di tutela che vi è più spazio per modulare

⁽²⁷¹⁾ In questo senso, si ha difficoltà a seguire l'opinione del rimpianto A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 975 ss., per il quale «il giudizio di legittimità si contraddistingue per essere tendenzialmente ad esito finale, legittimo o illegittimo», mentre «il giudizio di merito, al contrario, è tendenzialmente complesso, nel senso che il problema che si affronta ammette molteplici e differenziate soluzioni», ove il distinguo caratterizzerebbe anche la contrapposizione tra processo amministrativo di legittimità e processo civile di merito.

⁽²⁷²⁾ Ad es., da ult., Cons. Stato, 5 maggio 2025, n. 3812: «Per costante giurisprudenza, infatti, ai fini della delimitazione dell'effetto conformativo del giudicato occorre avere riguardo alla tipologia e al numero dei motivi accolti e distinguere le sentenze a effetto vincolante pieno, con le quali l'atto viene annullato per difetto dei presupposti soggettivi o oggettivi o per violazione di termini perentori relativi all'esercizio del potere, da quelle ad effetto vincolante strumentale, con le quali l'annullamento per vizi formali (come quelli procedurali o di mero difetto di motivazione) impone soltanto all'amministrazione di eliminare il vizio dall'atto senza vincolarla in alcun modo nei contenuti».

a monte l'onere probatorio del ricorrente nel senso di una sua attenuazione ai fini dell'accoglimento del ricorso, in quello che finisce per essere un circolare tutt'uno tra istruttoria e giudizio.

Per tornare all'esempio, tra altri, della materia edilizia, attribuire rilievo al principio di prova e spostare l'onere di prova contraria sull'amministrazione non chiude necessariamente la partita, se l'atto viene annullato per difetto di istruttoria e/o di motivazione, come, non a caso, si risolvono di solito le pronunce di accoglimento in materia, poiché, da un lato, si dà una *chance* in più di tutela al cittadino, invece di un perentorio rigetto per mancato assolvimento dell'*onus probandi*, d'altro lato, non si compromette irrimediabilmente, come esito del giudizio e sulla base del solo principio di prova, la possibilità dell'amministrazione addivenga in ipotesi a porre rimedio al vizio acclarato con il rinnovo del procedimento.

Né va dimenticato che siffatti esiti intermedi del giudizio, i quali rimandano al riesercizio del potere amministrativo, sono a volte anche inevitabilmente necessitati dal fatto che, in sede processuale, a garanzia del cittadino, l'amministrazione non ha un campo libero nel quale far valere le proprie repliche ad arricchimento dei presupposti che sostengono il provvedimento, come sarebbe del tutto naturale per un convenuto del processo civile, ma incontra delle preclusioni, come il divieto di integrazione della motivazione, sicché, ad es., l'amministrazione non potrebbe addurre alcun rimedio in sede processuale ove si acclari il vizio di difetto di istruttoria e di motivazione rispetto ad un principio di prova già rappresentato dal privato in sede procedimentale ⁽²⁷³⁾.

Significativo è non meno l'uso *sui generis* che può riscontrarsi della formula del più probabile che non, sempre a conferma di quanto possa essere traviante fare sbrigative associazioni tra

⁽²⁷³⁾ Così, ad es., Cons. Stato, 20 gennaio 2020, n. 454: nel provvedimento impugnato, «la p.a. non ha fornito la necessaria prova, limitandosi a valutare come irrilevanti gli elementi concreti forniti, nei rilevanti termini predetti; e soprattutto non ha svolto alcun autonomo approfondimento istruttorio e di doverosa valutazione degli elementi forniti dalla parte istante», sicché «va accolto il ricorso di primo grado, con conseguente onere per le amministrazioni di rivalutazione dell'istanza».

giudizio civile e giudizio amministrativo.

Nel processo civile il ricorso a questa formula, come strumento di attenuazione dell'onere probatorio, porta al risultato finale perseguito da colui che è gravato da tale onere: il risultato è cioè lo stesso della situazione in cui si sia stati in condizione di apportare una prova piena.

Lo stesso non può dirsi *sic et simpliciter* per il processo amministrativo.

Uno schema simile, per i suoi esiti conclusivi, potrebbe *prima facie* ravvisarsi quando la formula venga usata a favore dell'amministrazione, ma a ben vedere, in questi casi, l'uso della formula appare piuttosto da ricondurre direttamente alla fattispecie sostanziale, interpretata, a torto o a ragione qui non importa, come fattispecie di pericolo o nella quale è particolarmente anticipata la soglia di tutela, come in materia di interdittive antimafia ⁽²⁷⁴⁾ o in materia ambientale ⁽²⁷⁵⁾ ⁽²⁷⁶⁾.

La somiglianza diventa invece più decisa quando la formula può entrare in gioco a favore del cittadino in materia risarcitoria, che si tratti di danno da provvedimento illegittimo ⁽²⁷⁷⁾, da ritardo

⁽²⁷⁴⁾ Ad es. Cons. Stato, 12 marzo 2026, n. 2013 «La giurisprudenza ha qualificato la fattispecie come tipicamente appartenente al diritto amministrativo della prevenzione per l'inequivoca volontà del legislatore di anticipare la soglia della prevenzione alle situazioni di pericolo concreto, per le quali vale la logica del più probabile che non, non richiedendosi la certezza ogni oltre ragionevole dubbio che le condotte siano ascrivibili ai soggetti destinatari».

⁽²⁷⁵⁾ Ad es. Cons. Stato, 16 marzo 2026, n. 2165: «in tema di individuazione del responsabile della contaminazione ai sensi dell'art. 244, codice dell'ambiente, all'Amministrazione competente non è richiesto di fornire prove di incontrovertibile evidenza scientifica circa il nesso fra una ipotizzata causa di inquinamento e i suoi effetti, potendo la relativa istruttoria basarsi sul criterio del più probabile che non».

⁽²⁷⁶⁾ Un uso che appare tuttavia segnato dalla particolarità della fattispecie è quello delle(patologie tumorali dei militari esposti ad uranio impoverito o a nanoparticelle di metalli pesanti, in occasione del servizio prestato all'estero o presso i poligoni di tiro sul territorio nazionale, dove della formula può avvalersi l'amministrazione per fornire la prova contraria a quella, ridotta, per ragioni sostanzialmente equitative, a taluni elementi, richiesta al militare e a cui segue una presunzione *iuris tantum* del nesso eziologico: Cons. Stato, Ad. Plen., 7 ottobre 2025, n. 15.

⁽²⁷⁷⁾ Ad es., Cons. Stato, 16 febbraio 2026, n. 1213, di rigetto, o Cons. Stato, 21 gennaio 2026, n. 476, di accoglimento.

(²⁷⁸) o da comportamento (²⁷⁹), determinando conclusivamente, se riscontrata o meno, l'accoglimento o il rigetto della domanda. Ciò del resto non sorprende, essendo diretta conseguenza del fatto che in materia risarcitoria la giurisprudenza amministrativa, come si è visto, si avvicina massimamente al modello civilistico all'insegna del principio dispositivo e dunque delle sue possibili modulazioni, compresa l'adozione della formula probabilistica.

Ma è nel giudizio di annullamento il vero campo di prova dove emerge una chiara divergenza, proprio in vista della elasticità degli esiti di giudizio.

Emblematico è un caso, sempre riguardo alla data di realizzazione del manufatto in materia edilizia, in cui il principio di prova appare sufficiente ad accogliere il ricorso, in quanto da esso le prospettazioni del ricorrente appaiono più probabili che non (²⁸⁰). In disparte l'opinabilità dell'assunto che l'efficienza del principio di prova debba essere pure corredato dal riscontro della suddetta formula probabilistica e non sia sufficiente di per sé ad alimentare un ragionevole dubbio, ciò che importa qui evidenziare è che, in ragione del riscontro positivo di tale formula, l'esito del giudizio, con l'annullamento dell'atto, non è un accertamento conclusivo, in termini conformativi, derivante della prova (attenuata) della data del manufatto, bensì soltanto l'acclaramento del difetto di motivazione sull'onere di prova contraria da parte dell'amministrazione, suscettibile, in ipotesi, di venir colmato con il rinnovo del procedimento.

Tutto questo si collega del resto ad un altro significativo tratto di strutturale eterogeneità tra processo amministrativo e processo civile, e cioè la peculiarità del rapporto tra giudizio amministrativo e riesercizio dei poteri amministrativi, in ragione di un annullamento che non guarda solo il passato, ma vincola l'attività futura dell'amministrazione. Quanto basta, ancora una volta, per comprendere come ci si trovi di fronte ad una complessità di na-

(²⁷⁸) Ad es. Cons. Stato, 9 dicembre 2025, n. 9679.

(²⁷⁹) Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2018, n. 5.

(²⁸⁰) Corte Giust. amm. Sic., 8 aprile 2024, n. 287.

tura del tutto diversa dalle dinamiche riscontrabili nel processo civile e ad una complessità che, anzitutto per mantenere articolate *chance* di tutela del cittadino, mal tollera la predeterminazione di rigidi e conclusivi criteri di giudizio.

10. Conclusioni.

Il giudice amministrativo è sempre stato il signore del giudizio e il signore della prova ed è bene che rimanga tale per assolvere al suo compito storico di garante della insostituibile tutela che presta al cittadino nel bilanciamento equitativo tra interesse pubblico e interesse privato.

I consiglieri di Stato, invece che farsi corrompere dalle sirene civilistiche, dovrebbero nuovamente volgere lo sguardo a colui che è stato, non solo per la dottrina, un loro Maestro, Santi Romano, e a quelle sue intramontabili lapidi che ci fanno ancor oggi comprendere come, nella giustizia amministrativa, elasticità pretoria e tutela del cittadino siano inscindibilmente connessi, e come sia dannoso l'inseguimento di altri modelli di giustizia:

«Quando un controllo, così largo e penetrante, quale è quello della giustizia amministrativa, da cui non a torto si è sperata una giurisprudenza, per così dire, pretoriana, si sottopone a sua volta ad un controllo così rigido e meccanico quale non può non essere quello della Cassazione, si verrà necessariamente a soffocare il primo, e a paralizzarne i movimenti che dovrebbero essere liberissimi» ⁽²⁸¹⁾.

«Egli è che le funzioni che comunemente si designano sotto l'espressione tecnicamente felice ed esatta di giustizia amministrativa sono qualche cosa di più fine, di più elevato, di più efficace che non siano funzioni semplicemente giurisdizionali; e il compararle a queste ultime non è un nobilitarle, come generalmente si crede, ma un rinvilirne la natura» ⁽²⁸²⁾.

⁽²⁸¹⁾ S. ROMANO, *I giudizi sui conflitti delle competenze amministrative*, in *Primo trattato*, cit., vol. III, 1256

⁽²⁸²⁾ S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, cit. 539.

Mentre ogni irrigidimento ed ogni assimilazione alla giustizia civile renderebbero tutto concreto il pericolo di precludere le *chance* di tutela del cittadino, tradendo l'ispirazione liberale della storia gloriosa della giustizia amministrativa.

ABSTRACT: Il saggio, nel quadro di una ricostruzione storico-sistematica, rivaluta l'assetto tradizionale della giustizia amministrativa e la natura in parte inquisitoria della relativa istruttoria processuale come strumento di maggior tutela del cittadino.

ABSTRACT: *The essay, within the framework of a historical-systematic reconstruction, reassesses the traditional administrative justice system and the partly inquisitorial nature of investigative activities as a tool for better protection of the citizen.*

I provvedimenti provvisori nel processo in materia di persone, minorenni e famiglie

di VALERIA VERDE

SOMMARIO: 1. La centralità del giudice delegato. — 2. I provvedimenti provvisori. — 2.1. *Segue*: I provvedimenti indifferibili. — 2.2. I provvedimenti temporanei e urgenti. — 3. Il reclamo. — 4. Il ricorso straordinario per cassazione *ex art.* 111 Cost. — 5. Qualche considerazione conclusiva.

1. La centralità del giudice delegato.

La riforma Cartabia (d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149) ⁽¹⁾, nell'ottica di razionalizzare e rendere effettivo il sistema di tutela dei di-

⁽¹⁾ Con riferimento alla legge delega n. 206/2021, si vedano: A. CARRATTA, *Un nuovo processo di cognizione per la giustizia familiare e minorile*, in *Fam. dir.*, 2022, 349 ss.; C. CECHELLA, *Il nuovo processo familiare e minorile nella legge delega sulla riforma del processo civile*, in *Quest. giust.*, 2021, 223 ss.; ID., *Introduzione generale alla riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, in AA.VV., *La riforma del giudice e del processo per le persone, i minori e le famiglie*, a cura di C. CECHELLA, Torino, 2022, 2 ss.; F. DANOVI, *Le ragioni per una riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Fam. dir.*, 2022, 323 ss.; M.A. LUPOI, *Il processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2021, 1003 ss.; B. POLISENO, *La giustizia civile in materia di famiglia e minori*, in AA.VV., *La riforma della giustizia civile. Prospettive di attuazione della legge 26 novembre 2021, n. 206*, a cura di G. COSTANTINO, Bari, 2022, 285 ss.; A. PROTO PISANI, *Brevi note sulla (brutta) delega del Senato in materia di giustizia dei minori e delle famiglie in crisi*, in *Giustiziacivile.com*; ID., *Note a prima lettura di una brutta riforma del processo civile*, in *Quest. giust.*, 2022, 20 ss.; G. SCARSELLI, *La riforma del processo di famiglia*, in *Giustiziainsieme.it*; F. TOMMASEO, *Verso la riforma della giustizia familiare e minorile*, in *Giusto proc. civ.*, 2022, 645 ss.

Con riferimento al d.lgs. 149/2022, si rinvia a: G. BUFFONE, *Le nuove norme processuali in materia di persone, minorenni e famiglia (d.lgs. n.149/2022): prime letture sintetiche*, 8 febbraio 2023, in *Giustiziainsieme.it*; A. CARRATTA, *Rito unico per le controversie in materia di famiglia*, in *Enc. dir., I tematici, Famiglia*, Milano, 2022, 1219 ss.; ID., *Il nuovo rito uniforme per le persone, i minorenni e le famiglie: un esempio di ri-codificazione della tutela differenziata*, in *Jus*, 2023, 261 ss.; G. CASABURI, *Il processo di famiglia*

ritti della persona e della famiglia, ha introdotto il rito unitario per le persone, i minorenni e le famiglie. È stato quindi inserito, a chiusura del libro II del codice di procedura civile, il titolo IV-*bis* che delinea un rito unitario per i procedimenti in materia di persone, minorenni e famiglie, attribuiti alla competenza del tribunale ordinario, del giudice tutelare e del tribunale per i minorenni. In questo quadro, la centralità del giudice delegato va riferita soprattutto ai procedimenti nei quali il tribunale giudica in composizione collegiale e la trattazione e l'istruzione sono delegate a uno dei componenti del collegio, ai sensi dell'art. 473-*bis*.1 c.p.c.

La lettura del complesso articolato sottolinea il ruolo di spicco che viene assegnato al giudice delegato al quale sono conferiti

novellato: unità e pluralità dei riti e ambito applicativo, in *Foro it.*, 2023, V, 265 ss.; C. CECHELLA, *La riforma del processo in materia di persone, minorenni, e famiglie dopo il d.lgs. n. 149/2022*, in AA. VV., *Il processo civile dopo la riforma*, a cura di C. CECHELLA, Bologna, 2023, 251 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni di coordinamento tra il nuovo «procedimento uniforme» e le altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1 ss.; F. DANOVI, *Il nuovo rito unitario in materia di persone, minorenni e alle famiglie*, in *Famiglia*, 4/2022; *Id.*, *Il valore sistematico di un rito unitario e i suoi principi*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 797 ss.; R. DONZELLI, *La riforma del processo per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, in *Giustiziacivile.com*; A. GRAZIOSI, *Luci e ombre del nuovo processo di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2023, 425 ss.; R. LOMBARDI, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in AA. VV., *Il processo civile dopo la riforma Cartabia*, a cura di A. DIDONE - F. DE SANTIS, Padova, 2023, 525 ss.; B. POLISENO, *Il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *La riforma del processo civile*, a cura di D. DALFINO, *Speciale Foro it.*, 2025, 539 ss.; M. RUSSO, *Le controversie in materia di persone, minori, famiglia*, in AA. VV., *Lezioni sul nuovo processo civile*, a cura di E. DALMOTTO, Bologna, 2023, 362 ss.; G. SCARSELLI, *I punti salienti dell'attuazione della riforma del processo civile di cui al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, in *Giustiziainsieme.it*; AA. VV., *Procedimenti relativi alle persone, ai minorenni e alle famiglie*, a cura di R. DONZELLI - G. SAVI, Milano, 2023; AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia: il nuovo processo*, a cura di R. GIORDANO - A. SIMEONE, Milano, 2023; AA. VV., *La nuova giustizia familiare e minorile*, a cura di M. BIANCA - F. DANOVI, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 787 ss.

Con riferimento alle modifiche apportate al processo familiare e minorile dal d. lgs. n. 164/2024, cfr. F. DANOVI, *Il decreto correttivo e la giustizia familiare e minorile: snodi risolti e questioni ancora aperte*, in *Fam. dir.*, 2024, 1139 ss.; R. DONZELLI, *Le modifiche al processo familiare e minorile: prime note illustrative al d. lgs. n. 164 del 31 ottobre 2024*, in *Judicium.it.*, 31 ottobre 2024; M.A. LUPOLI, *Procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in AA. VV., *La riforma Cartabia del processo civile*, a cura di R. TISCINI, Pisa, 2025, in part. 901 ss.

ampi poteri, essendo il magistrato al quale è affidata la gestione concreta di alcune fasi del processo con funzioni analoghe a quelle svolte dal giudice istruttore, con la differenza che il giudice delegato, rispetto al giudice istruttore, opera *per delega del collegio* ⁽²⁾ e prepara la controversia alla decisione, che compete al tribunale in composizione collegiale ⁽³⁾.

I compiti del giudice delegato sono assai ampi e diversificati. Innanzitutto al giudice delegato viene affidata la fase istruttoria del processo, dal momento che è proprio lui che si occupa dell'ammissione e dell'assunzione della prova testimoniale (art. 473-bis.19 c.p.c.), che dispone la consulenza tecnica d'ufficio (art. 473-bis.25 c.p.c.), che ascolta il minore, personalmente o con l'ausilio di esperti dallo stesso nominati (art. 473-bis.4 c.p.c.); che dispone l'intervento dei servizi sociali o sanitari, indicando specificamente l'attività demandata e i termini per il deposito delle relazioni e delle memorie delle parti (art. 473-bis.27 c.p.c.).

Inoltre, allo stesso e, più in generale, al giudice del procedimento sono assegnati compiti di vigilanza e controllo. Sotto questo profilo occorre però distinguere i diversi piani della disciplina: l'art. 473-bis.27 c.p.c. regola l'intervento dei servizi sociali o sanitari e impone che nelle relazioni siano tenuti distinti i fatti accertati, le dichiarazioni rese dalle parti e dai terzi e le eventuali valutazioni; l'art. 473-bis.38 c.p.c. affida invece l'attuazione dei

(2) L'art. 473-bis.1, rubricato Composizione dell'organo giudicante recita che «Salvo che la legge disponga diversamente, il tribunale giudica in composizione collegiale, e la trattazione e l'istruzione possono essere delegate a uno dei componenti del collegio. Davanti al tribunale per i minorenni, nei procedimenti aventi ad oggetto la responsabilità genitoriale possono essere delegati ai giudici onorari specifici, adempimenti, ad eccezione dell'ascolto del minore, dell'assunzione delle testimonianze e degli altri atti riservati al giudice. La prima udienza, l'udienza di rimessione della causa in decisione e le udienze all'esito delle quali sono assunti provvedimenti temporanei sono tenute davanti al collegio o al giudice relatore». L'art. 473-bis.14, comma 2, prevede che il presidente del tribunale, «entro tre giorni dal deposito del ricorso, designa il relatore, al quale può delegare la trattazione del procedimento...».

(3) L'art. 473-bis.28 stabilisce che: «Il giudice, esaurita l'istruzione, fissa davanti a sé l'udienza di rimessione della causa in decisione e assegna alle parti... All'udienza la causa è rimessa in decisione e il giudice delegato si riserva di riferire al collegio. La sentenza è depositata nei successivi sessanta giorni».

provvedimenti sull'affidamento e la soluzione delle controversie in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale, se pende il relativo procedimento, al giudice del procedimento in corso, che provvede in composizione monocratica; l'art. 473-*bis*.39 c.p.c., infine, consente al giudice del procedimento in corso, in caso di gravi inadempienze o violazioni, di modificare i provvedimenti in vigore e di adottare ammonimenti, misure coercitive indirette e sanzioni, oltre al risarcimento del danno.

Occorre, poi, tenere presente che non di rado, soprattutto nel contenzioso minorile, il procedimento inizia su impulso del pubblico ministero. In tali casi l'art. 473-*bis*.3 c.p.c. attribuisce al pubblico ministero ampi poteri di accertamento e di acquisizione, che possono essere esercitati anche prima della formale introduzione del giudizio, consentendogli di assumere informazioni, acquisire atti e svolgere accertamenti, anche tramite la polizia giudiziaria e i servizi sociali, sanitari e assistenziali, destinati a confluire nel fascicolo processuale al momento della proposizione del ricorso, dando così avvio a un processo che non si estingue in caso di inattività delle parti, avendo ad oggetto interessi connessi alla protezione del minore; in proposito, l'art. 473-*bis*.21, comma 1, secondo periodo, prevede che «Salvo che il processo sia introdotto con ricorso del pubblico ministero, se l'attore non compare o rinuncia e il convenuto costituito non chiede che si proceda in sua assenza, il procedimento si estingue».

Sotto tale profilo emerge un nodo critico molto rilevante che riguarda la dinamica tra accertamenti del p.m. e funzione del giudice delegato. Quando il fascicolo arriva già completo di relazioni e acquisizioni, si corre il rischio che tale materiale documentale possa orientare rapidamente le misure provvisorie. Qui diventa determinante la funzione del giudice delegato che deve evitare che l'istruzione si riduca a recepire acriticamente quanto già raccolto, assicurando invece che le parti possano svolgere contestazioni e offrire prova contraria, e che il contraddittorio non sia solo formale ma sostanziale. A questa esigenza rispondono anche alcune garanzie espressamente previste dal legislatore: l'art. 473-

bis.25 c.p.c. richiede, nella consulenza psicologica, il ricorso a metodologie e protocolli riconosciuti dalla comunità scientifica, mentre l'art. 473-*bis.27* c.p.c. impone di distinguere nelle relazioni dei servizi i fatti accertati, le dichiarazioni raccolte e le eventuali valutazioni.

Il quadro che emerge è quello di un processo nel quale il giudice assume un ruolo particolarmente incisivo e, nella maggior parte dei casi, è chiamato a prendere decisioni anche in assenza di una specifica sollecitazione del pubblico ministero. Ciò, tuttavia, non esclude né attenua l'esigenza di conservarne la terzietà e l'imparzialità. Il problema vero non è che il giudice "non possa" essere terzo perché il p.m. ha introdotto il processo, ma che l'iniziativa pubblica e gli accertamenti preliminari trascinino la decisione provvisoria. Sicuramente, nel rito di famiglia il processo introdotto dal p.m. accentua la componente pubblicistica e rafforza i poteri officiosi, ma non scalfisce la terzietà del giudice; semmai ne rende più stringenti le condizioni di esercizio sul piano delle garanzie. Il legislatore, insomma, sembra avere ritenuto che la "sovraesposizione" istruttoria del p.m. sia, entro certi limiti, fisiologica in questa materia e non tale, di per sé, da compromettere la terzietà del giudice, pur a fronte di un quadro costituzionale che, sul versante del giusto processo, valorizza la separazione dei ruoli e la parità delle armi, di cui al secondo comma dell'art. 111 Cost. (egli, infatti, «può assumere informazioni, acquisire atti e svolgere accertamenti, anche avvalendosi della polizia giudiziaria e dei servizi sociali, sanitari e assistenziali»: art. 473-*bis.3* c.p.c.). Si tratta, dunque, di un'impostazione che presuppone la persistente (e oggi confermata a seguito del referendum) natura del p.m. quale magistrato e non semplice parte antagonista di un duello giudiziario, assegnandogli un ruolo di collaborazione attiva nel perseguimento dei fini di giustizia.

2. I provvedimenti provvisori.

È necessaria una premessa. Il legislatore del '40 aveva costruito il processo in funzione della tutela dei diritti di cui le parti posso-

no disporre. Aveva di fronte un codice civile che dava molto spazio alla tutela dei diritti patrimoniali e alla regolazione delle iniziative economiche e produttive e riservava minore attenzione alla tutela delle persone e della loro dignità. Inoltre, risentendo della lezione chiovendiana, era partito dalla presunzione di costruire un “modello di processo” generalmente valido ⁽⁴⁾. Di conseguenza, avvertì il bisogno di predisporre una parte generale nella quale fossero fissati i “principi” regolatori di qualsiasi processo, avendo conferito ai procedimenti in camera di consiglio una funzione “ancillare” ⁽⁵⁾.

La riforma Cartabia in materia di processo riguardante le persone rappresenta, sotto questo profilo, una rilevante inversione di prospettiva. Si è costruito un processo *ad hoc* nella consapevolezza che la tutela degli averi è diversa da quella dell’essere. Lo si è fatto con la tecnica della “novellazione”, ossia inserendo le nuove norme in un contesto preesistente. Inevitabilmente esplodono antinomie, perché se nel processo riguardante i beni e gli averi la tutela è di regola disponibile, in quello riguardante diritti inviolabili o ad alta protezione la tutela di regola è indisponibile. Ciò comporta che questo processo non possa essere letto attraverso i soli schemi del processo ordinario di cognizione. In tale ambito, infatti, princìpi come quello della corrispondenza tra chiesto

⁽⁴⁾ Per il profilo storico-ideologico del codice del 1940, cfr. A. PROTO PISANI, Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato: una continuità nella cultura processualciviltistica rotta con cinquanta anni di ritardo, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 28, 1999, 713 ss. e in *Foro. it.*, 2000, V, 73 ss.; Id., La tutela giurisdizionale dei diritti nel sistema di Giuseppe Chiovenda, in *Foro it.*, 2002, V, 125 ss.; G. STANCO, *La concezione pubblicistica del processo civile in Italia tra Otto e Novecento*, spec. § 3: Il codice di procedura civile del 1940: dal fascismo alla Repubblica, in *Aa.Vv.*, *Procedimento e processo. Metodi di ponderazione di interessi e risoluzione di conflitti*, a cura di R. MARTINO - A. PANZAROLA - M. ABBAMONTE, Milano, 2022, 47 ss.; G. VERDE, *Unicità e pluralità di riti nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1984, 659 ss.; Id., Le ideologie del processo in un recente saggio, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 676 ss.

⁽⁵⁾ C. CECHELLA, Note su volontaria giurisdizione e tutela dei diritti: l’evoluzione del procedimento camerale e le innovazioni introdotte dalla legge 206/2021 e dal D.lgs. 149/2022, in *L’osservatorio sul diritto di famiglia*, 2/2023, 7 ss., che ricostruisce il rito camerale come forma “presa in prestito” per la tutela dei diritti, storicamente legata a materie segnate da forte interferenza di interessi generali e poi entrata in tensione con le garanzie costituzionali.

e pronunciato (art. 112 c.p.c.) o quello sulla disponibilità delle prove (art. 115 c.p.c.) non operano con la stessa rigidità che li caratterizzano nel processo civile ordinario, subendo, soprattutto a tutela dei minori, una significativa attenuazione. Ed infatti l'art. 473-*bis*.2 espressamente dispone che il giudice «può adottare i provvedimenti opportuni in deroga all'art. 112» e che può «disporre mezzi di prova al di fuori dei limiti di ammissibilità previsti dal codice civile», sempre nel rispetto del contraddittorio e del diritto alla prova contraria. Anche il principio del contraddittorio e quello della parità delle armi risultano, in questa materia, modulati in funzione delle esigenze di protezione del minore e dei soggetti vulnerabili, senza tuttavia potersi considerare recessivi in senso assoluto. Per non dire che questo processo non sopporta le conseguenze del principio di preclusione (che, ormai, regge il processo tradizionale): più precisamente, l'art. 473-*bis*.19 c.p.c. ne attenua la portata, prevedendo che le decadenze degli artt. 473-*bis*.14, 473-*bis*.16 e 473-*bis*.17 operino solo per le domande aventi a oggetto diritti disponibili e consentendo invece nuove domande e nuovi mezzi di prova relativi all'affidamento e al mantenimento dei figli minori. Si incorrerebbe, pertanto, in errore se si pretendesse di leggere ed interpretare le nuove disposizioni avendo come raffronto il “processo” pensato dal legislatore del '40. Era un processo di tipo “soggettivo”, là dove il processo che riguarda le persone ha movenze che lo avvicinano inevitabilmente a quello di tipo “oggettivo”, come è dimostrato dal fatto che è difficile stabilire quale è l'oggetto del processo, perché dietro il provvedimento richiesto incombe sempre l'interesse del soggetto debole e meritevole di protezione.

È con questo spirito che si passa all'esame in primo luogo dei poteri esercitati dal giudice delegato.

Venendo più da vicino alla struttura del rito speciale con specifico riguardo ai poteri svolti dal giudice delegato (in alternativa al presidente), è agevole cogliere che le norme che maggiormente enfatizzano la sua posizione di spicco nell'attuale quadro normativo sono rappresentate dall'art. 473-*bis*.15 c.p.c., che disciplina

le misure indifferibili, anche *inaudita altera parte*, dall'art. 473-bis.22 c.p.c., che disciplina i provvedimenti temporanei e urgenti, cui si affianca il sistema dei rimedi impugnatori delineato dagli artt. 473-bis.23 e 473-bis.24 c.p.c. ⁽⁶⁾.

È evidente che la rilevanza di queste disposizioni è particolarmente avvertita in un ambito in cui vengono in rilievo diritti sensibili, quali sono soprattutto quelli dei minori, dei figli maggiorenni non economicamente autosufficienti e dei figli in situazione di grave disabilità. Infatti, i rapporti giuridici oggetto del contenzioso familiare e minorile presentano un elevato grado di vulnerabilità, con la conseguenza che in questo settore, più che in altri, è sentita la necessità della tutela d'urgenza, che non svolge una funzione meramente ancillare rispetto alla decisione definitiva, ma diviene lo strumento principale per prevenire l'eventuale irreversibile compromissione degli interessi coinvolti.

Va da sé che l'esigenza di provvedere alla immediata regolamentazione del rapporto in crisi, conferisce centralità a quei provvedimenti provvisori adottati nel corso del processo, idonei a garantire una immediata tutela prima della definizione della controversia; una previsione coerente con l'idea che il processo di famiglia deve avere come scopo principale la protezione delle persone e che tale finalità non si persegue necessariamente con la sentenza finale, ma nella maggior parte dei casi deve essere anticipata nel corso del processo.

2.1. Segue: *I provvedimenti indifferibili.*

L'art. 473-bis.15 c.p.c. introduce la possibilità di adottare provvedimenti provvisori e indifferibili *inaudita altera parte* qualora ricorra *un pregiudizio imminente e irreparabile* o quando *la convocazione delle parti potrebbe pregiudicare l'attuazione dei provvedimenti* ⁽⁷⁾. Si tratta di una previsione che colma la

⁽⁶⁾ In argomento R. GIORDANO, *Sub art. 473 bis.15*, in AA.VV., *Codice di procedura civile*, a cura di R. VACCARELLA, VIII ed., Milano, 2025, 3337 ss.

⁽⁷⁾ Nell'attuale configurazione del nuovo rito, si rinviengono ulteriori provvedimenti interlocutori che non sono oggetto della presente trattazione: i provvedimenti tem-

lacuna del passato ⁽⁸⁾, quando la parte interessata era costretta a percorrere la via del provvedimento d'urgenza *ex art.* 700 c.p.c. nel periodo di tempo intercorrente tra il deposito del ricorso e la c.d. udienza presidenziale ⁽⁹⁾, per ottenere una tutela tempestiva in situazioni di particolare gravità ⁽¹⁰⁾. I presupposti individuati dal legislatore ricalcano, in buona misura, quelli della tutela cautelare ordinaria (artt. 700 e 669-*sexies*, comma 2, c.p.c.), ma sono innestati in un rito specializzato, caratterizzato dalla centralità della protezione del minore e, quindi, da un ampliamento mirato dei poteri officiosi del giudice della famiglia ⁽¹¹⁾.

Secondo la disposizione l'adozione del decreto provvisoriamente esecutivo *inaudita altera parte* è giustificata dalla sussistenza di due presupposti che possono ricorrere in via alternativa, essendo posta tra gli stessi la congiunzione disgiuntiva “o” la quale lascia intendere che le situazioni a base della concessione della misura cautelare non debbano necessariamente coesistere. La prima situazione che legittima la richiesta di tutela anticipatoria va interpretata in continuità con il lessico dell'art. 700 c.p.c., ma calata nella specificità della materia familiare e riguarda un pregiudizio imminente e irreparabile collegato al diritto dedotto in giudizio, laddove il carattere dell'*imminenza* evoca un pericolo

poranei e urgenti (artt. 473-*bis*.22 c.p.c e 473-*bis*.50 c.p.c.), i provvedimenti temporanei di nomina del tutore del minore (art. 473-*bis*.7 c.p.c.), le misure temporanee in materia di attuazione dei provvedimenti sull'affidamento (art. 473-*bis*.38 c.p.c.) e gli ordini di protezione provvisori (art. 473-*bis*.71 c.p.c.).

⁽⁸⁾ F. DANOVI, *Il nuovo rito delle relazioni familiari*, in *Fam. dir.*, 2022, 837 ss.; A. GRAZIOSI, *Sui provvedimenti provvisori ed urgenti nell'interesse dei genitori e dei figli minori*, in *Fam. dir.*, 2022, 371 ss.

⁽⁹⁾ S. CIARDO, *Reclamo e impugnazione nel nuovo rito del contenzioso familiare*, in AA.VV., *La riforma del diritto di famiglia*, a cura di R. GIORDANO - A. SIMEONE, cit., 134 ss.; M.A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in AA.VV., *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie. Il decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149*, a cura di C. CECHELLA, 2023, 90 ss.

⁽¹⁰⁾ Trib. Napoli (ord.), 24 .03.2005, in *Fam. dir.*, 2005, 641 ss.; Trib. Modena (ord.), 25.01.2005, in *Corr. merito*, 2005, 510 ss.; Trib. Napoli (ord.), 08.02.1999, in *Fam. dir.*, 2000, 392 ss., con nota di A. FRASSINETTI.

⁽¹¹⁾ Sul tema si rinvia all'attenta disamina di M. ABBAMONTE, *I provvedimenti indifferibili nel nuovo rito unitario in materia di persone, minorenni e famiglie tra dubbi interpretativi e profili di illegittimità costituzionale*, in questa *Rivista*, 2025, 345 ss.

attuale, non meramente ipotetico, destinato a concretizzarsi in un arco temporale così ravvicinato da rendere inadeguato attendere la prima udienza o i tempi naturali del procedimento; il carattere dell'*irreparabilità* va inteso in chiave sostanziale, considerando che nel contesto dei rapporti genitoriali e familiari, taluni danni — quali possono essere quelli all'integrità psico-fisica del minore, alla sua stabilità affettiva, alla continuità dei rapporti familiari, alla soddisfazione dei bisogni primari — non sono rimediabili *ex post* con la decisione di merito. Il secondo presupposto alternativo concerne il pericolo che la preventiva instaurazione del contraddittorio comprometta l'attuazione del provvedimento. Sotto tale profilo, l'attenzione si sposta dal fattore temporale al pericolo che la preventiva instaurazione del contraddittorio frustri l'efficacia della misura, in quanto la conoscenza della controparte rispetto all'iniziativa giudiziaria potrebbe compromettere l'utilità della misura⁽¹²⁾. Si consideri l'ipotesi del rischio della preventiva instaurazione del contraddittorio in caso di pericolo di sottrazione del minore o di dispersione del patrimonio⁽¹³⁾. In queste situazioni è necessario non tanto abbreviare i tempi per ottenere la misura cautelare, quanto intervenire *inaudita altera parte* per evitare che la controparte neutralizzi preventivamente gli effetti della decisione, secondo uno schema che richiama quello delineato dall'art. 669-sexies, comma 2, c.p.c.

Accanto a tali presupposti oggettivi espressi, il dato normativo lascia emergere altri requisiti impliciti ma necessari. Il riferimen-

(12) Per A. GRAZIOSI, *Sui provvedimenti provvisori ed urgenti*, cit., 373, il primo requisito parrebbe fare riferimento a possibili misure a carattere anticipatorio, rispetto alle quali vi sia la necessità di neutralizzare il rischio di un pregiudizio imminente e irreparabile connesso alla previa instaurazione del contraddittorio, mentre il secondo requisito coincide perfettamente con quello previsto dall'art. 669-sexies, comma 2, c.p.c. con riguardo alla tutela cautelare ordinaria, e fa riferimento, verosimilmente, ad eventuali provvedimenti provvisori a carattere conservativo, laddove si corra il rischio che, a causa dell'instaurazione del contraddittorio, la controparte venga a conoscenza della misura richiesta e modifichi lo *status quo* al fine di renderla concretamente inattuabile.

(13) R. GIORDANO, *Il nuovo procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie*, in AA.VV., *La riforma del processo civile*, a cura di P. FARINA - R. GIORDANO - R. METAFORA, Milano, 2022, 69 ss.

to alle “sommarie informazioni” che il giudice può assumere e la stessa natura cautelare del provvedimento consentono di individuare, sul piano interpretativo, la presenza di un *fumus boni iuris*: prima di adottare il decreto, il giudice deve potersi convincere, sia pure in via sommaria, della *non manifesta infondatezza* della pretesa di merito. La riforma Cartabia, nei materiali preparatori e nei primi commenti, insiste sul fatto che i provvedimenti indifferibili non possono essere adottati sulla sola base dell’allegazione del *periculum*, ma devono fondarsi su una pur minima verifica della plausibilità dei fatti dedotti e della loro riconducibilità al diritto azionato, ad esempio mediante l’ascolto del minore o l’acquisizione di atti dei servizi sociali e di certificazioni mediche.

La sintetica formulazione della norma lascia aperte alcune questioni.

Innanzitutto, l’art. 473-*bis*.15 precisa che il presidente o il giudice da lui delegato adotta con decreto provvisoriamente esecutivo i provvedimenti necessari nell’interesse dei figli e, nei limiti delle domande da queste proposte, delle parti, fissando al contempo entro i successivi quindici giorni l’udienza di comparizione delle parti «davanti a sé» ⁽¹⁴⁾ per procedere alla conferma, modifica o revoca della misura cautelare ⁽¹⁵⁾, assegnando alla parte un termine non prestabilito per notificare il decreto alla controparte. Quindi, l’udienza destinata alla conferma, modifica o revoca del decreto ⁽¹⁶⁾ si dovrà svolgere dinanzi allo stesso giu-

⁽¹⁴⁾ Locuzione inserita dal d.lgs. 164/2024.

⁽¹⁵⁾ Va segnalato che la giurisprudenza di merito si esprime con estremo rigore rispetto alla tardiva notifica del decreto cautelare, affermando che il provvedimento notificato tardivamente alla parte resistente perde efficacia; tra le tante, Trib. Napoli (decr.), 05.12.2019, che, in relazione alla precedente disciplina, ha ammesso la possibilità per il ricorrente di chiedere la remissione in termini qualora ricorrano i presupposti di cui all’art. 153, comma 2, c.p.c. In dottrina, si veda M. ABBAMONTE, *Contributo allo studio della tutela cautelare* inaudita altera parte. *Profili storici, comparatistici e sistematici*, Bari, 2024, 314 ss.

⁽¹⁶⁾ È un’udienza che dovrebbe essere autonoma rispetto all’udienza di prima comparizione; così A. GRAZIOSI, *Sui provvedimenti provvisori*, cit., 374, che evidenzia la necessità di fissare due udienze in caso di emanazione di provvedimenti *inaudita altera parte*, di cui una dedicata esclusivamente alla conferma, modifica o revoca della misura

dice-persona fisica ⁽¹⁷⁾ che ha emesso il provvedimento indifferibile e non dinanzi al collegio.

Inoltre, dalla lettura della disposizione — e ricordando il già richiamato art. 473-*bis*.2 che, introdotto il procedimento, assegna al giudice il potere di adottare d'ufficio i provvedimenti nell'interesse del minore, in deroga all'art. 112 c.p.c. — sembra possibile desumere l'ammissibilità dell'adozione d'ufficio dei provvedimenti indifferibili nei casi in cui siano resi a tutela dei minori o, in virtù di quanto previsto dall'art. 473-*bis*.9, dei maggiorenni portatori di *handicap* grave, laddove, negli altri casi, la pronuncia è subordinata alla domanda di parte. E ne è prevedibile la loro adozione già nel decreto di fissazione dell'udienza di comparizione. In tal caso, l'autorità giudiziaria dovrà disporre la notifica del provvedimento a cura della cancelleria nei confronti delle parti coinvolte nel procedimento.

È dubbio poi che possano essere emessi provvedimenti indifferibili *ante causam*. La giurisprudenza di merito ne ha negato l'ammissibilità, precisando che la tutela può essere accordata solo in corso di causa ⁽¹⁸⁾. A favore di tale conclusione militano due ra-

provvisoria emanata e l'altra, successiva, volta all'esperimento del tentativo di conciliazione e ad assicurare alle parti adeguati tempi di costituzione per il pieno esercizio del loro diritto di difesa.

⁽¹⁷⁾ AA.VV., *Diritto processuale civile, II, La giustizia consensuale e il processo di cognizione*, a cura di G. RUFFINI, Bologna, 2024, 220, ritiene peraltro che «la previsione secondo cui tale udienza debba tenersi non oltre quindici giorni dopo l'adozione del decreto recante le misure indifferibili la rende però difficilmente conciliabile con i tempi ordinariamente previsti per lo svolgimento della prima udienza di comparizione. L'idea del legislatore sembra piuttosto quella di creare un sub-procedimento concluso in sé stesso, con eventuale possibilità del convenuto di depositare (in vista dell'udienza) una apposita memoria difensiva».

⁽¹⁸⁾ Trib. Gorizia, 22 febbraio 2024; Trib. Verona, 13 luglio 2023; Trib. Roma, 22 luglio 2023; in dottrina C. COSTABILE, *È possibile richiedere l'emissione ante causam di provvedimenti indifferibili ex art. 473-bis.15 c.p.c.?*, in *Ius*, 3, 13 luglio 2023.

Con riguardo al processo di separazione personale dei coniugi, l'ammissibilità del ricorso ex art. 700 c.p.c. è stata esclusa, quanto alla separazione consensuale, da Trib. Modena, 27 gennaio 2005, cit.; nonché, nel giudizio di separazione, da Trib. Napoli, 29 dicembre 2000, in *Fam. dir.*, 2000, 392 ss. e da Trib. Taranto, 8 marzo 1999, in *Fam. dir.*, 1999, 376 ss., con nota di A. CARRAITA. A favore dell'ammissibilità, si vedano Trib. Padova, 20 luglio 2009, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 169 ss., con nota di F. RONCHESE;

gioni: in primo luogo, la collocazione sistematica della norma, inserita immediatamente dopo la disciplina del ricorso introduttivo, sembra presupporre la pendenza della lite; in secondo luogo, nel nuovo rito manca una disposizione analoga all'art. 669-ter c.p.c. che regoli una fase cautelare *ante causam*. Ciò non esclude, tuttavia, che in presenza di un rischio grave e irreversibile per l'interesse del minore il rigore delle forme possa essere attenuato, sia attraverso un'applicazione analogica degli artt. 669-ter e 669-sexies, comma 2, c.p.c. ⁽¹⁹⁾, sia – in un'ottica più aderente al dato testuale – mediante la convocazione anticipata delle parti *ex art.* 175 c.p.c., così da consentire l'adozione di provvedimenti indifferibili in tempi abbreviati, ma nel rispetto del contraddittorio ⁽²⁰⁾.

Altra questione riguarda la possibilità di emanare provvedimenti indifferibili senza contraddittorio nel corso del processo, senza limitarne la concessione alla fase anteriore alla prima udienza di comparizione delle parti. Sul punto la Relazione illu-

Trib. Napoli, 25 marzo 2005, in *Foro it.*, 2006, I, 944 ss. e in *Fam. dir.*, 2005, 641 ss., con nota di E. VULLO.

In dottrina, a favore dell'inammissibilità, v. G. BUFFONE, *Le nuove norme processuali in materia di persone*, cit., 879; F. CIPRIANI, *I provvedimenti presidenziali «nell'interesse dei coniugi e della prole»*, Napoli, 1970, 450, in nota; M.G. CIVININI, *Provvedimenti cautelari e rapporti patrimoniali tra coniugi in crisi*, in *Fam. dir.*, 1995, 381 ss.; L. MONTESANO, *I provvedimenti d'urgenza nel processo civile*, Napoli, 1955, 65 ss.; A. PROTO PISANI, *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. giur.*, XXV, Roma, 1991, 8 ss. In senso favorevole all'ammissibilità, v. F. DANOVI, *Processo di separazione e divorzio e ragioni d'urgenza*, in *Fam. dir.*, 2019, 623 ss.; E. VULLO, *Procedimenti in materia di famiglia e stato delle persone*, I, in *Comm. c.p.c.* diretto da S. CHIARLONI, Bologna, 2011, 236 ss.

⁽¹⁹⁾ G. DE CESARE, *Riforme e controriforme del processo familiare e minorile: i correttivi legislativi e giurisprudenziali*, in *Judicium.it*, 15 ottobre 2024, par 1 ss.

⁽²⁰⁾ F. DANOVI, *Il decreto correttivo e la giustizia familiare e minorile*, cit., 1139 ss. par. 6; G. DE CESARE, *Riforme e controriforme*, cit., par. 2; R. DONZELLI, *Manuale del processo familiare e minorile*, Torino, 2024, 216; ID., *Le modifiche al processo familiare e minorile*, cit., spec. 8, secondo cui, in alternativa all'adozione del provvedimento indifferibile *inaudita altera parte*, il giudice può optare per l'abbreviazione dei termini del giudizio di merito ai sensi degli artt. 473-bis.6, comma 1, e 473-bis.42, comma 1, c.p.c.; sotto tale profilo l'ultimo comma dell'art. 473-bis.14 c.p.c. prevede che il giudice può abbreviare fino alla metà i termini previsti dal presente articolo e dall'art. 473-bis.17 c.p.c.; M.A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in *La riforma del processo e del giudice delle persone, per i minorenni e per le famiglie. Il d. lgs. 10 ottobre 2022, n. 149*, cit., 95. È questa una prassi adottata da molti tribunali.

strativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 149 ⁽²¹⁾ prevede che possano essere emanati provvedimenti indifferibili *inaudita altera parte* durante il processo, laddove la situazione d'urgenza ne giustifichi l'adozione; in questo caso lo schema procedimentale da seguire sarà il medesimo, dovendo il giudice fissare immediatamente l'udienza di comparizione delle parti per procedere alla conferma, modifica o revoca del provvedimento.

Sul versante della natura e della reclamabilità delle misure indifferibili, la Cassazione — intervenuta su rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.* prima dell'introduzione del 2° comma dell'*art. 473-bis.15* da parte del d.lgs. 164/2024 — aveva compiuto con la sentenza 30 aprile 2024, n. 11688 ⁽²²⁾ un intervento chiarificatore di rilievo, ammettendo che il provvedimento che conferma, modifica o revoca le misure rese ai sensi dell'*art. 473-bis.15 c.p.c.* dovesse ritenersi reclamabile davanti alla corte d'appello in ipotesi di contenuto coincidente con quello dei provvedimenti di cui all'allora 2° comma dell'*art. 473-bis.24 c.p.c.*, riconoscendone, sia pure implicitamente, la natura cautelare e non di giurisdizio-

⁽²¹⁾ In particolare, si legge nella Relazione illustrativa «Ad ampliamento della disciplina dei contenuti del decreto presidenziale, all'articolo 473-bis.15 c.p.c. è stata ammessa, su istanza della ricorrente, in caso di pregiudizio imminente e irreparabile al diritto o di pregiudizio all'attuazione della misura, la possibilità che il presidente adotti provvedimenti opportuni, assunte quando occorre sommarie informazioni, prima ancora che sia suscitato il contraddittorio, salvo poi fissare, come la legge delega espressamente imponeva, udienza entro quindici giorni nella quale riesaminare la situazione e confermare, modificare o revocare le misure adottate. La misura *inaudita altera parte* risponde alla necessità di assicurare protezione contro situazioni di grave e urgente pregiudizio che possono verificarsi anche in corso di causa; non si vedono dunque ragioni per non consentire l'adozione di tale misura anche nel prosieguo del giudizio, imponendosi comunque sempre anche in tal caso la fissazione di un'udienza ravvicinata per la "convalida" o meno della misura. Trattandosi di misure urgenti, aventi natura cautelare, è così mutuata la disciplina dell'*art. 669-sexies*, comma 2, c.p.c.».

⁽²²⁾ In *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, n. 5, 1163, con nota di A. NASCOSI; in *Foro it.*, 2024, I, 1488, con nota di C.M. CEA, *Il reclamo dimezzato ed il "gattopardismo" legislativo: l'incerto epilogo della saga dell'art. 473-bis.15 c.p.c.* L'ordinanza di rimessione resa dal Trib. min. di Lecce, 12 settembre 2023, è annotata da A. NASCOSI, *Sulla reclamabilità dei provvedimenti indifferibili: la parola alla Cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, n. 1, 52; da C.M. CEA, *Il problema del reclamo contro i provvedimenti ex art. 473 bis.15 c.p.c. e la sindrome di Nimby*, in *Foro it.*, 2023, I, 3275.

ne volontaria. In altri termini la S.C. aveva riconosciuto la reclamabilità dei provvedimenti che sospendono o introducono gravi limitazioni alla responsabilità genitoriale, che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori, o che ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori⁽²³⁾, collocando a pieno titolo le misure indifferibili nel circuito

(23) Nella motivazione della sentenza si legge: «6.3.2. Piena condivisione, quindi, merita l'osservazione dell'Avvocata Generale secondo cui "La delicatezza delle materie (non di tutte quelle possibile oggetto dei provvedimenti indifferibili, si badi, ma in particolare di quelle elencate dal 2 comma dell'art. 473-bis.24 c.p.c.) e la fisiologica invasività della decisione assunta in una fase ancora prodromica all'instaurazione ed allo svolgimento pieno del contraddittorio delle parti, richiedono, ed anzi impongono, che anche in questo caso, non diversamente da quanto espressamente previsto per i provvedimenti emessi in corso di causa, ed anzi a maggior ragione — stante la natura della fase, anticipata rispetto alla trattazione del merito, destinata ad avere una durata nei fatti superiore, e anche di molto, a quanto previsto dalla legge — operi il meccanismo del reclamo avanti alla Corte d'appello"» e ancora: «6.3.4. La generale esclusione della reclamabilità dei provvedimenti ex art. 473-bis.15 cod. proc. civ., inoltre, renderebbe arduo — come osservato pure dall'Avvocata Generale — superare i possibili dubbi di costituzionalità della norma, in particolare per violazione dell'art. 3 Cost., in specie sotto il profilo del difetto di ragionevolezza della mancata previsione della loro reclamabilità, laddove la riforma ha espressamente previsto, invece, all'art. 473-bis.24, commi 1 e 2, cod. proc. civ., il meccanismo di impugnazione, avanti alla corte d'appello, oltre che dei provvedimenti temporanei ed urgenti ex art. 473-bis.22, comma 1, del medesimo codice, di quelli solo temporanei, emessi in corso di causa, laddove comportanti misure particolarmente invasive in materia di potestà genitoriale. Rispetto, soprattutto, a tale ultima tipologia di provvedimento, si rivelerebbe manifestamente irragionevole la disparità di trattamento a danno della rivedibilità di un provvedimento assunto in una fase in cui il contraddittorio nel merito può non essere ancora integralmente spiegato, e, ciononostante, capace di incidere notevolmente sulla situazione del minore. 6.3.5. A tanto va aggiunto soltanto che, come ricordato pure dall'Avvocata Generale, secondo il costante insegnamento della Corte costituzionale, se è vero che nella disciplina degli istituti processuali vige il principio della discrezionalità ed insindacabilità delle scelte operate dal legislatore, deve sempre essere verificata, però, la loro non manifesta irragionevolezza (cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 10 del 2013 ed ordinanze n. 174 del 2012, n. 141 del 2011, n. 164 del 2010): il dubbio di costituzionalità deve superarsi, dunque, laddove sia possibile individuare una interpretazione delle norme coerente ai principi costituzionali. 7. In definitiva, quindi, poiché l'art. 473-bis.24 cod. proc. civ. prevede lo strumento del reclamo alla corte d'appello, oltre che per i provvedimenti temporanei e urgenti resi alla prima udienza dal giudice istruttore (comma 1), anche per "i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori" (comma 2), può concludersi, ragionevolmente, per l'ammissibilità del reclamo, innanzi

delle garanzie tipiche della tutela cautelare, coerentemente con la qualificazione dei diritti del minore come diritti soggettivi fondamentali.

Il decreto correttivo alla Riforma Cartabia è intervenuto sui primi commi dell'art. 473-*bis*.24 c.p.c., unificandoli in un unico comma articolato in due numeri, che ricalcano, quanto ai presupposti di reclamabilità, gli originari commi 1 e 2. La norma, nella versione novellata, dispone che si può proporre reclamo con ricorso alla corte d'appello: 1) contro i provvedimenti temporanei e urgenti di cui al primo comma dell'art. 473-*bis*.22; 2) contro i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori o ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori ⁽²⁴⁾.

L'aver fatto confluire in un unico rimedio provvedimenti che possono avere contenuto assai differente pone alcuni problemi applicativi. In pratica, in caso di contenuto sostitutivo dell'ordinanza *ex* art. 473-*bis*.22, attraverso la quale si conferma, revoca o modifica il provvedimento indifferibile, il reclamo è idoneo a devolvere tutte le questioni alla corte d'appello. Nella diversa ipotesi in cui il giudice si sia pronunciato solo su alcuni profili o sorgano dubbi sui rapporti tra i provvedimenti resi ai sensi degli artt. 473-*bis*.15 e 473-*bis*.22, sarà prudente proporre reclamo avverso entrambe le decisioni. Ne deriva che, quando l'ordinanza *ex* art.

alla medesima corte di appello, pure avverso l'ordinanza di conferma, modifica o revoca dei provvedimenti indifferibili resi inaudita altera parte *ex* art. 473-*bis*.15 cod. proc. civ. esclusivamente allorquando il contenuto di questi ultimi coincida con quello dei provvedimenti di cui al comma 2 dell'art. 473-*bis*.24 cod. proc. civ., e, dunque, ove sospendano o introducano sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, prevedano sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori, ovvero ne dispongano l'affidamento a soggetti diversi dai genitori».

⁽²⁴⁾ Va segnalato che la giurisprudenza di merito interpreta in maniera rigorosa la disposizione in commento; in proposito, si richiama Corte app. Bologna, 18 aprile 2024, che ha dichiarato l'inammissibilità del reclamo proposto avverso il provvedimento con cui il Tribunale per i minorenni disponeva che i servizi sociali effettuassero una valutazione sulla capacità genitoriale.

473-bis.22 abbia carattere sostitutivo, il reclamo concentrerà in sé tutte le questioni; laddove invece l'ordinanza di prima udienza non chiarisca il rapporto con le misure indifferibili pregresse, si apre uno spazio di incertezza applicativa che rende opportuna una lettura il più possibile esplicita dei provvedimenti giudiziali ⁽²⁵⁾.

2.2. I provvedimenti temporanei e urgenti.

L'art. 473-bis.22 c.p.c. affida al giudice un potere assai elastico e ampio di intervento, consentendogli di intervenire in maniera rapida e incisiva a tutela dei diritti fondamentali dei minori e dei soggetti vulnerabili per prevenire danni gravi e irreparabili durante la pendenza della causa ⁽²⁶⁾. È la norma che più direttamente concentra, in capo al giudice delegato, il potere di incidere in modo immediato e anche molto penetrante sugli assetti personali e familiari, attraverso l'adozione dei provvedimenti temporanei e urgenti. Si tratta di una disposizione a contenuto fortemente atipico, che consente al giudice, all'esito della prima udienza, e poi in ogni altro momento in cui ciò si renda necessario ⁽²⁷⁾, di regolare un assetto provvisorio dell'affidamento, del collocamento dei figli, delle modalità di frequentazione, dell'assegnazione della casa familiare e dei rapporti economici, nonché di incidere sulla responsabilità genitoriale fino a disporre limitazioni, prescrizioni e, nei casi più gravi, l'allontanamento del minore e il collocamento in struttura o in affidamento etero-familiare. La norma, letta in combinazione con l'art. 473-bis.2 c.p.c., configura un potere officioso a finalità essenzialmente protettiva: il giudice non è vincolato alle sole richieste

⁽²⁵⁾ G. DE CESARE, *Riforme e controriforme*, cit., par. 2.

⁽²⁶⁾ In argomento, A. CARRATTA, *Rito unico*, cit., 1232 ss.; C.M. CEA, *Sub art. 473-bis.22*, in AA.VV., *Procedimenti relativi alle persone*, cit., 290 ss.; A. GRAZIOSI, *Sui provvedimenti provvisori e urgenti*, cit., 368 ss.; R. LOMBARDI, *Il procedimento*, cit., 546 ss.; M.A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, in *La riforma del processo e del giudice per le persone, per i minorenni e per le famiglie*, cit., 96 ss.; ID., *Provvedimenti temporanei e urgenti*, in *La Riforma Cartabia*, cit., 923 ss.; B. POLISENO, *Il procedimento*, cit., 577 ss.

⁽²⁷⁾ B. POLISENO, *Il procedimento*, cit., 577; E. VULLO, *Provvedimenti indifferibili, temporanei ed urgenti*, in *Fam. dir.*, 2023, 988.

delle parti, ma deve modellare i provvedimenti provvisori secondo il criterio della migliore tutela possibile del minore, potendo disporre mezzi di prova d'ufficio, acquisire relazioni dei servizi, valorizzare informative sanitarie e scolastiche, e poi tradurre questo materiale in misure immediatamente esecutive ⁽²⁸⁾. In particolare,

(28) È di particolare attualità il caso della cosiddetta “famiglia nel bosco”, che ha scelto di vivere in un casolare isolato nei boschi di Palmoli, in condizioni di sostanziale autosufficienza, con istruzione parentale dei figli. A seguito di un episodio sanitario, consistente nel ricovero ospedaliero per sospetta intossicazione da funghi, e delle successive relazioni dei servizi sociali sulle condizioni dell’abitazione, dell’igiene, del riscaldamento e sulla collaborazione dei genitori con i servizi stessi, il Tribunale per i minorenni di L’Aquila, con ordinanza del 13 novembre 2025, ha disposto l’allontanamento dei tre figli dal nucleo familiare, il loro collocamento in casa famiglia, l’affidamento ai servizi sociali, la nomina di un tutore provvisorio e la sospensione della responsabilità genitoriale di entrambi i genitori. Il provvedimento costituisce un esempio paradigmatico di esercizio dei poteri di cui all’art. 473-bis.22 c.p.c., poiché il giudice, sulla base di relazioni dei servizi sociali, valutazioni sanitarie e accertamenti sulle condizioni del casolare e sul grado di collaborazione dei genitori, ha ritenuto che la permanenza dei minori nel contesto di vita prescelto integrasse un pregiudizio attuale o altamente probabile per la loro salute, per il loro sviluppo e per la loro socializzazione, costruendo così, in via temporanea e urgente, un nuovo assetto di fatto a tutela del superiore interesse dei minori. Gli sviluppi successivi mostrano, tuttavia, con ancora maggiore nettezza, la natura dinamica dei poteri previsti dagli artt. 473-bis.22, 473-bis.23 e 473-bis.24 c.p.c. Con ordinanza collegiale dell’11 dicembre 2025, espressamente richiamata nel successivo provvedimento del 5 marzo 2026, il Tribunale aveva rigettato le istanze di revoca delle misure cautelari; quindi la Corte d’Appello di L’Aquila, con ordinanza del 16 dicembre 2025, ha respinto il reclamo dei genitori, chiarendo che il sindacato in sede di reclamo resta circoscritto alla verifica delle anomalie del provvedimento impugnato e non può trasformarsi in un’anticipazione del giudizio di merito. La Corte ha al tempo stesso ribadito che l’allontanamento dei minori dalla famiglia costituisce misura estrema e temporanea, destinata a cessare non appena le circostanze lo consentano, ma ha ritenuto che, in quel momento, il provvedimento restasse giustificato dalla necessità di garantire il superiore interesse dei minori e dall’inefficacia dei precedenti interventi di sostegno alla genitorialità. Con ordinanza del 5 marzo 2026 il Tribunale per i minorenni di L’Aquila, sulla base delle relazioni del servizio sociale, della casa-famiglia e del servizio di neuropsichiatria infantile, ha ritenuto che l’osservazione diretta dei minori successiva al collocamento in comunità avesse consentito di accertare anche una lesione del loro diritto all’istruzione e che la costante presenza materna fosse divenuta gravemente ostativa agli interventi educativi, scolastici e di sostegno predisposti nell’interesse dei figli. Per tale ragione ha disposto il trasferimento dei minori in altra comunità educativa, senza la madre, ha autorizzato l’esecuzione con l’assistenza della forza pubblica e ha incaricato tutore e curatore speciale di attivarsi a tutela della riservatezza dei minori. In questa prospettiva, il caso conferma che l’art. 473-bis.22 non è soltanto lo strumento per demolire l’assetto familiare ritenuto pregiudizievole, ma si inserisce in un sistema processuale mobile, nel quale i provvedimenti temporanei possono essere confer-

la norma prevede che, qualora all'udienza di comparizione non riesca la conciliazione ⁽²⁹⁾, il giudice, sentite le parti, i difensori e assunte, ove occorra, sommarie informazioni, emana con ordinanza i provvedimenti temporanei e urgenti che ritiene opportuni nell'interesse delle parti, nei limiti delle rispettive domande, e nell'interesse dei figli. Tali misure mantengono efficacia ultrattiva, in continuità con il previgente art. 189 disp. att. c.p.c., e sono qualificate come titolo esecutivo e titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale, confermando in tal modo l'incisività sul piano sostanziale e patrimoniale di tali misure ⁽³⁰⁾.

Viene, quindi, attribuito al giudice il potere di costruire un assetto provvisorio che tuteli il minore nell'immediato, senza attendere la conclusione del giudizio di merito; il giudice può modulare il provvedimento caso per caso, adattandolo alla partico-

mati, irrigiditi, modificati o revocati alla luce del quadro istruttorio via via emergente. Dal punto di vista tecnico, è possibile apprezzare l'essenza della funzione dell'art. 473-bis.22, che è quella di consentire al giudice di intervenire in via di urgenza sulle condizioni di vita del minore senza attendere la definizione del giudizio di merito *ex artt.* 330 e 333 c.c., assicurando una tutela anticipata e tendenzialmente cautelare. La stessa vicenda, tuttavia, consente di cogliere come i poteri dell'art. 473-bis.22 abbiano natura dinamica. La norma legittima il giudice ad intervenire immediatamente e in maniera invasiva sull'assetto familiare, ma — in raccordo con l'art. 473-bis.23 — gli attribuisce il potere-dovere di riconsiderare, modificare e revocare i provvedimenti temporanei alla luce di fatti sopravvenuti o di un diverso quadro istruttorio: il giudice che ha adottato l'allontanamento in base a un determinato quadro fattuale ha la possibilità di verificare, con gli stessi poteri officiosi, se quel quadro sia mutato e adottare un provvedimento che consenta un rientro graduale dei minori nel nucleo di origine. In questa prospettiva, l'art. 473-bis.22 non è solo lo strumento per demolire l'assetto familiare ritenuto pregiudizievole, ma anche per ricostruirlo se vengono meno le condizioni di rischio.

⁽²⁹⁾ La necessità di adottare provvedimenti temporanei e urgenti può essere avvertita anche in ipotesi di conciliazione, sol che si voglia considerare il lasso temporale, a volte considerevole, che intercorre tra l'udienza di comparizione e la decisione finale con cui viene dichiarata la cessazione della materia del contendere; del resto, lo stesso art. 473-bis.21 c.p.c. prevede espressamente che, «se le parti si conciliano, il giudice assume i provvedimenti temporanei e urgenti che si rendono necessari e rimette la causa in decisione». Sul punto si veda C.M. CEA, *Sub art. 473-bis.21 c.p.c.*, in AA.Vv., *Procedimenti relativi alle persone*, a cura di R. DONZELLI - G. SAVI, *cit.*, 174.

⁽³⁰⁾ Si tratta di provvedimenti che sono modellati sulla falsariga dei provvedimenti temporanei e urgenti previsti dall'art. 708 c.p.c. (abrogato dal d.lgs. 149/2022) che venivano pronunciati all'esito dell'udienza presidenziale nell'ambito del previgente processo di separazione personale dei coniugi.

lare vicenda sulla quale è chiamato a decidere. In altri termini, tali provvedimenti realizzano sul piano processuale l'esigenza — costituzionale e sovranazionale — di garantire una protezione effettiva degli interessi del minore, anche a costo di comprimere, entro i limiti giustificati dalla materia, il rigore del principio della domanda e la piena tipicità delle misure. Tuttavia, l'ampiezza di poteri esercitabili ai sensi dell'art. 473-*bis*.22 evidenzia alcuni profili critici, in quanto l'assenza di un catalogo chiuso di provvedimenti assunti sulla base dell'"urgenza" e dell'"interesse del minore" apre uno spazio notevole di discrezionalità valutativa, nel quale vi è il rischio (già in qualche caso emerso) di uno slittamento dal controllo di un pregiudizio concreto verso provvedimenti emessi sulla base di una valutazione giudiziale del modello di vita familiare ritenuto preferibile dal giudice.

Tali provvedimenti sono reclamabili ai sensi del già citato art. 473-*bis*.24, ma possono anche essere modificati o revocati ai sensi dell'art. 473-*bis*.23 in tutti i casi in cui nel corso del giudizio si verificano mutamenti delle circostanze (la disposizione fa riferimento a «fatti sopravvenuti o nuovi accertamenti istruttori») tali da giustificare una richiesta di revisione del provvedimento. Il riferimento dell'art. 473-*bis*.23 alle sopravvenienze sostanziali o processuali ⁽³¹⁾ staglia la linea di demarcazione tra il reclamo e la revoca o modifica, affidando allo strumento del reclamo l'ipotesi in cui si vogliano far valere vizi del provvedimento originario, non potendo trovare ingresso circostanze sopravvenute che andranno dedotte e allegate davanti al giudice del merito. In questa prospettiva, sul piano del dato letterale, il provvedimento di revoca o modifica adottato ai sensi dell'art. 473-*bis*.23 non sembrerebbe, di regola, rientrare nell'ambito del reclamo di cui

⁽³¹⁾ G. CASABURI, *Modifica, revoca e impugnazione dei provvedimenti «interinali» nel nuovo rito unificato in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Foro it.*, 2024, 1950. La limitazione è criticata da chi ha sottolineato che la delicatezza degli interessi coinvolti avrebbe dovuto consentire al giudice di modificare o revocare il provvedimento sulla base di una rivalutazione della situazione che prescindesse da eventuali sopravvenienze: così E. VULLO, *Provvedimenti indifferibili*, cit., 990.

all'art. 473-*bis*.24, in quanto il primo comma, n. 2 di quest'ultima disposizione limita il perimetro del reclamo ai «provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori ovvero ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori» ⁽³²⁾. Resta però aperta, come si vedrà *infra*, la questione se tale lettura debba essere corretta in senso costituzionalmente orientato nei casi di provvedimenti particolarmente incisivi.

La giurisprudenza si è interrogata anche sulla possibilità di pronuncia di tali provvedimenti da parte del giudice dichiaratosi incompetente. Il riferimento testuale all'«interesse dei figli» ha indotto parte dei giudici di merito ad ammettere tali provvedimenti anche in ipotesi di declinatoria di competenza, per evitare vuoti di tutela nel tempo necessario alla riassunzione del processo davanti al giudice competente. In questa prospettiva, si è valorizzato sia il tenore dell'art. 473-*bis*.2 c.p.c., che consente al giudice di adottare i provvedimenti opportuni anche in deroga all'art. 112 c.p.c., sia l'esigenza di continuità della protezione del minore, affermandosi che le misure così adottate sopravvivono fino alle decisioni del tribunale competente, che potrà confermarle, modificarle o revocarle ⁽³³⁾.

Di segno contrario è l'orientamento di altre corti, che hanno escluso la possibilità per il giudice incompetente — ad esempio nel procedimento di separazione — di pronunciare provvedimen-

⁽³²⁾ Si escludeva l'esperibilità del reclamo alla corte d'appello avverso il provvedimento di revoca o modifica reso dal giudice istruttore in relazione ai provvedimenti temporanei e urgenti adottati dal presidente all'udienza presidenziale, ai sensi dell'abrogato art. 708 c.p.c., e dell'art. 4, comma 8, l. div.: così Cass., 10 maggio 2018, n. 11279; Cass., 4 luglio 2014, n. 15416, in *Foro it.*, 2014, I, 2779, con nota di C.M. CEA, e in *Fam. dir.*, 2015, 235, con nota di M. GIORGETTI.

⁽³³⁾ Trib. Pordenone, 11 agosto 2023, ha affermato che il richiamo all'interesse dei minori «impone di non lasciare vuoti di tutela nel tempo necessario a riassumere il processo. Tale potere del Giudice ben si evince dalla lettura dell'art. 473-*bis*.2 che permette al Giudice di adottare i provvedimenti opportuni anche in deroga all'art. 112. I provvedimenti così adottati sopravviveranno fino al sopravvenire delle decisioni del Tribunale competente che potrà revocarli, modificarli o confermarli».

ti temporanei e urgenti, ritenendo che il presupposto stesso dell'esercizio del potere cautelare sia la competenza sul merito ⁽³⁴⁾. Il contrasto appare particolarmente significativo se confrontato con il previgente regime: nella fase presidenziale, infatti, era generalmente riconosciuta la possibilità di adottare provvedimenti interni pur in presenza di questioni di competenza, anche in ragione della natura non decisoria dei poteri del presidente, tenuto comunque a rimettere la causa al collegio.

3. Il reclamo.

Per ricostruire correttamente il sistema dei rimedi predisposto nel rito familiare, è necessario distinguere con precisione i provvedimenti indifferibili di cui all'art. 473-bis.15 c.p.c. dai provvedimenti temporanei e urgenti di cui all'art. 473-bis.22 c.p.c., giacché la confusione tra le due categorie altera tanto la comprensione della loro funzione quanto quella del rispettivo regime impugnatorio ⁽³⁵⁾.

I provvedimenti indifferibili sono collocati nella fase iniziale del giudizio e rispondono alla necessità di assicurare una tutela immediata prima che il contraddittorio sia pienamente instaurato; essi hanno, perciò, natura anticipatoria e provvisoria in senso stretto, poiché sono destinati a essere riesaminati all'esito della prima udienza, nella quale il giudice, una volta sentite le parti, potrà confermarli, modificarli o revocarli. Diversamente, i provvedimenti temporanei e urgenti *ex art.* 473-bis.22 c.p.c. sono adottati proprio all'esito della prima udienza e costituiscono la prima disciplina provvisoria della crisi familiare fondata su un contraddittorio ormai attuato.

La distinzione non può essere ridotta a un mero dato cronologico. I provvedimenti indifferibili hanno la funzione di presidiare il tempo anteriore alla prima udienza e di evitare che, nelle more dell'instaurazione del contraddittorio, si produca un pregiudizio

⁽³⁴⁾ Corte app. Firenze, 9 aprile 2024, accogliendo il reclamo, ha escluso che il giudice dichiaratosi incompetente nel giudizio di separazione possa emettere provvedimenti temporanei e urgenti.

⁽³⁵⁾ M.A. LUPOI, *Le misure provvisorie e la loro impugnativa*, cit., 89.

imminente e irreparabile; i provvedimenti temporanei e urgenti, invece, hanno la funzione di regolare provvisoriamente il rapporto controverso per tutta la durata del giudizio, una volta che il giudice abbia acquisito le prime difese delle parti e abbia potuto apprezzare, sia pure provvisoriamente, la struttura del conflitto. È vero che sul piano del contenuto le due categorie possono anche presentare tratti che possono incidere sulla responsabilità genitoriale, sull'affidamento, sulla collocazione del minore e talora su profili economici; ma questa sovrapponibilità materiale non vale a elidere la diversità funzionale e processuale che le separa. Il provvedimento indifferibile non costituisce un'anticipazione del provvedimento temporaneo e urgente in senso tecnico, ma una misura-ponte, destinata a essere assorbita o superata nella sede naturale della prima udienza.

Su tale base va interpretato l'art. 473-*bis*.24 secondo cui il reclamo è un rimedio esperibile contro i provvedimenti temporanei e urgenti di cui al primo comma dell'art. 473-*bis*.22 (n. 1) e *contro i provvedimenti temporanei emessi in corso di causa che sospendono o introducono sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale, nonché quelli che prevedono sostanziali modifiche dell'affidamento e della collocazione dei minori o ne dispongono l'affidamento a soggetti diversi dai genitori*. La disposizione estende, infatti, il rimedio del reclamo contro i provvedimenti temporanei e urgenti pronunciati all'esito della prima udienza, la cui reclamabilità deriva dalla loro natura intrinseca, senza che sia necessario verificare ulteriormente se essi rechino o meno una particolare compressione della responsabilità genitoriale o dell'affidamento. Accanto a questi, la disposizione prevede il reclamo anche per i provvedimenti temporanei emessi nel corso del processo che siano in grado di determinare *sostanziali limitazioni alla responsabilità genitoriale o di apportare sostanziali modifiche dell'affidamento o della collocazione* del minore, cioè quei provvedimenti particolarmente invasivi nel rapporto genitori-figli ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ È certamente escluso il reclamo avverso i provvedimenti resi nel corso del processo aventi ad oggetto profili di carattere economico.

Per questa seconda categoria, dunque, la reclamabilità non dipende dal semplice fatto che il provvedimento sia successivo alla prima udienza, ma dal suo contenuto sostanzialmente invasivo.

È evidente che alla corte d'appello viene affidata l'ardua valutazione sul contenuto del provvedimento oggetto del reclamo, dovendo, per stabilire l'ammissibilità del rimedio promosso avverso il provvedimento reso nel corso del processo, procedere alla verifica del provvedimento per saggiarne l'attitudine a determinare *sostanziali limitazioni* alla responsabilità genitoriale o di apportare *sostanziali modifiche dell'affidamento o della collocazione dei minori*.

I provvedimenti indifferibili seguono, invece, una logica diversa. Il decreto con cui essi vengono adottati non è autonomamente reclamabile, trattandosi di una misura endoprocessuale caratterizzata da una durata fisiologicamente limitata e da una immediata vocazione al riesame nella sede della prima udienza. La questione si è posta, piuttosto, con riguardo all'ordinanza di conferma, modifica o revoca emessa successivamente: parte della dottrina ha negato che tale ordinanza potesse essere reclamata, ritenendo che le misure indifferibili fossero destinate a confluire integralmente nel successivo provvedimento *ex art. 473-bis.22 c.p.c.* ⁽³⁷⁾; un diverso orientamento ha invece sostenuto che il reclamo dovesse essere ammesso almeno quando quella ordinanza avesse inciso in modo sostanziale sulla responsabilità genitoriale o sulle modalità di affidamento del minore ⁽³⁸⁾. La giurisprudenza

⁽³⁷⁾ G. BUFFONE, *I provvedimenti ad interim*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2023, 881-882; F. MANGANO, *Le impugnazioni*, *ivi*, 1180 ss.; B. POLISENO, *Il procedimento*, *cit.*, 539 ss.

⁽³⁸⁾ A. CARRATTA, *Rito unico*, *cit.*, 1238; C. CECHELLA, *Le nuove norme sul processo e il tribunale in materia di persone, minorenni e famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1117 ss.; G. COSTANTINO, *Questioni di coordinamento tra il nuovo «procedimento unificato» e le altre forme di tutela giurisdizionale delle persone, dei minorenni e delle famiglie*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, I, 184 ss.; R. DONZELLI, *Il rompicapo dei provvedimenti provvisori e urgenti resi nel procedimento per le persone, i minorenni e le famiglie*, in *Judicium. it.*, 13 aprile 2023; R. GIORDANO, *Sui provvedimenti indifferibili nel nuovo rito unitario in materia familiare*, in *ius.giuffrè.it.*, 2023, 4; E. ITALIA, *La riforma della giustizia per le persone, per i minorenni e per la famiglia tra processo e ordinamento giudiziario*, in

di legittimità ha aderito a una soluzione intermedia, escludendo l'applicazione analogica generalizzata dell'art. 473-bis.24 c.p.c. ai provvedimenti indifferibili, ma riconoscendo l'esigenza di un controllo nei casi in cui l'ordinanza successiva produca gli effetti particolarmente incisivi selezionati dalla norma ⁽³⁹⁾.

L'intervento del d.lgs. n. 164 del 2024 ha confermato questa impostazione solo in parte, poiché ha subordinato la reclamabilità dell'ordinanza relativa ai provvedimenti indifferibili al suo collegamento con i successivi provvedimenti temporanei ed urgenti emessi ai sensi dell'art. 473-bis.22 c.p.c. ⁽⁴⁰⁾. La scelta legislativa risponde con evidenza all'obiettivo di evitare una duplicazione dei reclami, ma presenta un costo non trascurabile, in quanto la parte è costretta ad attendere l'esito della prima udienza e a subire, nel frattempo, gli effetti della misura indifferibile senza poter attivare un immediato controllo davanti alla Corte d'appello ⁽⁴¹⁾. Resta

Familia, 2023, 3 ss., spec. 11; M.A. LUPOL, *Le misure provvisorie*, cit., 94 ss.; G. SAPI, *La nuova fase introduttiva*, in *aiafrivista.it*, 2, 2023, 4.4; E. VULLO, *Provvedimenti indifferibili*, cit., 984 ss.

⁽³⁹⁾ Cass., 30 aprile 2024, n. 11688, in *Foro. it.*, 2024, 5, I, 1466 ss.; in *Fam. dir.*, 2024, 11, 968 ss. con nota di A. ARCERI, *La reclamabilità dei provvedimenti indifferibili*; A. NASCOSI, *La cassazione apre la strada del reclamo contro i provvedimenti indifferibili*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2024, 1, 1163 ss.

⁽⁴⁰⁾ A. NASCOSI, *op. cit.*, 1163 ss.; F. DANOVI, *Il decreto correttivo*, cit., 1139 ss.

⁽⁴¹⁾ G. DE CESARE, *Riforme*, cit., par. 3. Esprime forti criticità, M. ABBAMONTE, *I provvedimenti indifferibili*, cit., 367 ss., il quale evidenzia che il decreto correttivo non ha risolto il problema; secondo l'A., la scelta di consentire il reclamo solo insieme al provvedimento ex art. 473-bis.22 c.p.c. è insoddisfacente, in quanto rinvia il controllo su misure che possono incidere subito e profondamente sui diritti delle parti, in particolare sulla responsabilità genitoriale e sulla posizione del minore. In questo modo la disciplina resta esposta a dubbi di costituzionalità, poiché impedisce un sindacato immediato su provvedimenti molto invasivi e può comprimere il diritto di difesa, specie se l'udienza successiva non viene fissata tempestivamente. In tal senso, si vedano anche F. DANOVI, *Il decreto correttivo*, cit., par. 6 e R. DONZELLI, *Le modifiche*, cit., spec. par. 8; E. VULLO, *Note in tema di "provvedimenti indifferibili" ex art. 473-bis.15 c.p.c.*, in *Judicium*, 4/2024, 555. L'opinione di E. VULLO, *Provvedimenti indifferibili, temporanei e urgenti*, cit., 984 ss., espressa in relazione ai procedimenti di separazione e divorzio, è che il legislatore ha scelto una soluzione inutilmente complicata e poco garantista, mentre sarebbe stato preferibile consentire, nella fase anteriore all'udienza, il ricorso alle misure cautelari atipiche ex art. 700 c.p.c., applicando il modello più strutturato, coerente e completo degli artt. 669-bis c.p.c.; soluzione condivisa da M. ABBAMONTE, *I provvedimenti indifferibili*, cit., 369.

così aperto il problema dei casi in cui, all'udienza di comparizione, il giudice non emetta un autonomo provvedimento temporaneo e urgente, ritenendo già sufficiente la disciplina contenuta nella misura indifferibile: in simili ipotesi, una lettura esclusivamente letterale dell'avverbio "unitamente" rischia di comprimere eccessivamente l'effettività del rimedio. Sulla questione si tornerà nelle considerazioni conclusive (*infra* § 5).

Va poi osservato che una lettura meramente letterale del n. 2) dell'art. 473-*bis*.24, sarebbe foriera di contrasti con gli artt. 3 e 24 Cost., se si interpretasse in maniera limitativa, circoscrivendo il perimetro di applicazione del reclamo ai soli provvedimenti che accolgono la domanda di modificazione delle condizioni di affidamento o collocazione, escludendo quelli di rigetto aventi, sul piano sostanziale, pari incidenza sugli interessi protetti. Secondo il costante orientamento della Corte costituzionale, deve invece ammettersi il reclamo anche contro le decisioni negative su istanze dirette ad ottenere una tutela cautelare, in nome della parità delle armi e dell'effettività del diritto di difesa ⁽⁴²⁾. Ne consegue che l'art. 473-*bis*.24 c.p.c. deve essere interpretato in senso costituzionalmente orientato, così da ritenere reclamabili tutti i provvedimenti — compresi, in ipotesi, quelli di revoca o modifica *ex* art. 473-*bis*.23 c.p.c. quando abbiano contenuto sostanzialmente corrispondente alle misure tipizzate dalla norma — che comportano una sostanziale limitazione dei diritti del minore e dei genitori di cui agli artt. 315-*bis* e 337-*ter* c.c., indipendentemente dal fatto che la decisione accolga o rigetti la domanda di tutela ⁽⁴³⁾. In questa prospettiva, il contrasto con il dato letterale non viene negato, ma superato in via interpretativa in ragione delle esigenze di effettività della tutela.

Una volta chiarita la funzione del reclamo, diventa più agevole comprendere il rapporto tra questo rimedio e la revoca o la modifica. L'art. 473-*bis*.23 c.p.c. riguarda infatti la revoca e la

⁽⁴²⁾ Corte cost., 23 giugno 1994, n. 253, in *Giur. it.*, 1994, I, 409 ss., con nota adesiva di C. CONSOLO, *Il reclamo cautelare e la "parità delle armi"*.

⁽⁴³⁾ In tal senso, G. DE CESARE, *Riforme e controriforme*, cit., par. 3.

modifica dei provvedimenti temporanei e urgenti, non dei provvedimenti indifferibili ⁽⁴⁴⁾. Anche qui la distinzione è decisiva. L'ordinanza che, all'esito della prima udienza, conferma, modifica o revoca la misura indifferibile costituisce il naturale esito del riesame di una misura adottata *in limine litis* e in situazione di contraddittorio non pieno; la revoca o modifica *ex art. 473-bis.23 c.p.c.*, invece, presuppone un provvedimento temporaneo e urgente già formato e opera solo in presenza di fatti sopravvenuti o di nuovi accertamenti istruttori ⁽⁴⁵⁾. La differenza, pertanto, non investe soltanto il dato strutturale dell'atto, ma anche la sua funzione: nel primo caso si tratta di stabilizzare o rimodulare una misura anticipatoria; nel secondo di adeguare un assetto interinale già definito al mutamento del quadro fattuale o istruttorio ⁽⁴⁶⁾.

Ne consegue che reclamo e revoca o modifica non sono strumenti fungibili. Il reclamo ha una funzione propriamente impugnatoria: esso mira a sindacare la correttezza del provvedimento alla luce della situazione esistente al momento in cui quel provvedimento è stato adottato. La revoca o modifica, al contrario, ha funzione di adattamento, in quanto serve ad aggiornare il contenuto della misura al sopravvenire di nuovi fatti o all'emersione di nuovi elementi istruttori. Per tale ragione, le sopravvenienze anteriori alla proposizione del reclamo devono essere dedotte dinanzi al giudice di merito quale fondamento di un'istanza *ex art. 473-bis.23 c.p.c.*, mentre il giudice del reclamo resta chiamato a verificare se il provvedimento impugnato fosse corretto sulla base del quadro originario. Si tratta di una distinzione funzionale che consente anche di coordinare i due rimedi: quando l'istanza di revoca o modifica venga accolta in pendenza del giudizio di reclamo, può venir meno l'interesse alla prosecuzione del gravame, con conseguente cessazione della materia del contendere.

Resta però il dubbio che il collegamento della revoca o modi-

⁽⁴⁴⁾ G. CASABURI, *Modifica, revoca e impugnazione dei provvedimenti «interinali»*, cit., 1950, ss.

⁽⁴⁵⁾ G. CASABURI, *Modifica, revoca e impugnazione dei provvedimenti*, cit., 1950, ss.

⁽⁴⁶⁾ M. A. LUPOLI, *Le misure provvisorie*, cit., 89.

fica a fatti sopravvenuti o a nuovi accertamenti istruttori non sia del tutto adeguato alla materia familiare. In un settore nel quale la decisione incide su relazioni personali in continua trasformazione, ossia su di una materia magmatica il cui flusso costituisce un continuo divenire, l'interesse del minore potrebbe richiedere una più ampia elasticità del potere di revisione, anche al di fuori di una nozione rigorosa di sopravvenienza. In questo senso, il modello ricavato dall'art. 669-*decies* c.p.c. appare solo parzialmente compatibile con la specificità del processo familiare, nel quale il tempo della decisione e il tempo della vita tendono a sovrapporsi con intensità maggiore rispetto ad altri ambiti del processo civile ⁽⁴⁷⁾.

4. Il ricorso straordinario per cassazione *ex art. 111 Cost.*

Una delicata questione concerne il rapporto tra provvedimenti temporanei e urgenti e ricorso straordinario per cassazione. L'originario ultimo comma dell'art. 473-*bis*.24 c.p.c. prevedeva che «avverso i provvedimenti di reclamo pronunciati nei casi di cui al secondo comma è ammesso ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 111 Cost.». La possibilità di adire la Suprema Corte contro decisioni esplicitamente provvisorie – e latamente cautelari – rappresenta un vero e proprio *unicum* nel sistema, le cui radici vanno rintracciate nell'evoluzione giurisprudenziale in materia di provvedimenti *de potestate* ⁽⁴⁸⁾.

A partire dal 2016, infatti, la Corte di cassazione ha ammesso, in più occasioni, il ricorso straordinario *ex art. 111 Cost.* avverso i decreti camerali provvisori dei tribunali per i minorenni che incidono in maniera significativa sulla responsabilità genitoriale ⁽⁴⁹⁾, cioè quelle misure adottate in corso di procedimento mino-

⁽⁴⁷⁾ G. CASABURI, *Modifica, revoca e impugnazione dei provvedimenti*, cit., 1950 ss.

⁽⁴⁸⁾ R. TISCINI, *I provvedimenti "de potestate" e la giurisprudenza della Corte di cassazione. Dalla protezione di interessi alla tutela dei diritti*, in *Judicium*, 2019.

⁽⁴⁹⁾ Cass., 29 gennaio 2016, n. 1743, e Cass., 29 gennaio 2016, n. 1746, in *Fam. dir.*, 2016, 1135 ss., con nota di E. RAVOT, *Responsabilità genitoriale e provvedimenti de potestate*; Cass., 21 novembre 2016, n. 23633, in *Fam. dir.*, 2017, 225 ss., con nota di R. DONZELLI, *Sulla natura decisoria dei provvedimenti in materia di abusi della responsabilità genitoriale: una svolta nella giurisprudenza della Cassazione*; in *Giur. it.*, 2017,

rile o di crisi familiare che, pur formalmente interinali, producono nella realtà relazionale del minore effetti profondi e spesso difficilmente reversibili. In deroga alla tradizionale ricostruzione fondata sulla “sentenza in senso sostanziale” – che richiede, per l’ammissibilità del ricorso straordinario, una decisione definitiva e decisoria, idonea a passare in giudicato – si è così affermata la nozione di “decisorietà di fatto”, intesa come idoneità del provvedimento a produrre, nella concreta dinamica familiare, effetti irreversibili o comunque tendenzialmente stabili ⁽⁵⁰⁾. È “decisorio” non solo il provvedimento che si cristallizza in un giudicato formale, ma anche quello che, per l’intensità e l’invasività del sacrificio imposto, incide in modo irreparabile sulla sfera dei diritti personalissimi del minore e del genitore. In questa prospettiva, emblematica è l’ordinanza 17 aprile 2019, n. 10777, che ha riconosciuto l’ammissibilità del ricorso straordinario contro un

1343 ss., con nota di D. TURRONI, «And she opened the door and went in»: *la Cassazione apre alle misure de potestate*; e, più di recente, Cass., 10 aprile 2019, n. 10777, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 917 ss., con nota di C. CECHELLA, *Il giudice di legittimità apre all’impugnazione dei provvedimenti provvisori nelle controversie di famiglia e minorili*; Cass., 24 gennaio 2020, n. 1668; Cass., 19 maggio 2020, n. 9143; Cass., 20 settembre 2021, n. 25340; Cass., 4 gennaio 2022, n. 82; Cass., 9 agosto 2022, n. 24563, in *Onelegale*. In senso contrario, Cass., sez. un., 13 febbraio 2017, n. 3701, in *Fam. dir.*, 2017, 864 ss., con nota di R. DONZELLI, *Provvedimenti de potestate e ricorso straordinario: le Sezioni Unite non risolvono tutti i dubbi*. Si rinvia anche a R. TISCINI, *I provvedimenti de potestate e la giurisprudenza della Corte di cassazione*, cit.

⁽⁵⁰⁾ Sul tema v. R. TISCINI, *Il ricorso straordinario per cassazione*, Torino, 2005, 42 ss. e 101 ss., spec. 105, che sui concetti di definitività e decisorietà osserva che sono «scatole vuote, riempibili a seconda delle esigenze contingenti e perciò di fatto incapaci di rendere prevedibile il giudizio di ammissibilità»; e L. LANFRANCHI ha sottolineato che sono un «pericolosissimo empirismo discrezionale nell’ammissibilità o inammissibilità del ricorso», in *Il ricorso straordinario inesistente e il processo dovuto ai diritti*, in *Giur. it.*, 1993, IV, 521 ss., spec. 541. Per G. DE CESARE, *Riforme e controriforme*, cit., nota 25, «più precisamente, la decisorietà di fatto non descrive una caratteristica intrinseca del provvedimento, ma ne evidenzia l’attitudine a regolare il rapporto tra il minore e i genitori in modo tendenzialmente stabile e duraturo, per ragioni estrinseche (la difficoltà di ottenere una nuova valutazione della situazione concreta; la lunga durata del procedimento necessario a pervenire alla statuizione definitiva di merito; la temporaneità delle situazioni giuridiche correlate alla minore età, fisiologicamente destinate a cessare al compimento dei diciott’anni)»; richiamando, sull’argomento, v. R. COLETTA, *Sulla definitività “liquida” nel ricorso straordinario avverso i provvedimenti de potestate*, in *Riv. dir. proc.*, 2023, 1, 239 ss.

decreto provvisorio del Tribunale per i minorenni che sospendeva la responsabilità genitoriale e manteneva i minori in comunità, dando rilievo al fatto che la misura, se non immediatamente sindacata, avrebbe segnato per lungo tempo — forse definitivamente — la trama delle relazioni familiari.

Le SU, tuttavia, ebbero a prendere le distanze dalla categoria della “decisorietà di fatto” ⁽⁵¹⁾. Esse si muovevano entro una concezione tradizionale del giudicato, inteso come tale in quanto idoneo a risolvere in maniera definitiva il conflitto tra le parti. Non avevano però adeguatamente considerato, come si è sottolineato nella premessa del presente scritto, che le categorie concettuali tradizionali in questo ambiente non funzionano. I provvedimenti, nel processo che riguarda le persone, incidono spesso sulla loro “vita”, quindi di per sé sono dotati di un’efficacia “irreversibile”. A tale impostazione restrittiva della Corte di cassazione ha posto rimedio il legislatore stabilendo espressamente che il ricorso per cassazione è possibile, anche se soltanto per violazione di legge (una limitazione che rischia di rendere il rimedio difficilmente praticabile perché mai come in questo caso è difficile dissociare la valutazione del “fatto” da quella strettamente “giuridica”).

Il legislatore del correttivo, all’esito di un controverso *iter* legislativo, ha, così, finito per collocarsi in una posizione intermedia tra chi ammetteva la sindacabilità dei provvedimenti e chi l’escludeva. Una prima versione del testo normativo, per effetto di un mero slittamento dei commi, rischiava, infatti, di ampliare in modo eccessivo il novero delle decisioni ricorribili, poiché il rinvio finale avrebbe potuto essere inteso come riferito a tutti i provvedimenti di reclamo. La versione definitiva ha invece ristretto il rinvio ai soli casi di cui al primo comma, n. 2 dell’art. 473-*bis*.24 c.p.c., contenendo così il rischio di una estensione generalizzata del ricorso straordinario a tutte le misure interinali del processo familiare. Ne è derivato un assetto selettivo, nel quale

⁽⁵¹⁾ Cass., Sez. Un., 24 luglio 2023, n. 22048, in *Riv. dir. proc.*, 2024, 1, 270 ss., con nota di B. LIMONGI, *Le Sezioni Unite sulla «decisorietà di fatto» e il ricorso straordinario in Cassazione*, e Postilla di R. TISCINI.

la Cassazione è chiamata a intervenire soltanto sulle decisioni di reclamo aventi a oggetto le misure più invasive in tema di responsabilità genitoriale, affidamento e collocazione del minore.

Anche questa soluzione, tuttavia, non è priva di punti problematici. Il principale riguarda le decisioni rese in sede di reclamo avverso i provvedimenti temporanei e urgenti di prima udienza *ex art. 473-bis.22 c.p.c.*, quando esse abbiano un contenuto sostanzialmente identico a quello delle misure contemplate dal n. 2 dell'art. 473-*bis.24 c.p.c.* Una lettura strettamente letterale condurrebbe a escluderne la ricorribilità, poiché il testo normativo menziona soltanto i provvedimenti emessi "in corso di causa"; una lettura sistematica e costituzionalmente orientata, invece, potrebbe indurre a ritenere irragionevole una disparità di trattamento tra provvedimenti identici nella sostanza e differenti soltanto per il momento della loro adozione. In questa tensione si riflette un nodo strutturale dell'intero sistema: la difficoltà di costruire un regime impugnatorio perfettamente coerente quando il discrimine tra i provvedimenti dipende insieme dalla loro collocazione processuale e dalla loro incidenza sostanziale.

Come si è detto, il legislatore ha scelto la via del compromesso: concentrare il controllo di legittimità sulle sole decisioni "di vertice" che incidono in modo massiccio sulla responsabilità genitoriale e sulla collocazione del minore, evitando una generalizzazione del ricorso straordinario che avrebbe rischiato di compromettere la funzione nomofilattica della Cassazione ⁽⁵²⁾.

Sembra ragionevole concludere nel senso che il correttivo ha evitato di estendere indiscriminatamente il ricorso straordinario a tutti i provvedimenti resi in sede di reclamo, preservando un equilibrio ragionevole tra l'esigenza di controllo di legittimità sulle misure più incisive in punto di responsabilità genitoriale e quella, altrettanto rilevante, di sostenibilità del carico della Corte di cassazione.

⁽⁵²⁾ G. DE CESARE, *Riforme e controriforme*, cit., par. 3.

5. Qualche considerazione conclusiva.

Emerge da quanto descritto che nel processo di famiglia l'idea di fondo è quella di fare convivere due esigenze difficilmente conciliabili: emettere una decisione invasiva nella sfera personale dei soggetti coinvolti e gestire rapidamente fatti in continua evoluzione. Per questo motivo la regola è che la decisione del tribunale sia adottata in composizione collegiale, pur potendo la trattazione e l'istruzione essere delegate a uno dei componenti del collegio. Il giudice delegato assume, così, un ruolo centrale, diventando il fulcro del procedimento che gestisce, assicurando continuità alla fase istruttoria.

Al giudice sono conferiti ampi poteri officiosi, soprattutto a tutela dei minori, che gli consentono di orientare l'accertamento oltre la semplice iniziativa di parte e di disporre mezzi di prova e acquisizioni con un'elasticità maggiore.

Questo potere del giudice della causa non resta però senza contrappesi. Proprio perché i provvedimenti indifferibili e quelli temporanei e urgenti possono incidere in modo molto invasivo sulla responsabilità genitoriale, sulla collocazione, sull'affidamento o sulle frequentazioni, l'ordinamento prevede rimedi specifici, tra cui il reclamo alla Corte d'appello nei casi tipizzati e nei termini previsti. Il bilanciamento è chiaro: si dà al giudice che gestisce la vicenda la possibilità di intervenire subito, ma si mantiene un controllo esterno quando l'incidenza sui diritti è particolarmente intensa.

In tale contesto va posta attenzione al secondo comma dell'art. 473-*bis*.15 secondo cui «L'ordinanza con cui il giudice conferma, modifica o revoca i provvedimenti adottati ai sensi del primo comma è reclamabile solo unitamente a quella prevista dall'articolo 473-*bis*.22». Stando all'interpretazione letterale della disposizione, e fatto salvo quanto osservato nel presente scritto, sembrerebbe che i provvedimenti indifferibili siano privi di tutela autonoma, essendo destinati tendenzialmente a confluire nel successivo provvedimento reso dal giudice all'udienza di comparizione. Ciò

comporta che, nel periodo di tempo intercorrente tra l'emissione dei provvedimenti indifferibili e l'udienza di comparizione, non è possibile esperire alcun rimedio. Se è difficile immaginare un rimedio che "copra" lo spazio temporale che va dall'emanazione del provvedimento indifferibile alla prima udienza (il che imporrebbe che tale udienza sia, comunque, fissata in tempi assai brevi), è legittimo porsi il dubbio in ordine alla inammissibilità del reclamo nell'ipotesi in cui, all'udienza di comparizione, il giudice non emetta alcun provvedimento temporaneo, ritenendo già regolate le situazioni dal provvedimento indifferibile, dal momento che, nell'art. 473-*bis*.24, l'avverbio «unitamente» lascia intendere che il provvedimento indifferibile non possa essere sottoposto a reclamo da solo, bensì insieme all'ordinanza temporanea e urgente⁽⁵³⁾. In questo caso il giudice dell'udienza di comparizione fa suo il provvedimento indifferibile ed è come se fosse lui a renderlo in corso di causa, per cui l'esclusione della possibilità di reclamo si appalesa del tutto illogica.

Sembra questa la chiave per una lettura della disposizione che elimini dubbi di costituzionalità. Infatti, il combinato disposto degli artt. 473-*bis*.15, 473-*bis*.22 e 473-*bis*.24, se inteso in senso rigorosamente letterale, delinea evidenti profili di incostituzionalità, poiché la scelta di rendere i provvedimenti indifferibili — idonei a incidere profondamente sulla responsabilità genitoriale, sugli assetti di affidamento e di vita quotidiana del minore — reclamabili solo unitamente all'ordinanza *ex* art. 473-*bis*.22 determina, da un lato, un vuoto di tutela nel periodo in cui tali misure spiegano i loro effetti senza possibilità di controllo da parte di un giudice di secondo grado e, dall'altro, il rischio che il reclamo risulti definitivamente precluso qualora all'udienza di comparizione il giudice non emetta ulteriori provvedimenti temporanei, con una compressione difficilmente giustificabile del diritto di difesa di cui all'art. 24 Cost. e delle garanzie del giusto processo sancite dall'art. 111 Cost. Al tempo stesso, la disparità di trattamento

⁽⁵³⁾ AA.Vv., *Diritto processuale civile*, a cura di G. RUFFINI, cit., 221.

che si crea rispetto ad altri provvedimenti cautelari, generalmente assistiti da rimedi impugnatori immediati, e il fatto che proprio le misure più invasive risultino meno sindacabili sul piano giurisdizionale fanno emergere un evidente violazione del principio di eguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., aggravato dalla particolare sensibilità degli interessi coinvolti.

La disparità di trattamento è ancora più marcata ove si considerino le ipotesi in cui il provvedimento indifferibile potrebbe essere l'unico che regola concretamente la vita del minore per un tempo significativo, o perché l'udienza di comparizione si celebra a distanza di tempo dall'emanazione del provvedimento indifferibile o perché all'udienza di comparizione il giudice non adotta alcun provvedimento temporaneo e urgente, ritenendo che le esigenze di tutela siano state pienamente soddisfatte dal provvedimento indifferibile.

In tale contesto, è verosimile che un'interpretazione costituzionalmente orientata porti a interpretare l'avverbio "unitamente" come regola di concentrazione dei mezzi di impugnazione senza escludere, nei casi in cui manchi l'ordinanza *ex art. 473-bis.22* o la situazione lo renda comunque necessario, la reclamabilità autonoma dei provvedimenti indifferibili; in questo modo, si può evitare che l'attuale assetto normativo si traduca in un *vulnus* sistematico alla piena effettività della tutela giurisdizionale dei diritti del minore, dei genitori e, più in generale, delle parti vulnerabili coinvolte nel procedimento.

ABSTRACT: La riforma Cartabia (d.lgs. 149/2022) ha introdotto nel c.p.c. un rito unitario per persone, minorenni e famiglie, rafforzando la tutela di diritti "sensibili" e la protezione dei soggetti vulnerabili. Al centro del nuovo modello c'è il giudice delegato, cui spettano poteri istruttori e di vigilanza molto ampi (prove, CTU, ascolto del minore, rapporti con servizi sociali, controllo sull'esecuzione). Il contributo analizza il rapporto tra tali poteri e l'iniziativa e gli accertamenti del pubblico ministero, evidenziando il rischio che un fascicolo già "istruito" condizioni le misure provvisorie e renda il contraddittorio solo formale. Particolare attenzione è dedicata ai provvedimenti indifferibili (art. 473-bis.15) e ai provvedimenti temporanei e urgenti (art. 473-bis.22), nonché ai rimedi del reclamo e del ricorso *ex art. 111 Cost.* In conclusione, si mette in luce l'equilibrio, ancora instabile, tra protezione immediata del

minore e garanzie processuali, segnalando possibili criticità nell'assetto dei rimedi contro le misure indifferibili.

ABSTRACT: *The Cartabia reform (Legislative Decree 149/2022) introduced a unified procedure for persons, minors and family matters, aiming at stronger and more effective protection of vulnerable interests. A central role is assigned to the delegated judge, who holds extensive powers over evidence-taking and supervision (expert reports, hearing the child, coordination with social services, monitoring compliance with interim orders). This paper examines the interaction between these powers and the public prosecutor's investigative initiative, stressing the risk that pre-acquired material influences interim decisions and reduces the adversarial principle to a formal requirement. It focuses on non-deferrable urgent measures (Art. 473-bis.15), temporary and urgent measures (Art. 473-bis.22), and the related remedies (appeal/claim and, in limited cases, appeal to Supreme Court: art.111 Constitution). The conclusion highlights the still-fragile balance between immediate protection and procedural guarantees, pointing out the potential weaknesses in remedies against non-deferrable measures.*

La giurisdizione sugli accordi di diritto pubblico e le concessioni di beni pubblici e servizi pubblici, tra intangibilità del riparto, giurisdizione esclusiva e concentrazione delle tutele

di GABRIELE SERRA

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Sull'intangibilità del riparto di giurisdizione. — 3. Sulla giurisdizione esclusiva. — 4. Sulla concentrazione delle tutele. — 5. Riparto di giurisdizione e accordi di diritto pubblico. — 6. Riparto di giurisdizione e concessione di beni pubblici e servizi pubblici. — 7. Domande connesse, giurisdizione esclusiva e concentrazione delle tutele. — 8. A mo' di conclusione. Sulle critiche alla concentrazione delle tutele.

1. Premessa.

La considerazione che Massimo Severo Giannini e Aldo Piras svolgevano ormai 55 anni fa — il sistema del riparto di giurisdizione, «astrattamente perfetto, crea ingiustizia e genera disordine sociale» ⁽¹⁾ — a più di un secolo dall'istituzione della giurisdizione amministrativa (1889) e della giurisdizione esclusiva del g.a. (1923) continua a non trovare pace e stimola ancora riflessioni sul tema.

Ed effettivamente, come si crede possa emergere dall'analisi che seguirà, il problema del riparto di giurisdizione è ancora molto attuale e si manifesta anche — o forse soprattutto — nelle materie di giurisdizione esclusiva, anche quelle nelle quali il diritto positivo descrive una giurisdizione esclusiva apparentemente chiara e definita, nel senso di riconoscere la sussistenza dei presupposti

⁽¹⁾ M.S. GIANNINI - A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della p.a.*, in *Enc. dir.*, vol. XIX, Milano, 1970, 204 ss.

— a livello di materia — per l'attribuzione della stessa alla giurisdizione del g.a. (2).

L'aspetto è particolarmente rilevante, poiché, come si vedrà, a prescindere dall'angolo prospettico che si voglia assumere rispetto alle ragioni che giustificano la giurisdizione esclusiva, è senz'altro vero che, in fondo, «allorché viene istituita un'ipotesi di giurisdizione esclusiva si compie la scelta di assegnare un intero settore di controversie ad un giudice, nella specie al giudice amministrativo, al fine di evitare che all'interno di quel settore si debba distinguere fra tipo e tipo di controversia in relazione alla posizione giuridica dedotta in giudizio. La giurisdizione esclusiva supera il criterio di discriminazione delle giurisdizioni, ordinariamente fondato sulla posizione soggettiva, proprio perché compie una scelta per materia» (3).

Ecco che allora la scelta delle questioni, necessariamente limitate, da approfondire è caduta sulle materie degli accordi di diritto pubblico e sulle concessioni di beni e servizi pubblici, nell'ambito delle quali, pur se in passato anche le Sezioni unite della Corte di Cassazione sembravano aver definito un ambito applicativo chiaro, con riconoscimento di ampi (giusti) spazi della giurisdizione esclusiva, recentemente torna a mettere in discussione tali assunti.

E allora, sul piano del metodo, nell'analisi occorre muovere da tre profili di interesse generale: l'intangibilità delle regole di riparto della giurisdizione; la giurisdizione esclusiva e la sua funzione; la concentrazione delle tutele, quale corollario del principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Ciò perché, a ben vedere, è forse necessario «rimeditare la logica del riparto di giurisdizione, in una visione che tenga conto dei mutati caratteri della giurisdizione amministrativa (...) che sia impostata nell'ottica di un concorso di rimedi per assicurare effettività

(2) Da ultimo sul tema M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato*, in *Giustamm.it*, 2025, 11 ss.

(3) C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 2, 517 ss.

alle tutele e non di una rivendicazione di attribuzioni» (4).

2. Sull'intangibilità del riparto di giurisdizione.

Senza poter in questa sede effettuare un'analisi diacronica troppo risalente, in ordine alla genesi della giustizia amministrativa in Italia, tuttavia, al fine di poter compiutamente svolgere alcune considerazioni circa le attuali problematiche legate al riparto di giurisdizione, si impone un breve esame delle ragioni che hanno condotto alla nascita del sistema di giustizia amministrativa.

Come noto e in via di estrema sintesi, all'indomani dell'unificazione politica del 1861, il Parlamento italiano era chiamato a scegliere tra il sistema del contenzioso amministrativo di ispirazione piemontese, da estendere, eventualmente migliorato, a tutto lo Stato italiano, e la creazione di un nuovo sistema fondato sulla giurisdizione unica e ordinaria.

La scelta cadde, sulla scia del dottrinarismo liberale, sul modello monistico, che si concretizzò nell'adozione dell'allegato E) della legge di unificazione amministrativa del 20 marzo 1865, n. 2248, che abolì il sistema del contenzioso amministrativo e attribuì la decisione delle contravvenzioni al giudice penale e delle controversie sulle imposte e sulle questioni in cui fosse parte una pubblica amministrazione al giudice civile (5).

Il pur apprezzabile, ancorché non unico (6), intento ispiratore della riforma, volta a realizzare la separazione dal potere esecutivo del giudice che giudica dell'amministrazione e dell'eguaglianza e della parità davanti a questo giudice dell'ente pubblico e del soggetto privato, condusse ad una situazione di fatto nella quale venivano ad essere prive di tutela giurisdizionale situazioni giuridiche soggettive diverse dal diritto soggettivo, e meno pregnanti, perché poste in relazione alla potestà della pubblica amministra-

(4) F. PATRONI GRIFFI, *La giustizia amministrativa a vent'anni dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Dir. proc. amm.*, 2025, 1, 5 ss.

(5) Cfr. N. LONGHI, *Verso una giurisdizione specializzata. I convergenti percorsi dei sistemi europei di giustizia amministrativa*, Roma, 2017, 311.

(6) Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, 3ª ed., Bologna, 1983, 63 ss.

zione, *i.e.* una posizione attiva, non già a posizioni passive, quali obblighi o oneri. Tali posizioni, tuttavia, risultavano assolutamente rilevanti per l'esercizio di fondamentali attività — specie economiche — dei destinatari (7).

A fronte di una tale situazione e al fine di garantire piena tutelabilità giudiziale alle posizioni giuridiche soggettive vantate dai privati di fronte al potere amministrativo, nell'ormai acclarata impossibilità che tali posizioni venissero qualificate come diritti, si scelse di istituire un organo che potesse offrire tutela a questa area di interessi, che aveva ormai acquisito una sua sempre maggior ampiezza, anche a fronte della teoria della degradazione del diritto soggettivo ad interesse legittimo per effetto dell'esercizio del potere amministrativo (8).

Si scelse allora di affidare la tutela giurisdizionale di queste posizioni ad un organo terzo rispetto all'amministrazione, ma «specializzato e avvezzo alla considerazione del continuo fluire dell'azione pubblica» (9): il Consiglio di Stato in funzione giurisdizionale. Nacque così la IV Sezione del Consiglio di Stato nel 1889, affermando il ruolo della Corte dei conti quale giudice contabile.

In particolare, l'art. 3 della legge 31 marzo 1889, n. 5992, c.d. Legge Crispi, prevedeva che «spetta alla sezione quarta del Consiglio di Stato di decidere i ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione della legge contro atti e provvedimenti di un'Autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante, che abbiano per oggetto un interesse di individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'Autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione od alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali» ed esonerando dai suddetti ricorsi «gli atti o i provvedimenti emanati dal Governo nell'esercizio del potere politico».

(7) Così C. MALINCONICO, *La diversità delle giurisdizioni e la concentrazione delle tutele. La translatio iudicii e il nuovo concetto di giurisdizione*, in G. AMATO - R. GAROFOLI (a cura di), *I tre assi*, Roma, 2009.

(8) Cfr. N. LONGHI, *op. cit.*, 320.

(9) Così C. MALINCONICO, *op. cit.*

Posta questa premessa di carattere storico, è altresì noto, e non può essere qui analizzato *funditus*, il travagliato percorso dottrinale e giurisprudenziale condotto al fine di individuare criteri interpretativi per determinare la sussistenza, in concreto, di un diritto soggettivo o di un interesse legittimo in capo al privato di fronte alla p.a., essendo esso il discrimine (c.d. *petitum* sostanziale) per determinare il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Ci si può limitare a rilevare come tale scelta, operata con il noto “concordato giurisprudenziale” del 1930 tra Corte di cassazione (sentenza n. 2680) e Consiglio di Stato (Ad. Plen. n. 1), sia stata recepita dalla Costituzione, la quale, attraverso il combinato disposto degli artt. 24, 103, 113, ci consegna un sistema giurisdizionale di riparto delle funzioni tra giudice ordinario e amministrativo fondato proprio sulla dicotomia diritto soggettivo-interesse legittimo, con salvezza delle particolari materie individuate dalla legge, nelle quali il giudice amministrativo conosce anche dei diritti soggettivi (c.d. giurisdizione esclusiva) ⁽¹⁰⁾.

In tal senso, la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di ricordare che «il principio della incomunicabilità dei giudici appartenenti ad ordini diversi», trovava il suo fondamento «in altri momenti storici, quale retaggio della concezione cosiddetta patrimoniale del potere giurisdizionale e quale frutto della progressiva vanificazione dell’aspirazione del neo-costituito Stato unitario (legge sull’abolizione del contenzioso amministrativo) all’unità della giurisdizione, determinata dall’emergere di organi che si conquistavano competenze giurisdizionali» ⁽¹¹⁾.

E ancora, la Corte di cassazione a Sezioni unite, nell’analizzare la *ratio* dell’art. 37 c.p.c. ha sottolineato come lo stesso fosse inserito «in un contesto caratterizzato dal principio di inderogabi-

⁽¹⁰⁾ Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 183 ss.; nella manualistica recente che approfondisce il tema dei criteri di riparto v. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Manuale di diritto amministrativo*, 2023, 1929 ss.

⁽¹¹⁾ Cfr. Corte cost., 12 marzo 2007, n. 77, in *Giur. cost.*, 2007, 2, 726 ss., con nota di A. MANGIA, *Il lento incedere dell’unità della giurisdizione*.

lità delle regole sulla *potestas iudicandi*, sia con riferimento alla giurisdizione che con riferimento alla competenza per materia, per valore e territoriale inderogabile» (quella cioè ripartita sulla base di criteri di ordine pubblico), e che «la disposizione in esame, nella sua connotazione originaria, costituiva il fulcro di un sistema, di cui era anche norma di chiusura, in quanto individuava nell'esercizio della giurisdizione e nel suo riparto una tipica espressione della sovranità statale e del suo monopolio legislativo, insensibile ai comportamenti e alla volontà degli utenti della giustizia (salvo particolarissime eccezioni)» (12).

Ora, che il principio di intangibilità della giurisdizione si sia nel corso del tempo — se non sgretolato — quantomeno adeguato a un nuovo “mondo” giudiziario, mi pare evidente e confermato dall'evoluzione del diritto positivo, oltre che di quello giurisprudenziale, anche se oggetto di severe critiche (13).

Già la Corte costituzionale, allorché ha dichiarato l'incostituzionalità della norma che escludeva la *translatio iudicii* davanti al giudice amministrativo, aveva rilevato che «se è vero, infatti, che la Carta costituzionale ha recepito, quanto alla pluralità dei giudici, la situazione all'epoca esistente, è anche vero che la medesima Carta ha, fin dalle origini, assegnato con l'art. 24 (ribadendolo con l'art. 111) all'intero sistema giurisdizionale la funzione di assicurare la tutela, attraverso il giudizio, dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi. Questa essendo la essenziale ragion d'essere dei giudici, ordinari e speciali, la loro pluralità non può risolversi in una minore effettività, o addirittura in una vanificazione della tutela giurisdizionale: ciò che indubbiamente avviene quando la disciplina dei loro rapporti — per giunta innervantesi su un riparto delle loro competenze complesso ed articolato — è tale per

(12) Cfr. Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Giust. civ.*, 2009, 1, 47 ss., con nota di A. NAPPI, *Effetto devolutivo delle impugnazioni e giudicato interno sugli errores in procedendo*.

(13) Particolarmente critico su tale processo evolutivo è M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 1, in part. 176-183.

cui l'erronea individuazione del giudice munito di giurisdizione (o l'errore del giudice in tema di giurisdizione) può risolversi in un pregiudizio irreparabile della possibilità stessa di un esame nel merito della domanda di tutela giurisdizionale»⁽¹⁴⁾.

Come noto, il legislatore, con la legge n. 69 del 2009, ha definitivamente sancito l'applicabilità della *translatio iudicii* davanti al g.a., ponendo senz'altro un primo passaggio fondamentale sotto questo profilo⁽¹⁵⁾.

Tale evoluzione ordinamentale, non può negarsi, si rispecchia altresì negli orientamenti giurisprudenziali in tema di rapporto tra giudicato implicito e rilevabilità d'ufficio in ogni stato e grado del processo del difetto di giurisdizione⁽¹⁶⁾, di inammissibilità del motivo di appello sulla giurisdizione da parte dell'attore soccombente in primo grado per il divieto di abuso del processo⁽¹⁷⁾ e financo la — assolutamente non condivisibile — talora affermata possibilità di non esaminare la questione di giurisdizione in forza del principio della ragione più liquida che conduca al rigetto nel merito della domanda⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁴⁾ Corte cost, n. 77/2007, *cit.* Chiarisce altresì la sentenza citata che «una disciplina siffatta, in quanto potenzialmente lesiva del diritto alla tutela giurisdizionale e comunque tale da incidere sulla sua effettività, è incompatibile con un principio fondamentale dell'ordinamento, il quale riconosce bensì la esistenza di una pluralità di giudici, ma la riconosce affinché venga assicurata, sulla base di distinte competenze, una più adeguata risposta alla domanda di giustizia, e non già affinché sia compromessa la possibilità stessa che a tale domanda venga data risposta. «Al medesimo principio gli artt. 24 e 111 Cost. impongono che si ispiri la disciplina dei rapporti tra giudici appartenenti ad ordini diversi allorché una causa, instaurata presso un giudice, debba essere decisa, a seguito di declinatoria della giurisdizione, da altro giudice»».

⁽¹⁵⁾ È noto che anche la stessa Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2007, n. 410, in *Dejure.it*, avesse già concluso in via interpretativa per l'applicazione del meccanismo della *translatio iudicii*.

⁽¹⁶⁾ Cass., Sez. Un., 9 ottobre 2008, n. 24883, in *Dejure.it*.

⁽¹⁷⁾ Cass., Sez. Un., 20 ottobre 2016, n. 21260, in *Dejure.it*. Cons. St., Ad. Plen., 29 novembre 2021, n. 19; 28 luglio 2017, n. 4, in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁽¹⁸⁾ Cass., Sez. Un., 8 maggio 2014, n. 9936, in *Dejure.it*, per la quale «in applicazione del principio processuale della ragione più liquida (che trae fondamento dalle disposizioni di cui agli artt. 24 e 11 Cost., interpretati nel senso che la tutela giurisdizionale deve risultare effettiva e celere per le parti in giudizio), ritiene di poter esaminare (nonostante la pregiudizialità della prima censura, che pone al collegio una questione di giurisdizione) il secondo motivo di ricorso, la cui fondatezza conduce ad una decisione di merito di rigetto della domanda risarcitoria».

3. Sulla giurisdizione esclusiva.

Per quanto poi in questa sede rilevante, si impone una seconda e collegata premessa, sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, introdotta dalla legge 30 dicembre 1923, n. 2840, che l'ha coniata per le materie nelle quali risultava difficoltoso distinguere tra diritti soggettivi e interessi legittimi, consentendo al giudice amministrativo di pronunciarsi anche in ordine ai diritti soggettivi ⁽¹⁹⁾.

Se da un lato, è evidente quindi che quella citata, volta a «superare le gravi difficoltà determinate dal complesso intreccio di diritti e interessi» ⁽²⁰⁾ è la principale funzione della giurisdizione esclusiva, dall'altro, si è ritenuto che la giurisdizione esclusiva aveva altresì la funzione di concentrare in un'unica sede giurisdizionale la tutela di distinte situazioni giuridiche soggettive connesse ad un unico rapporto che, diversamente, avrebbe dovuto essere assicurata da giudici di diversi ordini ⁽²¹⁾.

⁽¹⁹⁾ Sull'origine della giurisdizione esclusiva, si veda A. ROMANO, *La giurisdizione amministrativa esclusiva dal 1865 al 1948*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 417; F. SATTA, *Giurisdizione esclusiva*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 2001, 571 ss. Più recentemente, M.C. CAVALLARO, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo tra rapporti di diritto pubblico e rapporti di diritto privato: brevi riflessioni a margine dei recenti orientamenti della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 945 ss. Per M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale*, cit., 161, «la giurisdizione esclusiva nasce per assicurare al giudice amministrativo, in certe materie, tutte le controversie di diritto pubblico. Ciò sul presupposto che, nel riparto ordinario di giurisdizione, fosse ancora perseguibile l'impossibile impresa del compromesso tra la legge del 1865 e quella del 1889, e cioè che si potessero dividere le controversie di diritto pubblico tra giudice ordinario e giudice amministrativo».

⁽²⁰⁾ Così già A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 1193-1994.

⁽²¹⁾ Cfr. A. PAJNO, *La giurisdizione*, in A. SANDULLI (a cura di), *Diritto processuale amministrativo*, Milano 2013, 71. Sottolinea M.C. CAVALLARO, *La giurisdizione esclusiva*, cit., 953 che «l'estensione del sindacato giurisdizionale sul rapporto tra amministrazione e cittadino all'interno della giurisdizione esclusiva consente alla stessa di perdere la propria connotazione di somma di due giurisdizioni, per qualificarsi invece come forma nuova di giurisdizione volta ad assicurare la *pienezza* della tutela giurisdizionale a tutte le situazioni giuridiche soggettive (diritti e interessi) che rientrano nella cognizione del giudice unico. Il giudice amministrativo (in funzione di giudice unico) ha così piena cognizione sul fatto, può disporre di tutti i mezzi istruttori e mira a garantire una piena tutela giurisdizionale, ai diritti come agli interessi».

Proviamo a volgere sin da subito, brevemente, lo sguardo ad altri ordinamenti europei, in particolare al sistema francese, certamente ispiratore del nostro modello, che adotta anch'esso un sistema dualistico.

La dottrina e la giurisprudenza francese, in un percorso evolutivo non dissimile, sotto questo aspetto dal modello italiano, sono partite dalla distinzione tra *actes de puissance publique et actes de gestion*, poi si sono soffermate sull'esistenza o meno di un *service public*, quindi sulla differenza tra *service public administratif* e *service public industriel et commercial*.

Tutti i succitati criteri, rispetto ai quali non val la pena soffermarsi, essendone peraltro intuibili i caratteri, anche solo per la comunanza con quelli elaborati in Italia, sono stati però seguiti da un ulteriore criterio, più votato all'oggettività, al fine di far fronte ad una incertezza, ben nota anche all'ordinamento italiano, in ordine al riparto di giurisdizione fondato sui criteri citati.

Il sistema è noto come dei *blocs de compétences*, nel quale è direttamente il legislatore a stabilire se una controversia su di un atto che non sia puramente sussumibile in quelli esercizio di *puissance publique* o di *service administratif* né totalmente sottoposto alle norme del *code civil*, o che comunque presenti profili di ambivalenza e di problematicità nel suo inquadramento, spetti alla cognizione del giudice amministrativo o del giudice ordinario. E in mancanza di una espressa indicazione legislativa, è un "concordato giurisprudenziale" tra i due ordini giurisdizionali, favorito, presidiato o suggellato dal *Tribunal des conflits*, a completare i *blocs de compétences* normativi delle fattispecie più controverse ⁽²²⁾.

(22) Cfr. N. LONGHI, *op. cit.*, 114. Va detto che il funzionamento del modello in esame è stato sicuramente favorito dalla presenza, in Francia, del *Tribunal des conflits*. Detto organo, istituito nel 1872, è composto paritariamente da magistrati della Corte di cassazione e del Consiglio di Stato e col potere del Ministro della giustizia di decidere nel caso di parità di voti. Quindi, il modello francese, a differenza del nostro, non attribuisce alla Corte di cassazione il compito di decidere i conflitti di giurisdizione, bensì istituisce un organo appositamente dedicato che coinvolge giudici ordinari e giudici amministrativi. Ciò non può che aver favorito una più efficiente determinazione del riparto di giurisdizione e, non a

La notazione è di sicuro rilievo, poiché, come rilevato in dottrina, l'adozione del criterio dei *blocs de compétences*, è volto non più soltanto a rispettare il tradizionale principio della separazione tra potere esecutivo e potere giudiziario nel contesto della salvaguardia oggettiva dell'interesse pubblico, ma anche e soprattutto ad assicurare la pienezza e l'effettività della tutela del soggetto, come impone la centralità dei diritti soggettivi dell'individuo nei moderni ordinamenti democratici e come richiedono l'ordinamento eurounitario (art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea) e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (artt. 6 e 13); perciò, quest'ultimo metodo di riparto si è detto essere interessante e significativo, perché, nei suoi risultati, finisce per considerare assolutamente equiordinate le due giurisdizioni, reputandole entrambe idonee ad assicurare una tutela piena ed effettiva delle situazioni giuridiche soggettive ed emancipandole dai vincoli di certe tradizionali "riserve di giurisdizione" e dall'ossequio al noto principio di separazione dei poteri ⁽²³⁾.

Come evidente, si tratta(va) della medesima scelta che il legislatore italiano aveva adottato con gli artt. 33 e 34 del d.lgs. n. 80/1998, i c.d. "blocchi di materie" da attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ⁽²⁴⁾, il quale, come noto, non

caso, è infatti un modello che comunque riscuote anche apprezzamenti all'interno dei nostri confini: cfr. L. MARUOTTI, *Questioni di giurisdizione ed esigenze di collaborazione tra le giurisdizioni superiori*, in *Giustizia-amministrativa.it*; contra R. RUSSO, *Un Memorandum immemore della Costituzione?*, in *Judicium.it*, 2017. In tema v. anche E. PICOZZA, *La Corte di Cassazione a Sezioni unite garante dell'ordinamento giuridico multilivello? (Nota a ordinanza Corte suprema di Cassazione civile sezioni unite 18 settembre 2020, n. 19598)*, in *Giur. it.*, 2021, 816 ss.; G. DELLA CANANEA, *Sull'istituzione di un tribunale dei conflitti: il contributo della comparazione giuridica*, in *Giustamm.it*, 2019, 4. In senso critico A. PROTO PISANI, *Appunti sul giudice delle controversie fra privati e pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2009, 369 ss.; ID., *Noterelle dommatiche e storiche sui problemi che sottostanno all'incauta proposta di un c.d. Tribunale supremo dei conflitti*, in *Foro it.*, 2020, 325 ss., il quale non solo evidenzia che l'introduzione di un simile tribunale richiederebbe una riforma costituzionale, ma segnala pure che una simile riforma richiederebbe di rafforzare l'indipendenza e, soprattutto, l'autonomia dal potere esecutivo del giudice amministrativo, considerate le differenze oggi esistenti tra i due plessi giudiziari.

⁽²³⁾ Cfr. N. LONGHI, *op. cit.*, 120.

⁽²⁴⁾ Cfr. H. SIMONETTI, *A proposito di comportamenti della P.A. e del loro giudice*, in *Urb. e app.*, 2016, 1105, per il quale si trattava di un «disegno, maturato sul finire del

ha tuttavia superato il vaglio di costituzionalità, venendo abrogato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004 ⁽²⁵⁾, la quale ci ha consegnato il principio per cui, a fronte del sistema delineato dagli artt. 24, 103 e 113 Cost., l'attribuzione di una materia alla giurisdizione esclusiva del g.a. non può prescindere dalla sussistenza di potere dell'amministrazione, per cui essa è limitata a «“particolari materie” nelle quali “la tutela nei confronti della pubblica amministrazione” investe “anche” diritti soggettivi», nella quale «deve considerare la natura delle situazioni soggettive coinvolte, e non fondarsi esclusivamente sul dato, oggettivo, delle materie. Il legislatore ordinario, quindi, ben può ampliare l'area della giurisdizione esclusiva, purché lo faccia con riguardo a materie (in tal senso, particolari) che, in assenza di tale previsione, contemplerebbero pur sempre, in quanto vi opera la pubblica amministrazione-autorità, la giurisdizione generale di legittimità».

Vale però sottolineare come la stessa giurisprudenza costituzionale successiva abbia in qualche modo “ammorbidito” la propria posizione, attraverso dapprima la sentenza n. 140 del 2007

secolo scorso, di allargamento, quanto meno sul piano qualitativo, della giurisdizione amministrativa e di ridefinizione del riparto di giurisdizione, nei confronti di quella ordinaria, incentrato non più (o non più solo) sul criterio — tradizionale ma sempre incerto — della natura della situazione giuridica soggettiva lesa ma su quello, giudicato più funzionale, dei blocchi di materie. La proposta — avanzata a Costituzione invariata — era figlia del progressivo scolorirsi della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, una volta riconosciuta definitivamente la portata sostanziale anche di questi ultimi, come dimostrato dalla loro accentuata dimensione procedimentale (con la L. n. 241/1990) e dalla riconosciuta risarcibilità anche di quelli pretensivi».

⁽²⁵⁾ Sulla quale v. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 820 ss.; R. VILLATA, *Leggendo la sentenza n. 204 della Corte costituzionale*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 832 ss. e adesso in *Scritti di giustizia amministrativa*, Milano, 2015, 341 ss.; F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, in *Giur. cost.*, 2004, 2209 ss.; A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, in *Gior. dir. amm.*, 2004, 974 ss.; F. SAITTA, *La giustizia amministrativa tra ieri, oggi e domani: la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004*, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2004, 1903 ss.; C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva ridisegnata dalla Corte costituzionale alla prova dei fatti*, in *Foro amm. – Cons. St.*, 2004, 1908 ss.; A. TRAVI, *La giurisdizione esclusiva prevista dagli artt. 33 e 34 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80 dopo la sentenza della Corte costituzionale 6 luglio 2004 n. 204*, in *Foro it.*, 2004, 2598 ss.

e poi, soprattutto, le sentenze n. 259 del 2009 e la sentenza n. 35 del 2010, dalle quali emerge — in particolare da quest'ultima decisione — che la giurisdizione esclusiva può interessare anche controversie nelle quali non vi sia l'inestricabile intreccio tra situazioni giuridiche soggettive, con la necessaria presenza di interessi legittimi ed, eventualmente, anche di diritti soggettivi, bensì nelle quali vi siano soltanto diritti soggettivi ⁽²⁶⁾.

Ecco che allora viene correttamente perimetrata la portata applicativa della giurisprudenza costituzionale, anche della sentenza n. 204 del 2004, nel senso che l'intreccio inestricabile tra situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo e diritto soggettivo deve essere riguardato a livello, appunto, di materia, ma senza necessità che questa compresenza sia individuata e costituisca la ragione giustificatrice della giurisdizione con riferimento alla singola controversia, nella quale possono dunque essere coinvolti anche solo diritti soggettivi: «è proprio per evitare di andare alla ricerca nella singola controversia se prevalga la posizione di potere o la posizione di diritto che viene istituita la giurisdizione esclusiva» ⁽²⁷⁾.

Comunque sia, si è osservato che «il codice del processo amministrativo, all'art. 7, più che sulla distinzione tra diritti ed interessi fa ora leva, ai fini del riparto di giurisdizione, sulla nozione di potere amministrativo», peraltro in controtendenza con l'espansione dell'esercizio di attività amministrativa non in forma

⁽²⁶⁾ Cfr. in particolare Corte cost., n. 35/2010, *cit.*, par. 2.2.: «Nella definizione dei confini della giurisdizione esclusiva è, pertanto, necessario, in primo luogo, che la controversia involga situazioni giuridiche di diritto soggettivo e di interesse legittimo strettamente connesse. È bene, però, aggiungere che, se è pur vero, in linea con le ragioni storiche all'origine della configurazione di tale giurisdizione, che è normalmente necessaria la sussistenza di un intreccio di posizioni giuridiche nell'ambito del quale risulti difficile individuare i connotati identificativi delle singole situazioni soggettive, non può escludersi che la cognizione del giudice amministrativo possa avere ad oggetto, ricorrendo gli altri requisiti indicati di seguito, anche soltanto diritti soggettivi». Cfr., con ampia disamina delle sentenze citate, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Napoli, 2017, 78 ss.

⁽²⁷⁾ C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, *cit.*, 517.

autoritativa, bensì consensuale mediante accordi, o per silenzi o financo liberalizzando le attività dei privati; ciò che ben si spiega in ragione delle necessità temporali della moderna economia e che, per paradosso, «spiega la frequente devoluzione di sempre nuovi settori del contenzioso (considerato più “sensibile”) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo» (28).

A prescindere da ogni ulteriore considerazione sul punto, ciò che preme rilevare, quale dato oggettivo, è che la globalizzazione e il sistema normativo che ci è oggi consegnato dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea, conducono, anche senza scomodare profili di politica economica del diritto, facilmente intuibili in punto di attrattività di un determinato Paese in tema di investimenti, laddove appaia addirittura incerto non tanto l'esito del processo, quanto anche solo il giudice competente a decidere la lite, a considerare un ulteriore elemento: quello, appunto, dell'effettività della tutela, intesa soprattutto in termini temporali (durata del processo), la quale coinvolge, in fondo, diritti fondamentali dei cittadini.

Si badi però, che non si intende ritenere che la limitazione costituzionale della giurisdizione esclusiva alle sole fattispecie nelle quali si controverta sul potere amministrativo, anche mediato, rappresenti necessariamente una criticità: ciò che però deve mettersi a fuoco — e si anticipa qui quanto si ritiene emergerà dall'analisi della stessa giurisprudenza più recente — è che, nel solco tracciato dalla sentenza n. 204 del 2004, tralasciando però la stessa giurisprudenza successiva *self restraint* della Consulta sopra citata, le Sezioni unite si sono mosse in senso ampliativo rispetto alle ipotesi di residua giurisdizione del giudice ordinario nelle materie di giurisdizione esclusiva del g.a.

(28) H. SIMONETTI, *op. cit.*, 2016, 1105. Cfr. comunque G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*, 84, che evidenzia che nell'art. 7, comma 1 c.p.a. «manca la congiunzione “anche” davanti alla locuzione diritti soggettivi» per quanto concerne la giurisdizione esclusiva del g.a., in linea con il citato ammorbidimento della posizione della Corte costituzionale.

4. Sulla concentrazione delle tutele.

Prima di sviluppare la ricerca sul “diritto vivente”, il terzo profilo di interesse generale.

Da quanto sin qui detto, appare cristallina la mutata concezione della stessa ragion d'essere di una diversità di giurisdizione, essendo essa vista servente rispetto all'esigenza di tutela delle posizioni giuridiche soggettive e, si badi bene, di tutte le posizioni giuridiche soggettive, tanto dei diritti soggettivi, quanto degli interessi legittimi. In questa direzione, perciò, diventa faro, attraverso il quale illuminare le zone d'ombra dell'ordinamento, il principio di effettività della tutela giurisdizionale, che viene, a ben vedere, considerato prevalente nel bilanciamento con il rigido criterio di riparto della giurisdizione fondato sulla distinzione di posizione giuridica soggettiva. E ciò proprio perché, in realtà, tale distinzione esiste in quanto funzionale a fornire una più completa e piena tutela ai cittadini; e allora, laddove essa potrebbe diventare viatico per una, di fatto, limitazione o “complicazione” di detta tutela, non può che essere necessario rileggere il sistema alla luce della sua, attuale, *ratio*, fondata su valori che, ancorché, eventualmente, non esplicitati, risultano comunque sottesi alla Costituzione ⁽²⁹⁾.

La Corte costituzionale, sotto questo profilo, con la altrettanto nota sentenza n. 191 del 2006 ⁽³⁰⁾, nel ribadire che la giurisdizione esclusiva può sussistere solo nelle materie nelle quali si faccia questione dell'esercizio del potere pubblico, ma ricomprendendovi anche i comportamenti ad esso mediatamente riconducibili,

⁽²⁹⁾ Sul tema dei valori immanenti, ancorché non esplicitati, nella Costituzione e della loro rilevanza giuridica vedi gli illuminanti studi di Paolo Grossi, oggi raccolti in P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Bari-Roma, 2017.

⁽³⁰⁾ Sulla quale v. A. TRAVI, *Principi costituzionali sulla giurisdizione esclusiva ed occupazioni senza titolo dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2006, 1625 ss.; R. VILLATA, *Questioni di giurisdizione sui comportamenti in materia espropriativa: osservazioni (purtroppo perplesse) a margine di un dibattito giurisprudenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 865 ss.; M.A. SANDULLI, *Riparto di giurisdizione atto secondo: la Corte costituzionale fa chiarezza sugli effetti della sentenza 204 in tema di comportamenti acquisitivi*, in *Federalismi.it*, 2006, 11.

ritiene anche che l'attribuzione della tutela risarcitoria al g.a. si giustifichi «sull'esigenza, coerente con i principi costituzionali di cui agli artt. 24 e 111 Cost., di concentrare davanti ad un unico giudice l'intera tutela del cittadino avverso le modalità di esercizio della funzione pubblica».

L'importanza della concentrazione della tutela davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva s'è posta con evidenza in relazione alla nota vicenda della sorte del contratto d'appalto in caso di annullamento dell'aggiudicazione ⁽³¹⁾.

Stimolato dalla direttiva n. 2007/66/CE c.d. Ricorsi, ancorché si voglia ritenere che non fosse da essa «imposto», ma solo «suggerito», è stato senz'altro «opportuno» l'intervento del legislatore, con il d.lgs. n. 53 del 23 marzo 2010, che ha proceduto nel senso della concentrazione della tutela davanti al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva anche della domanda di dichiarazione di inefficacia del contratto in caso di annullamento dell'aggiudicazione ⁽³²⁾.

Rispetto a tale fenomeno, la concentrazione delle tutele era già stata richiamata dalla dottrina ⁽³³⁾ per raggiungere tale condizionale obiettivo e la Corte di cassazione era già giunta a superare il proprio orientamento “dualista” sulla base della stessa direttiva

⁽³¹⁾ In argomento, per tutti, G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico*, Roma, 2018.

⁽³²⁾ I richiami sono a F. SAIITA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione: prime riflessioni sul decreto di recepimento della direttiva n. 2007/66/CE*, in *Giustamm. it.*, 2010, 4. Sullo stesso tema, ma con le rilevanti differenze di materia, ID., *Contratti individuali di lavoro e graduatorie concorsuali alla ricerca di un (solo) giudice: senza la concentrazione delle tutele non può esservi effettività*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 3, 886 ss.

⁽³³⁾ Cfr. M. LIPARI, *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia “flessibile” del contratto*, in *Federalismi.it*, 2010, 7; S. VINTI, *Quali rimedi per la salvaguardia dell'interesse legittimo al cospetto dei negozi giuridici? Il giudice del riparto e i legislatori (comunitario e domestico) alle prese con gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto di appalto pubblico*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 840; V. LOPILATO, *Aggiudicazione e contratto: un “indiretto contributo” della Consulta in attesa del legislatore*, in *Giustizia-amministrativa. it.*; S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008, 215 ss.

Ricorsi ⁽³⁴⁾ e, a commento della scelta del legislatore del 2010, si è rilevato proprio che «la previsione di un unico giudice per un fenomeno che, nella sua commistione di pubblico e privato, è unitario ci sembra, quindi, del tutto coerente con la *ratio* della giurisdizione esclusiva, anche perché la materia dell'adempimento e della violazione di obblighi contrattuali risponde a specifici interessi collettivi, quali l'esatta, pronta e sollecita esecuzione dell'opera pubblica, del servizio o della fornitura» ⁽³⁵⁾.

È su questo substrato che si è fatto strada il principio della concentrazione delle tutele innanzi al giudice amministrativo, che oggi l'art. 7, comma 7 c.p.a., afferma in modo inequivocabile, ove il principio di effettività della tutela è realizzato attraverso la concentrazione davanti al giudice amministrativo di ogni forma di tutela degli interessi legittimi e, nelle particolari materie indicate dalla legge, dei diritti soggettivi ⁽³⁶⁾.

In questo senso, come rilevato dalla stessa Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ⁽³⁷⁾, la concentrazione delle tutele è un ele-

⁽³⁴⁾ Cass., Sez. Un., 10 febbraio 2010, n. 2906, in *Dejure.it*. Recentemente, con ampia ricostruzione della vicenda e affermazione della giurisdizione esclusiva del g.a. sulla dichiarazione di inefficacia del contratto anche in caso di annullamento d'ufficio della aggiudicazione Cass., Sez. Un., 2 novembre 2025, n. 28963, in *Dejure.it*.

⁽³⁵⁾ F. SAITTA, *Contratti pubblici e riparto di giurisdizione*, cit.

⁽³⁶⁾ La norma è comunemente interpretata nel senso che «non consente affatto di sovvertire gli ordinari criteri di riparto della giurisdizione, ma piuttosto garantisce che di fronte a quest'ultimo siano concentrate tanto le diverse tecniche di tutela delle situazioni soggettive, quanto, nel caso della giurisdizione esclusiva, le tutele accordate sia agli interessi legittimi che ai diritti soggettivi. In sostanza, l'art. 7, comma 7 c.p.a., letto alla luce dell'art. 103 della Costituzione quale norma sul riparto della giurisdizione, esclude che normalmente possa essere concentrata dinanzi ad un unico giudice la tutela delle diverse situazioni soggettive, ma esige che siano concentrate dinanzi al giudice investito della tutela della situazione soggettiva tutte le tecniche utili per riconoscere protezione piena alla stessa» (T.A.R. Piemonte, 29 settembre 2020, n. 581).

⁽³⁷⁾ Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 16 novembre 2021, n. 20, in *Giustizia-amministrativa.it*, per la quale la giurisdizione è devoluta al giudice amministrativo non solo nel caso in cui il potere sia stato esercitato, ma anche nel caso contrario di mancato esercizio. Non è conseguentemente possibile scindere sul piano del riparto giurisdizionale le due ipotesi, che, peraltro, possono in astratto dare luogo a profili diversi di addebito sul piano diacronico (per il fatto ad esempio di avere esercitato il potere tardivamente e di averlo poi esercitato illegittimamente), la cui cognizione va concentrata presso un unico giudice, ovvero quello amministrativo, quale giudice naturale della funzione amministrativa.

mento centrale per l'effettività giurisdizionale, perché la necessità di dover adire giudici diversi (nell'ambito dello stesso plesso giurisdizionale o di diversi plessi) per avere la completa soddisfazione dei propri interessi giuridici depotenzia l'effettività della risposta offerta dall'apparato giurisdizionale nel suo complesso. L'effettività della tutela, infatti, è strettamente correlata anche al principio di efficienza della giurisdizione.

Per quanto in questa sede rilevante poi, è stato notato che «la giurisdizione esclusiva realizza, quindi, in coerenza con i principi di cui all'art. 24, Cost., una concentrazione non (soltanto) delle tecniche di tutela, ma della protezione delle situazioni soggettive sostanziali» e che «deve allora ritenersi che la giurisdizione esclusiva, sia pure per “particolari materie indicata dalla legge” realizzi una forma di protezione che realizza in modo eminente le esigenze sottese dall'art. 24 Cost.; è, forse, per tale ragione che, nonostante le sentenze della Corte Costituzionale, continua ad essere frequente il ricorso ad essa da parte del legislatore» ⁽³⁸⁾, che si spiegherebbe proprio quale strumento autorizzato dall'art. 103 Cost. per realizzare l'effettività della tutela giurisdizionale ⁽³⁹⁾.

Mi soffermerò sulle critiche mosse alla lettura che valorizza il principio di concentrazione delle tutele in relazione al riparto di giurisdizione e alla giurisdizione esclusiva nelle conclusioni, anche per definire così la posizione qui espressa, che pare essere mediana rispetto ai due poli opposti.

È prodromico però verificare come il diritto vivente, che si è

Nonché Cons. St., Ad. Plen., 25 maggio 2016, n. 10, in *Giustizia-amministrativa.it*, per la quale, in un'ottica di effettività della tutela, risulta doverosa la concentrazione della verifica circa la regolarità della documentazione contributiva, ancorché effettuata in via incidentale, in capo ad un'unica autorità giudiziaria: il diritto di difesa verrebbe, in effetti, leso se si costringesse il privato a contestare, dinanzi al giudice ordinario, la regolarità del DURC e, successivamente, dopo aver ottenuto l'accertamento dell'errore compiuto dall'ente previdenziale, la illegittimità delle determinazioni della stazione appaltante dinanzi al giudice amministrativo.

⁽³⁸⁾ A. PAJNO, *Per una lettura unificante delle norme costituzionali sulla giustizia amministrativa*, in *ASTRID – Rassegna*, 2006, 26 ss.

⁽³⁹⁾ A. PAJNO, *Ricostituzione della fiducia e dialogo fra le giurisdizioni*, in *Quest. giust.*, 2021, 1, 109 ss.

prescelto in tema di giurisdizione esclusiva sugli accordi di diritto pubblico e sulle concessioni di beni e servizi, si muova in relazione ai profili sinora esposti e, in particolare, verificare lo “stato di salute” del principio della concentrazione delle tutele in relazione proprio alla giurisdizione esclusiva, *i.e.* se prevalgano i limiti costituzionali, con ampliamento della teoricamente residuale giurisdizione ordinaria, ovvero se la giurisdizione esclusiva, magari alla luce della concentrazione delle tutele, esorbiti i ridetti limiti, ovvero ancora se il sistema appaia rispettoso dell’attuale assetto costituzionale, ma anche eurounitario.

5. Riparto di giurisdizione e accordi di diritto pubblico.

Come detto, un primo ambito di esame è quello degli accordi di diritto pubblico *ex art.* 11, l. n. 241 del 1990 e delle numerose ipotesi, previste da leggi speciali, che la giurisprudenza ha ricondotto al *genus* degli accordi pubblici, tra cui, su tutte, la convenzione di lottizzazione.

Ora, senza poter in questa sede indagare la sostanza di detto istituto ⁽⁴⁰⁾, ciò che preme sottolineare è che il legislatore abbia dettato espliciti segmenti di disciplina pubblicistica, tra cui spicca proprio quella dell’introduzione di un’ipotesi di giurisdizione esclusiva per tutte le controversie in materia non solo di formazione e di conclusione, ma anche di esecuzione del rapporto, in cui dovrebbe essere meno marcato l’esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione (originariamente art. 11, comma 5, legge n. 241/1990, ora art. 133, comma 1, lett. *a*, n. 2, c.p.a.).

Si è proprio a tal fine rilevato che «stante il diverso criterio di riparto della giurisdizione previsto dal legislatore in materia di contratti pubblici, per i quali la giurisdizione esclusiva del giudi-

⁽⁴⁰⁾ Sul quale da ultimo A. MOLITERNI, *L’attività consensuale*, in F. CARINGELLA - R. CHIEPPA - B.G. MATTARELLA (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, tomo II, Milano, 2025, 1301 ss.; F. MANGANARO, *La forza espansiva dell’amministrazione consensuale*, in *Dir. econ.*, 2025, 11 ss.

ce amministrativo investe le sole controversie relative alla fase dell'evidenza pubblica, ricadendo invece quelle sull'esecuzione nella giurisdizione del giudice ordinario, ascrivere un determinato rapporto convenzionale al modello degli accordi oppure a quello contrattuale significa anche ricondurre le controversie relative alle pretese di una corretta esecuzione del rapporto originato dalle convenzioni alla giurisdizione amministrativa oppure a quella ordinaria» ⁽⁴¹⁾.

Insomma, sotto questo profilo, l'ampiezza della giurisdizione esclusiva in materia di accordi di diritto pubblico sembrerebbe particolarmente accentuata e idonea a ricomprendere tutte le controversie da essi generate, ivi comprese quelle sull'esecuzione dell'accordo.

Ed invero, la Corte costituzionale ha escluso l'illegittimità costituzionale del diritto vivente formatosi in tema di giurisdizione esclusiva del g.a. sugli accordi ove ricomprende anche le controversie nelle quali sia la pubblica amministrazione — e non l'amministrato — ad adire il giudice amministrativo ⁽⁴²⁾.

Nel far ciò, la Corte rileva, da un lato, «che — sebbene gli artt. 103 e 113 Cost. siano formulati con riferimento alla tutela riconosciuta al privato nelle diverse giurisdizioni — da ciò non deriva affatto che tali giurisdizioni siano esclusivamente attivabili dallo stesso privato, né che la giustizia amministrativa non possa essere attivata dalla pubblica amministrazione; tanto più ove si consideri che essa storicamente e istituzionalmente è finalizzata non solo alla tutela degli interessi legittimi (ed in caso di giurisdizione esclusiva degli stessi diritti), ma anche alla tutela

⁽⁴¹⁾ M. RAMAJOLI, *Gli accordi tra amministrazione e privati ovvero della costruzione di una disciplina tipizzata*, in *Dir. amm.*, 2019, 674 ss. La distinzione rispetto al modello privatistico puro sotto il profilo della giurisdizione è particolarmente evidenziata da Cass., Sez. Un., 12 aprile 2019, n. 10377; 24 gennaio 2019, n. 2082 e da Cons. St., 15 maggio 2002, n. 2636. In tema cfr. R. FERRARA, *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, Torino, 1993, 554 ss. Cfr. anche T.A.R. Toscana, 2 gennaio 2018, n. 4; T.A.R. Lombardia, Milano, 1 agosto 2017, n. 1739, entrambe in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁴²⁾ Corte cost., 15 luglio 2016, n. 179, in *Dejure.it*.

dell'interesse pubblico, così come definito dalla legge»; dall'altro che «l'ordinamento non conosce materie “a giurisdizione frazionata”, in funzione della differente soggettività dei contendenti. Elementari ragioni di coerenza e di parità di trattamento esigono, infatti, che l'amministrazione possa avvalersi della concentrazione delle tutele che è propria della giurisdizione esclusiva e che quindi le sia riconosciuta la legittimazione attiva per convenire la parte privata avanti il giudice amministrativo».

Ora però, la stessa giurisprudenza costituzionale, non aveva mancato di richiamare il già citato insegnamento per cui è necessario che «il legislatore assegni al giudice amministrativo la cognizione non di “blocchi di materie”, ma di materie determinate; e che l'amministrazione agisca, in tali ambiti predefiniti, come autorità e cioè attraverso la spendita di poteri amministrativi, che possono essere esercitati sia mediante atti unilaterali e autoritativi, sia mediante moduli consensuali, sia mediante comportamenti, purché questi ultimi siano posti in essere nell'esercizio di un potere pubblico e non consistano, invece, in meri comportamenti materiali avulsi da tale esercizio» (43).

Ed è qui che, nonostante l'ampia formulazione dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a., si inserisce la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione sulla concorrenza delle giurisdizioni in tema di accordi di diritto pubblico.

In tal senso, rilevano le Sezioni unite che la giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di accordi si giustifica «in quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere di-

(43) Va detto che la Corte, per gli accordi, ha ritenuto che «in quanto inserite nell'ambito del procedimento amministrativo, le convenzioni e gli atti d'obbligo stipulati tra pubblica amministrazione e privati costituiscono pur sempre espressione di un potere discrezionale della stessa pubblica amministrazione. Tali moduli convenzionali di esercizio del potere amministrativo non hanno, quindi, specifica autonomia. In coerenza con i principi affermati dalla giurisprudenza costituzionale, il fondamento di tali ipotesi di giurisdizione esclusiva viene legittimamente individuato nell'esercizio, ancorché in via indiretta o mediata, del potere pubblico».

screzionale della stessa pubblica amministrazione»⁽⁴⁴⁾; tuttavia, proprio in ragione della giurisprudenza costituzionale di cui alle sentenze n. 204 del 2004 e 191 del 2006, ritengono che la norma in esame «debba essere scrutinata, attraverso l'impiego del consueto criterio del *petitum* sostanziale, a seconda che venga o meno in contestazione l'adozione di strumenti negoziali che siano sostitutivi dell'esercizio, appunto, di un potere autoritativo, e dunque la giurisdizione del giudice amministrativo non sussista laddove la controversia si radichi nel quadro di un rapporto ormai paritario collocato "a valle" dello strumento negoziale adottato in sostituzione del potere autoritativo»⁽⁴⁵⁾.

Tale ragionamento è peraltro esteso anche agli accordi tra amministrazioni, *ex art.* 15, l. n. 241 del 1990, pure considerati dal citato art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., i quali sono tali se «destinati a disciplinare e coordinare l'esercizio di potestà amministrative tra le pubbliche amministrazioni contraenti su oggetti di interesse comune, ma non a regolare, invece, questioni meramente patrimoniali tra le parti»; sicché "finanche in presenza di accordi tra pubbliche amministrazioni la giurisdizione esclusiva è predicabile solo quando la controversia abbia come "oggetto immediato" l'accordo stesso (...) e non vicende meramente patrimoniali a esso in ipotesi correlate»⁽⁴⁶⁾.

I principi così esposti sono stati di recente confermati dalle Sezioni unite, in relazione alle domande, poste con atto di citazione in opposizione a decreto ingiuntivo, formulate dal privato di accertamento della nullità, inefficacia, annullamento o la risoluzione per inadempimento della convenzione e della successiva transazione concluse con l'ente pubblico, con la condanna alle restituzioni e al risarcimento del danno.

Per tale fattispecie, ritengono le Sezioni unite che:

⁽⁴⁴⁾ Cass., Sez. Un., 28 luglio 2021, n. 21650; 24 gennaio 2019, n. 2082, entrambe in *Dejure.it*.

⁽⁴⁵⁾ Cass., Sez. Un., 24 giugno 2022, n. 20464, in *Dejure.it*.

⁽⁴⁶⁾ Cass., Sez. Un., 6 aprile 2022, n. 11252; 5 ottobre 2021, n. 26921, entrambe in *Dejure.it*.

- si tratti di «questioni di carattere meramente patrimoniale fra le parti, che si pongono “a valle” rispetto alla conclusione dell’accordo sostitutivo del provvedimento amministrativo e, pertanto, non hanno direttamente ad oggetto la conclusione dell’accordo né l’esercizio dei poteri autoritativi che l’accordo stesso sostituisce»;
- dunque, «di posizioni di diritto soggettivo, fondate sulla stipulazione di una convenzione avente ad oggetto la realizzazione del parco eolico, nonché sulla successiva transazione derivata dalla lite sulla prima insorta»;
- non «ricorre un’ipotesi in cui, esistendo l’originaria giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *ex art.* 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a., questa permarrebbe in ipotesi di successivo atto di transazione emendativo della convenzione originaria”, poiché “proprio le domande fondate su quest’ultima si ponevano ormai “a valle” della spendita di qualsiasi potere autoritativo della p.a.» ⁽⁴⁷⁾.

E, ancor più di recente, le Sezioni unite hanno, con motivazione ormai stringata e tralatizia di richiamo ai precedenti, ritenuto sussistente la giurisdizione del giudice ordinario in ordine all’accordo di diritto pubblico tra amministrazione e privato riguardante la realizzazione, l’esercizio, la gestione e la manutenzione di un impianto eolico, laddove le domande dell’amministrazione involgano l’adempimento delle obbligazioni patrimoniali assunte dal privato con la convenzione e la conseguente condanna di controparte al pagamento delle relative somme, e, d’altro, il privato, al conseguente e contrapposto fine di neutralizzare e paralizzare dette domande, abbia opposto la nullità della convenzione stipulata *inter partes* chiedendo, in via riconvenzionale la restituzione delle somme già corrisposte ⁽⁴⁸⁾.

Il Consiglio di Stato è abbastanza allineato con l’impostazione seguita dalle Sezioni unite, come risulta da alcune fattispecie

⁽⁴⁷⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2024, n. 4242, in *Dejure.it*.

⁽⁴⁸⁾ Cass., Sez. Un., 3 agosto 2025, n. 22349, in *Dejure.it*.

trattate dalla giurisprudenza più recente, pur meritando una analisi del caso concreto, poiché, all'affermazione di principi conformi a quelli enunciati dalle Sezioni unite, seguono talora decisioni più complesse.

In primo luogo, di recente il Consiglio di Stato appare discostarsi dalla posizione delle Sezioni unite ove ritiene che:

- a livello generale, l'art. 133, comma 1, lett. a, n. 2, c.p.a. contiene una formula letterale molto ampia, che non menziona esclusioni, a differenza di quella di cui all'art. 133, comma 1, lett. b), «trattandosi di “accordi di diritto pubblico” in cui l'esercizio del potere pubblico non è smentito né escluso dal consenso prestato dalle parti, ma è in esso compenetrato», in linea con la *ratio*, anche originaria della giurisdizione esclusiva;
- in concreto, ha così ritenuto sussistente la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla domanda del Comune, parte di un Protocollo d'intesa con il Ministero e la Regione per la realizzazione di un progetto di interesse pubblico, volta ad ottenere il pagamento di somme di denaro oggetto dell'accordo, in quanto «la circostanza che la controversia verta su una questione patrimoniale non è, inoltre, di per sé risolutiva ai fini dell'esclusione della giurisdizione esclusiva, come, peraltro, emerge anche dal n. 4 della lett. a) del comma 1 dell'art. 133 c.p.a., che prevede la giurisdizione esclusiva del g.a. in relazione alla determinazione e corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo, in quanto in tali casi il *quantum* dell'indennizzo, pur rappresentando una questione patrimoniale, è questione strettamente legata all'esercizio dell'autoritativo potere di revoca» ⁽⁴⁹⁾.

Ancora nell'ambito di una controversia avente ad oggetto un accordo amministrativo, e anzi un accordo amministrativo necessario, essendo previsto l'accordo tra pubblica amministrazione concedente e concessionario uscente in tema di valore residuo

⁽⁴⁹⁾ Cons. St., 21 novembre 2025, n. 9112, in *Giustizia-amministrativa.it*.

degli impianti del concessionario del servizio di distribuzione del gas naturale, come emerge dall'art. 5, comma 16, del decreto ministeriale n. 226 del 2011, il T.A.R. aveva declinato la giurisdizione del giudice amministrativo, riconducendola tuttavia all'art. 133, comma 1, lett. c) in tema di servizi pubblici e ritenendo che «il ricorso della società mirava nella sostanza a conseguire quanto ad essa (in tesi) dovuto a titolo di rimborso, in qualità di concessionaria uscente o, in subordine, a titolo di indennizzo» ⁽⁵⁰⁾.

Il Consiglio di Stato ha, in primo luogo, individuato la materia rilevante per determinare la giurisdizione in quella *ex* art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a. (sulla rilevanza delle figure di confine *v. infra*).

Ciò posto, pur ricordando che «anche quando si tratti delle ipotesi in cui l'accordo tra pubblica amministrazione e privato è imposto dalla legge (attraverso convenzioni, contratti, accordi) occorre verificare se ricorra l'esercizio di una potestà amministrativa, presupposto necessario sia per la qualificazione come accordo amministrativo che per il riparto di giurisdizione» ⁽⁵¹⁾, ha però affermato la sussistenza della giurisdizione esclusiva proprio in materia di accordi — poiché l'accordo di rimborso si colloca all'esterno del contratto di concessione — in quanto «il richiamo alla necessità di un accordo tra le parti per determinare il valore residuo degli impianti implica la sussistenza di potestà amministrativa, in quanto l'accordo si ricollega alla previsione, di cui alle norme sopra richiamate, della determinazione del valore di rimborso dei beni non ammortizzati, da riconoscere al gestore uscente, e da inserire nel bando di gara per l'affidamento del servizio al nuovo concessionario (che dovrà sopportarne il costo)» ⁽⁵²⁾.

Diversamente, il Consiglio di Stato ha ritenuto non sussistente la giurisdizione esclusiva in materia di accordi in relazione a convenzioni urbanistiche stipulate al fine di realizzare interventi

⁽⁵⁰⁾ T.A.R. Lombardia, Milano, 16 ottobre 2023, n. 2326, in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵¹⁾ Cons. St., 3 dicembre 2020, n. 7677, in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵²⁾ Cons. St., 27 maggio 2024, n. 4703, in *Giustizia-amministrativa.it*.

di edilizia residenziale pubbliche, poi dichiarate decadute dal Comune per il fallimento della società stipulante.

Orbene, a fronte di una sentenza di primo grado che, in relazione alla domanda della curatela fallimentare per ottenere l'accertamento del diritto al rimborso delle somme versate dalla società *in bonis* per l'acquisizione del diritto di superficie e l'indennizzo per le spese sostenute per la realizzazione delle opere, così come previste dalle convenzioni decadute, ovvero la ripetizione dell'indebito o l'indennizzo per arricchimento ingiustificato *ex art. 2041 c.c.*, aveva dichiarato la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di accordi, la Quarta sezione, richiamando proprio le Sezioni unite già esposte, ha ritenuto la controversia esorbitante dalla propria giurisdizione esclusiva in quanto l'oggetto della domanda è costituito dall'accertamento dei diritti di natura patrimoniale scaturenti dalla decadenza delle convenzioni sopra richiamate, mentre non vengono in rilievo contestazioni relative all'esercizio di potestà pubblicistiche o comunque ad aspetti che involgono poteri pubblici, ma esclusivamente questioni di natura patrimoniale, rispetto alle quali la posizione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio ha natura e consistenza di diritto soggettivo ⁽⁵³⁾.

Infine, il Consiglio di Stato ha confermato da ultimo che la giurisdizione esclusiva in materia di accordi si applica «a condizione che la causa abbia come oggetto immediato l'accordo integrativo del provvedimento e non invece solamente vicende patrimoniali in ipotesi a esso correlate»; su tali basi, pur confermando che, in linea generale, l'azione di ingiustificato arricchimento *ex art. 2041 c.c.* possa essere proposta anche davanti al giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva — e, dunque, ad esempio quanto proposta in via subordinata rispetto a quella di risarcimento del danno per inadempimento di una convenzione urbanistica ⁽⁵⁴⁾, deve invece escludersi la giurisdizione *ex art.*

⁽⁵³⁾ Cons. St., 18 febbraio 2025, n. 1351, in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁴⁾ Cons. St., 31 luglio 2023, n. 7435, in *Giustizia-amministrativa.it*.

133, comma 1, lett. a), n. 2, c.p.a. allorquando la domanda *ex art.* 2041 c.c. non si colleghi all'accordo in sé, bensì a vicende, per quanto ad esso connesse, che sono in realtà estranee ⁽⁵⁵⁾.

È interessante notare come tutta questa giurisprudenza sembra discostarsi dalla giurisprudenza di una quindicina d'anni fa delle Sezioni unite della Corte di cassazione, che, ad esempio, riteneva che non rilevasse, ai fini del riparto, che «la domanda avrebbe ad oggetto l'accertamento di un inadempimento di un contratto a prestazioni corrispettive secondo lo schema “*do ut facias*” — in una fattispecie quindi non riconducibile all'espressione del potere autoritativo della P.A. —, e che il contenzioso verterebbe su profili della fase contrattuale attinenti esclusivamente all'esecuzione del rapporto», poiché «quello che viceversa rileva, rispetto alla finalità indicata, è la previsione normativa di accordi tra enti aventi ad oggetto lo svolgimento in comune dei compiti ad essi rispettivamente assegnati dalla legge (...) per il coordinamento di attività in vista del conseguimento di un interesse comune e rispetto ai quali il legislatore ha stabilito una riserva di giurisdizione esclusiva in favore del giudice amministrativo» ⁽⁵⁶⁾.

Così come si affermava la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. sulla domanda con cui, a seguito di un accordo che abbia previsto l'approvazione di una lottizzazione con cessione gratuita al Comune di alcune aree per la realizzazione di opere pubbliche, la parte privata chieda la condanna del Comune al pagamento di un indennizzo *ex art.* 2041 c.c. deducendo che tale cessione, benché regolarmente effettuata, non era stata inserita nella lottizzazione sottoposta all'esame regionale per la definitiva approvazione ⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁵⁾ Cons. St., 17 settembre 2025, n. 7349, in *Giustizia-amministrativa.it*, che ha ritenuto che la fonte dell'obbligazione indennitaria risiedesse in una occupazione *sine titulo*, cioè una situazione di fatto illecita che non ha alcun collegamento con gli accordi urbanistici sottoscritti dalle parti, poiché la ricorrente lamentava che l'ente locale continuasse ad utilizzare un bene per il quale l'accordo amministrativo stipulato poneva il limite temporale di utilizzo con l'esecuzione dell'accordo, ormai avvenuta.

⁽⁵⁶⁾ Cass., Sez. Un., 14 marzo 2011, n. 5923, in *Dejure.it*.

⁽⁵⁷⁾ Cass., Sez. Un., 3 febbraio 2011, n. 2546, in *Dejure.it*.

Oggi però le Sezioni unite, come emerso, attraverso il richiamo alla sentenza n. 204 del 2004 della Consulta, hanno imboccato la strada della dicotomia tra una fase a monte, avente ad oggetto la conclusione dell'accordo e l'esercizio dei poteri autoritativi che l'accordo stesso sostituisce, e una fase a valle, relativa all'adempimento delle obbligazioni delle parti stipulanti, che sarebbero tra loro in posizione paritetica e dunque esulerebbero dalla giurisdizione esclusiva.

Ma appare evidente che, così facendo, si sia pretermessa la lettera della legge, ove assegna alla giurisdizione esclusiva del g.a. anche le controversie concernenti anche l'esecuzione dell'accordo, proponendo un criterio che in realtà avvicina di molto il riparto di giurisdizione in materia a quello dei contratti pubblici, che, come sopra visto però, appare difforme.

E la scelta non pare condivisibile, poiché in realtà anche l'esecuzione di un accordo di diritto pubblico, proprio perché esso è sostitutivo di un provvedimento amministrativo, non è scevra di profili di pubblicità e la stessa si pone in evidente connessione con l'interesse pubblico; ben dicevano le sentenze delle Sezioni unite più risalenti allora, quando richiamavano l'interesse comune e lo svolgimento in comune di compiti sotteso a tali accordi per affermare la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a.

Né può essere di ostacolo l'eventuale presenza di soli diritti soggettivi a valle della stipulazione dell'accordo di diritto pubblico, posto che, come visto in precedenza (*supra* par. 3) la stessa Corte costituzionale, almeno a far data dalla sentenza n. 35 del 2010, ha riconosciuto come la materia attribuita alla giurisdizione esclusiva può essere considerata «particolare» ai sensi dell'art. 103 Cost. anche se, nella controversia concreta, si presentino solo diritti soggettivi.

6. Riparto di giurisdizione e concessione di beni pubblici e servizi pubblici.

In stretta connessione con la giurisdizione esclusiva in tema di accordi, si pone la questione del riparto di giurisdizione nel-

le materie di cui all'art. 133, comma 1, lett. b) e lett. c), c.p.a. dedicati rispettivamente alle concessioni dei beni pubblici e dei servizi pubblici, ad eccezione delle controversie concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi, specificandosi, per queste ultime, che rientrano nella giurisdizione esclusiva l'esercizio di poteri di vigilanza e controllo del concedente sul concessionario.

Ora, sul piano sistematico, tali ipotesi di giurisdizione esclusiva rilevano ai nostri fini sotto due angoli prospettici:

- in primo luogo, a livello normativo astratto, poiché — anche alla luce di quanto esposto in materia di accordi — si vede come l'ipotesi eccettuata dalla giurisdizione esclusiva sulle concessioni di beni e servizi sia, nella sostanza, applicata dalla giurisprudenza come ipotesi di esclusione della giurisdizione del g.a. anche in materia di accordi, pur nel silenzio dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2, ma attraverso l'applicazione del principio di cui alla sentenza n. 204 del 2004 della Consulta;
- in secondo luogo, perché, in concreto, si verifica spesso che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice necessita di un previo inquadramento di materia, *i.e.* se la materia sulla cui base determinare la giurisdizione sia quella *ex* art. 133, comma 1, lett. a) n. 2, ovvero lett. b) ovvero lett. c).

Una recente sentenza del Consiglio di Stato funge da cartina al tornasole di tali profili.

La fattispecie concreta si radica sull'impugnazione da parte del concessionario autostradale del provvedimento del Ministero dei trasporti che ha denegato l'approvazione di alcune perizie di variante ad un progetto di manutenzione, oggetto di apposita convenzione stipulata tra concedente e concessionario; quest'ultimo ha indetto delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori, e, una volta ultimati, ha trasmesso al Ministero concedente apposita perizia di variante finale di assestamento delle voci del quadro economico, per tenere conto dei costi effettivamente sostenuti in fase di esecuzione dei lavori.

È interessante notare come la ricorrente abbia sostenuto la giurisdizione esclusiva del g.a. sulla base di tutte le tre concorren-

ti ipotesi *ex art.* 133, lett. a), b), c), in quanto: la convenzione che regola la concessione sarebbe un accordo *ex art.* 11, l. n. 241 del 1990; l'infrastruttura autostradale ha natura di bene demaniale; sarebbe comunque una concessione di servizio pubblico.

Il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistente per tale ipotesi la deroga alla giurisdizione esclusiva del g.a., con conseguente attrazione della controversia nell'alveo della giurisdizione ordinaria residuale.

Rileva infatti che «in tema di concessioni pubbliche, dopo la firma della convenzione, che segna il passaggio dalla fase pubblicistica di affidamento alla fase di esecuzione del rapporto, la giurisdizione spetta al giudice ordinario quale giudice dei diritti, venendo meno la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo nelle ipotesi in cui la materia del contendere involga profili e pretese di natura patrimoniale relativi esclusivamente all'attuazione del rapporto contrattuale, senza che si ravvisi in tal caso, neppure in forma indiretta o mediata, un potere della P.A. in veste autoritativa» ⁽⁵⁸⁾.

A tal fine, si richiama altresì la giurisprudenza delle Sezioni unite che, appunto, ha escluso che l'approvazione di una perizia di variante comporti l'esercizio, da parte del concedente, di poteri pubblicistici di vigilanza e controllo nei confronti del concessionario, poiché «il potere amministrativo non è ravvisabile in linea di principio quando, esaurita la fase pubblicistica della scelta del concessionario, sia sorto il vincolo contrattuale e siano in contestazione la delimitazione del contenuto del rapporto, gli adempimenti delle obbligazioni contrattuali e i relativi effetti sul piano del rapporto, salvo che l'amministrazione intervenga con atti autoritativi che incidono direttamente, seppure successivamente all'aggiudicazione, sulla procedura di affidamento mediante esercizio del potere di annullamento d'ufficio, o comunque nella fase esecutiva, mediante altri poteri riconosciuti dalla legge» ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁸⁾ Cons. St., 24 luglio 2025, n. 6583; 17 aprile 2025 n. 3354 e 3347, tutte in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁵⁹⁾ Cass., Sez. Un., 8 luglio 2019, n. 18267, in *Dejure.it*.

Il punto ritenuto dirimente è che la mancata approvazione delle varianti non si basa sull'esercizio di poteri autoritativi, bensì «delle previsioni convenzionali e di legge riguardanti il rapporto (paritetico) tra le parti e le reciproche obbligazioni».

Anche nella materia delle concessioni peraltro, come ci è sembrato di poter rilevare in quella degli accordi, la giurisprudenza del giudice regolatore della giurisdizione pare essersi evoluta, come dato atto dal Consiglio di Stato stesso, che rileva come le concessioni di costruzione e gestione di opere pubbliche venivano tendenzialmente ricondotte alla giurisdizione esclusiva ⁽⁶⁰⁾, mentre oggi la tesi dominante «interpreta sistematicamente la lett. c) e sottrae all'ambito applicativo della norma le concessioni di servizi — sia se collegate sia se non collegate alla costruzione di un'opera — quanto alla fase esecutiva del rapporto, a meno che non ricorra l'esercizio di pubblici poteri».

Tale «nuovo orientamento» è stato sin da subito criticato, poiché, da un lato, non considera come la genesi della giurisdizione esclusiva in materia di concessioni, introdotta dall'art. 5, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, che non a caso aveva «utilizzato l'espressione "rapporti di concessione" che risultava all'epoca particolarmente avanzata (...) con la conseguenza che l'ambito della giurisdizione esclusiva in tema di concessioni voleva essere individuato in modo onnicomprensivo (ricomprendendosi nell'espressione rapporto anche quelli che successivamente sarebbero stati qualificati come comportamenti)» ⁽⁶¹⁾, negando poi che possano assumere rilievo né le regole di riparto della giurisdizione in materia di contratti pubblici né la sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, la quale «espressamente e più volte riconosce che l'ipotesi di giurisdizione esclusiva prevista dall'art. 5, l. n. 1034/1971 è costituzionalmente corretta, perché la giurisdizione esclusiva è giustificata con riferimento alle "controversie in materia di pubblici servizi relative a concessioni di pubblici servizi, escluse quelle concernenti indenni-

⁽⁶⁰⁾ Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2011, n. 28804, in *Dejure.it*.

⁽⁶¹⁾ C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, cit., 511.

tà, canoni ed altri corrispettivi (così come era previsto fin dall'art. 5 della legge n. 1034 del 1971)» ⁽⁶²⁾.

La complessa vicenda che si è esposta chiarisce la presenza di numerose — perduranti — zone grigie e di confine, nonostante la sussistenza, nelle materie che occupano, di ipotesi di giurisdizione esclusiva ispirate al (o dal?) principio di concentrazione delle tutele.

Ed infatti la casistica è particolarmente ricca e non sempre convergente.

In tema di concessioni demaniali, in particolare marittime, la giurisprudenza del Consiglio di Stato pare consolidata nel ritenere che:

- «sono escluse dalla giurisdizione amministrativa esclusiva le controversie in materia di indennità, canoni e altri corrispettivi poiché in tali ipotesi generalmente, venendo in rilievo un'attività amministrativa vincolata (allorquando si verta sul solo ammontare del corrispettivo dovuto al concessionario e la sua determinazione non dipenda dall'esercizio delle prerogative pubblicistiche dell'amministrazione, ma dalla pedissequa applicazione di criteri, condizioni e presupposti stabiliti dalla legge), la situazione soggettiva del privato che agisce nei confronti della pubblica amministrazione ha natura di diritto soggettivo»;
- «tuttavia, anche in tali controversie, sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo nel caso di impugnazione di atti costituenti esercizio di poteri autoritativi e discrezionali che si confrontano con situazioni giuridiche soggettive di interesse legittimo. Occorre, dunque, in concreto accertare, in applicazione dell'ordinario criterio di riparto comunemente individuato nel c.d. *petitum* sostanziale, la natura e la reale consistenza della situazione soggettiva del privato, quale emerge dai fatti allegati che danno conto del rapporto giuridico dedotto in giudizio» ⁽⁶³⁾.

⁽⁶²⁾ C.E. GALLO, *op. ult. cit.*, 512-514.

⁽⁶³⁾ *Ex multis* Cons. St., 25 marzo 2025 n. 2496, in *Giustizia-amministrativa.it*, ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali.

Dai principi così esposti, discende — vien da dire, però — l'affermazione dell'inammissibilità per difetto di giurisdizione del g.a. del motivo di ricorso relativo all'erronea applicazione dei coefficienti per la determinazione del canone, mentre sussistente la giurisdizione esclusiva dell'art. 133, comma 1, lett. b) in ordine ai motivi di ricorso concernenti il titolo giuridico della concessione (ai sensi dell'art. 18, l. n. 84/1994 ovvero *ex art.* 36 cod. nav.), «venendo in rilievo l'esercizio di un potere di natura discrezionale inerente alla valutazione dello scopo della concessione ai fini della relativa qualificazione giuridica, quale aspetto di carattere preliminare — sul piano logico-giuridico — all'individuazione del regime applicabile per la determinazione del canone» ⁽⁶⁴⁾.

Non vi è chi non veda l'effetto che l'applicazione dei principi elaborati in materia dalle Sezioni unite ha sul principio della concentrazione delle tutele, nonostante in fondo la vicenda sia evidentemente unitaria — quella della concessione — dovendosi però distinguere tra motivi relativi alla natura giuridica della concessione, che pure incidono sulla misura del canone, e motivi strettamente afferenti alla determinazione del canone stesso.

Anche a voler ammettere che davvero tali ultimi riguardino strettamente i canoni da riguardarsi come eccezione alla giurisdizione esclusiva — il che forse non è, perché non si tratta di mera questione di dare/avere tra le parti — emerge plasticamente il problema del riparto di giurisdizione tra domande connesse nelle materie di giurisdizione esclusiva (su cui v. *infra* par. 7).

Ed è forse la così evidente limitazione della concentrazione delle tutele ad animare quelle sentenze — meritorie — del giudice amministrativo nelle quali, ad esempio, si è ritenuta sussistente la giurisdizione esclusiva del g.a. *ex art.* 133, comma 1,

⁽⁶⁴⁾ Cons. St., 25 marzo 2025 n. 2496, *cit.*, par. 8.1. Cfr. anche Cons. St., 30 maggio 2024, n. 4854, in *Giustizia-amministrativa.it*, che afferma la sussistenza della giurisdizione esclusiva in fattispecie nella quale «l'oggetto del contendere è costituito dalla verifica della corretta interpretazione e qualificazione del rapporto di concessione, da cui discendono conseguenze in tema di determinazione del canone, essendo quest'ultimo un aspetto subordinato e condizionato dal primo».

lett. b) sulla controversia azionata dal concessionario di un bene pubblico (una piscina) avverso il provvedimento dell'ente locale che gli applicava la penale prevista dal contratto per la violazione dell'obbligo di riapertura dopo il periodo emergenziale di chiusura a causa della pandemia da Covid-19.

Il Consiglio di Stato ha affermato rilevanti principi per quanto qui rileva, che possono essere così compendati:

- a) la concessione di beni pubblici è un istituto in cui è immanente l'interesse dell'amministrazione ad un corretto utilizzo e gestione del bene affidato in uso speciale al privato concessionario. In ragione di ciò è innanzitutto nel potere unilaterale di affidamento dell'uso del bene pubblico spettante all'amministrazione che va individuata la genesi della concessione, con regolamentazione dei profili di carattere patrimoniale, in funzione accessiva del presupposto provvedimento di concessione, mediante lo strumento contrattuale. Quest'ultimo è dunque dipendente sul piano logico-giuridico all'atto autoritativo di concessione;
- b) i profili di carattere sostanziale della concessione finora delineati sono alla base della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. In conformità alle ragioni storiche che presiedono alla sua istituzione essa si giustifica per il possibile intreccio tra situazioni giuridiche aventi consistenza di interesse legittimo e altre invece qualificabili come diritto soggettivo, configurabili per i sopra menzionati profili di carattere patrimoniale insiti nel rapporto concessorio e regolati mediante contratto, e per la conseguente esigenza di concentrare le relative tutele;
- c) tale concentrazione non è assoluta, ma è derogata per le controversie «concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi». In conformità al canone interpretativo previsto dall'art. 14 delle preleggi la residuale ipotesi di giurisdizione ordinaria nelle controversie concernenti le concessioni di beni pubblici va pertanto limitata a quelle di carattere meramente patrimoniale, in cui non sono coinvolti profili di interesse

pubblico, che per il resto conformano l'istituto della concessione amministrativa.

Tuttavia — e pare di dover ritenere, in senso difforme a quanto affermato dalla giurisprudenza fin qui esaminata, soprattutto delle Sezioni unite — ritiene allora il Consiglio di Stato che «l'adempimento della concessione è irriducibile agli aspetti di carattere meramente patrimoniale che fondano la giurisdizione ordinaria della materia. La corretta esecuzione del rapporto concessorio non è infatti indifferente rispetto alle ragioni di interesse pubblico che hanno a suo tempo indotto l'amministrazione ad affidare in uso speciale il bene pubblico, ma ne costituisce al contrario l'essenza sul piano causale. I rimedi spettanti all'autorità concedente per reagire all'inadempimento del privato concessionario non possono conseguentemente essere assimilabili a quelli spettanti alla parte di un contratto di diritto comune» ⁽⁶⁵⁾.

Che riecheggii il tema della concentrazione delle tutele è poi ben evidente nel rilievo che il giudice amministrativo compie in merito alla tutela del concessionario, che si afferma non essere diminuita dall'attribuzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del g.a., bensì rafforzata, stante la necessità della considerazione dell'interesse pubblico e che ciò risulti da una motivazione adeguata, «resa all'esito del contraddittorio con il concessionario».

E, ancor di più, non può non farsi rilevare come l'orientamento delle Sezioni unite per cui, in sostanza, le questioni concernenti l'adempimento degli obblighi convenzionali da parte del concessionario e le connesse reazioni da parte del concedente assumerebbero rilievo solo paritetico e meramente patrimoniale, sia confutato dalla citata sentenza del Consiglio di Stato con rigore argomentativo, richiamando il disposto di chiusura dell'art. 133, comma 1, lett. c) sui servizi pubblici, per cui soggiacciono alla giurisdizione esclusiva del g.a. anche i provvedimenti adottati dalla pubblica amministrazione nell'ambito del suo potere di «vi-

⁽⁶⁵⁾ Cons. St., 17 dicembre 2020, n. 8100, in *Giustizia-amministrativa.it*.

gilanza e controllo nei confronti del gestore», la quale «è indice normativo della rilevanza pubblicistica di ogni questione relativa all'adempimento della concessione di servizi pubblici» ed è applicabile anche alle concessioni di beni pubblici.

Tali considerazioni si attagliano plasticamente altresì al problematico riparto di giurisdizione in relazione alle controversie tra amministrazione sanitaria e strutture sanitarie private accreditate, giacché, come noto, «nel sistema di accreditamento, la natura del rapporto tra struttura privata ed ente pubblico, è di tipo sostanzialmente concessorio, atteso che la prima, a seguito del provvedimento di accreditamento, viene inserita in modo continuativo e sistematico nell'organizzazione della P.A., ed assume la qualifica di soggetto erogatore di un servizio pubblico» ⁽⁶⁶⁾.

Ora, ad avviso delle Sezioni unite, sussiste la giurisdizione del giudice ordinario sulla controversia avente ad oggetto la domanda di una struttura sanitaria accreditata di annullamento della nota con cui l'A.S.L. ha chiesto alla società di emettere nota di credito per lo sforamento del tetto di spesa, in quanto il *petitum* sostanziale verterebbe su contenuti patrimoniali, inerenti alla corretta determinazione dei rapporti di dare/avere intercorrenti tra la parte ricorrente e la A.S.L., in forza dell'applicazione di parametri univocamente definiti a livello contrattuale e/o provvedimentale, senza che rientri nel *thema decidendum* alcun profilo legato all'esercizio, da parte della pubblica amministrazione, di poteri autoritativi e discrezionali ⁽⁶⁷⁾.

Affermano le Sezioni unite che «il giudice ordinario potrà direttamente accertare e sindacare le singole voci costitutive del credito vantato dal privato accreditato, vagliando, appunto, la contestata “appropriatezza” dei ricoveri e dei DRG», in sostanza ritenendo che, anche laddove in sede di controllo da parte

⁽⁶⁶⁾ Cass., 17 aprile 2023, n. 10154; 11 marzo 2020, n. 7019; Sez. Un., 18 giugno 2019, n. 16336, tutte in *Dejure.it*.

⁽⁶⁷⁾ Cass., Sez. Un., 10 settembre 2024, n. 24338; 29 aprile 2022, n. 13592; 19 gennaio 2022, n. 1602; 27 novembre 2019, n. 31029, tutte in *Dejure.it*. Tra le tante, da ultimo, nella giurisprudenza amministrativa, T.A.R. Campania, Salerno, 22 ottobre 2025, n. 6878.

dell'amministrazione venisse rilevata la non appropriatezza di alcune prestazioni in relazione ai criteri stabiliti negli atti amministrativi a monte, è il giudice ordinario a dover conoscere della questione, poiché, «seppure nell'ambito di un rapporto concessorio avente ad oggetto un servizio pubblico, venendo in rilievo, piuttosto, l'accertamento della conformità, quantitativa e qualitativa, delle prestazioni ospedaliere erogate ai termini concordati o, comunque, imposti alla struttura privata».

Tale impostazione — che peraltro è motivata anche per «evitare che la previsione della giurisdizione ordinaria in materia di concessioni si svuoti del tutto, ed essa venga posta nel nulla dalla prospettata incidenza del potere autoritativo sull'oggetto attribuito a detta giurisdizione» — non è sempre condivisa dal giudice amministrativo.

Ha, con chiarezza di argomenti, affermato il Consiglio di Stato ⁽⁶⁸⁾, che:

- a) a livello generale e di sistema, nulla discende in via decisiva «dall'asserito carattere vincolato dei controlli esterni analitici, perché consistenti nella mera verifica della conformità dell'attività svolta in concreto dalle strutture accreditate, rispetto ai parametri enucleati dalle Regioni con atti a monte (espressione di un potere discrezionale) dove sono state fissate le modalità di svolgimento delle prestazioni sanitarie da parte delle predette strutture, i codici di ricovero, la durata delle prestazioni», poiché «si deve escludere che il carattere vincolato dell'attività svolta denoti *ipso facto* l'assenza, in capo alla P.A., di una posizione di supremazia, nonché la conseguente natura paritetica degli atti adottati dalla stessa P.A. nel rapporto con l'amministrato»;
- b) in ogni caso, «non mancano situazioni in cui, nei controlli di appropriatezza, la P.A. si trova a disporre di margini di discrezionalità tecnica, come nel caso in cui si contesti l'attribuzione ad una certa prestazione sanitaria di un DRG

⁽⁶⁸⁾ Cons. St., 9 dicembre 2020, n. 7820; 14 ottobre 2020, n. 6227, entrambe in *Giustizia-amministrativa.it*.

(raggruppamento omogeneo di diagnosi), in luogo di un altro, con i correlativi effetti sul piano del maggiore o minore esborso a carico della P.A.»;

- c) non è ipotizzabile «una *vis expansiva* della giurisdizione ordinaria, a ciò ostando il dettato dell'art. 133, comma 1, lett. c), c.p.a., che, come già detto, riserva alla predetta giurisdizione, in deroga alla giurisdizione esclusiva del g.a. in materia di concessioni di pubblici servizi, le sole controversie “concernenti indennità, canoni ed altri corrispettivi” e cioè le controversie di contenuto prettamente patrimoniale, quale non è quella qui in esame, che riguarda anche l'impugnazione degli atti che hanno definito i criteri del controllo»;
- d) in caso contrario poi, «si lascerebbe alla mercé dell'Amministrazione di decidere essa stessa il giudice deputato a conoscere dell'attività di controllo e dei suoi esiti, a seconda che l'Amministrazione scelga di formalizzare detti esiti in un'apposita veste provvedimentale, ovvero, come ora esposto, di inserirli all'interno di apposite partite di dare/avere, dando vita a quella che è stata criticamente definita dalla dottrina come “giurisdizione ballerina”, in violazione dei canoni costituzionali in tema di riparto della giurisdizione e dello stesso principio del giudice naturale precostituito per legge (e non lasciato alla libera disponibilità delle parti)».

In sostanza, l'atto che costituisce l'esito dell'attività di controllo e che valuta l'appropriatezza delle prestazioni sanitarie rese, anche se in forma di atto che registra partite di dare/avere, «risulta direttamente funzionale, infatti, alla tutela dell'interesse pubblico al corretto espletamento del servizio sanità, in un intreccio di posizioni soggettive che legittima l'attribuzione al G.A., in via esclusiva come disposto dalla legge, delle relative controversie: pertanto, la contestazione della debenza dell'importo richiesto a titolo di sanzione porta con sé, inevitabilmente, lo scrutinio sulla legittimità dell'attività provvedimentale autoritativa e tecnicamente discrezionale della P.A., che giustifica la devoluzione della controversia alla giurisdizione esclusiva del G.A.».

Ed ancora, la problematicità residua delle questioni ben emerge nelle controversie inerenti agli alloggi di edilizia residenziale popolare.

La tesi dominante afferma che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo quando si controverta dell'annullamento dell'assegnazione per vizi incidenti sulla fase del procedimento amministrativo, fase strumentale all'assegnazione medesima e caratterizzata dall'assenza di diritti soggettivi in capo all'aspirante al provvedimento, mentre sussiste la giurisdizione del giudice ordinario quando siano in discussione cause sopravvenute di estinzione o risoluzione del rapporto locatizio, sottratte al discrezionale apprezzamento dell'amministrazione ⁽⁶⁹⁾.

Sicché, si è anche affermato che «l'assegnazione di alloggio di edilizia pubblica residenziale non [darebbe] luogo ad un rapporto di concessione di bene pubblico, quanto piuttosto ad un rapporto privatistico di carattere paritetico riconducibile a quello locativo» ⁽⁷⁰⁾, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario.

In senso contrario, altra giurisprudenza riconduce le assegnazioni di alloggi ERP situati presso immobili già pubblici alla materia delle concessioni di beni pubblici, riconducibili nell'alveo dell'art. 133, lett. b) ⁽⁷¹⁾.

Tale aspetto si colora di particolare rilievo in fattispecie complesse che la giurisprudenza è chiamata ad indagare, come quella avente ad oggetto la pretesa risarcitoria di un ex assegnatario di alloggio ERP fondata su pretese illegittimità compiute dall'ente locale riguardo a una concessione di aree pubbliche cui accedeva

⁽⁶⁹⁾ *Ex multis* Cons. St., 3 agosto 2023, n. 7503, ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali alle sentenze delle sezioni unite. Per tutte v. Cass., Sez. Un., 15 gennaio 2021, n. 621, in *Dejure.it*.

⁽⁷⁰⁾ Cons. Stato, 1 febbraio 2022, n. 684; 3 marzo 2021, n. 831, che richiama Cass., Sez. Un., 12 ottobre 2020, n. 21991, in *Giustizia-amministrativa.it*.

⁽⁷¹⁾ Cons. St., 14 aprile 2021, n. 3054; 21 novembre 2018, n. 6591 e 21 agosto 2014, n. 4270, tutte in *Giustizia-amministrativa.it*. In dottrina v. G. POLI, *La giurisdizione in materia di alloggi pubblici non può che essere esclusiva e del G.A.: la natura concessoria del rapporto di assegnazione (di un bene pubblico) e l'indole pubblicistica del relativo atto di decadenza*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1065 ss.

una convenzione per la realizzazione di insediamenti di edilizia economica e popolare recante le sanzioni a carico del concessionario per l'inosservanza degli obblighi in essa stabiliti e i casi di maggiore gravità in cui tale inosservanza comporta la decadenza della concessione, con conseguente estinzione del diritto di superficie.

Il Consiglio di Stato ha ricondotto tale controversia nella giurisdizione esclusiva del g.a. *ex art. 133, lett. b)*, fornendo alcune indicazioni particolarmente rilevanti, così compendiabili ⁽⁷²⁾:

- la circostanza che venga stipulata una convenzione che accede alla concessione dell'area pubblica per la realizzazione di alloggi ERP che regoli le obbligazioni delle parti, «non incide sulla natura pubblicistica del rapporto concessorio fra amministrazione e privato e sul connesso radicamento della giurisdizione esclusiva»;
- «la presenza di un momento negoziale, costituito dalla convenzione che accede al provvedimento concessorio, non muta la sostanza del rapporto pubblicistico tra il comune concedente e la società concessionaria del suolo, essendo tale rapporto preordinato al soddisfacimento dell'interesse generale (di rilevanza costituzionale) alla realizzazione di abitazioni da destinare a persone economicamente svantaggiate»;
- «le controversie relative agli atti con i quali il comune accerta la violazione delle finalità pubblicistiche sottese alla convenzione appartengono, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo oggi prevista dal menzionato articolo 133, comma 1, lett. b), c.p.a.».

Ma, aggiunge il Consiglio di Stato, è possibile affermare la sussistenza della giurisdizione esclusiva del g.a. anche sulla base di un diverso ragionamento: l'art. 35, comma 7 della legge n. 865 del 1971 «prevede una tipica fattispecie di esercizio negoziale del potere amministrativo, sussumibile nello schema degli accordi

(72) Cons. St., 3 agosto 2023, n. 7503, in *Giustizia-amministrativa.it*.

integrativi del provvedimento amministrativo di cui all'articolo 11 della legge n. 241 del 1990», perché «la convenzione in esame, al pari delle altre tipologie di convenzioni urbanistiche (come, ad esempio, quella di lottizzazione), in virtù di una espressa previsione normativa (il citato art. 35 della legge n. 865), è certamente integrativa del procedimento finalizzato al rilascio della concessione dei suoli su cui attuare il programma di edilizia residenziale pubblica», con conseguente giurisdizione esclusiva in materia di accordi di diritto pubblico.

L'esame della giurisprudenza ci pare quindi comprovare quanto detto in precedenza circa i profili di rilevanza comune delle fattispecie di giurisdizione esclusiva di cui agli artt. 133, comma 1, lett. a), n. 2, b) e c).

In concreto, in quanto esse spesso sono rinvenibili nell'alveo della medesima controversia e possono essere utilizzate quali riferimenti interpretativi per determinare la materia nella quale sussumere la fattispecie concreta.

Ed a livello normativo e astratto, poiché in fondo le ipotesi che esulano dalla giurisdizione esclusiva che il legislatore prevede per gli accordi e le concessioni di beni e servizi, si fondano tutte sul presupposto comune portato della giurisprudenza costituzionale di cui alla già richiamata sentenza della Consulta n. 204 del 2004, per cui se non c'è esercizio di potere non può esserci giurisdizione esclusiva e tale valutazione va compiuta di volta in volta, proprio perché il potere deve venire in rilievo nella fattispecie concretamente in esame.

Come si è efficacemente evidenziato, questo pare rappresentare «il punto di convergenza di due opposte tendenze. La prima — espansiva — è quella che mira a concentrare innanzi al g.a. la più parte dei contenziosi relativi all'esercizio di funzioni pubbliche, fino al punto da ricomprendere entro il perimetro della sua giurisdizione esclusiva pure le controversie nelle quali non siano stati adottati provvedimenti ma si siano avuti solo comportamenti del soggetto pubblico. La seconda e opposta tendenza è ricavabile, invece, da quelle sentenze civili che non rinunciano a

riservare al giudice ordinario la giurisdizione sui diritti in presenza di controversie che, pur ricomprese in materie devolute alla giurisdizione esclusiva, non presentino un grado di autoritatività tale da rendere lo stesso comportamento espressione di un potere, come nel caso in cui si adottino atti vincolati»⁽⁷³⁾.

Tali indicazioni sono sicuramente confermate dalla analisi qui condotta, dalla quale risulta come, soprattutto le Sezioni unite della Corte di cassazione, spesso anche attraverso la dicotomia attività vincolata-attività discrezionale — che, comunque la si pensi⁽⁷⁴⁾, è del tutto irrilevante per le fattispecie di giurisdizione esclusiva — tendono ad escludere la giurisdizione esclusiva del g.a. laddove si tratti di attività che l'amministrazione compie sulla base degli obblighi previsti dall'atto consensuale stipulato con il privato, sia esso l'accordo integrativo o sostitutivo di provvedimento *ex art.* 11, l. n. 241 del 1990, sia esso la convenzione accessiva al provvedimento concessorio del bene o del servizio pubblico, poiché, in tali circostanze, si tratterebbe unicamente di posizioni paritetiche⁽⁷⁵⁾.

Ciò, però, pare tradire e dimenticare che gli obblighi assunti dal privato in tali vicende non trascendono la funzione pubblica, non sono isolabili rispetto alla cura degli interessi della collettività ed anzi, «risulta direttamente funzionale, infatti, alla tutela dell'interesse pubblico al corretto espletamento del servizio (...), in un intreccio di posizioni soggettive che legittima l'attribuzione al g.a., in via esclusiva come disposto dalla legge, delle relative controversie»⁽⁷⁶⁾.

⁽⁷³⁾ Così C. MICCICHÈ, *La giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo e la responsabilità per inerzie difensive della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2024, 414 ss.

⁽⁷⁴⁾ In generale, sulla rilevanza di tale criterio per il riparto della giurisdizione, cfr., *ex multis*, M.C. CAVALLARO, *Determinazione amministrativa e riparto di giurisdizione*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018; F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, 2017, 7; L. VIOLA, *Atti vincolati, hard cases e riparto di giurisdizione*, in *Federalismi.it*, 2017, 14. Da ultimo v. anche le considerazioni critiche di M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato*, cit., par. 5.1.

⁽⁷⁵⁾ La critica a questo orientamento delle Sezioni unite in tema di concessioni è svolta anche da M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, par. 5.2.

⁽⁷⁶⁾ Cons. St., n. 7820/2020, cit.

D'altronde, la concessione amministrativa non è un contratto, ma un vero e proprio provvedimento amministrativo, al quale può accedere un momento convenzionale, che di per sé, però, non comporta necessariamente la sua qualificazione privatistica, ben potendosi qualificare nel *genus* dei già citati accordi di diritto pubblico.

Né appare decisiva la circostanza che, sulla scorta del diritto eurounitario, la disciplina della concessione è in parte ricompresa nel Codice dei contratti della pubblica amministrazione sia per la fase genetica che per la fase esecutiva, che in realtà può anzi far deporre per una procedimentalizzazione del contratto e non viceversa, quale esempio di influenza del diritto pubblico su quello privato ⁽⁷⁷⁾.

Ci pare allora che, purtroppo, sia stato buon profeta chi aveva affermato che «le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza costituzionale, laddove subordina la conformità a Costituzione della (devoluzione di particolari materie alla) giurisdizione esclusiva alla condizione che nelle diverse fattispecie la P.A. agisca pur sempre come autorità, richiedendo in particolare che i suoi comportamenti siano riconducibili almeno mediatamente all'esercizio di un potere pubblicistico, rischiano di sancire l'inutilità della giurisdizione esclusiva» ⁽⁷⁸⁾.

7. Domande connesse, giurisdizione esclusiva e concentrazione delle tutele.

L'esame sin qui condotto della giurisprudenza sul riparto di giurisdizione in materia di accordi e concessioni di beni e servizi pubblici dimostra la fragilità del principio di concentrazione delle tutele, pur in materie di giurisdizione esclusiva, nelle quali resta forte la dicotomia giurisdizionale.

⁽⁷⁷⁾ Cfr. C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, cit., 516-517. In termini anche M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione: il riemergere dei fantasmi del passato*, cit.

⁽⁷⁸⁾ Così H. SIMONETTI, *op. cit.*, 1105, che richiama A. POLICE, *La giurisdizione del giudice amministrativo è piena ma non è più esclusiva*, cit. e F.G. SCOCA, *Sopravviverà la giurisdizione esclusiva?*, cit.

Non sembra, insomma, che si stia seguendo quell'impostazione per cui il principio di concentrazione delle tutele sia elemento fondante della giurisdizione esclusiva, da cui muovere per affrontare «le diverse questioni che si pongono a proposito della giurisdizione esclusiva, dal momento che allontanarsi da tale ottica potrebbe risolversi, in qualche modo, in una compromissione di quelle esigenze di effettività che la Costituzione invita concretamente a realizzare» ⁽⁷⁹⁾.

Proprio dall'esame della casistica proposta un ulteriore profilo problematico può mettersi a fuoco: la necessità che domande connesse tra loro per oggetto o per titolo siano conosciute da giudici diversi in ossequio ai criteri di riparto della giurisdizione.

In tale ambito, la giurisprudenza delle Sezioni unite afferma che, salvo deroghe normative espresse, vige nell'ordinamento processuale il principio generale dell'inderogabilità della giurisdizione per motivi di connessione, potendosi risolvere i problemi di coordinamento posti dalla concomitante operatività della giurisdizione ordinaria e di quella amministrativa su rapporti diversi, ma interdipendenti, secondo le regole della sospensione del procedimento pregiudicato ⁽⁸⁰⁾.

L'impostazione è in realtà condivisa anche nella giurisprudenza amministrativa, anche dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, la quale però, a ben vedere, valorizza proprio la possibile rilevanza della giurisdizione esclusiva al fine di attribuire al giudice amministrativo l'intera controversia ⁽⁸¹⁾, richiamando la deroga che talvolta ha trovato spazio anche nella stessa giurisprudenza delle Sezioni unite, ancorché più risalente.

In particolare, in un caso in materia espropriativa, in cui l'attore aveva proposto una domanda di retrocessione totale e/o

⁽⁷⁹⁾ A. PAJNO, *Ricostituzione della fiducia e dialogo fra le giurisdizioni*, cit.

⁽⁸⁰⁾ Nella giurisprudenza più recente delle Sezioni unite, cfr. Cass., Sez. Un., 1 marzo 2023, n. 6099; 20 giugno 2022, n. 19877, entrambe in *Dejure.it*. In dottrina per la tesi tradizionale D. BUONCRISTIANI, *Giurisdizione, competenza, rito e merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 159 ss.

⁽⁸¹⁾ Cfr. Cons. St., Ad Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Giustizia-amministrativa.it*.

parziale del fondo ⁽⁸²⁾, le Sezioni unite hanno, in primo luogo, effettivamente ricordato che in relazione ai «due diversi *petita* su uno dei quali — quello di retrocessione totale — ha giurisdizione l'Ago, mentre sull'altro, per il permanere della utilizzabilità dalle aree su cui ha potere di decidere discrezionalmente la Pa, deve pronunciarsi il g.a.», ma, allora, «sembra ovvio che, in rapporto al caso in cui l'oggetto delle domande attiene ad una materia di giurisdizione esclusiva, è di certo applicabile l'art. 40 c.p.c. per la parte in cui determina il potere di decidere le cause in un solo processo, anche ai sensi dell'art. 274 c.p.c.; tale processo unico dovrà svolgersi, come precisato nella norma di rito che precede, dinanzi al giudice con maggiori competenze, cioè a quello amministrativo, che può valutare la chiesta tutela degli interessi legittimi oltre che quella dei diritti soggettivi entrambe oggetto delle domande, indipendentemente dal riconoscimento nel merito delle situazioni soggettive il cui accertamento determinerà l'accoglimento dell'una o dell'altra richiesta di tutela» ⁽⁸³⁾.

In altra fattispecie, le Sezioni unite rilevano che «in effetti questa Corte ha affermato in passato che la controversia promos-

⁽⁸²⁾ Sul punto, ci si limita solo a ricordare che la retrocessione totale, perché relativa ad un'opera pubblica mai realizzata, rientra tra quelle di cui alla legge n. 2359 del 1865, art. 63 norma in rapporto alla quale si è sempre affermata l'esistenza del solo diritto soggettivo perfetto alla retrocessione, cui la p.a. è comunque tenuta, a differenza di quanto accade per la retrocessione parziale. Solo in quest'ultimo caso, che si verifica in ipotesi di realizzazione incompleta ovvero completa ma in altre aree dell'opera pubblica per cui è avuto l'esproprio, occorre infatti la dichiarazione di inservibilità delle aree rimaste inutilizzate dalla PA perché esse possano retrocedersi agli espropriati che quindi sono titolari di interessi legittimi prentensivi alla retrocessione che per tale motivo si qualifica amministrativa.

⁽⁸³⁾ Cass., Sez. Un., 24 giugno 2009, n. 14805, in *Dejure.it*. Conclude la sentenza in esame: «Allorché in base ad un unico titolo e ad altre circostanze di fatto da accertare dal giudice adito, sia chiesta in via alternativa in sede giudiziaria la tutela di interessi legittimi e/o di diritti soggettivi, in rapporto a comportamenti della PA in una materia, come quella urbanistico-edilizia ed espropriativa, nella quale la legge prevede la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, poiché a quest'ultimo competono maggiori poteri che al giudice ordinario, deve dichiararsi il potere dello stesso di conoscere su tutta la domanda anche con eventuale accertamento negativo dell'esistenza di interessi legittimi in sede di merito, che escluderà la tutela di essi chiesta dall'istante, restando ferma la giurisdizione sui diritti soggettivi, che il d.lgs. n. 80 del 1998, art. 34 come poi modificato, riconosce a detto giudice speciale».

sa dal dipendente dell'appaltatore per far valere la responsabilità in solido dell'ente pubblico committente, ai sensi della legge 23 ottobre 1960, n. 1369, articolo 3, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario, perché la norma citata non attribuisce all'ente pubblico la posizione di datore di lavoro, bensì quella di coobbligato nei doveri dell'appaltatore verso i dipendenti», ma ha poi affermato il principio di diritto per cui «ove il lavoratore proponga, sulla base della esposizione dei medesimi fatti attinenti ad una stessa prestazione lavorativa, due domande in via alternativa, la cui decisione dipenda dalla qualificazione giuridica dei fatti emersi in causa, una principale, appartenente alla giurisdizione amministrativa (legge 23 ottobre 1960, n. 1369, *ex art.* 1 con ente pubblico *ante* 30 giugno 1998), ed una subordinata (*ex art.* 3 cit. legge) in cui l'ente pubblico viene evocato non come datore di lavoro ma come coobbligato al rispetto dei minimi retributivi, il principio di concentrazione delle tutele insito nell'articolo 111 Cost. impone di ritenere che il giudice amministrativo avente giurisdizione sulla domanda principale possa e debba conoscere di tutte le pretese originate dalla situazione lavorativa dedotta» ⁽⁸⁴⁾.

Al principio di concentrazione delle tutele viene dedicata particolare attenzione dalla decisione in questione, che afferma che «l'articolo 111 Cost., in combinazione con l'articolo 24, esprime dunque, quale mezzo imprescindibile al fine, un principio di concentrazione delle tutele (...) Nel nostro ordinamento esiste già il principio della concentrazione processuale, di cui è espressione l'art. 40 c.p.c.; esso però vale nei limiti della, e non vale a spostare la giurisdizione, salvo casi particolari, come quello previsto dall'art. 4 c.p.c., n. 3, sulla attrazione nella giurisdizione del giudice italiano di cause connesse dello straniero o sulla prevalenza della giurisdizione ordinaria su quella arbitrale. Il principio costituzionale della precostituzione del giudice secondo legge (art. 25 Cost., comma 1) non esclude però che il giudice amministrativo, avente giurisdizione esclusiva sulla pretesa di rapporto di lavoro

⁽⁸⁴⁾ Cass., Sez. Un., 28 febbraio 2007, n. 4636, in *Dejure.it*.

con ente pubblico, possa conoscere delle domande comunque originate dalla situazione lavorativa sulla quale ha giurisdizione».

A ben vedere peraltro, almeno per quanto qui rileva in merito a fattispecie di giurisdizione esclusiva, va rilevato come altre pronunce delle Sezioni unite abbiano riconosciuto che tali possibilità siano ammissibili se limitate ai casi di giurisdizione esclusiva del g.a., giacché «la prevalenza del potere cognitivo del giudice amministrativo presuppone, oltre che la contestuale proposizione delle domande, che egli sia titolare di giurisdizione esclusiva, a fronte della giurisdizione sui soli diritti propria del giudice ordinario. In questo caso, infatti, il giudice amministrativo è titolare di poteri maggiori che non quelli riconosciuti al giudice ordinario» ⁽⁸⁵⁾.

Se è vero allora che l'orientamento che esclude *tout court* lo spostamento della giurisdizione per ragioni di connessione «impedisce di valorizzare ai fini dell'effettività della tutela quegli elementi di particolare collegamento tra fattispecie e situazioni giuridiche, soprattutto quando, a fronte di una giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, le fattispecie “minori” connesse potrebbe essere attratte alla medesima giurisdizione anziché rimanere alla giurisdizione del giudice ordinario con conseguente separazione e conseguente duplicazione dei giudizi» ⁽⁸⁶⁾, meritano senz'altro approfondimento, almeno nell'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva, le considerazioni sopra esposte circa la possibile rilevanza del principio di concentrazione delle tutele per affermare la sussistenza della giurisdizione (esclusiva) del g.a. anche su domande connesse che, forse discutibilmente, si vorrebbero rientranti nelle eccezioni che l'art. 133, nelle sue varie declinazioni, pone ad essa.

La complessità della questione — non si può non riconoscerlo — ben emerge anche nelle parole di quell'autorevole Autore,

⁽⁸⁵⁾ Cass., Sez. Un., 7 giugno 2012, n. 9185; 24 giugno 2009, n. 14805, entrambe in *Dejure.it*.

⁽⁸⁶⁾ F. TALLARO - P. NASINI, *Il principio di effettività delle tutele giurisdizionali: azioni, rimedi e tecniche di tutela nel processo civile e in quello amministrativo*, in *Giustizia-amministrativa.it*.

sempre critico verso l'indebolimento delle regole di riparto della giurisdizione, che non può non rilevare che «se uno spostamento di giurisdizione deve proprio esservi è bene che questo avvenga a favore del giudice speciale piuttosto che a favore del giudice ordinario. E più facile, infatti, che il giudice “speciale” acceda a questioni “comuni”, piuttosto che il giudice “comune” acceda a questioni “speciali”», pur non rinunciando ad affermare che è «questa generale e programmata attitudine alla deroga del riparto in nome della concentrazione delle tutele a destare qualche preoccupazione» ⁽⁸⁷⁾.

8. A mo' di conclusione. Sulle critiche alla concentrazione delle tutele.

Tale ultimo profilo ci conduce, come anticipato, a confrontarsi, brevemente, con alcune critiche che la valorizzazione della concentrazione delle tutele ha stimolato, anche perché esse non son del tutto prive di fondamento e necessitano di chiarire forse meglio, in conclusione, la posizione qui sostenuta.

Si è giustamente evidenziato il rischio che «l'affermazione del principio di concentrazione della tutela giurisdizionale ha fatto, però, perdere di vista la specificità delle tutele delle due situazioni soggettive e ha evidenziato la tendenza alla loro ibridazione in una forma indistinta, che sembrerebbe mutuare il peggio (i limiti) dell'una e dell'altra. Una cosa è assicurare la ragionevole durata di un processo; altra trasformare forma e sostanza della tutela della situazione soggettiva» ⁽⁸⁸⁾.

⁽⁸⁷⁾ M. MAZZAMUTO, *Riparto di giurisdizione, rapporti collegati e concentrazione delle tutele*, in *Giur. it.*, 2012, 1428 ss., che, quanto al primo aspetto, richiama anche S. ROMANO, *Le giurisdizioni speciali amministrative*, in ORLANDO (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, tomo III, Milano, 1901, 597 ss., ove affermava: «Siffatto principio si può così formulare: la continenza delle cause e l'accessorietà delle questioni possono detrarre, ove ciò si renda necessario, alla competenza dei tribunali comuni in favore di quella dei tribunali amministrativi; ma non può darsi il caso opposto che una controversia dalla legge affidata alla cognizione di questi ultimi, rientri per i detti motivi nella generale competenza dell'autorità giudiziaria. È questa un'applicazione della nota regola per cui deve *in omni iure speciem generi derogare*».

⁽⁸⁸⁾ F. FRANCIOSI, *Interesse legittimo e giurisdizione amministrativa: la trappola della tutela risarcitoria*, in *Quest. giust.*, 2021, 136 ss.

Non sembra però che le considerazioni qui esposte ci portino necessariamente sulla strada della negazione della specialità del giudice amministrativo per imboccare quella della specializzazione dello stesso, che è direzione che non si condivide, poiché si condivide, al contrario, come sia un «indimostrato ed errato presupposto che la civilizzazione comporterebbe un rafforzamento della tutela del cittadino, mentre vi sarebbe semmai da temere esattamente il contrario» ⁽⁸⁹⁾.

Se però, come si crede di aver affermato, ci si muove nel senso del riconoscimento del giusto “spazio di pubblicità” che deve essere riscontrato, quantomeno in tema di accordi di diritto pubblico e concessione di beni e servizi, non ci pare che una maggiore limitazione della giurisdizione ordinaria ai casi davvero residuali, con una più completa estensione della giurisdizione esclusiva, comporti «un robusto e quasi totalizzante avanzamento delle qualificazioni pubblicistiche rispetto a materie non di giurisdizione esclusiva, nelle quali concorrevano anche qualificazioni privatistiche» ⁽⁹⁰⁾, ma solo che si riconosca la funzionalizzazione pubblicistica delle fattispecie, con conseguente limitazione delle controversie rimesse all’a.g.o., pur sussistendo la giurisdizione esclusiva del g.a., a quelle sole nelle quali si controverta effettivamente di diritti patrimoniali consequenziali e salva la rilevanza della connessione delle domande.

⁽⁸⁹⁾ M. MAZZAMUTO, *L'amministrazione agisce contro il privato di fronte al giudice amministrativo (nota a Cons. st., sez. II, n. 8546/2020)?*, in *GiustiziaInsieme.it*, 1 marzo 2021, per il quale «la qualificazione privatistica e la tanto vantata condizione di paritarità determinano una caduta della tutela, poiché il regime privatistico non consente di sottoporre l'atto dell'amministrazione agli stringenti canoni della legalità pubblicistica. L'aggettivo “paritario” è tanto suggestivo quanto travicante, poiché ciò che conta è appunto il regime giuridico: vero è invece che la propensione a qualificare un atto come autoritativo (di per sé pura fantasia ontologica dei giuristi) o più semplicemente come atto di diritto pubblico non è segno di autoritarismo, bensì è l'astuzia che consente di sottoporre l'amministrazione al (di gran lunga) più garantista regime di diritto pubblico. Il sistema giuspubblicistico costituisce invero un gigantesco diritto diseguale, sostanziale e processuale, volto a compensare la disuguaglianza di fatto che intercorre tra l'amministrazione e il cittadino».

⁽⁹⁰⁾ M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale*, cit., 162.

Certo non si può convenire con l'idea della inutilità della giurisdizione esclusiva ⁽⁹¹⁾, anzi dovendosi ritenere che, nelle maglie della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 2004, le Sezioni unite abbiano esteso l'ambito della giurisdizione ordinaria che può residuare nelle materie soggette alla giurisdizione esclusiva del g.a., anche attraverso l'uso del non condivisibile criterio dell'attività vincolata da parte dell'amministrazione, oltre quello che è il suo alveo naturale, appunto, residuale.

Ed è invece la concentrazione delle tutele davanti al giudice amministrativo nelle fattispecie di giurisdizione esclusiva a poter offrire il corretto perimetro di quest'ultima, pur rimanendo nei binari tracciati dalla Corte costituzionale, ma neppure recedendo da essi.

Dunque, provando a sintetizzare la nostra posizione, essa pare collocarsi in posizione mediana tra chi, alla luce del principio di effettività della tutela (e concentrazione di essa) ritiene che il giudice amministrativo sia un giudice non più speciale, ma ordinario al più specializzato, in nome dell'unità della funzione giurisdizionale ⁽⁹²⁾, e chi, su un piano diametralmente opposto, nega però alcun rilievo alla logica della concentrazione delle tutele, ad esempio criticando l'ormai positivizzata regola della *translatio iudicii*, ovvero la possibile rilevanza della connessione delle domande ai fini dell'attribuzione della giurisdizione al solo

⁽⁹¹⁾ Questa sembra essere l'idea di M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit., loc. cit.*: «Quando il riparto ordinario, con la finzione della degradazione del diritto soggettivo, assicurò comunque al giudice amministrativo tutte le controversie di diritto pubblico (a parte qualche ipotesi eccezionale di quella che si chiamerà carenza di potere), la giurisdizione esclusiva divenne inutile, poiché, a quel punto, nulla poteva aggiungere a quanto già ottenuto con il riparto ordinario. Ed invece la giurisdizione esclusiva mantenne una straordinaria vitalità. Divenne occasione per giustificare, nel diritto sostanziale, una sistematica riqualificazione pubblicistica della materia (...)». Anche se l'A., come detto, critica l'orientamento delle Sezioni unite in tema di concessioni e riparto di giurisdizione (cfr. *supra* nota 75).

⁽⁹²⁾ Oltre ai già citati lavori di N. LONGHI e A. PAJNO, v. almeno A. PROTO PISANI, *Verso il superamento della giurisdizione amministrativa*, in *Foro it.*, 2001, 28 ss.; con particolare riferimento alla necessità di estendere anche al giudice amministrativo la disciplina sull'ordinamento giudiziario rompendone i legami che ancora lo legano all'esecutivo A. TRAVI, *Per l'unità della giurisdizione* (1998), adesso in *Scritti scelti*, Napoli, 2022, 543 ss.

giudice amministrativo nella giurisdizione esclusiva, della quale quindi si dovrebbe predicare una forte restrizione, quando non l'inutilità ⁽⁹³⁾.

Ci pare invece possibile, pur mantenendo una visione del giudice amministrativo come giudice speciale, che si valorizzi la concentrazione dei giudizi presso il giudice amministrativo nelle materie di giurisdizione esclusiva, attraverso due strade convergenti: da un lato, una lettura restrittiva dei parametri stabiliti dalla sentenza n. 204 del 2004 — come peraltro pare fare la stessa Corte nelle sentenze successive — ormai utilizzati anche a fini interpretativi nel determinare l'ambito applicativo delle materie di giurisdizione esclusiva e, in particolare, valorizzando la funzione pubblicistica sottesa ad alcuni istituti particolarmente rilevanti, quali gli accordi di diritto pubblico e le concessioni di beni e servizi pubblici; dall'altro, riconoscendo la rilevanza, in tali limitate materie, anche della connessione delle domande, proprio alla luce della concentrazione della tutela e nella logica della valorizzazione dell'effettività di essa.

E ci sembra che sia proprio una corretta lettura della giurisdizione esclusiva del g.a., come sin qui analizzata, anche all'esito del percorso di interpretazione costituzionale, che possa fornire quella base normativa a giustificare l'attribuzione della giurisdizione al giudice amministrativo richiamandosi al principio di concentrazione delle tutele ⁽⁹⁴⁾.

D'altronde, è innegabile che la semplificazione dei criteri di riparto della giurisdizione nelle materie già di per sé assegnate alla giurisdizione esclusiva del g.a., attraverso quantomeno la non disarticolazione della vicenda unitaria portata dal privato all'at-

⁽⁹³⁾ Per tutti, i già citati lavori di M. MAZZAMUTO, nonché ID., *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008.

⁽⁹⁴⁾ Cfr. R. VILLATA, *L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato ritorna, confermandola, sulla c.d. pregiudizialità amministrativa... ma le sezioni unite sottraggono al giudice amministrativo le controversie sulla sorte del contratto a seguito dell'annullamento dell'aggiudicazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2008, 308 ss., secondo cui la pur rispettabilissima esigenza di concentrazione della lite non può bastare da sola, in mancanza di una — anche flebile — base normativa, a giustificare deroghe in punto di giurisdizione.

tenzione del giudice — si pensi alle questioni connesse all'esecuzione dell'accordo di diritto pubblico, ovvero ai rapporti tra concessionario e amministrazione concedente di un bene o servizio pubblico — risulti del tutto coerente con l'assetto costituzionale risultante dal combinato disposto degli artt. 24, 103, 111 e 113 Cost.

Ci pare che il punto di fondo che non può essere ignorato sia quello già espresso in precedenza: se è accettabile e insito nel processo che l'esito della lite non sia certo per il cittadino, diverso è affermare che neppure sia certo, a monte, il giudice al quale rivolgersi per ottenere la risposta di giustizia.

E se è assolutamente condivisibile che non si deve approdare «nella estrema versione efficientistica, ad una sorta di qualunque giuridico: che vi sia rapidamente una sentenza di merito, poco importa con quale giudice e con quale diritto» ⁽⁹⁵⁾, ma, insomma, ritenere che nell'ambito delle materie di giurisdizione esclusiva, restino attribuite al giudice ordinario solo le questioni realmente di natura patrimoniale e che financo invece assuma rilevanza la connessione delle domande alla vicenda di diritto pubblico unitaria che le genera (ad. es. l'accordo o la concessione), attribuendo perciò tutta la cognizione al giudice amministrativo, appunto il giudice speciale, non si crede che così «non si migliora affatto l'efficienza, mentre, al contempo, si rinuncia a preziosi strumenti di garanzia» ⁽⁹⁶⁾.

D'altronde, la insussistenza di una correlazione necessaria tra valorizzazione della giurisdizione esclusiva e perdita di specialità del giudice amministrativo è stata lucidamente notata nei termini seguenti: «l'individuazione di ipotesi di giurisdizione esclusiva risolve i problemi più frequenti e delicati in determinate materie e, di conseguenza, agevola il cittadino, senza giungere ad abban-

⁽⁹⁵⁾ M. MAZZAMUTO, *Per una doverosità costituzionale*, cit., 183.

⁽⁹⁶⁾ M. MAZZAMUTO, *op. ult. cit.*, 178. Ed infatti, come si è detto in precedenza, lo stesso Autore deve convenire col fatto che attribuendo al giudice amministrativo in sede di giurisdizione esclusiva tutte le domande connesse non emergono poi rilevanti problemi in punto di tutela del cittadino (cfr. *supra* nota 66).

donare l'esperienza specifica del giudice amministrativo, particolarmente utile per sindacare l'esercizio del potere discrezionale, come avverrebbe se si accedesse ad un sistema di giurisdizione unica» ⁽⁹⁷⁾.

In tale, pur limitata, direzione, la lettura interpretativa proposta, senza recedere dalla specialità della giurisdizione amministrativa, ci pare realizzi, nelle materie di giurisdizione esclusiva, quella tutela piena, effettiva e concentrata di cui agli artt. 1 e 7, comma 7, c.p.a.

Questa ci pare, in sostanza, una soluzione più “mite” ⁽⁹⁸⁾ e, perciò, preferibile. *Adelante con juicio* ⁽⁹⁹⁾, quindi.

ABSTRACT: Il contributo, muovendo da alcune traiettorie ricostruttive dei concetti di intangibilità della giurisdizione e della sua erosione, di giurisdizione esclusiva e della sua finalità e di concentrazione delle tutele davanti al g.a., analizza, con dettaglio casistico, il “diritto vivente” in materia di accordi di diritto pubblico e di concessioni di beni e servizi, anche in punto di domande connesse.

ABSTRACT: *The paper, starting from some reconstructive trajectories of the concepts of the intangibility of jurisdiction and its erosion, of exclusive jurisdiction and its purpose, and of the concentration of protections before the administrative court, analyzes, including with detailed case studies, the “living law” on public law agreements and concessions of goods and services, which often intersect in specific cases, including on related questions.*

⁽⁹⁷⁾ C.E. GALLO, *La giurisdizione esclusiva in materia di concessioni ridisegnata dalla Corte di Cassazione*, cit., 51.

⁽⁹⁸⁾ È, d'altronde, sempre (più) attuale e condivisibile la lezione morale di N. BOBBIO, *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Linea d'ombra, 1994; v., naturalmente, anche G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992.

⁽⁹⁹⁾ A. MANZONI, *I promessi sposi*, 1995, 185.

dialoghi con la giurisprudenza

Corte di Cassazione, Sez. III civ., ordinanza 5 marzo 2026

n. 4944,

Pres. R.G.A. Frasca, rel. P. Spaziani

Va rimessa alla Corte costituzionale la questione di legittimità costituzionale, con riferimento agli artt. 3, 24, 25, 111, 117 Cost. e 6 CEDU, dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p. (introdotto dall'art. 33, comma 1, lett. a, n. 2, del d.lgs. n. 150 del 2022), secondo cui, «quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice d'appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, rinviando per la prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel processo civile (1).

(1) La trasmigrazione del giudizio ex art. 573, comma 1-bis, c.p.p.: dubbi di legittimità costituzionale o meri problemi applicativi?

SOMMARIO: 1. L'art. 573, comma 1-bis, c.p.p.: profili generali. — 2. Dal caso concreto alla prospettata questione di legittimità costituzionale. — 3. Il perimetro dell'analisi e i profili oggetto d'indagine. — 4. La presunta irragionevolezza della devoluzione al giudice civile: un problema reale? — 5. Il principio di ragionevole durata del processo tra duplicazione e concentrazione. — 6. Dall'erronea applicazione della disposizione alla (in)ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

1. L'art. 573, comma 1-bis, c.p.p.: profili generali.

Con la riforma Cartabia l'impianto codicistico in materia di impugnazioni penali è stato oggetto di una profonda innovazione.

In particolare, oltre all'introduzione dell'istituto dell'improcedibilità dell'azione penale, della previsione di una più pregnante valutazione circa l'ammissibilità dell'impugnazione, dell'ampliamento del novero delle sentenze appellabili nonché del riconoscimento di un maggiore spazio applicativo al concordato in appello, appare interessante notare come, mediante la riscrittura degli artt. 573, 578, 578-*bis* e con l'introduzione del nuovo art. 578-*ter* c.p.p., siano state ampliate le ipotesi di trasferimento del giudizio nella sede civile. Si è infatti ritenuto improprio che la trattazione da parte del giudice penale perduri ogniqualvolta rimangano in discussione soltanto questioni di carattere meramente civilistico ⁽¹⁾.

Rispetto al caso in esame, assume particolare rilievo la previsione del comma 1-*bis* dell'art. 573 c.p.p., che stabilisce: «Quando la sentenza è impugnata per i soli interessi civili, il giudice di appello e la Corte di cassazione, se l'impugnazione non è inammissibile, rinviando per la prosecuzione, rispettivamente, al giudice o alla sezione civile competente, che decide sulle questioni civili utilizzando le prove acquisite nel processo penale e quelle eventualmente acquisite nel giudizio civile». Nella Relazione Illustrativa ⁽²⁾ si dà atto che la scelta di introdurre tale disposizione è stata giustificata dalla necessità di realizzare un «ulteriore risparmio di risorse, nell'ottica di implementare l'efficienza giudiziaria nella fase delle impugnazioni»; essa è stata inoltre ritenuta in linea con la giurisprudenza costituzionale ⁽³⁾, in ragione della limitazione della cognizione del giudice civile alle questioni civili e, dunque, l'impossibilità per quest'ultimo di compiere ulteriori accertamenti di natura penalistica, neppure in via incidentale, sul fatto ascritto all'imputato.

Ne deriva pertanto che, nell'impianto delineato dal d.lgs. 150/2022, dell'impugnazione conosce il giudice penale tutte le vol-

⁽¹⁾ M. TORIELLO, *Riforma "Cartabia" ed impugnazioni per i soli interessi civili: le Sezioni Unite sulla non immediata applicabilità dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p.*, in *Sist. Pen.*, 2023.

⁽²⁾ Relazione illustrativa al d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, in *G.U.*, n. 243, 19 ottobre 2022, Suppl. straord., n. 5.

⁽³⁾ V. innanzitutto, Corte Cost., 12 luglio 2019, n. 176.

te in cui residuino profili penali da esaminare ovvero quello civile quando gli aspetti da valutare siano esclusivamente quelli di natura privatistica. Ciò è sufficiente per comprendere come il comma 1-*bis* dell'art. 573 c.p.p. abbia segnato una netta rottura con il sistema previgente. In quest'ultimo, infatti, l'impugnazione ai soli effetti civili — tanto della sentenza di condanna (proponibile dall'imputato ai sensi dell'art. 574 e dalla parte civile *ex* art. 576 c.p.p.) tanto quella di assoluzione (su iniziativa dell'imputato, *ex* art. 574 comma 2, limitatamente alle disposizioni relative alle domande da lui proposte per il risarcimenti del danno e la refusione per le spese processuali, ovvero dalla parte civile in forza della seconda parte dell'art. 576 c.p.p.) — restava affidata alla cognizione del giudice penale dinanzi al quale era stata esercitata l'azione civile, pur in mancanza di aspetti penali ancora attuali, e con la sola eccezione rappresentata dalla regola dell'art. 622 c.p.p. Nel quadro vigente, invece, al giudice penale spetta solo valutare la non inammissibilità dell'impugnazione proposta ai fini civili; superato tale primo e necessario filtro, la decisione compete al giudice civile (4).

La disposizione ha sin da subito attirato l'attenzione della dottrina, che si è concentrata prevalentemente su due profili: da un lato, la questione della sua applicazione ai procedimenti pendenti al momento dell'entrata in vigore della riforma, con le conseguenti problematiche di diritto intertemporale (5); dall'altro,

(4) A. BONAFINE, *Il giudizio civile di rinvio dal giudice penale*, Napoli, 2024, 152 ss.

(5) Sin dalla sua entrata in vigore, l'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., ha suscitato un acceso dibattito in dottrina in merito alla sua applicabilità ai procedimenti pendenti alla data del 30 dicembre 2022. In particolare, ci si è chiesti se la disposizione potesse trovare immediata applicazione anche relativamente alle impugnazioni già proposte ovvero se il principio del *tempus regit actum* ne imponesse un'operatività limitata agli atti compiuti successivamente alla sua entrata in vigore. In argomento v. R. BRICCHETTI, *Impugnazione per i soli interessi civili: il nuovo comma 1-bis dell'art 573 c.p.p.*, in *Sist. pen.*, 2023; M. TORIELLO, *Riforma "Cartabia" ed impugnazioni per i soli interessi civili*, cit.; I. SCORDAMAGLIA, *Osservatorio Contrasti giurisprudenziali - Giudizi d'impugnazione per i soli interessi civili introdotti prima o relativi a sentenze precedenti all'entrata in vigore dell'art. 573, comma 1-bis*, in *Dir. pen. e proc.*, 2023, 509. Una prima posizione, espressa dai primi commentatori della riforma, ha ritenuto il nuovo regime senz'altro applicabile a tutti i giudizi d'impugnazione non ancora definiti alla data di entrata in vigore della no-

l'effettiva idoneità del nuovo meccanismo a realizzare l'obiettivo acceleratorio dichiarato dal legislatore, non mancando rilievi critici circa il rischio di una duplicazione delle attività processuali e di un possibile allungamento dei tempi complessivi della tutela.

2. Dal caso concreto alla prospettata questione di legittimità costituzionale.

Meno esplorato, invece, appare un diverso versante problematico, attinente alla compatibilità costituzionale del nuovo assetto ⁽⁶⁾.

La pronuncia oggetto di analisi si colloca, infatti, come un primo significativo arresto che, superando le tradizionali critiche di ordine pratico e intertemporale relative all'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., lascia emergere un dubbio più radicale, suscettibile di condurre ad un ripensamento della disposizione alla luce dei parametri costituzionali.

Resta tuttavia da verificare se le criticità individuate dalla Terza Sezione civile della Corte di cassazione, siano direttamente imputabili alla struttura della norma, ovvero alle modalità con cui essa viene in concreto applicata.

Nello specifico, la vicenda trae origine da un procedimento penale celebrato dinanzi al Tribunale di Udine, conclusosi nel

vella, valorizzando il generale principio di immediata applicabilità delle norme. Contrariamente, altra parte della dottrina ha invece evidenziato come l'eventuale prosecuzione del giudizio d'impugnazione secondo regole diverse da quelle vigenti al momento della proposizione dell'impugnazione, avrebbe potuto incidere irragionevolmente sulle scelte difensive già compiute. Sul punto sono, infine, intervenute le Sezioni Unite (21 maggio 2023, n. 38481) che hanno enunciato il principio di diritto secondo cui «l'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., introdotto dall'art. 33 del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 150, si applica alle impugnazioni per i soli interessi civili proposte relativamente ai giudizi nei quali la costituzione di parte civile sia intervenuta in epoca successiva al 30 dicembre 2022, quale data di entrata in vigore della citata disposizione», circoscrivendo così l'operatività della norma ai soli procedimenti nei quali la costituzione di parte civile sia successiva alla riforma.

⁽⁶⁾ In effetti, secondo quanto constatato, non pare che in dottrina siano mai stati sollevati dubbi circa la legittimità costituzionale dell'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p. V. sul punto M. GIALUZ, *Riforma Cartabia: modifiche strutturali al processo penale - Le disposizioni generali sulle impugnazioni e l'appello*, in *Giur. It.*, 2023, 1209, in cui è stato affermato che "L'innovazione appare ragionevole e legittima sul piano costituzionale".

2024 con sentenza del 29 aprile 2024, n. 189, (depositata il 2 maggio 2024), con la quale l'imputato veniva assolto dal reato di lesioni personali aggravate in danno della persona offesa, costituitasi parte civile.

Quest'ultima proponeva appello ai sensi dell'art. 576 c.p.p.; tuttavia, la Corte d'appello di Trieste dichiarava l'impugnazione inammissibile per tardività, ritenendo violato il termine di trenta giorni previsto dall'art. 585, lett. b), c.p.p., in relazione all'art. 544, comma 2, c.p.p.

La parte civile proponeva quindi ricorso per cassazione, denunciando l'erronea individuazione del *dies a quo* del termine d'impugnazione. In particolare, si sosteneva che il termine di trenta giorni dovesse decorrere dalla scadenza del termine di quindici giorni riservato al giudice per il deposito della motivazione, ai sensi dell'art. 544, comma 2, c.p.p., con la conseguenza che l'appello, depositato il 12 giugno 2024, avrebbe dovuto ritenersi tempestivo.

La Quinta Sezione penale, esclusa l'inammissibilità del ricorso, ne disponeva la trasmissione alla Sezione civile ai sensi dell'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p.

È proprio in relazione a tale meccanismo di “trasmigrazione” che la Terza Sezione civile della Corte di cassazione ha ravvisato profili di criticità: con ordinanza interlocutoria depositata il 5 marzo 2026, essa ha infatti rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., con riferimento agli artt. 3, 24, 25, 111, 117 Cost. e 6 Convenzione EDU, ritenendo la relativa questione “rilevante e non manifestamente infondata”.

3. Il perimetro dell'analisi e i profili oggetto d'indagine.

Come anticipato ⁽⁷⁾, l'ampiezza del quadro delle censure articolate non trova, a quanto consta, un riscontro altrettanto uniforme nel dibattito dottrinale, che si è finora concentrato solo su taluni specifici profili problematici della disposizione, senza estendere il vaglio a tutti i parametri evocati dalla Corte.

⁽⁷⁾ *Retro*, § 1.

In questa prospettiva, la presente analisi si soffermerà sulla trattazione degli aspetti che appaiono maggiormente rilevanti ai fini della comprensione della questione nonché su quelli che trovano un più solido ancoraggio nel dibattito interpretativo, senza la pretesa di esaurire l'intero spettro delle censure prospettate nell'ordinanza di rimessione ⁽⁸⁾; non senza anticipare, tuttavia, che le argomentazioni svolte dalla Corte non appaiono particolarmente persuasive.

4. La presunta irragionevolezza della devoluzione al giudice civile: un problema reale?

Secondo la Terza Sezione, l'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., si porrebbe, anzitutto, in contrasto con il principio di ragionevolezza, determinando un'irrazionale redistribuzione delle competenze interne alla Corte di cassazione.

Nel sistema previgente, l'art. 622 c.p.p. assicurava che i motivi di ricorso rientranti nelle ipotesi di cui all'art. 606 c.p.p. fossero scrutinati integralmente dalla sezione penale, anche quando l'impugnazione fosse limitata ai soli interessi civili. La Cassazione penale esercitava, dunque, un pieno sindacato rescindente sui vizi denunciati, applicando le norme penali — sostanziali e processuali — e le relative categorie dogmatiche. Con l'introduzione dell'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., invece, la sezione penale svolge un mero controllo preliminare di non inammissibilità e il sindacato sui vizi *ex art.* 606 c.p.p. viene devoluto interamente alla sezione civile.

⁽⁸⁾ Ed invero, tra le censure avanzate dalla Corte di cassazione, si collocano anche i profili relativi alla possibile violazione del diritto di difesa e dei parametri convenzionali ed eurounitari evocati dalla Corte, nello specifico con riguardo agli artt. 117 Cost. e 6 CEDU. Tuttavia, tali profili non appaiono pienamente persuasivi. In primo luogo, le criticità prospettate non trovano, allo stato, un significativo riscontro nel dibattito dottrinale, che non risulta aver evidenziato le problematiche qui ipotizzate, circostanza che milita nel senso di una loro limitata consistenza sistematica. In secondo luogo, la stessa ordinanza della Corte di cassazione si limita a richiamare tali parametri in termini sostanzialmente enunciativi, senza svilupparne compiutamente le implicazioni argomentative, con la conseguenza che il loro impiego appare più funzionale al rafforzamento del dubbio di irragionevolezza complessiva della disciplina che non alla costruzione di autonome censure costituzionali.

Secondo la Corte, tale scelta legislativa sarebbe irragionevole, poiché affida ad un giudice che ordinariamente non applica il diritto processuale penale, il compito di valutare categorie proprie di quel sistema.

Il punto decisivo non è, però, solo di carattere organizzativo, ma, soprattutto, strutturale. Ed invero, le categorie su cui il giudice di legittimità è chiamato a pronunciarsi — nullità, inutilizzabilità, inesistenza dell'atto, vizio di motivazione rilevante *ex* art. 606, lett. e, c.p.p. — sono categorie tipicamente processual-penalistiche, spesso estranee al processo civile. Emblematica in tal senso è la categoria dell'inutilizzabilità della prova, centrale nel processo penale e (tendenzialmente) sconosciuta al rito civile ⁽⁹⁾; ma può pensarsi anche al giudizio disciplinare avverso i magistrati, nel quale le impugnazioni sono devolute alle Sezioni Unite civili della Corte di cassazione, pur essendo articolate mediante motivi modellati sulle categorie penalistiche ⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Sebbene il tema venga sempre più spesso esplorato anche dalla dottrina civilistica, in particolare con riferimento alla prova illecita. V. anzitutto L. PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile*, Torino, 2017, 16 ss.; B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 981 ss., nonché N. MINAFRA, *Contributo allo studio delle prove illecite nel processo civile*, Napoli, 2020, 336 ss. per la categoria penalistica e *passim*.

⁽¹⁰⁾ E, a dire il vero, non mancano i casi in cui in tale sede la Cassazione civile abbia sbagliato nell'applicare categorie penalistiche/civilistiche: si può qui richiamare il caso di un ricorso proposto *ex* art. 606, co. 1, lett. c) ed e), c.p.p., avverso una sentenza di condanna emessa in sede di rinvio nei confronti di un magistrato ordinario con funzione requirente — incolpato dell'illecito disciplinare previsto dall'art. 4, lett. d), d.lgs. 23 febbraio 2006 n. 109, per aver commesso il reato di cui all'art. 595 c.p. — il quale venne rigettato dalle Sezioni Unite civili per due ordini di ragioni, tra cui — e qui la questione — per non aver il magistrato ricorrente proposto ricorso incidentale condizionato contro la sentenza assolutoria, quando, come noto, l'istituto del ricorso incidentale condizionato è assolutamente estraneo al processo penale. In argomento v. L. PASSANANTE, *Quando l'apparenza inganna. Pronunce «ampliative» di diritti processuali e tutela dell'affidamento*, nota a Cass., 3 ottobre 2018, n. 24133, in *Foro it.*, 2019, I, 969 ss.

Episodi di questo tipo sembrano allora conferire nuova attualità a quei progetti di riforma volti ad introdurre collegi "ibridi". Proprio in materia disciplinare, ad esempio, sono state avanzate, nel corso del tempo, diverse proposte di modelli giurisdizionali specializzati o strutturalmente compositi che, pur non essendo state elaborate — verosimilmente — per risolvere le criticità derivanti dalla sovrapposizione tra categorie processuali civilistiche e penalistiche di cui si parla, mostrano, in ogni caso, come il giudizio disci-

La norma, pertanto, sottrarrebbe irragionevolmente alla sezione penale la risoluzione di questioni che, pur funzionali alla decisione sul capo civile, attengono preliminarmente a norme e concetti propri del diritto processuale penale.

La Corte prosegue affermando che la sospetta irragionevolezza non potrebbe essere superata neppure in via interpretativa, ritenendo che la sezione civile debba applicare le categorie dell'art. 360 c.p.c., poiché: il ricorso per cassazione è a critica vincolata; i motivi devono essere prospettati nei limiti dell'art. 606 c.p.p.⁽¹¹⁾; il ricorso è redatto secondo le forme del processo penale (art. 573, comma 1, c.p.p.). Non sarebbe neppure possibile imporre alla parte una “conversione” dei motivi in sede civile, attraverso

plinare sia stato tradizionalmente percepito quale ambito caratterizzato da una fisiologica eterogeneità tecnica. Da ultimo, si pensi anche alla proposta di istituzione dell'Alta Corte disciplinare di cui al d.d.l. cost. A.C. 1917: sebbene criticata soprattutto per la limitazione del ricorso per cassazione *ex art.* 111, comma 7, Cost., il modello delineato dal progetto presenterebbe, indirettamente, un elemento suscettibile di attenuare le difficoltà derivanti dalla commistione tra categorie processuali differenti, devolvendo il giudizio di impugnazione ad un organo caratterizzato dalla presenza di componenti provenienti da esperienze giurisdizionali diverse.

Diversa, almeno in parte, appare invece la logica sottesa al *Memorandum* sul dialogo tra le giurisdizioni, del 15 maggio 2017. In quel contesto, infatti, le prospettate forme di integrazione tra magistrati appartenenti a differenti giurisdizioni — quali le ipotizzate “sezioni unite a composizione allargata” — non erano concepite tanto come strumenti funzionali ad assicurare una maggiore correttezza tecnica delle decisioni nei singoli settori, quanto piuttosto come meccanismi di coordinamento nomofilattico volti a scongiurare divergenze interpretative tra le giurisdizioni superiori, in un contesto segnato dalla crescente comunicazione tra i diversi plessi giurisdizionali (v. G. AMOROSO, *Le sezioni unite civili della Corte di cassazione a composizione allargata: considerazioni a margine del Memorandum sulle tre giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2019, V, 90 ss.). In tale dibattito venivano frequentemente evocati anche modelli stranieri, primo fra tutti quello francese del *Tribunal des conflits* — a composizione paritaria fra *Cour de Cassation* e *Conseil d'Etat* — quale esempio di organo deputato alla composizione dei conflitti tra giurisdizioni (sebbene, per alcuni, con caratteristiche non del tutto compatibili con l'assetto costituzionale italiano. Cfr., in tal senso, C. CONSOLO, *La base partecipativa e l'aspirazione alla nomofilachia*, in *Foro it.*, 2018, V, 111 ss.).

⁽¹¹⁾ Né potrebbe risultare utile ad evitare tale situazione la predisposizione di un ricorso con motivi tarati anche sul dettato dell'art. 360 c.p.c., pena la declaratoria di inammissibilità dell'atto ai sensi dell'art. 606, comma 3, c.p.p., perché proposto per motivi diversi da quelli previsti da legge. In questo senso V. VASTA, *I giudizi di rinvio al giudice civile per il risarcimento del danno da reato*, in *Cass. Pen.*, 2023, 3462 ss.

riassunzione o integrazione, atteso che il diritto vivente esclude espressamente l'onere di riassunzione ⁽¹²⁾, il quale risulterebbe, tra l'altro, lesivo del principio di effettività della tutela giurisdizionale sancito dall'art. 6 CEDU. Ne deriva, pertanto — nella prospettiva della Corte —, una attribuzione alla sezione civile del sindacato su vizi penalistici, senza possibilità di ricondurre il giudizio nell'alveo delle categorie civilistiche ⁽¹³⁾.

Rispetto a tale profilo, l'argomentazione della Cassazione non appare convincente, anche perché non pare tener conto della possibilità di una ricostruzione diversa, tra l'altro già avanzata in dottrina, muovendo da una diversa premessa sistematica: nei casi disciplinati dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., la regiudicanda penale è definitivamente esaurita e ciò che residua è esclusivamente la decisione sul capo civile.

Ponendosi da questo punto di vista, i motivi formalmente articolati ai sensi dell'art. 606 c.p.p. non conserverebbero integralmente la loro funzione originaria. Essi vengono sicuramente formulati secondo le categorie penalistiche, ma operano solo nella misura in cui rilevano ai fini dell'accertamento della responsabilità risarcitoria. La sezione civile non sarebbe dunque chiamata a riesaminare la responsabilità penale, né tantomeno ad applicare il parametro dell'"oltre ogni ragionevole dubbio". Essa sarebbe invece tenuta a verificare se le doglianze prospettate incidano sulla sussistenza dei presupposti dell'illecito civile. La dogmatica penalistica non verrebbe così "trasferita" integralmente nella sfera

⁽¹²⁾ Cfr. Cass. pen., 9 luglio 2025 – 18 agosto 2025, n. 29552.

⁽¹³⁾ Non va tuttavia trascurato un aspetto significativo. Anche a voler ritenere fondate tale criticità, ciò non implica automaticamente l'illegittimità della norma: le scelte legislative adottate con riguardo alla disciplina degli istituti processuali sono infatti tendenzialmente espressione di un'ampia discrezionalità del legislatore, fatto salvo il limite della loro manifesta irragionevolezza. Per tale ragione, ai fini del giudizio di legittimità costituzionale, la disposizione potrà essere ritenuta incostituzionale solo ove superi tale soglia, traducendosi in una scelta manifestamente irragionevole; in caso contrario, essa resterà affidata alla discrezionalità legislativa e, come tale, non sindacabile dalla Corte costituzionale. Tale principio è stato più volte affermato dalla stessa giurisprudenza costituzionale. V. *ex multis* Corte cost., 23 giugno 2014, n. 182; Corte cost., 28 ottobre 2014, n. 243.

civile, ma opererebbe come strumento tecnico, mentre la decisione resterebbe strutturalmente civile ⁽¹⁴⁾.

Dunque, solo ove si ritenga che l'accertamento sulla responsabilità penale sia ormai definitivamente sottratto al sindacato, è possibile sostenere che effettivamente residuino esclusivamente profili civilistici, sicché la devoluzione alla sezione civile non determinerebbe alcuna alterazione sistematica; al contrario, il trasferimento della cognizione appare, ad avviso di chi scrive, non solo coerente, ma anche necessario alla luce del principio del giudice naturale precostituito per legge. Ne consegue che il parametro di cui all'art. 25, comma 1, Cost. non sembra venire in rilievo nei termini prospettati dalla Corte rimettente, ma piuttosto in senso inverso: potrebbe infatti dirsi che sia la mancata attivazione del meccanismo di cui all'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., in presenza di questioni esclusivamente civilistiche, a determinare una deviazione rispetto al giudice naturale ⁽¹⁵⁾.

⁽¹⁴⁾ Ciò risulta utile per risolvere anche un altro aspetto, vale a dire quello concernente le regole applicabili: se i motivi sottoposti al vaglio sono solo quelli che assumono una rilevanza nell'ottica della responsabilità civile, pare conseguenza logica che il giudice, per deciderli, applichi il codice di rito civile. A. BONAFINE, *Il giudizio civile di rinvio dal giudice penale*, cit., 227 ss.

⁽¹⁵⁾ Peraltro, la questione, con riferimento all'art. 25, comma 1, Cost., sembra doversi relativizzare, tenuto conto della giurisprudenza costituzionale che, in almeno un'occasione, sembra aver escluso che si diano materie "ordinarie" naturalmente spettanti ad un determinato giudice, e così sottratte alla diversa opzione del legislatore. Il riferimento è a Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 102), investita della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla Corte d'assise di Napoli in relazione all'art. 438 c.p.p. per contrasto con gli artt. 1, 24, 25, 101, 102 e 111 della Costituzione, nella parte in cui demanda al giudice dell'udienza preliminare lo svolgimento del giudizio abbreviato anche nei procedimenti di competenza della Corte d'assise. Nello specifico, secondo la prospettazione del giudice rimettente, tale previsione si sarebbe posta in contrasto con il principio del giudice naturale, in quanto avrebbe determinato una sottrazione del processo al giudice ordinariamente competente e avrebbe finito per rimettere alla scelta dell'imputato l'individuazione del giudice. La Corte costituzionale ha dichiarato la questione manifestamente infondata, affermando che «l'ordinamento costituzionale non propone una nozione autonoma di giudice naturale, distinta e diversa da quella di giudice precostituito per legge, dovendosi con ciò intendere, secondo una equivalenza e reciproca integrazione delle due locuzioni, che spetta alla legge previamente determinare, rispetto alle possibili controverse giudiziarie, il giudice competente a conoscerle, così ripartendo la giurisdizione tra i vari giudici previsti dall'ordinamento giudiziario, sicché giudice naturale è quello

Tale ricostruzione consente, dunque, di individuare nel requisito dell'esaurimento della questione penalistica il presupposto implicito di operatività dell'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p.

D'altra parte, il meccanismo non sarebbe privo di precedenti nell'ordinamento. Si pensi, ancora una volta, al giudizio disciplinare nei confronti dei magistrati ⁽¹⁶⁾. L'art. 20 del d.lgs. n. 109/2006 prevede infatti che la sentenza penale irrevocabile di condanna, nonché la sentenza irrevocabile prevista dall'art. 444, comma 2, c.p.p., hanno autorità di giudicato nel giudizio disciplinare limitatamente all'accertamento del fatto, della sua illiceità penale e dell'affermazione che l'imputato lo abbia commesso, ferma restando, quindi, l'autonomia nella valutazione della rilevanza disciplinare dei medesimi accadimenti nell'ottica, indubbiamente più rigorosa,

prefigurato dalla legge, secondo criteri generali che, nei limiti della non manifesta irragionevolezza e arbitrarietà, appartengono alla discrezionalità legislativa». Nella specie, la Corte ha quindi escluso che la scelta dell'imputato costituisca un *vulnus* al principio, sul presupposto che la stessa attiene esclusivamente al rito e non alla determinazione del giudice, essendo ciascun rito assistito da una propria disciplina di competenza previamente stabilita dalla legge. Mutato quel che vi è da mutare, il ragionamento sembrerebbe allora replicabile anche con riferimento all'ipotesi che occupa.

⁽¹⁶⁾ A ben vedere, profili di commistione tra civile e penale emergono anche in altri settori dell'ordinamento. Un esempio significativo è rappresentato dal Codice antimafia.

Tra le questioni maggiormente discusse, tanto in sede civile quanto penale, vi è quella relativa ai rapporti tra misure ablativo penali ed esecuzione forzata civile. Sul punto, si segnala, infatti, che la Corte di cassazione civile ha, con ord. 9 ottobre 2025, n. 27111, recentemente sollevato una questione di legittimità costituzionale dell'art. 104-*bis*, comma 1-*bis*, disp. att. c.p.p., nella parte in cui estende, a seguito dell'innovazione normativa in materia, anche ai sequestri finalizzati alla confisca "ordinaria" la disciplina del Codice antimafia, attribuendo prevalenza alla misura penale rispetto ai diritti dei creditori anteriori. La S.C., nello specifico, ha evidenziato come tale disciplina rischi di comprimere in modo irragionevole i diritti dei creditori, soprattutto ipotecari, pur estranei all'illecito penale, sollevando così dubbi di compatibilità con gli artt. 3, 24, 42 e 117 Cost. (v., per una trattazione più ampia, P. TROISI, *Sequestro, confisca e procedure esecutive: il primato del vincolo penale al vaglio della Corte costituzionale*, in *Giur. Fall.*, 331 ss.).

In sostanza, il problema deriva dall'applicazione diretta di una disciplina di matrice penalistica a rapporti tipicamente civilistici, in assenza di un adeguato coordinamento sistematico. Pur non essendo del tutto sovrapponibile al caso oggetto di analisi — non trattandosi di una mera trasposizione di categorie civilistiche o penalistiche — la vicenda lascia comunque emergere le criticità che possono derivare dalla commistione tra logiche appartenenti a settori diversi.

dell'illecito disciplinare ⁽¹⁷⁾. Tale autonomia incontra tuttavia un limite preciso: quando la sentenza penale irrevocabile abbia escluso con formula piena la sussistenza del fatto o la sua attribuibilità all'imputato, e vi sia perfetta coincidenza tra i fatti rilevanti nelle due sedi, al giudice civile è preclusa qualsiasi ricostruzione alternativa. In tali ipotesi, la vincolatività del giudicato penale si estende a tutti gli elementi materiali del fatto, impedendo una diversa qualificazione fondata su una ricostruzione fattuale difforme.

Quello che emerge è chiaro: la separazione tra giudizi è ammissibile e non irragionevole, ma solo a valle di un accertamento penale definitivamente cristallizzato.

Volendo trasporre tali coordinate alla questione posta dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., la devoluzione alle sezioni civili delle questioni relative agli interessi civili, può, allo stesso modo, risultare coerente solo qualora la vicenda penale sia definitivamente esaurita. Diversamente, un sistema nel quale le sezioni penali conservino la competenza sulle questioni penali e le sezioni civili siano chiamate a pronunciarsi su vizi formalmente penalistici ma potenzialmente incidenti sull'accertamento del fatto rischierebbe di generare orientamenti divergenti su nozioni comuni (nullità, inutilizzabilità, vizi motivazionali), con conseguente compromissione dell'esigenza di uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione delle norme. Ne deriva, dunque, che la compatibilità costituzionale dell'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., è strettamente legata all'assunto secondo cui il trasferimento alla sezione civile interviene solo quando il *thema decidendum* sia circoscritto alla sola tutela degli interessi civili, evitando così una frattura nell'unità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione, desumibile, peraltro, dagli artt. 65 Ord. giud. e 111 Cost.

Alla luce delle considerazioni che precedono, la criticità avanzata dalla Corte merita di essere ulteriormente ridimensionata. Il rischio

⁽¹⁷⁾ Ciò tenendo conto, in particolare, della diversità dei presupposti delle rispettive responsabilità, nonché dei beni giuridici tutelati. Cfr. Cass., Sez. Un., 24 novembre 2010, n. 23778; Cass., Sez. Un., 9 luglio 2015, n. 14344; Cass., Sez. Un., 16 luglio 2021, n. 20385.

che la sezione civile, a seguito della trasmigrazione prevista dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., si trovi a valutare categorie proprie del diritto processuale penale, estranee alla sua competenza funzionale — si pone, in realtà, già in una fase anteriore al giudizio di legittimità.

Infatti, è lo stesso giudice penale di primo grado — e dunque un giudice di merito, non investito di funzioni nomofilattiche — a dover compiere un vaglio in ordine alla validità e sufficienza della *causa petendi* azionata ai fini civili. Tale scrutinio implica inevitabilmente una valutazione di natura processualeciviltistica, specie a seguito della modifica dell'art. 78, comma 1, lett. d, c.p.p., il quale ora richiede che l'esposizione delle ragioni che giustificano la domanda di costituzione di parte civile dovrà avvenire secondo i parametri propri dell'atto di citazione nel processo civile ⁽¹⁸⁾ e, quindi, secondo quanto prescritto dall'art. 163, comma 3, n. 4, c.p.c., con «l'esposizione in modo chiaro e specifico dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni» ⁽¹⁹⁾. In caso di *translatio iudicii* dinanzi

⁽¹⁸⁾ Sul punto Cass. pen., Sez. Un., 25 maggio 2023, n. 38481, per cui «Se, dunque, in altri termini, il giudizio è sempre quello iniziale che prosegue, senza soluzione di continuità, dalla sede penale a quella civile, il possibile epilogo decisorio oggi rappresentato, in caso di impugnazione residuata per i soli effetti civili, dall'art. 573, co. 1-*bis*, c.p.p., dovrà essere contemplato dalla parte civile sin dal momento dell'atto di costituzione e a tale epilogo la stessa dovrà far fronte strutturando le ragioni della domanda in necessaria sintonia con i requisiti richiesti dal rito civile». Ciò significa allora che, se nella formulazione della norma ante Cartabia — e secondo quanto anche condiviso in precedenza dalla giurisprudenza di legittimità — era sufficiente ad integrare la *causa petendi* e, qualora il nesso tra il reato contestato e la pretesa risarcitoria avanzata risultasse immediato, il mero richiamo al fatto descritto nel capo d'imputazione (v. Cass. pen., 12 gennaio 2021, n. 9534. In tal senso, anche Cass. pen., 13 dicembre 2006, n. 544), ciò non basta più a fronte della nuova disciplina.

⁽¹⁹⁾ Cfr. G. F. Ricci, *La riforma Cartabia e la nuova configurazione della tutela dei diritti soggettivi lesi dal reato (scompare il volto "anonimo" della dichiarazione di costituzione di parte civile)*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2024, 95 ss., in cui l'autore mostra come la modifica apportata all'art. 78, comma 1, lett. d, c.p.p., serva ad allontanare la costituzione di parte civile dalla tradizionale idea — quale riflesso di una visione ancillare del processo civile rispetto a quello penale — della sua valenza quale mera dichiarazione di intervento con formulazione della richiesta di condanna alla fine del giudizio sulla responsabilità penale; da qui, l'inammissibilità della costituzione per tutti i casi di sua carenza contenutistica. L'A. afferma, inoltre, che deve ritenersi necessaria anche la quantificazione immediata della pretesa — che l'ordinamento ammette sino all'apertura della discussione finale — atteso che diversamente «sarebbe come dire che la modifica introdotta

al giudice civile, non è infatti previsto, in tal senso, un ulteriore vaglio di ammissibilità dell'atto di costituzione di parte civile — secondo le regole processualcivilistiche — in capo alla sezione civile di rinvio ⁽²⁰⁾. Per tali ragioni, allora, il fenomeno della commistione tra categorie penalistiche e civilistiche non nasce già con la trasmigrazione prevista dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., ma è chiaro che esso si manifesta ancor prima, nella fase di merito.

5. Il principio di ragionevole durata del processo tra duplicazione e concentrazione.

Proseguendo con le violazioni ravvisate dalla Terza Sezione civile della Cassazione, viene in rilievo il mancato rispetto del principio di ragionevole durata del processo. Nello specifico, ciò che non sembra ragionevole è il prolungamento del processo conseguente alla trasmigrazione del ricorso — meccanismo definito, peraltro, “macchinoso” — dalla sezione penale a quella civile.

In effetti, dell'inidoneità della norma a garantire una reale accelerazione dei tempi processuali — così come nelle intenzioni originarie del legislatore della riforma — si trova riscontro anche in dottrina. È stato infatti espressamente affermato che si tratterebbe di «una delle tante novità della “Cartabia” solo sulla carta razionali ed intelligenti»: in concreto, la previsione determinerebbe la formazione di doppi fascicoli e un duplicato carico di lavoro, sia in termini di verifica dell'ammissibilità per il giudice penale che di decisione nel merito per il giudice civile. Quest'ultimo, peraltro, sarebbe chiamato a esaminare atti densi di accertamenti penalistici rilevanti, rispetto ai quali non è abituato. Né, d'altro canto, potrebbe ritenersi che l'intento di deflazionare la giurisdi-

dalla riforma non serva a niente», per di più evidenziando come il nuovo modello di atto, nella misura in cui richiede che siano indicate le ragioni che giustificano la domanda “agli effetti civili”, sia maggiormente utile a «valutare se sussista o meno un reale interesse ad agire nell'offeso; se cioè il danno subito sia effettivamente una conseguenza immediata e diretta del reato o un semplice danno riflesso non tutelabile».

⁽²⁰⁾ F. CAGNOLA - G. PAPA, *I requisiti dell'atto di costituzione di parte civile a seguito della riforma Cartabia: l'atto di citazione fa il suo ingresso nel processo penale*, in *Sist. Pen.*, 2023.

zione penale consenta di non considerare come anche quella civile sia gravata da carichi di lavoro tutt'altro che trascurabili ⁽²¹⁾.

Se, dunque, è vero che il meccanismo delineato dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., rischia di determinare una dilatazione dei tempi processuali, sarebbe allora opportuno interrogarsi anche sull'effettivo incentivo per la parte civile ad avvalersene.

Atteso che, in caso di impugnazione residua ai soli effetti civili, la parte civile dovrà contemplare sin dal momento della costituzione la possibile attivazione del meccanismo previsto dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., ragionevolmente, se consapevole — a monte — del fatto che tale opzione possa tradursi in un allungamento complessivo dei tempi potrebbe, infatti, essere disincentivata a proporre l'impugnazione nei limiti consentiti dalla norma ⁽²²⁾. L'alternativa, in caso di mancata costituzione di parte civile nel processo penale, resta chiaramente quella di avanzare la richiesta risarcitoria direttamente dinanzi al giudice civile.

Si pone allora un interrogativo di fondo: è preferibile dar corso a due procedimenti distinti ovvero concentrare la tutela in un unico processo, seppur potenzialmente più lungo e articolato?

Il quesito evidenzia una tensione tra due esigenze contrapposte: da un lato, quella di evitare duplicazioni processuali e disper-

⁽²¹⁾ Sul punto A. BRIGUGLIO, *Provvisoriale penale e opposizione all'esecuzione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 329.

⁽²²⁾ In realtà, sarebbe opportuno considerare l'intero contesto dell'intervento introdotto dal d.lgs. 150/2022, piuttosto che l'isolata disposizione di cui all'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p. La riforma Cartabia ha infatti previsto, accanto al meccanismo di trasmigrazione delle impugnazioni ai soli effetti civili, anche l'istituto dell'improcedibilità per superamento dei termini di durata massima del giudizio di impugnazione di cui all'art. 344-*bis* c.p.p., suscettibile di incidere, in senso disincentivante, sull'interesse della parte civile a far valere la pretesa risarcitoria in sede penale. Ed invero, l'eventualità che il giudizio possa concludersi con una declaratoria di improcedibilità, pone la parte civile dinanzi ad una scelta, non certo priva di rischi: avvalersi dello strumento penale, esponendosi alla possibile definizione in rito del giudizio, ovvero agire direttamente in sede civile, ove non operano analoghi meccanismi estintivi. In questa prospettiva, la premessa implicita da cui muove la Corte — secondo cui la parte civile continuerà a coltivare diffusamente la propria pretesa nel processo penale — deve essere riletta alla luce del complessivo assetto delineato, pena una lettura parziale della *ratio* unitaria, orientata a ridurre — e non ad incentivare — il ricorso alla sede penale per la tutela degli interessi civili.

sioni di attività; dall'altro, quella di assicurare una decisione in tempi ragionevoli.

Nel processo civile, la tendenza che emerge dall'evoluzione giurisprudenziale appare indirizzata verso la seconda opzione. La ragionevole durata del processo viene intesa non già come moltiplicazione di occasioni decisorie, bensì come concentrazione, in un'unica sede, di tutte le questioni suscettibili di definire in modo stabile il rapporto controverso. Emblematiche in tal senso sono le c.d. sentenze gemelle del 2014 ⁽²³⁾, con le quali le Sezioni Unite, nel superare la tradizionale coincidenza tra oggetto della domanda e oggetto del giudicato, hanno sostanzialmente affermato il potere-dovere del giudice di accertare la nullità del contratto anche in assenza di una specifica domanda sul punto, quantomeno in motivazione, con effetti preclusivi ove la statuizione — anche implicita — non venga impugnata. Al di là del successivo ampio dibattito dottrinale che ha messo in luce diverse tensioni sistematiche derivanti da tale impostazione ⁽²⁴⁾, l'intervento delle Sezioni Unite si colloca chiaramente nell'ambito di una tendenza volta a evitare che la validità del contratto possa essere rimessa in discussione in un successivo giudizio, con conseguente riconoscimento della funzione definitoria ed esaustiva del processo. Analoga direttrice si rinviene, ancora, nelle pronunce successive in tema di mutamento della domanda ⁽²⁵⁾, nonché di frazionamen-

⁽²³⁾ Cass., Sez. Un., 12 dicembre 2014, nn. 26242 e 26243.

⁽²⁴⁾ V., tra gli altri, I. PAGNI, *Il «sistema» delle impugnative negoziali dopo le sezioni unite*, in *Giur. it.*, 2015, 70 ss.; M. BOVE, *Rilievo d'ufficio della questione di nullità e oggetto del processo nelle impugnative negoziali*, *ivi*, 1386 ss.; G. VERDE, *Sulla rilevanza d'ufficio della nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 747 ss.; A. GIUSSANI, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle sezioni unite*, *ivi*, 1560 ss.; V. CARBONE, *«Porte aperte» delle sezioni unite alla rilevanza d'ufficio del giudice della nullità del contratto*, in *Corr. giur.*, 2015, 88 ss.; C. CONSOLO-F. GODIO, *Patologia del contratto e (modi dell') accertamento processuale*, *ivi*, 225 ss.

⁽²⁵⁾ Anche con la pronuncia Cass., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310, emerge una chiara opzione per la concentrazione della tutela: l'ammissibilità della domanda "complanare", pur integrando una mutatio libelli, è giustificata dall'esigenza di definire in un unico processo la medesima vicenda sostanziale. La Corte privilegia, in tal senso, l'unitarietà dell'episodio socio-economico rispetto a una lettura rigidamente formale delle preclusioni. V. sulla pronuncia E. MERLIN, *Ammissibilità della mutatio libelli da «alternativa»*

to del credito ⁽²⁶⁾, ove la giurisprudenza ha progressivamente limitato la possibilità di scomporre la pretesa in più azioni distinte, valorizzando esigenze di concentrazione, economia processuale e stabilità delle decisioni ⁽²⁷⁾. Anche in tali ambiti, dunque, la

sostanziale» nel giudizio di primo grado, in *Riv. dir. proc.*, 2015, 807 ss.; C. CONSOLO, *Le S. U. aprono alle domande “complanari”: ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno*, in *Corr. giur.*, 2015, 961 ss.; A. MOTTO, *Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale*, in *Foro it.*, 2015, I, 3174 ss.; G. PALAZZETTI, *Ammissibilità dei nova ex art. 183, 5° comma*, in *Giur. it.*, 2015, 2101 ss.

⁽²⁶⁾ Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2017, nn. 4090 e 4091, in cui le Sezioni Unite, al fine di stabilire se l'attore sia tenuto a far confluire in un unico processo una pluralità di diritti di credito distinti ed autonomi, ma riferibili ad un medesimo rapporto complesso tra le stesse parti, hanno affermato che «le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, riconducibili ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, in proiezione iscrivibili nel medesimo ambito oggettivo di un possibile giudicato o comunque fondati sul medesimo fatto costitutivo, possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata». Sul punto V. CAPASSO, *La progressiva indisponibilità dell'oggetto della domanda*, 2026, in corso di pubblicazione in L.G. MARINONI - V. CAPASSO, *Processo civile brasiliano e italiano in dialogo*.

⁽²⁷⁾ Non manca tuttavia in dottrina, chi si esprime in senso dubitativo sul rapporto concentrazione-ragionevole durata del processo. In tal senso v. G. BALENA, *Brevi riflessioni sul nuovo intervento delle sezioni unite relativo al c.d. frazionamento abusivo del credito (rectius: della richiesta di tutela giurisdizionale)*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2025, 1368, il quale, nel criticare la scarsa perspicuità del parametro dell'“apprezzabile interesse” al frazionamento, evidenzia come esso si presti inevitabilmente a valutazioni di tipo soggettivo, risultando inidoneo a fornire criteri applicativi sufficientemente determinati. In particolare, l'A. osserva come, anche in ipotesi quali quelle in cui una pluralità di domande, seppur autonome sul piano sostanziale, siano fatte valere separatamente, la loro concentrazione in un unico giudizio potrebbe dar luogo a processi di dimensioni tali da risultare difficilmente gestibili, con probabili ricadute affatto positive sulla stessa efficienza e durata del processo. Appare dunque difficile, in questi termini, «negare, in linea di principio, un “apprezzabile interesse” del creditore (e non solo di lui) ad un ragionevole frazionamento della richiesta di tutela; salvo poi stabilire, con una valutazione inevitabilmente soggettiva, entro quali limiti esso po[ssa] reputarsi accettabile e dunque non “abusivo”» (*ibid.*).

Nello stesso ordine di idee, ma in termini più critici, v. E. BIVONA, *Frazionamento «abusivo» del credito e controllo giudiziale sull'interesse ad agire*; in *Corr. giur.*, 2017, 1166 ss., secondo cui l'onere di far valere contestualmente tutti i crediti derivanti dal medesimo rapporto, lungi dal favorire la speditezza e la razionalizzazione del processo, traducendosi, anzi, in un significativo allungamento dei tempi processuali, in ragione della necessità di svolgere un'unica istruttoria avente ad oggetto una pluralità di fatti eterogenei e, talvolta, tra di loro distanti nel tempo; con conseguente incidenza negativa, tra l'altro, anche sul tempestivo soddisfacimento del creditore stesso.

stessa Corte di cassazione civile — autrice, peraltro, della critica al meccanismo della trasmigrazione di cui all'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p. — ha, nel corso degli anni, mostrato di privilegiare una definizione unitaria del rapporto sostanziale, scoraggiando la celebrazione di una pluralità di giudizi relativi ad un medesimo assetto d'interessi; il che, d'altra parte, sarebbe perfettamente coerente con l'idea del legislatore della riforma in materia penale che, nell'introdurre l'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., si è ispirato al medesimo disegno di fondo: evitare la duplicazione dei procedimenti e favorire, seppur nella distinzione dei plessi giurisdizionali, una più unitaria definizione della questione.

6. Dall'erronea applicazione della disposizione alla (in)ammissibilità della questione di legittimità costituzionale.

Ad ogni modo, anche a voler prescindere dalla condivisibilità o meno della questione di legittimità costituzionale sollevata dalla sezione civile della Corte di cassazione in relazione all'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., sembra potersi dubitare, a monte, della stessa ammissibilità della questione, almeno sotto due profili.

Anzitutto, alla luce dei principi affermati dalla Corte costituzionale in tema di rilevanza — secondo cui la questione di legittimità deve incidere in modo attuale sulla definizione del giudizio *a quo* — potrebbe dubitarsi che tale requisito risulti soddisfatto nel caso di specie, ove si consideri che l'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., avendo determinato il trasferimento del ricorso alla sezione civile della Corte di cassazione, ha già esaurito i propri effetti ⁽²⁸⁾. Ne deriva che il giudice rimettente non è chiamato ad applicare la di-

⁽²⁸⁾ V. sul punto Corte cost., 5 aprile 2023, n. 160, in cui si affermava che «Alla stregua della costante giurisprudenza costituzionale in tema di accertamento del requisito della rilevanza, segnato dal nesso di pregiudizialità che correla il giudizio incidentale innanzi a questa Corte a quello principale di merito, detto requisito implica necessariamente che la sollevata questione di legittimità costituzionale abbia nel procedimento *a quo* un'incidenza attuale e non meramente eventuale. Il postulato della pregiudizialità della questione richiede infatti che questa si concreti solo quando il dubbio di contrasto con la Costituzione investa una norma dalla cui applicazione, ai fini della definizione del giudizio dinanzi a lui pendente, il giudice *a quo* dimostri di non poter prescindere».

sposizione censurata ai fini della decisione, né tantomeno l'eventuale declaratoria di illegittimità costituzionale sarebbe idonea a incidere sull'assetto del giudizio, non essendo configurabile alcun meccanismo di regressione del procedimento, come d'altra parte espressamente affermato dalla Terza Sezione civile. L'ordinanza lamenta, infatti, che la sezione civile, una volta investita del giudizio, non dispone di alcuno strumento per sindacare la correttezza del rinvio operato dalla sezione penale: non è configurabile un conflitto di competenza, trattandosi di articolazioni interne del medesimo ufficio giudiziario; non è praticabile la rimessione al Primo Presidente; non è consentita una "restituzione" del ricorso alla sezione penale, pena «un'irragionevole navetta del ricorso tra le sezioni della Corte, tra l'altro in spregio al principio di ragionevole durata del procedimento».

Dall'altro lato, la Corte evidenzia che il provvedimento della sezione penale con il quale viene disposto il rinvio — pur incidendo in modo definitivo sull'individuazione del giudice chiamato a decidere — non gode di alcun rimedio correttivo, neanche nell'ipotesi in cui l'inquadramento della fattispecie risulti manifestamente erroneo.

Per tale motivo, potrebbe dunque ritenersi che difetti il requisito della rilevanza, risolvendosi la questione in un sindacato privo di incidenza concreta sulla definizione della controversia. Anzi, le considerazioni appena riportate sembrano suggerire che, in realtà, il momento fisiologico per la proposizione della questione avrebbe semmai dovuto collocarsi nella fase anteriore al rinvio, in capo alla sezione penale, quale giudice chiamato a fare diretta applicazione della norma ⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ Sotto questo profilo, può osservarsi che, in via ordinaria, il difetto di rilevanza si apprezza nella misura in cui il giudice rimettente anticipi indebitamente la questione di legittimità costituzionale rispetto a una disposizione che non è ancora chiamato ad applicare nel giudizio *a quo*. È il caso, ad esempio, del giudice istruttore, il quale non potrebbe sollevare una questione di legittimità costituzionale con riferimento a una norma destinata ad operare esclusivamente nella successiva fase decisoria, non essendo ancora attuale la necessità di farne applicazione: in tal caso, la relativa questione sarebbe, per definizione, irrilevante (sul punto v. F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. Principi e modelli della*

Nondimeno, in senso contrario, si potrebbe osservare che la disposizione in esame, in realtà, continui a produrre i suoi effetti, in quanto latamente regolante la competenza della sezione di destinazione. In questa prospettiva, potrebbe allora richiamarsi l'art. 5 c.p.c., secondo cui «la giurisdizione e la competenza si determinano con riguardo alla legge vigente e allo stato di fatto esistente al momento della proposizione della domanda, e non hanno rilevanza rispetto ad esse i successivi mutamenti della legge o dello stato medesimo». In linea generale, infatti, il mutamento normativo successivo non incide sui criteri di competenza già radicati. Tuttavia, in dottrina si è posto in rilievo che il suddetto principio non opera quando il mutamento sia conseguenza di una pronuncia di illegittimità costituzionale, la quale, per effetto della sua efficacia retroattiva, è idonea a incidere anche sui rapporti ancora pendenti o non esauriti ⁽³⁰⁾. In tal senso, potrebbe dunque desumersi che la questione di legittimità costituzionale non sia del tutto priva di rilevanza, proprio in virtù del fatto che la declaratoria invocata sarebbe suscettibile di incidere *ex post* sulla stessa individuazione del giudice competente a decidere, almeno dal punto di vista della distribuzione interna delle funzioni giurisdizionali.

D'altra parte, va però considerato che, nel caso di specie, la questione si innesta nell'ambito di quello che appare — a differenza di altre ipotesi di avvicinamento delle articolazioni della Corte già previste dal sistema ⁽³¹⁾ — un vero e proprio giudizio

tutela giurisdizionale dei diritti, Bologna, 2026, 193). Nel caso di specie, invece, la situazione appare specularmente opposta: la disposizione è già stata applicata e ha esaurito la propria funzione nell'ambito del giudizio, sicché il giudice rimettente non si trova più nella condizione di doverla utilizzare quale parametro decisorio.

⁽³⁰⁾ G. VERDE, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Bologna, 2025, 55.

⁽³¹⁾ Si allude anzitutto alla c.d. Sezione filtro, prima prevista dall'art. 376 c.p.c. Al tempo dell'operatività di tale Sezione, si era posto effettivamente il problema di un eventuale vincolo per la sezione di destinazione circa la valutazione preliminare di non inammissibilità compiuta. La questione venne risolta in senso negativo: che la Sezione filtro avesse valutato «l'inammissibilità del ricorso principale e di quello incidentale» o la possibilità di «accogliere o rigettare il ricorso principale e l'eventuale ricorso incidentale per manifesta fondatezza o infondatezza» (art. 375, comma 1, nn. 1 e 5, c.p.c.) o, ancora, la «conform[ità] alla giurisprudenza della Corte» (art. 360-bis, n. 1, c.p.c.), non privava

di rinvio, con conseguente operatività del vincolo derivante dalla decisione della Corte di cassazione. Ed invero, se si guarda alla giurisprudenza civile in materia, è stato più volte chiarito che la ragione dell'immodificabilità relativa all'individuazione del giudice di rinvio «non risiede tanto nel carattere funzionale ed inderogabile della competenza del giudice di rinvio, bensì nella circostanza che, non prevedendo il nostro ordinamento processuale

quella di destinazione — comunque tenuta all'esame dell'intero fascicolo — della possibilità di ritenere diversamente (in argomento V. CAPASSO, *Tractent fabrilis fabri. Contributo all'affermazione del «diritto al consulente tecnico» nel processo civile*, Torino, 2025, 170).

Ulteriore e distinta ipotesi è quella del recente istituto del rinvio pregiudiziale *ex art. 363-bis c.p.c.*, secondo il quale il Primo Presidente, entro novanta giorni dal ricevimento dell'ordinanza di rinvio pregiudiziale, «assegna la questione alle Sezioni Unite o alla Sezione semplice per l'enunciazione del principio di diritto oppure dichiara con decreto l'inammissibilità della questione per la mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma», non si esclude affatto — sebbene possa configurarsi quale ipotesi più rara — che il Collegio della Corte possa muoversi in una direzione contraria rispetto alla ritenuta ammissibilità del rinvio ad opera del Primo Presidente, dovendosi anzi ritenere, *a fortiori*, che il carattere monocratico di tale vaglio ne escluda un'efficacia vincolante nei confronti del successivo giudizio collegiale (per una trattazione più ampia cfr. A. BRIGUGLIO, *La rilevanza della questione interpretativa ex art. 363-bis c.p.c. fra presidenza, collegio della Corte e giudice a quo (a proposito di una recentissima "mancata" pronuncia pregiudiziale della Sezione Tributaria)*, in *Judicium*, 2025, 2 ss., nonché E. D'ALESSANDRO, *Il rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Il Processo*, 2023, 69; F.S. DAMIANI, *Il rinvio pregiudiziale in cassazione*, in *Giusto proc. civ.*, 2023, 74 ss.; A. CAROSI, *La prima pronuncia interpretativa (delle Sezioni Unite) sul rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis*, in *Riv. dir. proc.*, 2025, 412).

È proprio tale assetto a rivelare come, in realtà, il sistema della Corte di cassazione non si fonda su una rigida gerarchia interna delle valutazioni, ma su un meccanismo in cui ciascun passaggio conserva autonomia rispetto a quello precedente, pur restando inserito in un quadro unitario e coerente. In tal senso, la Corte di cassazione è stata efficacemente descritta da autorevole dottrina attraverso l'immagine del frattale: un disegno complesso composto da tante parti che replicano in misura ridotta la struttura dell'intero. Analogamente, ogni sezione della Corte — pur autonoma nella sua funzione — riproduce in miniatura le caratteristiche dell'insieme (v. F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in E. FAZZALARI (a cura di), *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 15 ss.).

Tale logica rende dunque evidente come l'autonomia di ciascuna sezione sia funzionale all'armonia complessiva: ogni parte deve poter decidere secondo la propria analisi, pur rimanendo coerente con l'armonia complessiva del sistema, nel quale nel quale ogni decisione contribuisce a riprodurre, su scala diversa, l'unità dell'interpretazione nomofilattica.

civile l'impugnazione delle sentenze della Corte di cassazione, al di fuori dell'ipotesi di revocazione di cui agli artt. 391-*bis* e 391-*ter*, la designazione del giudice di rinvio, quale parte della statuizione della Cassazione, non è suscettibile di essere messa in discussione, perché su di essa, quale questione di rito, si forma nell'ambito del processo in cui è intervenuta, la cosa giudicata formale» (32).

Tale distinzione non è solo terminologica, ma produce conseguenze non indifferenti.

Se infatti si accogliesse la tesi — minoritaria — che riconduce il vincolo alla competenza funzionale, dovrebbe ritenersi che esso possa venir meno in caso di caducazione della norma attributiva della competenza, ad esempio per effetto di una pronuncia di illegittimità costituzionale. Diversamente, qualora si accogliesse la ricostruzione prevalente in termini di giudicato formale, la designazione del giudice di rinvio dovrebbe ritenersi sottratta a qualsiasi possibilità di revisione e, quindi, anche a fronte di pronunce della Corte costituzionale, in quanto coperta da giudicato interno (33); con la conseguenza che l'eventuale efficacia retroattiva della declaratoria di illegittimità costituzionale non potrebbe comunque incidere sulla già avvenuta individuazione del giudice di rinvio e questo ridimensionerebbe sensibilmente l'argomento secondo cui la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione all'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., conserverebbe rilevanza in ragione della sua possibile incidenza *ex post* sulla competenza (34).

(32) Sul punto cfr. Cass. civ., 9 agosto 2007, n. 17457, nonché Cass. civ., 20 gennaio 2017, n. 1553; Cass. civ., 3 aprile 2026, n. 8423.

(33) A ben vedere, un analogo effetto di stabilizzazione si rinviene anche nel processo penale. La giurisprudenza di legittimità ha infatti pacificamente affermato che la sentenza di annullamento con la quale la Corte di cassazione devolve il giudizio al giudice di rinvio, ha carattere attributivo della competenza in favore del giudice designato, con la conseguenza che «la designazione, una volta intervenuta, non è suscettibile di revoca o modifica, neppure quand'anche risulti effettuata in violazione della legge». V. Cass. pen., 25 novembre 2015, n. 46812.

(34) Ponendosi da un'altra prospettiva, si potrebbe — ancora — obiettare che la rilevanza non vada esclusa, nella misura in cui la Corte costituzionale possa incidere sulla *potestas iudicandi* della sezione civile, determinando non già una regressione del

In secondo luogo, e anche a voler prescindere da tale profilo, deve certamente sottolinearsi che il caso concreto mostra — in realtà — come le criticità costituzionali derivino, più che dalla norma in sé, dalla sua concreta applicazione; applicazione che peraltro appare del tutto isolata.

Già in precedenza, la giurisprudenza penale di legittimità aveva infatti chiarito che il meccanismo di rinvio previsto dall'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p., opera esclusivamente quando l'impugnazione investa effettivamente questioni di natura strettamente civilistica, ossia censure attinenti al merito della domanda risarcitoria o ad altri profili comunque devolvibili al giudice civile. Diversamente, qualora il mezzo di impugnazione prospetti doglianze concernenti questioni di natura processualpenalistica — specie se non manifestamente infondate e potenzialmente idonee a determinare l'annullamento del provvedimento impugnato anche ai fini civili — la relativa cognizione non può che permanere in capo al giudice penale, quale giudice naturalmente competente

procedimento — evenienza, come chiarito, espressamente esclusa dalla stessa sezione rimettente —, bensì un ampliamento o una restrizione della sfera di competenza. Sebbene, in astratto, una simile eventualità sia effettivamente possibile (v., in tal senso, Corte cost. 6 luglio 2004, n. 204), nel caso di specie non appare ipotizzabile. In particolare, sotto il primo profilo, infatti, non sembrano configurabili margini ulteriori rispetto a quelli già determinatisi per effetto della trasmigrazione del giudizio dalla sezione penale a quella civile: in altri termini, non si potrebbero attribuire alla sezione civile poteri diversi o più ampi rispetto a quelli già esercitabili nel perimetro della cognizione devoluta. Quanto, invece, ad una possibile restrizione, essa si presterebbe a due alternative, entrambe inidonee a fondare la rilevanza. O tale restrizione opererebbe esclusivamente pro futuro, risultando dunque irrilevante rispetto al giudizio in corso; oppure dovrebbe tradursi in una limitazione dell'oggetto della decisione ai soli capi civili. Tuttavia, anche questa seconda ipotesi non appare sostenibile. I capi civili risultano, infatti, inscindibilmente connessi alle questioni preliminari di natura processualpenalistica, secondo un rapporto di pregiudizialità tale per cui, in assenza di una previa verifica circa la validità della sentenza impugnata, non residuerebbe spazio alcuno per una decisione. Attribuire rilevanza alla questione sulla base di una simile prospettiva equivarrebbe, verosimilmente, a postulare una pronuncia della Corte costituzionale idonea, in concreto, a privare il giudice del potere di decidere.

In ogni caso, una simile impostazione finirebbe per far dipendere la valutazione del requisito della rilevanza dal segno della decisione della Consulta, laddove è invece pacifico che esso debba essere verificato in via preliminare, in coerenza con i principi propri del giudizio di legittimità costituzionale.

a pronunciarsi su di essi ⁽³⁵⁾. Invece, come chiaramente si trae dalla sintetica ricostruzione del fatto sopra operata, nel caso di specie, la questione devoluta alla sezione civile della Corte di cassazione non concerneva il merito delle pretese risarcitorie, bensì un profilo strettamente processualpenalistico, attinente al corretto computo dei termini per la proposizione dell'impugnazione, in linea con una lettura coordinata degli artt. 585, lett. b), 591, lett. c), e 544, comma 2, c.p.p. Ne consegue che il rinvio è stato disposto in un contesto nel quale non risultava una corretta riconducibilità della fattispecie ai presupposti applicativi della disposizione ⁽³⁶⁾.

⁽³⁵⁾ Cass. pen., 20 marzo 2023, n. 11516.

⁽³⁶⁾ Né a diverse conclusioni sembra potersi giungere immaginando che la pronuncia della Cassazione penale, con il giudizio di non inammissibilità del ricorso, abbia esaurito le questioni di rilevanza penalistica, come potrebbe ipotizzarsi effettuando un parallelo con i meccanismi di cui all'art. 142 disp. att. c.p.c. — onde ipotizzare una restrizione progressiva del *thema decidendum*, che *in thesi* sarebbe limitato, a seguito della valutazione della Sezione penale, ai soli capi civilistici — o all'art. 391-ter c.p.c.

Quanto al primo, come noto, la rimessione alle Sezioni Unite non determina di per sé alcuna frammentazione della cognizione: queste ultime, pur investite di uno o più motivi di ricorso, possono decidere l'intera controversia e, ove non ritengano di farlo, limitarsi a pronunciarsi sulle sole questioni rimesse, rinviando per il resto alla sezione semplice. In ogni caso, quanto deciso dalle Sezioni Unite resta definitivamente fermo.

Anche l'art. 391-ter, comma 2, c.p.c. — disposizione ritenuta, tra l'altro, formulata in termini non del tutto lineari — presuppone comunque una previa valutazione da parte della Corte di cassazione sulla fondatezza dell'opposizione di terzo. Sebbene, infatti, la norma oscilla tra una pronuncia di accoglimento dell'opposizione e una mera declaratoria di ammissibilità della stessa, dando luogo al dubbio se la Corte debba necessariamente pronunciarsi sul merito dell'impugnazione ovvero possa limitarsi ad una delibazione preliminare circa la sua non manifesta infondatezza, resta tuttavia fermo che, anche aderendo a tale seconda ricostruzione interpretativa, la Corte conserva pur sempre una funzione rescindente rispetto alla questione devoluta [cfr. A. PANZAROLA, sub art. 391-ter, in A. BRIGUGLIO - B. CAPPONI (a cura di), *Commentario alle riforme del processo civile*, Padova, 2009, 405 ss.].

Entrambi gli schemi, come anticipato, non risultano sovrapponibili a quello delineato dall'art. 573, comma 1-bis, c.p.p. Qui, infatti, la sezione penale — diversamente dal modello delle Sezioni Unite, le quali, ai sensi dell'art. 142 disp. att. c.p.c., conservano comunque una funzione decisoria, anche parziale, sull'intero *thema decidendum* — non è chiamata a decidere il merito del ricorso, neppure in parte, ma svolge esclusivamente un vaglio preliminare di non inammissibilità, privo di contenuto decisorio sulle questioni dedotte. Vero è che, sebbene manchi un'espressa previsione in tal senso, si ritiene che tale vaglio faccia stato quanto alla non inammissibilità del ricorso: infatti, come emerge espressamente dalla Relazione Illustrativa al d.lgs. 150/22, che affida la suddetta verifica al «giudice penale», è da escludersi che quest'ultima sia tenuta a replicare un analogo

A ben vedere, allora, le criticità che emergono dall'ordinanza di rimessione non sembrano costituire un esito necessario della disposizione censurata, quanto piuttosto il riflesso di una sua applicazione che ne ha indebitamente anticipato l'operatività, e che certamente non può ritenersi — di per sé — costituire diritto vivente ⁽³⁷⁾.

La questione di legittimità costituzionale, così formulata, sembra pertanto trasformare un problema di corretta delimitazione dell'ambito applicativo della disposizione in un vizio strutturale della norma stessa. Ma, come visto sopra, se interpretato in modo costituzionalmente orientato, l'art. 573, comma 1-*bis*, c.p.p. può essere letto come operante solo quando residuino esclusivamente profili civilistici, restando invece preclusa la traslazione ove permangano questioni penalistiche preliminari.

In quest'ottica, le tensioni segnalate dalla sezione rimettente non impongono necessariamente un intervento demolitorio, potendo essere invece ricondotte ad una più rigorosa individuazione dei presupposti applicativi della disposizione, coerente con i principi del giudice naturale e dell'unità della funzione nomofilattica della Corte di cassazione. Del resto, secondo l'insegnamento

scrutinio; una diversa interpretazione si risolverebbe, infatti, in un'evidente contraddizione con l'intento acceleratorio perseguito dal legislatore della riforma, nonché con le esigenze di efficienza del sistema delle impugnazioni (sul punto v. A. BONAFINE, *Il giudizio civile di rinvio dal giudice penale*, cit., 202 ss.). Ciò, tuttavia, significa solo che il processo, innanzi al giudice civile, *prosegue*, senza possibilità di un nuovo apprezzamento dell'ammissibilità dell'impugnazione, ma resta fermo che il giudizio sulla fondatezza di quest'ultima resta impregiudicato dalla decisione del giudice di rinvio. E, nella specie, la verifica della fondatezza dipende dalla verifica di vizi — qui attinenti alla nullità del provvedimento impugnato — che appartengono integralmente al dominio delle categorie processualpenalistiche.

⁽³⁷⁾ In tal senso, la giurisprudenza costituzionale ha infatti chiarito che «la configurabilità di un diritto vivente è condizionata dalla reiterazione e conseguente stabilità dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di legittimità: solo il consolidamento della ricostruzione offerta da quest'ultima permette, infatti, di ritenere certo che la norma desunta da una determinata disposizione, per l'uso ripetuto nel tempo e il grado di consenso raccolto, sia qualificabile ormai come tale». Appare pertanto evidente che, nel caso di specie, i suddetti requisiti di reiterazione e stabilità necessari non sussistono. Sul punto cfr. Corte cost., 30 marzo 2023, n. 54, nonché Corte cost., 8 marzo 2024, n. 38 e Corte cost., 4 novembre 2025, n. 162.

della stessa Corte costituzionale, «in linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali» ⁽³⁸⁾.

Muovendo da tale affermazione, e declinandola con specifico riferimento al caso in esame, dovrebbe allora ritenersi che le leggi non si dichiarano illegittime per le applicazioni erronee che se ne danno, quanto piuttosto quando non sia possibile darne applicazioni corrette. Di conseguenza, la questione sollevata, traducendo in vizio della norma ciò che più propriamente attiene ad un uso non corretto della stessa, finisce per sollecitare un sindacato che eccede la funzione naturale del giudizio di legittimità costituzionale.

CRISTINA CANGIANO

ABSTRACT: Il contributo analizza la recente ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale, sollevata dalla Terza Sezione civile della Corte di cassazione, che dubita della legittimità dell'art. 573, comma 1-bis, c.p.p., evidenziando non solo le debolezze delle argomentazioni avanzate, ma dubitando, a monte, della stessa ammissibilità della questione.

ABSTRACT: *This paper analyses the recent referral order to the Constitutional Court, issued by the Third civil Section of the Court of Cassation, which questions the constitutionality of Article 573, paragraph 1-bis, of the Code of Criminal Procedure, highlighting not only the weaknesses of the arguments put forward, but also, more fundamentally, casting doubt on the very admissibility of the referral.*

⁽³⁸⁾ Cfr. Corte cost., 22 ottobre 1996, n. 356.

Corte di cassazione, Sez. III civ., sentenza 11 giugno 2025
n. 15594,

Pres. A. Scrima, Rel. E. Iannello

L'art. 15 della l. n. 24 del 2017 (relativo ai requisiti da osservare per la “nomina dei consulenti tecnici d'ufficio e dei periti nei giudizi di responsabilità sanitaria”) è applicabile, in base al principio tempus regit actum, a tutti i giudizi di merito iniziati successivamente alla sua entrata in vigore, di modo che, anche nel caso in cui, prima di tale entrata in vigore, la consulenza tecnica preventiva ai fini della composizione della lite ex art. 696-bis c.p.c. sia stata espletata secondo le norme anteriormente vigenti e senza osservare il requisito della collegialità dell'incarico, il giudice del merito – ferma restando la ritualità della consulenza e della relativa acquisizione – ha l'obbligo di dare attuazione al principio di collegialità di cui al citato art. 15, mediante la rinnovazione della stessa e l'affidamento del relativo incarico a un collegio di consulenti in possesso dei requisiti richiesti dalla suindicata disposizione (1).

(1) Legge Gelli-Bianco e presunzione di necessità della consulenza collegiale: tra *tempus* e litispendenza.

SOMMARIO: 1. Il caso. — 2. Principi di diritto intertemporale. — 3. Spunti dal processo penale in tema di inutilizzabilità. — 4. Diversità dei procedimenti: litispendenza e prova prestata. — 5. Nullità (dell'acquisizione) della consulenza tecnica in materia di *medical malpractice* per violazione del requisito della collegialità. — 6. Conclusioni.

1. Il caso.

La sentenza in commento ⁽¹⁾, resa in un giudizio di *medical malpractice*, fornisce l'occasione per saggiare la tenuta delle regole che presiedono alla risoluzione dei problemi di diritto intertemporale con riferimento all'istruzione probatoria.

È opportuno ripercorrere brevemente i passaggi fondamentali della vicenda.

I ricorrenti per cassazione avevano in primo grado convenuto in giudizio l'Azienda ospedaliera di Padova chiedendone la condanna al risarcimento dei danni subiti a seguito della morte della propria congiunta, avvenuta il 23 dicembre 2013, per gli sviluppi sistemici di un empiema pleurico ascrivibile, nella prospettiva degli originari attori, al negligente operato dei sanitari che l'avevano avuta in cura nell'indicata struttura. Il giudizio di merito, avviato con citazione dell'11-14 giugno 2018, era stato preceduto dall'esperimento del procedimento di consulenza tecnica preventiva a fini conciliativi *ex art. 696-bis c.p.c.*, all'esito del quale era stato depositato elaborato peritale che negava l'esistenza di elementi di criticità nell'attività prestata dei sanitari. Il tribunale, acquisita la relazione di consulenza depositata nel pregresso procedimento *ante causam*, sulla base di questa rigettava le domande degli attori, ritenendo non dimostrata la sussistenza di un nesso causale tra le azioni o omissioni dei medici e il decesso della paziente. La decisione veniva poi confermata in appello. Avverso la sentenza di secondo grado ricorrevano alcuni degli attori originari con impugnazione affidata a tre motivi.

La S.C., sulla base di un'ampia motivazione, ha ritenuto fondati il primo e il terzo motivo di ricorso, esaminati congiuntamente stante la loro stretta connessione, con assorbimento del secondo. Attraverso i motivi infine accolti veniva dedotta, una volta quale *error in iudicando* e una volta quale *error in procedendo*, la violazione dell'obbligo di collegialità della consulenza di cui all'art. 15, l. 8 marzo 2017, n. 24 (c.d. legge Gelli-Bianco), la-

(¹) Cass., 11 giugno 2025, n. 15594.

mentando i ricorrenti che l'incarico fosse stato affidato ad un neurochirurgo non affiancato da uno specialista della materia oggetto del procedimento (che riguardava un caso di chirurgia toracica).

Il nocciolo della questione concerneva l'applicabilità, *ratione temporis*, del citato art. 15 nella vicenda esaminata, in cui il giudizio risarcitorio per *medical malpractice* era stato introdotto in epoca successiva al 1° aprile 2017, data di entrata in vigore della legge Gelli-Bianco, ma era stato preceduto da un procedimento di consulenza preventiva *ex art. 696-bis c.p.c.*, espletato anteriormente a quella data. Per effetto dell'indicato avvicendamento normativo, infatti, la consulenza preventiva (su cui si erano poi basati il giudice di primo e secondo grado) risultava conforme alla legge vigente al tempo del suo svolgimento (la quale non prevedeva particolari requisiti per il suo espletamento), ma si poneva in contrasto con la disciplina applicabile al tempo della sua acquisizione nel giudizio di merito (che richiedeva la collegialità dell'incarico). Una questione, quella appena delineata, che in astratto potrebbe apparire agevolmente risolvibile mediante una semplice applicazione dei principi di diritto intertemporale ordinariamente accolti, ma la cui soluzione, per le particolarità del caso di specie (ove si trattava di apprezzare i risultati di un peculiare mezzo istruttorio – una consulenza tecnica – peraltro esperito in un diverso procedimento) e per le incertezze che circondano il tema dell'eventuale importabilità della categoria dell'inutilizzabilità nel processo civile, ha invece finito per richiedere alla Corte un particolare sforzo argomentativo, non sempre cristallino negli snodi. È per questo che, nell'analizzare la soluzione adottata – che in ultimo si condivide –, appare necessario procedere partitamente, dando atto delle incertezze che circondano ciascuno dei temi venuti in rilievo, a cominciare dallo stesso principio *tempus regit actum*.

2. Principi di diritto intertemporale.

Come noto, la regola generale dell'irretroattività della legge, di cui all'art. 11 preleggi, trova espressione in materia processuale nel principio *tempus regit actum*, in base al quale la legge pro-

cessuale sopravvenuta (in mancanza di disciplina transitoria che disponga diversamente) ha applicazione immediata, anche nei procedimenti in corso, in relazione agli atti processuali successivi all'entrata in vigore della legge stessa, mentre quelli anteriormente compiuti restano regolati dalla legge sotto il cui imperio sono stati posti in essere². Non rileva invece né il momento in cui si è realizzato il fatto sostanziale oggetto del giudizio⁽³⁾, né che la nuova disciplina processuale immediatamente applicata ai procedimenti pendenti sia più rigorosa rispetto a quella vigente all'epoca dell'introduzione del giudizio⁽⁴⁾.

Pur non essendo mancate letture volte ad attribuire rilevanza al processo nella sua interezza (qualificandolo come *actus* ai fini dell'applicazione dell'art. 11 preleggi) per garantire la prevedibilità delle regole di rito nei procedimenti già instaurati (*c.d. tempus regit processum*)⁽⁵⁾, prevale una considerazione atomistica dei

(2) Corte cost., 4 aprile 1990, n. 155; Cass., 9 settembre 2022, n. 26670; Cass., 13 dicembre 2021, n. 39439; Cass., Sez. Un., 9 giugno 2016 n. 11844; B. CAPPONI, *L'applicazione nel tempo del diritto processuale civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, 2, 459 ss. Si tratta di un principio generale, applicabile ad ogni specie di procedimento: con riferimento al procedimento amministrativo v. A.M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, rist., Milano, 1964, 31; rispetto al processo penale v. O. MAZZA, *La norma processuale penale nel tempo*, Milano, 1999, 117 ss.

(3) Il tempo di applicazione della legge processuale è il tempo degli atti del processo, non quella del fatto sostanziale su cui si controverte: ne deriva che non rileva la legge processuale vigente al momento del perfezionamento della fattispecie di diritto sostanziale, ma occorre far riferimento alla legge processuale del tempo dell'atto processuale (cfr. F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, rist., Padova, 1986, 209; O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 109), mentre il fatto sostanziale resterà regolato dalla legge del suo tempo.

Il diverso regime delle norme processuali rispetto alle norme sostanziali quanto all'applicazione nei processi in corso è ben chiara alla giurisprudenza, sebbene non sempre sia agevole stabilire quando si sia in presenza dell'una o dell'altra tipologia di norma: cfr. Cass., 11 febbraio 2022, n. 4526; Cass., 11 novembre 2019, n. 28994; Cass., 11 novembre 2019, n. 28990.

(4) Cass., 11 febbraio 2022, n. 4526; Cass., 18 dicembre 2014, n. 26654; E. FAZZALARI, *Efficacia della legge processuale nel tempo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1989, 4, 892.

(5) Cfr. R. CAPONI, *Tempus regit processum. Un appunto sull'efficacia delle norme processuali nel tempo*, in *Riv. dir. proc.*, 2, 2006, 459; Id., *Certezza e prevedibilità della disciplina del processo: il principio tempus regit processum fa ingresso nella giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2018, 1, 188 ss., il quale, da un lato, adotta una concezione unitaria del fenomeno processuale, ritenendola incompatibile con la frammen-

singoli atti processuali, per cui la disciplina di riferimento degli stessi va individuata in quella vigente al tempo del rispettivo perfezionamento ⁽⁶⁾, inteso quest'ultimo come integrazione della totalità degli elementi costitutivi della fattispecie dell'atto mede-

tazione conseguente all'avvicinarsi di modifiche normative aventi ad oggetto gli atti che lo compongono e, dall'altro, individua — rispettivamente per i giudizi statali e per quelli arbitrali — negli artt. 111, comma 1 e 41 Cost. il fondamento costituzionale della prevedibilità delle regole di rito e della tutela dell'affidamento dei litiganti quanto alla conservazione della disciplina originaria dei processi già avviati: l'A., in questo modo, giunge a qualificare come *actus* «l'intero processo» (R. CAPONI, *Tempus regit processum*, cit., p. 459), così da sottoporre i singoli atti processuali non alla legge vigente al tempo del rispettivo compimento (*tempus regit actum*), bensì alla disciplina applicabile al momento della proposizione della domanda (*tempus regit processum*), generalizzando la soluzione prevista dall'art. 5 c.p.c. limitatamente a giurisdizione e competenza.

Le principali critiche mosse a questa ricostruzione concernono il fatto che il principio *tempus regit processum* rallenterebbe il ricambio normativo, producendo come conseguenza la conservazione di regole che lo stesso legislatore, nel momento in cui ha posto lo *jus superveniens*, ha stimato inadeguate o inopportune. Inoltre, dal momento che il diritto intertemporale risolve i problemi di coordinamento nel tempo delle norme di volta in volta considerate, si è osservato che l'applicazione dell'art. 11 preleggi deve essere rapportata al grado di specificazione assunto dal nuovo intervento normativo, cosicché il concetto di *actus* deve coincidere con l'oggetto della disciplina processuale sopravvenuta, la quale di regola reca modifiche puntuali riguardanti singoli atti e non l'intero processo: cfr. O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 118 s.; B. CAPPONI, *La legge e il tempo del processo civile*, in *Id.*, *Otto studi sul processo civile*, Assago, 2017, 45 ss. V. anche le considerazioni di E. FAZZALARI, *Efficacia della legge processuale*, cit., 889; G. CONSO, *Il problema delle norme transitorie*, in *Giust. pen.*, 1989, 3, 130.

In realtà nessuna delle due obiezioni pare insuperabile. La prima, che si fonda prettamente su valutazioni di opportunità, non tiene conto del fatto che l'applicazione del *tempus regit processum* non impedisce l'avvio di nuovi processi secondo le nuove regole, ma semplicemente lascia immutato il regime di quelli già pendenti. La seconda obiezione, più strettamente giuridica, risente dell'adozione di una determinata concezione, ossia di una visione atomistica dell'atto processuale, che non può dirsi intrinsecamente scorretta, in quanto scelta di valore. Tuttavia, ove si privilegi l'unitarietà del processo e la tutela dell'affidamento e se ne riconosca il fondamento costituzionale, la teoria del *tempus regit processum* risulta poggiare su solide basi normative. Senza contare che il *tempus regit processum* è stato accolto sempre più di frequente dal legislatore nel dettare regole di diritto transitorio (v. ad es. art. 35, comma 1, d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, c.d. riforma Cartabia) e ha ispirato importanti pronunce giurisprudenziali (Cass., Sez. Un., 9 giugno 2016, n. 11844): fattori questi che potrebbero essere letti come espressione di un più generale principio o comunque come evoluzione del sistema.

⁽⁶⁾ B. CAPPONI, *L'applicazione nel tempo*, cit., 488; *Id.*, *La legge processuale civile e il tempo del processo*, in *Giusto proc. civ.*, 2008, 3, 650. O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 117 s.

simo ⁽⁷⁾. Si precisa poi che l'intangibilità degli atti perfezionatisi prima del mutamento normativo concerne il loro integrale regime e quindi (non solo il loro meccanismo di formazione, ma) anche gli effetti giuridici ad essi ricollegati dalla disciplina originaria, i quali non risentiranno della modifica sopravvenuta ⁽⁸⁾.

⁽⁷⁾ G. CONSO, *I fatti giuridici processuali penali. Perfezione ed efficacia*, Milano, 1982, 17 s.; O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 18 s.

⁽⁸⁾ Cfr. G. TARZIA, *Leggi interpretative e garanzia della giurisdizione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, 4, 953; B. CAPPONI, *La legge processuale civile*, cit., 650, ove l'A. afferma che «[l']atto del processo è definitivamente retto dalla legge vigente a tempo del suo compimento (*tempus regit actum*), e la sua validità ed efficacia non sono in nulla incise dalla legge sopravvenuta; tale regola interessa anche gli effetti prodotti, senza potersi distinguere quelli immediati da quelli permanenti nel tempo». Ne consegue che la legge sopravvenuta non può incidere sugli effetti di un atto perfezionatosi sotto il vigore della vecchia disciplina, rimuovendone alcuni o aggiungendone di nuovi (ivi, p. 646 s.). V. anche Id., *La legge e il tempo del processo civile*, in Id., *Otto studi sul processo civile*, Assago, 2017, 49 s.; Id., in AA.VV., *A più voci sulla sopravvenuta esecutorietà del titolo esecutivo negoziale per lex nova*, in *Rass. esec. forzata*, 2020, 1, 120 ss.; Cass., 27 agosto 2014, n. 18332. Si tende a ritenere che restino assoggettati al regime del tempo di perfezionamento dell'atto non solo gli effetti già prodottisi, ma anche gli effetti futuri (O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 128 s.; Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2006, n. 27172, cit.; ma v. in senso contrario E. FAZZALARI, *Efficacia della legge processuale*, cit., 890 s., secondo il quale non vi è retroattività se la legge sopravvenuta si limita a incidere esclusivamente sugli effetti futuri di un atto posto in essere in epoca antecedente all'entrata in vigore della nuova disciplina).

In concreto è però arduo stabilire se, nell'applicare le regole di diritto intertemporale, debba privilegiarsi il compimento del nuovo atto processuale o la preservazione degli effetti dell'atto precedente: ad. es. in materia di impugnazioni, a seconda della prospettiva dalla quale ci si pone, si potrebbe valorizzare o il tempo del compimento dell'atto "impugnazione" (con la conseguenza che l'ammissibilità dell'impugnazione ed il suo regime devono essere valutati con riguardo alla disciplina vigente al momento della proposizione del mezzo) o il momento in cui la sentenza impugnata ha assunto giuridica esistenza (qualificando l'impugnabilità come un "effetto" della pubblicazione del provvedimento e fissando a tale momento modi e termini per l'esercizio del potere di impugnazione, con irrilevanza di eventuali successivi mutamenti normativi). La giurisprudenza è orientata in questo secondo senso: Cass., Sez. Un., 9 giugno 2016 n. 11844; Cass., Sez. Un., 20 dicembre 2006, n. 27172; Cass. pen., 24 novembre 2003, 45094; Cass., 26 aprile 1969, n. 1348; Cass., 28 marzo 1966, n. 815. V. anche F. AULETTA, *Un inutile (ed errato) obiter dictum sull'individuazione del rimedio contro le sentenze di equità del giudice di pace*, in *Giust. civ.*, 2009, I, 208.

Conferma la diversità delle soluzioni conseguibili in dipendenza della prospettiva adottata Cass., 28 febbraio 2019, n. 5823 (in *Rass. esec. forzata*, 2020, 1, 95 ss., con nota critica di AA.VV., *A più voci sulla sopravvenuta esecutorietà*, cit.) che ha attribuito rilevanza al tempo di avvio dell'esecuzione forzata e non a quello di formazione della

Significativa è la consolidata affermazione giurisprudenziale secondo cui «[i]l principio d'irretroattività della legge esclude [...] che una nuova legge possa essere applicata, oltre che ai rapporti giuridici esauriti prima della sua entrata in vigore, a quelli sorti anteriormente ed ancora in vita se, in tal modo, si vengano a disconoscere gli effetti già verificatisi del fatto passato o si tolga efficacia, in tutto o in parte, alle sue conseguenze attuali e future. Lo stesso principio comporta, invece, che la nuova legge possa essere applicata ai fatti, agli *status* e alle situazioni esistenti o sopravvenute alla data della sua entrata in vigore, *ancorché conseguenti ad un fatto passato, quando essi, ai fini della disciplina disposta dalla nuova legge, debbano essere presi in considerazione in sé stessi, prescindendosi totalmente dal collegamento con il fatto che li ha generati, dimodoché resti escluso che, attraverso tale applicazione, sia modificata la disciplina giuridica del fatto generatore*» ⁽⁹⁾ (enfasi aggiunta).

Tuttavia, al netto della considerazione che nell'ambito di una sequenza di atti coordinati tra loro è ben difficile stabilire dove finiscano gli effetti dell'atto precedente (da preservare alla luce della disciplina previgente) e dove inizino quelli degli atti compiuti in epoca posteriore (da assoggettare alla normativa sopravvenuta), volendo estremizzare il nesso causale derivante dalla struttura procedimentale, potrebbe affermarsi che tra gli effetti di un determinato atto rientri anche quello di fungere da fondamento di validità per gli atti successivi: con la conseguenza che ogni intervento normativo incidente su questi ultimi si risolverebbe inevitabilmente, in via mediata, in una alterazione retroattiva dell'efficacia dell'atto presupposto «generatore» ⁽¹⁰⁾. È evidente

scrittura privata autenticata (originariamente priva di efficacia di titolo esecutivo) posta a fondamento dell'esecuzione.

⁽⁹⁾ Cfr., *ex multis*, Cass. 22 febbraio 2025 n. 4670; Cass., 3 settembre 2024 n. 23557; Cass., 14 maggio 2024 n. 13236; Cass., Sez. Un., 27 dicembre 2023 n. 35969; Cass., 11 novembre 2019, n. 28990.

⁽¹⁰⁾ Queste considerazioni inducono ad accordare preferenza al principio *tempus regit processum* per la sua capacità di attribuire rilevanza all'unitarietà del processo e di evitare distinzioni arbitrarie negli effetti riconducibili ai singoli atti processuali. Nel testo

però che, accogliendo questa ricostruzione “estrema”, il canone *tempus regit actum*, nella sua accezione di applicazione immediata agli atti successivi al ricambio normativo, finirebbe per trovare uno spazio operativo molto limitato ⁽¹¹⁾.

Ciò non toglie che per separare, nell’ambito degli effetti di un determinato atto in rapporto ad un atto successivo, quelli da sottoporre a differenti regimi avvicendatisi nel tempo sia comunque necessario individuare dei criteri formali, al fine di evitare distinzioni arbitrarie e applicazioni disomogenee.

In realtà, la rilevanza attribuita all’unicità del processo, propria del *tempus regit processum*, costituisce uno degli elementi su cui si è fondata la decisione in commento per “spezzare” il regime degli effetti dell’atto considerato, sebbene la pronuncia, nella sua argomentazione, abbia fatto dichiaratamente applicazione del *tempus regit actum*. Ciò suggerisce che la litispendenza costituisca un punto di raccordo tra le due teorie, il che a sua volta consente di apprezzare la soluzione adottata dalla S.C. indipendentemente dalla tesi cui si aderisce.

3. Spunti dal processo penale in tema di inutilizzabilità.

Prima di procedere all’esame della sentenza in commento onde dimostrare la tesi appena annunciata, appare utile soffermarsi sulle soluzioni sperimentate dalla giurisprudenza penale, la quale ha già avuto modo di affrontare una questione per molti versi sovrapponibile a quella di cui si discute; ciò al fine di stabilire se le considerazioni svolte siano importabili nel processo civile.

si darà comunque conto della tesi contrapposta in quanto maggiormente diffusa nella prassi.

⁽¹¹⁾ Questa visione estrema potrebbe prestarsi a fornire una lettura alternativa della teoria del *tempus regit processum*, intesa non come considerazione unitaria dell’intero processo quale *actus* ma come opzione ricostruttiva tendente a dilatare — fino a iperstenderla — l’efficacia dell’atto introduttivo del giudizio, così da ancorare alla disciplina vigente al momento della sua proposizione la regolamentazione di tutti gli atti successivi. In questo modo l’indirizzo potrebbe in qualche misura avvicinarsi alla dottrina del *tempus regit actum*.

Secondo le Sezioni Unite penali, «in materia di utilizzabilità o di inutilizzabilità della prova, il principio “*tempus regit actum*” deve essere riferito al momento della decisione e non a quello dell’acquisizione, atteso che il divieto di uso, colpendo proprio l’idoneità della prova a produrre risultati conoscitivi valutabili dal giudice per la formazione del suo convincimento, interviene allorché il procedimento probatorio non ha trovato ancora esaurimento, di modo che [...] il divieto inibisce che i dati probatori, pur se acquisiti con l’osservanza delle forme previste dalle norme previgenti, possano avere un qualsiasi peso sulla “bilancia del giudizio”» (12).

La Cassazione penale è giunta a questa conclusione distinguendo «l’atto che si esaurisce senza residui nel suo puntuale compimento» da quello «che non ha mera funzione autoreferenziale né si consuma con effetti istantanei, atteso il suo carattere strumentale e preparatorio rispetto alla successiva attività cognitiva cui esso è destinato, com’è tipico della struttura plurifasica del procedimento probatorio nel quale sono distinguibili i momenti di ammissione e di assunzione del mezzo istruttorio dal momento della valutazione *ope iudicis*» (13). Inoltre, sempre secondo la Corte, se l’innovazione normativa fosse circoscritta al piano delle modalità di ammissione e di assunzione di determinati mezzi di prova e alla previsione di nuove ipotesi di nullità, l’oggetto cui riferire il canone *tempus regit actum* sarebbe rappresentato dal compimento di tali attività;

(12) Cass. pen., Sez. Un., 7 aprile 1998, n. 4265 (ud. 25 febbraio 1998); conf. Cass. pen., Sez. Un., 24 settembre 1998, n. 10086 (ud. 13 luglio 1998); Cass. pen., Sez. Un., 9 febbraio 2004, n. 5052 (ud. 24 settembre 2003); *contra* Cass. pen., Sez. Un., 19 gennaio 2004, n. 919 (ud. 26 novembre 2003) che ha fatto riferimento al tempo dell’acquisizione.

(13) Prima di esaminare nel dettaglio il ragionamento della Cassazione penale, va preliminarmente segnalata la difficoltà nel tracciare un confine tra atti processuali ad effetti istantanei e atti ad effetti protratti nel tempo. La Corte ricomprende nella prima categoria le istanze, le eccezioni e le impugnazioni, ma si è giustamente osservato che «anche in questi casi ci si trova di fronte ad atti non “autoreferenziali” e dotati di “essenza finalistica” rappresentata da un “inscindibile collegamento” con la conseguente decisione del giudice a cui gli stessi sono rivolti» (O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 109). Per il rilievo del generale collegamento causale tra gli atti processuali v. F.R. DINACCI, *L’inutilizzabilità nel processo penale. Struttura e funzione del vizio*, Milano, 2008, 167.

laddove invece lo *ius superveniens* introducesse nuove regole di valutazione e, segnatamente, ipotesi di inutilizzabilità, il *tempus* di riferimento coinciderebbe con il momento in cui la valutazione deve essere effettuata, cioè con quello della decisione ⁽¹⁴⁾.

Parte della dottrina ha apertamente condiviso la soluzione indicata dalla Cassazione: partendo dalla premessa per cui l'inutilizzabilità si focalizzerebbe, rispetto alla nullità, sulla «proiezione d'uso» dell'atto probatorio ⁽¹⁵⁾, si è sostenuto che è al momento della valutazione «che occorre riferire il giudizio su quale sia la legge del tempo» ⁽¹⁶⁾.

Vi è però un diverso schieramento che merita di essere considerato. Assumendo che l'utilizzabilità sia un attributo dell'atto probatorio in sé e che la sanzione dell'inutilizzabilità vada ad incidere sugli effetti ad esso ricollegati fin dal momento della sua acquisizione (determinandone l'inefficacia ai fini della decisione) ⁽¹⁷⁾, si è osservato che applicare alle prove già assunte le modifiche normative intervenute al momento della decisione significherebbe alterare retroattivamente gli effetti dell'atto generatore ⁽¹⁸⁾. In base a questa interpretazione, quindi, per stabilire l'utilizzabilità della prova si deve aver riguardo alla legge vigente al tempo dell'acquisizione e non a quella del tempo della decisione ⁽¹⁹⁾. Anzi, si è

⁽¹⁴⁾ In realtà, l'argomento che si fonda sull'oggetto della previsione normativa sopravvenuta non è conferente. Se si aderisce all'idea che l'utilizzabilità sia un effetto intrinseco della prova che si produce con la sua acquisizione (e che poi la sanzione dell'inutilizzabilità va a rimuovere), nulla cambierebbe se la nuova norma, anziché riferirsi alle modalità di formazione, avesse ad oggetto la valutazione, poiché il diverso regime previsto per l'impiego del dato conoscitivo da parte del giudice finirebbe comunque per incidere retroattivamente su un effetto che la legge già riconosceva all'atto probatorio, sebbene questo si sarebbe materialmente prodotto al momento della sentenza. A ragionare come la Cassazione penale, le conseguenze del d.l. 14 marzo 2005, n. 35 conv. in l. 14 maggio 2005, n. 80 sarebbero state diverse se la normativa sopravvenuta si fosse riferita direttamente al pignoramento invece che alla scrittura privata autenticata (v. *supra*, § 2, nt. 8).

⁽¹⁵⁾ F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 10.

⁽¹⁶⁾ *Ibid.*, 168.

⁽¹⁷⁾ N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale*, Padova, 1992, 12.

⁽¹⁸⁾ O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 372 s.

⁽¹⁹⁾ P. FERRUA, *Un errore di diritto della Suprema Corte*, in *Gazz. Giur.*, 1998, 17, 2; O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 372.

sostenuto che l'indicata soluzione varrebbe anche si volesse considerare il procedimento probatorio come fattispecie a formazione progressiva⁽²⁰⁾ che si conclude con la valutazione (il che comunque non è pacifico)⁽²¹⁾, affermandosi che, quando la nuova disciplina ha ad oggetto l'efficacia dell'atto complesso ancora pendente, pur non essendosi la relativa fattispecie già perfezionata, finirebbero comunque per essere rivalutati retroattivamente i segmenti unitari pregressi, i quali «non sarebbero più finalizzati alla produzione dell'effetto originario»⁽²²⁾. In realtà, rispetto a quest'ultimo punto deve rilevarsi che, ove si ritenesse che la fattispecie “prova” non sia già perfezionata con l'acquisizione, ad essa conseguirebbero in quel momento solo determinati effetti giuridici preliminari⁽²³⁾ e non già gli effetti definitivi (che sono quelli che davvero contano e che devono essere preservati da un'alterazione retroattiva).

A parte questo rilievo, dalla norma generale sull'inutilizzabilità (art. 191 c.p.p.) risulta come tale sanzione consegua alla violazione di un divieto di «acquisi[zione]», dal che si può ricavare che è a questo momento che dovrebbe farsi risalire l'indagine circa la possibilità di fondare la decisione su uno specifico elemento conoscitivo, senza che possano rilevare successivi mutamenti normativi⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ Su cui v. D. RUBINO, *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milano, 1939, 87 ss.

⁽²¹⁾ Sull'articolazione trifasica del procedimento probatorio v. E. AMODIO, *Libertà e legalità della prova nella disciplina della testimonianza*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1973, 314, nt. 10; N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 104 s.; M. NOBILI, *La nuova procedura penale*, Bologna, 1989, 151.

Per la tesi secondo cui il procedimento comprenderebbe solo la fase di ammissione e quella di assunzione, con esclusione della valutazione che è invece «confinat[a] nel mondo interiore dell'*homo judicans*» v. F. CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Id.*, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 52 ss.; G. UBERTIS, *La prova penale. Profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995, 52, testo e nt. 5, il quale riferisce il concetto di procedimento solo ad una serie di azioni materiali.

⁽²²⁾ O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 73 s e 373.

⁽²³⁾ D. RUBINO, *La fattispecie*, cit., 100 s. e 241 ss.

⁽²⁴⁾ P. FERRUA, *Un errore di diritto*, cit., 2, il quale afferma che, dopo la valida acquisizione, «la valutazione dell'atto in chiave probatoria è un obbligo al quale il giudice in nessun modo può sottrarsi»; O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 374. L'art. 191 c.p.p. induce, quindi, a ritenere che la fattispecie “prova” si perfezioni nel momento dell'acquisizione e non in quello della valutazione.

Una soluzione intermedia potrebbe essere quella di individuare il *tempus* nel momento della valutazione solo ove si verta in una di quelle ipotesi di inutilizzabilità speciali nelle quali la sanzione è riferita direttamente alla fase valutativa, quando non è possibile un vaglio preventivo in ordine alla possibilità di acquisire validamente la prova, perché introdotta “involontariamente”: ipotesi tradizionalmente individuate negli artt. 63, comma 1 (dichiarazioni indizianti), 195, comma 3 (testimonianza indiretta) e 254, comma 3, c.p.p. (sequestro di corrispondenza) ⁽²⁵⁾.

Venendo al processo civile, che non conosce previsioni generali come quella di cui all'art. 191 c.p.p., nel corso del tempo sono state introdotte alcune limitate ipotesi di inutilizzabilità allo scopo di incentivare il ricorso a forme di definizione negoziata delle vertenze (v. art. 10, comma 1, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28, in materia di mediazione; art. 9, comma 2, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. in l. 10 novembre 2014, n. 162, in tema di negoziazione assistita; art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p., in relazione alla sentenza di patteggiamento) ⁽²⁶⁾. Tali fattispecie non sono tuttavia accostabili a quelle “speciali” da ultimo richiamate per il proces-

⁽²⁵⁾ Si noti peraltro che tali ipotesi — pur menzionate dalle Sezioni Unite penali nella sentenza 4265/1998 cit. come conferma della soluzione individuata come applicabile in via generale e non per limitare solo ad esse il principio di diritto infine affermato — sono state comunque ricondotte all'art. 191 c.p.p. da una parte della dottrina, sostenendosi che anch'esse deriverebbero dal mancato rispetto delle modalità previste per la fase acquisitiva, posto che l'involontarietà dell'assunzione della prova non utilizzabile sarebbe qui diretta conseguenza della conformazione stessa dell'atto istruttorio, la cui inscindibilità rispetto ad altri dati legittimamente acquisibili impedisce una valutazione preventiva di inammissibilità del complesso delle risultanze conseguibili attraverso il mezzo (N. GALANTINI, *L'inutilizzabilità della prova*, cit., 106; P. FERRUA, *Un errore di diritto*, cit., 3; O. MAZZA, *La norma processuale*, cit., 374).

⁽²⁶⁾ Su queste figure, e in particolare sulla fattispecie di cui all'art. 445, comma 1-*bis*, c.p.p., recentemente novellata, v. E. D'ALESSANDRO, *L'impatto del patteggiamento post riforma Cartabia sul processo civile: adieu alla prova atipica*, in *Giust. cons.*, 2025, 2, 354 ss. Con riferimento ai profili di diritto intertemporale, secondo l'A. «la regola della inutilizzabilità di cui all'art. 445, comma 1 *bis*, c.p.p. de[ve] essere applicata tutte le volte in cui il giudice civile si trovi a dover valutare la valenza probatoria della sentenza di patteggiamento dopo l'entrata in vigore della riforma Cartabia, anche se il processo è iniziato prima» e anche quando «vi si invochi l'efficacia di prova di una sentenza di patteggiamento di data anteriore» (367 ss.): il che è in linea con la tesi, sostenuta nel testo, che si propone di attribuire rilevanza al momento di acquisizione nel processo di destinazione.

so penale, in quanto, l'acquisizione di questi mezzi di prova nel processo civile non può dirsi involontaria e il relativo vaglio di ammissibilità è effettuabile *ex ante*.

Invece, il fatto che la legge abbia sancito il divieto d'uso pur in assenza di vizi del processo di formazione nella distinta sede (mediazione, negoziazione assistita, processo penale) consente di avvicinare, in qualche misura, le menzionate ipotesi di inutilizzabilità civile alla c.d. "inutilizzabilità fisiologica" penale, cioè quella riguardante prove che, quand'anche validamente acquisite nella fase delle indagini preliminari, non possono comunque transitare nel dibattimento se non nei modi previsti ai sensi dell'art. 526 c.p.p. ⁽²⁷⁾.

Al di là delle ipotesi appena ricordate, la circostanza che nel processo civile manchi una disciplina generale in tema di inutilizzabilità impone di ritenere che — in difetto di previsioni che comminino espressamente e in via eccezionale quella sanzione — i vizi degli atti probatori debbano essere indefettibilmente rilevati secondo le condizioni richieste dagli artt. 156 ss. c.p.c. per le nullità processuali ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ Ma in dottrina (F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 37 ss.) si è osservato che, da un punto di vista terminologico, anche tale ultima specie di inutilizzabilità origina da una "patologia", in quanto deriva dalla violazione di un divieto di acquisizione (quello posto dallo stesso art. 526 c.p.p. per il dibattimento), sicché quello che cambia è solo la collocazione del divieto nella sequenza procedimentale (formazione della prova o introduzione nel dibattimento).

⁽²⁸⁾ Cfr. le considerazioni di B. CAVALLONE, *Discutibili esercizi di nomofilachia. La consulenza tecnica d'ufficio in cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2022, 3, 996.

Relativamente al processo penale, si è ritenuto che alla figura dell'inutilizzabilità andrebbero riportate anche quelle ipotesi in cui la legge prevede particolari regole di valutazione che limitino l'efficacia probatoria di determinati elementi o che ne subordinino l'attitudine dimostrativa al verificarsi di specifiche condizioni, come avviene con gli indizi e con le chiamate in correità (art. 192, commi 2-4, c.p.p.): infatti, il difetto, rispettivamente, dei requisiti della gravità, precisione e concordanza, da un lato, o dei riscontri esterni, dall'altro, impedisce l'utilizzo del dato conoscitivo (F.R. DINACCI, *L'inutilizzabilità*, cit., 25 ss.). Tuttavia, malgrado l'analogia tra le fattispecie disciplinate dall'art. 192 c.p.p. nel processo penale e quelle di cui agli artt. 2729 c.c. e 116, comma 2, c.p.c. nel processo civile (G. VERDE, *Prova legale e formalismo*, in *Foro it.*, 1990, V, 468), come si è detto nel testo, la mancata previsione della figura dell'inutilizzabilità nell'altro ramo della giurisdizione ordinaria impone di qualificare diversamente il vizio conseguente alla violazione di tali norme (v. la sintesi del dibattito esposta in V. CAPASSO, *Tractent fabrilia fabri. Contributo all'affermazione del «diritto al consulente tecnico» nel processo civile*, Torino, 2025, 317 ss.).

Cionondimeno, l'impostazione accolta dalla giurisprudenza penale a partire dal 1998 appare in larga misura convergente con quanto già teorizzato, con riferimento al processo civile, da Denti sul finire degli anni '60 ⁽²⁹⁾.

Nella ricostruzione data dall'A., dal complesso degli atti processuali dovrebbero tenersi distinti gli atti di acquisizione probatoria ⁽³⁰⁾, la cui disciplina di riferimento andrebbe ricercata non in quella vigente al momento dell'assunzione, ma in quella operante al tempo della valutazione. Scrive infatti l'A.: «gli atti di acquisizione probatoria non sono produttivi di “effetti” immediati, nel verificarsi dei quali si esaurisca la loro efficacia, consumandosi, per così dire, l'applicazione delle norme che li regolano, ma soltanto di quell'effetto “differito” che è il vincolo del giudice alla valutazione delle prove legittimamente acquisite. Il *tempus*, entro il quale opera la norma regolatrice dell'attività di acquisizione delle prove, necessariamente abbraccia, quindi, quel momento effettuale della norma stessa che è la valutazione della prova da parte del giudice, in sede di decisione» ⁽³¹⁾. Denti conclude poi che tale regime, proprio degli atti di acquisizione probatoria, non varrebbe per la consulenza tecnica, qualora, coerentemente con la collocazione sistematica data dal codice di rito civile ⁽³²⁾, la si escludesse dall'ambito delle prove ⁽³³⁾.

⁽²⁹⁾ V. DENTI, *Perizie, nullità processuali e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1967, 398, ora in ID., *Dall'azione al giudicato. Temi del processo civile*, Padova, 1983, 302 s. (scritto, quest'ultimo, cui si farà riferimento per le successive citazioni).

⁽³⁰⁾ Distinzione che per Denti rileva sotto vari profili: cfr. V. DENTI, *Note sui vizi della volontà negli atti processuali*, Pavia, 1959, 70 ss.; ID., voce *Invalidità (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Agg. I, 1997, Milano, 710.

⁽³¹⁾ V. DENTI, *Perizie*, cit., 303.

⁽³²⁾ La qualificazione della consulenza tecnica come mezzo istruttorio non probatorio è accolta dalla prevalente dottrina (G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 296 ss.; C. DONES, *Struttura e funzione della consulenza civile*, Milano, 1961, 148 s.; F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, Padova, 2002, 37 ss.; ma *contra* V. ANSANELLI, *La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità*, Milano, 2011, 212 ss.) e giurisprudenza (Cass., 21 agosto 2019, n. 21563; Cass., 30 novembre 2018, n. 30993; Cass., 19 marzo 2018, n. 6749). Nel presente scritto si è fatto riferimento al concetto di prova in senso lato, riferendolo ai mezzi istruttori in genere, nella consapevolezza della peculiare natura della c.t.u.

⁽³³⁾ V. DENTI, *Perizie*, cit., 303.

Tuttavia, in disparte la considerazione che la qualificazione della c.t.u. come mezzo istruttorio non probatorio non impedisce l'applicazione analogica delle norme in materia di prove ove si valorizzi la sostanza dell'istituto e la sua idoneità a fornire elementi (siano essi percettivi o valutativi) ⁽³⁴⁾ di convincimento per il giudice ⁽³⁵⁾, è lo stesso regime predicato per gli atti di acquisizione probatoria, *in thesi* diverso da quello valevole per la generalità degli atti processuali, a non convincere: in primo luogo, anche gli atti processuali in genere hanno un'efficacia che non si esaurisce al momento del loro compimento, non foss'altro perché essi condizionano la validità degli atti successivi che ne sono dipendenti (art. 159 c.p.c.), e già questo è sufficiente a indubbiare la validità della distinzione a questi fini ⁽³⁶⁾; secondariamente, la ricostruzione di Denti, nel valorizzare l'«effetto “differito”» degli atti di acquisizione delle prove per l'individuazione del *tempus*, non chiarisce se tale effetto sia un attributo intrinseco dell'atto già perfetto (sottoposto alla “condizione sospensiva” ⁽³⁷⁾ che si arrivi a una decisione di merito) o una caratteristica che sarà la sentenza a conferire in sede di valutazione ad un atto non perfetto ⁽³⁸⁾, essendo solo il perfe-

⁽³⁴⁾ Sulla distinzione tra consulenza percipiente e consulenza deducente tracciata da Cass.), Sez. Un., 4 novembre 1996, n. 9522 v., tra le altre, Cass., 14 dicembre 2021, n. 40049; Cass., 16 dicembre 2021, n. 40337; Cass., 23 gennaio 2018, n. 1599; Cass., 6 ottobre 2016, n. 20053.

Per una critica alla distinzione v. le considerazioni di F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria*, cit., 285 ss.; C. BESSO, *La prova prima del processo*, Torino, 2004, 159; V. CAPASSO, *L'elaborato peritale alieno: contributo allo studio della circolazione della consulenza tecnica e della perizia disposte inter alios*, in *Il processo*, 2021, 1, 137.

⁽³⁵⁾ G. FRANCHI, *La perizia civile*, Padova, 1959, 190, nt. 111 e 298; cfr. anche Cass., 22 febbraio 2006, n. 3947.

⁽³⁶⁾ Per una critica della distinzione anche sotto il profilo della disciplina delle nullità processuali v. V. CAPASSO, *Nullità degli atti e offensività necessaria. Contributo alla difesa della legalità del processo civile*, Roma, 2022, 199 ss.

⁽³⁷⁾ Possono infatti ben darsi fattispecie già perfette che però produrranno effetti solo in un secondo momento: è il caso del contratto, concluso al momento dell'incontro della volontà delle parti (1326 c.c.), i cui effetti possono essere sottoposti a condizione sospensiva o a termine iniziale.

⁽³⁸⁾ Ma si è già detto che l'argomento testuale fornito dall'art. 191 c.p.p., ancorché riferita al solo processo penale, milita nel senso che per il legislatore la prova costituisce

zionamento il momento rilevante ai fini dell'applicazione del *tempus regit actum* ⁽³⁹⁾.

4. Diversità dei procedimenti: litispendenza e prova prestata.

Tale applicazione nel caso che occupa avrebbe imposto di individuare la disciplina di riferimento della consulenza tecnica preventiva in quella vigente al tempo del «perfezionamento» dell'atto; perfezionamento che, rispetto alla consulenza tecnica, può ritenersi concretato dal deposito della relazione peritale, che segna il momento conclusivo del relativo procedimento ⁽⁴⁰⁾. Sen-

una fattispecie che si perfeziona nel momento dell'acquisizione e non in quello della valutazione.

⁽³⁹⁾ Oltre a quanto già esposto *supra*, § 2, nt. 8, v. B. CAPPONI, in AA.VV., *A più voci sulla sopravvenuta esecutorietà*, cit., 127 che sottolinea la necessità di riferirsi al momento di formazione dell'atto e non a quello di utilizzo del medesimo nel processo; nello stesso senso F. AULETTA, *ivi*, 147, il quale sostiene che una diversa soluzione avrebbe l'effetto «di modificare – trasferendolo in avanti nel tempo – l'orizzonte normativo rilevante, ancora rendendolo instabile, inaffidabile, incalcolabile».

⁽⁴⁰⁾ Sulla relazione del consulente quale atto conclusivo del procedimento consultivo v., con riferimento alla c.t.u. «ordinaria» ex artt. 191 ss. c.p.c., F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria*, cit., 223. La soluzione trova espressa conferma oggi, rispetto alla consulenza preventiva, nel nuovo comma 8 dell'art. 696-bis c.p.c. aggiunto dal d.l. 19 febbraio 2026, n. 19, conv. in l. 20 aprile 2026, n. 50, in base al quale, in caso di insuccesso della conciliazione, «[i]l procedimento è definito [...] con il deposito della consulenza tecnica di ufficio». Ambigua è invece la previsione del nuovo comma 7, che prevede una sospensione automatica del «procedimento» a partire dal conferimento dell'incarico al consulente o, se successivo, dal giuramento di quest'ultimo fino al deposito del processo verbale di conciliazione o della relazione tecnica, per un periodo non superiore a sei mesi, senza che la sospensione impedisca l'espletamento della consulenza. Circa l'individuazione del «procedimento» sospeso, esso non può identificarsi nel procedimento di merito, in considerazione della ritenuta inammissibilità dell'attivazione di una c.t.u. ex art. 696-bis c.p.c. in pendenza della causa a cognizione piena, attesa la funzione deflattiva dell'istituto (Trib. Lucca, 21 gennaio 2022; Trib. Santa Maria Capua Vetere, 11 luglio 2011; Trib. Torino, 31 marzo 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 2883). Non resterebbe che ricollegare la sospensione allo stesso procedimento di consulenza preventiva, ma, così opinando, la circostanza che l'indicata sospensione non impedisca lo svolgimento delle operazioni peritali rende singolare la previsione, suggerendo che l'intento del legislatore sia semplicemente quello di escludere il computo della durata della consulenza (per un massimo, comunque, di sei mesi) ai fini della valutazione della durata irragionevole del processo (art. 2, comma 2-*quater*, l. 24 marzo 2001, n. 89); anche se l'obiettivo ufficialmente dichiarato era un altro (cfr. la relazione tecnica del disegno di legge di conversione presentato alla Camera dei Deputati il 19 febbraio 2026, in <https://documenti.camera.it/>

nonché, accanto a profili di diritto intertemporale, la fattispecie esaminata dalla Corte presentava una peculiarità rappresentata dalla natura del legame intercorrente tra procedimento *ante causam* (in cui la consulenza si era formata) e successivo giudizio di merito (dove la consulenza era stata acquisita); donde il problema di stabilire a quale dei due depositi aver riguardo.

Come risulta dalla sentenza, il giudice di primo grado aveva escluso l'applicabilità dell'art. 15 cit. alla fattispecie sul presupposto che «non [fosse] possibile scomporre in singole fasi una procedura concepita unitariamente». La S.C. non condivide questo assunto e svolge una serie di considerazioni volte a dimostrare che i due segmenti (la consulenza preventiva e il giudizio di merito) costituiscano in realtà procedimenti distinti, differenziando così il regime dell'elaborato peritale nei due momenti. Sebbene sussistano senz'altro elementi di «stretto raccordo» (ad es., la circostanza che la consulenza preventiva “ordinaria” *ex* art. 696-*bis* c.p.c. assolve anche a finalità di anticipazione istruttoria e che quella speciale *ex* art. 8, l. n. 24/2017 costituisce condizione di procedibilità della domanda risarcitoria), la Corte conclude nel senso della distinzione tra i due procedimenti sotto il profilo strutturale e funzionale: in proposito, mentre molti degli argomenti impiegati dalla sentenza si prestano ad utilizzi ambivalenti ⁽⁴¹⁾, deci-

leg19/pdl/pdf/leg.19.pdl.camera.2807.19PDL0183290.pdf, p. 44, ove si legge che: «[l]a disciplina della sospensione riprende quella introdotta all'articolo 445-*bis* del codice di rito dal decreto-legge n. 117 del 2025 [...] ed è anch'essa giustificata — come per l'art. 445-*bis* c.p.c. — dall'assenza di attività giurisdizionale nelle more dell'espletamento della consulenza. Considerare tali procedimenti come pendenti durante lo svolgimento dell'attività del consulente determina pertanto una inesatta rappresentazione dei tempi del processo, posto che successivamente al conferimento dell'incarico al CTU non è più prevista alcuna attività giudiziaria. L'intervento è connotato da necessità ed urgenza in quanto la pendenza di tali procedimenti è ingiustificatamente computata — pur in assenza di attività giudiziaria — al fine della verifica del raggiungimento degli obiettivi PNRR, compromettendone pertanto il conseguimento»).

⁽⁴¹⁾ La Corte richiama il regime di procedibilità della domanda di merito in materia di responsabilità sanitaria una volta tra gli argomenti a favore dell'unicità del procedimento e una volta, facendo leva sullo stretto intervallo temporale entro cui far valere l'improcedibilità, come argomento contrario. Lo stesso dicasi per la duplicità di funzioni della consulenza preventiva, atteso che mentre la funzione conciliativa milita a favore di

sivo appare un passaggio motivazionale di Cass. 5 maggio 2025, n. 11804, richiamata dal provvedimento annotato, che pure ha escluso la riconducibilità delle due sequenze ad un procedimento unitario. Il menzionato precedente, nel risolvere la questione che l'aveva occasionato (cioè quella di stabilire il momento determinativo della competenza), ha attribuito grande rilevanza all'art. 8, comma 3, l. n. 24/2017 nella parte in cui prevede la «salv[ezza]» (*rectius*: retroazione) degli effetti (sostanziali e processuali) della domanda di merito dalla data del deposito del ricorso per consulenza preventiva in caso di tempestiva instaurazione del giudizio a cognizione piena ⁽⁴²⁾. È noto — e la Cassazione lo riconosce espressamente — che tra tali effetti rientri anche la litispendenza ed è proprio la circostanza che la retroazione degli stessi sia prevista (non per la figura generale di cui all'art. 696-*bis* c.p.c., ma) esclusivamente per la consulenza conciliativa esperita ai sensi della legge Gelli-Bianco (e solo quando sia osservato il termine ivi previsto) che rafforza la tesi della separazione dei due procedimenti in difetto delle condizioni indicate. Del resto, la soluzione si pone in linea con l'autonomia strutturale dei procedimenti di istruzione preventiva predicata dalla dottrina ⁽⁴³⁾.

un'autonomia tra i procedimenti (nella misura in cui il successo della conciliazione evita l'instaurazione del giudizio di merito) la concorrente funzione istruttoria crea uno stretto collegamento tra gli stessi.

⁽⁴²⁾ Su questa previsione cfr. I. PAGNI, *Processo e composizione negoziale delle liti in materia di responsabilità sanitaria (II)*, in *Giusto proc. civ.*, 2020, 4, 975 ss.

⁽⁴³⁾ C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 291 s.; G.N. NARDO, *Contributo allo studio della istruzione preventiva*, Napoli, 2005, 169 s. Ma v. già V. ANDRIOLI, *Commento al Codice di procedura civile*, IV, Napoli, 1964, 245.

Va dato atto, tuttavia, dell'esistenza di un orientamento giurisprudenziale secondo cui, ove la domanda cautelare *ante causam* sia accolta e ad essa faccia seguito l'instaurazione del giudizio di merito, gli effetti processuali (tra cui la litispendenza) andrebbero fatti risalire alla data di proposizione del ricorso cautelare, in virtù del collegamento con il giudizio a cognizione piena; indirizzo che estende la soluzione anche al caso di provvedimenti che seguano il regime di quelli anticipatori (come le misure di istruzione preventiva: G.N. NARDO, *Contributo*, cit., 159 ss.), sul presupposto che l'ultrattività del provvedimento «attenua, ma non esclude il vincolo di strumentalità della misura rispetto al giudizio di merito», il quale, «ove proposto, costituisce pur sempre la naturale, anche se non necessaria, prosecuzione della fase cautelare» (Cass., 24 luglio 2017, n. 18264; conf. Cass., 9 giugno 2015, n. 11949; Cass. 24 luglio 2007, n. 16328; Cass., 12 luglio

In realtà, alcuni passaggi della motivazione richiedono delle precisazioni. La Corte, nell'affermare che «è al giudizio risarcitorio di merito che si riferisce l'art. 8 nel prevederne una condizione di procedibilità» ⁽⁴⁴⁾ e che «è al giudizio di merito (o quanto meno anche al giudizio di merito) che si riferisce l'art. 15 l. n. 24 del 2017», sembrerebbe vanificare il ragionamento svolto in ordine alla separazione dei due procedimenti, in quanto non vi è dubbio che le indicate previsioni, in base al principio *tempus regit actum*, si sarebbero applicate al giudizio di merito anche se questo si fosse configurato come prosecuzione di un unitario procedimento avviato con il ricorso *ex art. 696-bis c.p.c.*

Il precedente ragionamento della Corte acquisisce un senso quando si tratta di valutare gli effetti della consulenza preventiva

2004, n. 12895).

Ma per una convincente critica fondata sul diverso oggetto del procedimento cautelare, sulla insensibilità *ex art. 669-octies*, comma 9, c.p.c. del giudizio di merito rispetto alla misura interinale e sulla circostanza che il giudizio a cognizione piena non mira a un controllo sull'esito della cautela v. E.F. RICCI, *Il provvedimento cautelare ante causam come lampada di Aladino*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1, 237 ss.; G. GUARNIERI, *Provvedimento cautelare ante causam, litispendenza e individuazione del giudice competente per il merito: vecchi e nuovi prodigi dalla lampada di Aladino*, ivi, 2016, 2, 548; S. RECCHIONI, *Diritto processuale cautelare*, Torino, 2015, 630 ss. In giurisprudenza, per l'esclusione di un rapporto di litispendenza tra giudizio cautelare *ante causam* e giudizio di merito v. Cass., 26 maggio 2014, n. 11778 (secondo la quale «la regola di cui all'art. 39, terzo comma, c.p.c., riferisce la prevenzione all'introduzione del giudizio di merito [...] e non alla proposizione della domanda cautelare»), e Cass., 20 dicembre 2007, n. 26977, in *Giur. it.*, 2008, 10, 2269 ss., con nota di G. FRUS, *Sul possibile curioso fenomeno di litispendenza secundum eventum litis nei rapporti tra procedimento cautelare e procedimento di merito*. V. anche Cass., 3 febbraio 2010, n. 2505, secondo cui il giudizio a cognizione piena proposto all'esito della fase cautelare *ante causam* può essere validamente instaurato davanti al giudice competente per il merito, ancorché diverso da quello della cautela, implicitamente escludendo che la pendenza della lite si perpetui a partire dalla domanda cautelare; nonché Cass., Sez. Un., 9 agosto 1996, n. 7337, la cui massima così recita: «[n]é la litispendenza né la continenza di cause possono configurarsi tra un procedimento per l'adozione di provvedimenti d'urgenza a norma dell'art. 700 c.p.c. ed un giudizio ordinario di merito, in quanto l'insuscettibilità dei richiamati provvedimenti d'urgenza di costituire giudicato essendo essi idonei ad assicurare "provvisoriamente" gli effetti della decisione sul merito e presentandosi l'introduzione del relativo giudizio solo come successiva ed eventuale esclude la ragione stessa di una pronuncia di litispendenza o di continenza di cause».

⁽⁴⁴⁾ La questione però rimaneva estranea al giudizio, l'improcedibilità non essendo stata eccepita né rilevata d'ufficio nei termini previsti.

“monocratica”, la quale, pur essendo sufficiente a fondare la decisione al tempo del suo espletamento, non lo era al tempo in cui era stata acquisita al giudizio di merito, ove bisognava applicare l’art. 15 della legge Gelli-Bianco.

Afferma infatti la Corte che «il Tribunale avrebbe dovuto comunque porsi il problema dell’idoneità della consulenza espletata *ante causam* a costituire valido supporto istruttorio ai fini del giudizio di merito, posto che quella consulenza, benché ritualmente espletata secondo le norme anteriormente vigenti [...], non soddisfaceva il disposto dell’art. 15».

Non è quindi in discussione né il fatto che, ove svolta in corso di causa, la c.t.u. “ordinaria” (artt. 191 ss. c.p.c.) avrebbe dovuto essere effettuata ai sensi dell’art. 15, l. n. 24/2017 (in quanto legge del tempo del compimento dell’atto), né la validità della consulenza preventiva (legittimamente espletata), ma solo l’*efficacia* di quest’ultima ⁽⁴⁵⁾.

Dal complesso del ragionamento condotto, si desume che la Corte abbia riconosciuto alla diversa litispendenza dei due procedimenti la capacità di “spezzare” sul piano formale gli effetti della consulenza preventiva rispetto alla successiva acquisizione, il che ha consentito di superare la difficoltà sopra evidenziata nella distinzione tra gli effetti da sottoporre a regimi giuridici diversi avvicendatisi nel tempo: la consulenza preventiva restava soggetta alla disciplina del tempo del suo svolgimento nel procedimento *ante causam*, ma l’“atto di acquisizione” nel processo di merito di quella consulenza andava sottoposto alle regole in vigore al momento del suo compimento nel procedimento a cognizione piena.

Pertanto, l’“atto di acquisizione” — benché recepisca il mezzo istruttorio così com’è (lasciandone cioè inalterata la consistenza fattuale, diversamente da quanto si verifica con la rinnovazione della prova) —, viene comunque considerato, ai fini del *tempus regit actum*, un atto distinto dalla consulenza preventiva (come tale produttivo di effetti propri) quando vi sia alterità di procedi-

⁽⁴⁵⁾ E, quindi, la sua rilevanza: v. *infra* § 5.

menti (e cioè quando la prova non possa dirsi già appartenente al processo), come si desume chiaramente dall'art. 696-*bis*, comma 5, c.p.c. (da leggere in combinato disposto con l'art. 698, comma 2, c.p.c.) ⁽⁴⁶⁾. In altri termini, nel caso di specie si è escluso che si potesse configurare un'incidenza retroattiva della normativa sopravvenuta sugli effetti della consulenza *ex* art. 696-*bis* c.p.c. (*i.e.* la sua capacità di fondare la decisione al tempo in cui si era formata), considerando questi ultimi come effetti relegati ad una sequenza procedimentale distinta, assurgendo la litispendenza ad elemento formale di discriminare ⁽⁴⁷⁾.

Ma ciò vale solo quando i procedimenti sono diversi. Infatti, argomentando *a contrario* dal ragionamento della Corte, può affermarsi che quando invece la litispendenza sia la stessa (e cioè quando si tratti di una consulenza conciliativa espletata ai sensi

⁽⁴⁶⁾ In base all'art. 696-*bis*, comma 5, c.p.c., «[s]e la conciliazione non riesce, ciascuna parte può chiedere che la relazione depositata dal consulente sia *acquisita* agli atti del successivo giudizio di merito», previa sottoposizione ad un nuovo e autonomo vaglio di ammissibilità e rilevanza ai sensi dell'art. 698, comma 2, c.p.c. Cfr. C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 290, per il rilievo che «[l]a prova assunta in via preventiva non si inserisce automaticamente nel processo principale», essendo necessario un distinto atto di acquisizione; conf. G.N. NARDO, *Contributo*, cit., 169 ss., che giustifica la soluzione legislativa in considerazione dell'autonomia strutturale dei due procedimenti. Con specifico riferimento alla consulenza preventiva ai sensi della legge Gelli-Bianco v. V. ANSANELLI, *Funzionamento della consulenza tecnica preventiva nelle controversie in materia medico-sanitaria*, in AA.VV., *Il contenzioso sulla nuova responsabilità sanitaria (prima e durante il processo)*, coordinato da C. Consolo, Torino, 2018, 66 ss.; in senso parzialmente difforme C. CONSOLO, *Il "tentativo obbligatorio di consulenza-conciliazione" e l'eventuale giudizio di merito: promesse e realtà della elisione della cognizione piena*, ivi, 45, per il quale l'acquisizione della relazione peritale, una volta proposta l'istanza, sarebbe sostanzialmente automatica; v. anche I. PAGNI, *Processo e composizione negoziale*, cit., 984 s., secondo la quale «il fatto che il legislatore abbia voluto racciordare la consulenza tecnica preventiva al procedimento sommario [oggi semplificato: *n.d.r.*] di cognizione perché una porzione di istruttoria è già stata anticipata, suggerisce di ritenere che l'acquisizione della ctu, richiesta dalle parti, debba essere pressoché automatica, a meno che non ricorrano ipotesi di nullità».

⁽⁴⁷⁾ Sulla rilevanza della litispendenza nella risoluzione delle questioni di diritto intertemporale, sebbene nella prospettiva del *tempus regit processum*, v. V. CAPASSO, *Il tempo regge il processo ... solo se valid(amente instaurato)? Di inutili complicazioni di principio e di millantate discontinuità nel rapporto processuale*, in *Foro it.*, 2021, I, 552 ss. (impostazione accolta anche dalla giurisprudenza: v. Cass., 19 settembre 2024, n. 25145).

della legge Gelli-Bianco cui abbia fatto seguito l'instaurazione del giudizio di merito nel termine previsto dall'art. 8, comma 3, l. n. 24/2017, con retroazione, quindi, degli effetti della domanda), la legge di riferimento per regolare tutti gli effetti della consulenza, non avendo questi subito cesura alcuna, vada individuata in quella di acquisizione originaria nell'istruzione preventiva ⁽⁴⁸⁾. Ciò in quanto, per il tramite della descritta *fictio iuris* (ove specificamente prevista dalla legge), deve ritenersi che il procedimento sia il medesimo e che la prova acquisita in una fase precedente già appartenga ad esso (sia pur in modo "virtuale"), sicché rispetto al mezzo istruttorio l'atto di acquisizione svolge una funzione meramente dichiarativa di un elemento interno all'*unico* processo, assolvendo esclusivamente alla finalità di consentire l'apprensione materiale dello strumento conoscitivo con il suo statuto originario ⁽⁴⁹⁾.

In questo modo, la pronuncia fornisce un argomento ulteriore per prendere le distanze dall'indirizzo seguito dalla giurisprudenza penale che, come visto, enfatizza il momento della valutazione ⁽⁵⁰⁾: ciò che rileva è il tempo dell'acquisizione nell'ambito di uno *stesso* processo (con la conseguenza che se i processi sono più d'uno, rileva il momento dell'acquisizione nel successivo processo in cui la prova dovrà essere impiegata per la decisione).

Pertanto, nella misura in cui la Cassazione riconosce alla consulenza preventiva un'efficacia dimostrativa conforme alla legge del tempo dell'acquisizione nel giudizio a cognizione piena, la sentenza si allinea a quanto affermato in via generale dalla dottrina con riferimento alla prova proveniente da altri processi (c.d.

⁽⁴⁸⁾ Nella specie la salvezza degli effetti *ex* art. 8, comma 3, l. n. 24/2017 non poteva operare perché si trattava di consulenza preventiva ordinaria espletata ai sensi art. 696-bis e non ai sensi della legge Gelli-Bianco.

⁽⁴⁹⁾ In altri termini, l'unicità del processo e l'efficacia dichiarativa dell'acquisizione di atti da considerarsi già interni al medesimo fa riaffiorare la distinzione tra piano naturalistico (basato sui fatti nella loro realtà fenomenica) e piano giuridico (fondato su valutazioni di opportunità del legislatore), non necessariamente coincidenti. Sul rapporto tra i due piani v., in particolare, le considerazioni di G. SABATINI, *Trattato dei procedimenti incidentali nel processo penale*, Torino, 1953, 4.

⁽⁵⁰⁾ V. *supra*, § 3.

prova prestata o aliena) ⁽⁵¹⁾. Per la circolazione delle prove tra processi diversi, infatti, sono state individuate due condizioni: la valida assunzione nel processo di origine e l'attribuzione alla prova del valore che essa ha nel processo ricevente ⁽⁵²⁾, dovendosi guardare — si direbbe ⁽⁵³⁾ — alla legge del tempo in cui il risultato conoscitivo è acquisito nel secondo.

Ad una diversa conclusione potrebbe pervenirsi, però, ove si ritenesse che l'assunzione della prova nei procedimenti di istruzione preventiva cristallizzi in quel momento il valore che essa avrebbe nel successivo processo di merito (in guisa di "effetto prenotativo"). In effetti potrebbe obiettarsi che — contrariamente a quanto predicabile rispetto alla prova prestata, che sorge da un procedimento avente un diverso oggetto e che accidentalmente può rilevare in altri processi ⁽⁵⁴⁾ — l'istruzione preventiva nasce appositamente allo scopo di «conservare la prova» ⁽⁵⁵⁾ per esigenze cautelari o, nel caso della consulenza *ex art. 696-bis c.p.c.*, per una valutazione di opportunità del legislatore legata al duplice fine di incentivare il ricorso a strumenti conciliativi e di non disperdere i frutti dell'attività svolta. Tali tratti distintivi, tuttavia, non appaiono idonei, di per sé, a differenziare il regime delle misure di istruzione preventiva da quello della prova prestata sotto il profilo che qui interessa, apparendo viceversa prevalente quello — invece comune — della diversità dei procedimenti, da valorizzarsi in rapporto al principio di immediatezza della prova. Nonostante l'esistenza di alcune previsioni che potrebbero far

⁽⁵¹⁾ Cfr. J. BENTHAM, *Teoria delle prove giudiziarie*, I, Bergamo, 1824, 29 (trad. di B.V. ZAMBELLI); F. CORDERO, *Procedura penale*, 8^a ed., Milano, 2006, 804.

⁽⁵²⁾ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività processuale in un diverso giudizio*, Bologna, 2016, 157 e 215; ma v. già, nello stesso senso, C. SQUASSONI, *Sub art. 238*, in AA.VV., *Commento al nuovo codice di procedura penale*, II, diretto da M. Chiavario, Torino, 1990, 662; N. ROMBI, *Circolazione probatoria e diritto al contraddittorio (art. 238 c.p.p.)*, in AA.VV., *Giusto processo. Nuove norme sulla formazione e valutazione della prova (legge 1° marzo 2001, n. 63)*, a cura di P. TONINI, Padova, 2001, 375.

⁽⁵³⁾ Il punto non è infatti chiarito dalla dottrina citata nella nota precedente, ma si direbbe implicito nella ricostruzione.

⁽⁵⁴⁾ L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività*, cit., 66.

⁽⁵⁵⁾ G.N. NARDO, *Contributo*, cit., 161.

propendere per un sovvertimento del rapporto regola-eccezione⁽⁵⁶⁾, deve infatti ritenersi che tale principio continui a costituire una regola generale, stante il suo fondamento costituzionale (art. 111, comma 2, Cost., che, come noto, riguarda «ogni processo» che si svolga «davanti a giudice») e la sufficienza dell'astratta rinnovabilità della prova davanti al giudice della decisione⁽⁵⁷⁾. Sicché le eccezioni invocate dalla dottrina altro non costituiscono che dei temperamenti (peraltro superabili, appunto, con la rinnovazione) frutto di un bilanciamento con principi concorrenti (come quello di non dispersione della prova)⁽⁵⁸⁾. Tale conclu-

⁽⁵⁶⁾ Cfr. L. QUERZOLA, *L'efficacia dell'attività*, cit., 65, che annovera tra le eccezioni al principio di immediatezza l'alterità soggettiva tra giudice istruttore e collegio nei casi di cui all'art. 50-bis c.p.c., l'immutabilità del giudice ex art. 276 c.p.c. (in quanto ricollegata alla discussione o, in difetto, alla rimessione in decisione e non all'apertura dell'istruzione) e la riassunzione ex art. 50 c.p.c. oltre alle varie ipotesi riassuntive del processo in cui la legge non pone limitazioni all'efficacia delle prove raccolte nella fase precedente.

⁽⁵⁷⁾ F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile. Principi e modelli della tutela giurisdizionale dei diritti*, 4ª ed., Bologna, 2026, 262. Infatti, nessuna delle previsioni invocate da Querzola nella nota precedente impediscono al giudice della decisione di rinnovare la prova.

⁽⁵⁸⁾ Come noto, il principio, ricavato dalla giurisprudenza costituzionale (Corte cost., 3 giugno 1992, n. 255, in *Foro it.*, 1992, I, 2012, con nota di G. DE CHIARA, *L'acquisizione come «eterno ritorno»: tecnica delle contestazioni ed usi dibattimentali delle indagini a seguito della sentenza 255/92 della Corte costituzionale*, e di G. FIANDACA, *Modelli di processo e scopi della giustizia penale*), ha subito una compressione in materia penale a seguito della modifica dell'art. 111 Cost. (l. cost. 23 novembre 1999, n. 2), ma resta valido in ogni altro tipo di processo (cfr. V. CAPASSO, *L'elaborato peritale*, cit., 132 s.).

Il principio di immediatezza è stato invocato in relazione alla formulazione dell'art. 698, comma 2, c.p.c.: sul presupposto che l'istruzione preventiva non può pregiudicare il convincimento del giudice, si è sostenuto che la previsione si limita ad escludere che il provvedimento *ante causam* possa impedire la rinnovazione nel giudizio di merito delle prove anticipate, senza però far cadere il *dovere* del giudice di procedere alla riassunzione quando la prova sia ripetibile (G. NICOTINA, *L'istruzione preventiva nel Codice di procedura civile*, Milano, 1979, 92; ma *contra* R. VACCARELLA, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 362). Non sembra però che possa condividersi questa opinione. Come detto il principio dell'immediatezza impone solo un'astratta rinnovabilità della prova davanti al giudice della decisione e non già un obbligo di rinnovazione, dovendosi tener conto del principio di non dispersione: sicché un obbligo di rinnovazione, ove non espressamente previsto, deve ricavarsi argomentando da altri elementi, diversi dal principio di immediatezza.

Persino nel processo penale è discussa la configurabilità di un dovere di rinnovazio-

sione, del resto, appare confermata dal confronto tra gli artt. 50 e 310, comma 3, c.p.c. Il silenzio serbato dalla prima norma (che non ricollega alcuna *deminutio* all'efficacia delle prove raccolte davanti al giudice incompetente, diversamente da quanto dispone espressamente la seconda) non milita nel senso di un preteso sovvertimento del valore dell'immediatezza, ma si giustifica proprio in ragione della litispendenza (e qui uno stretto collegamento con il primo argomento), posto che, a seguito della riassunzione *ex* art. 50 c.p.c., il processo resta il medesimo, mentre la *deminutio* di cui all'art. 310, comma 3, c.p.c. può ritenersi agganciata all'alterità tra il procedimento estinto e quello nuovo ⁽⁵⁹⁾.

ne della prova assunta nell'incidente probatorio quando essa sia ripetibile in dibattimento (il dovere di rinnovazione è sostenuto da N. TRIGGIANI, *Indagini preliminari*, in AA.VV., *Manuale di diritto processuale penale*, 5a ed., Torino, 2025, 545 s., ma la giurisprudenza è orientata in senso contrario argomentando dalla lettera dell'art. 403 c.p.p.: Cass. pen., 8 giugno 2022, n. 22177; Cass. pen., 15 gennaio 2015, n. 1832).

⁽⁵⁹⁾ Il riferimento ai soli artt. 50 e 310 c.p.c., operato nel testo, si giustifica in quanto i medesimi appartengono all'impianto originario del codice, sicché rispetto ad essi può valorizzarsi — sia pur *a contrario* — il canone della costanza terminologica, dovendosi ritenere che la mancata ripetizione della previsione della *deminutio*, proprio in quanto realizzatasi nella redazione coeva delle due disposizioni, sia frutto di consapevole scelta del legislatore.

E tuttavia, quanto affermato nel testo non sembra indubbiato neppure dal — comunque sopravvenuto — art. 59, comma 5, l. 18 giugno 2009, n. 69 che, pur prevedendo la degradazione del valore probatorio delle prove raccolte innanzi al giudice sfornito di giurisdizione, testualmente limita la previsione ai casi di «riproposizione»: ciò suggerisce che, nonostante la salvezza degli effetti della domanda a seguito della *translatio*, il nuovo processo nato dalla «riproposizione» sia considerato distinto dal primo quanto all'efficacia delle prove e che la descritta *deminutio* non si verifichi in caso di «riassunzione», sempre che si voglia seguire l'interpretazione suggerita da G. VERDE, *Diritto processuale civile*, I, 7a ed., Bologna, 2025, 39 ss. per attribuire un senso ad una «disposizione malformulata» (ivi, p. 41). Fa eccezione a tale ricostruzione il disposto dell'art. 819-*quater*, comma 3, c.p.c. (introdotto dalla riforma Cartabia del 2022) che prevede la degradazione delle prove raccolte nel passaggio da giudizio arbitrale a giudizio statale (e viceversa), passaggio qualificato espressamente come ipotesi di «riassunzione» (sul tema v. E. ZUCCONI GALLI FONSECA, *Diritto dell'arbitrato*, Torino, 2025, 164 ss.): ma la previsione può giustificarsi in considerazione dei non sopiti dubbi circa la riconducibilità dell'arbitrato rituale al fenomeno giurisdizionale e comunque, a fronte delle altre ipotesi esaminate, può essere intesa come deroga alla disciplina altrimenti applicabile e non come espressione di un principio generale. In ogni caso, le previsioni introdotte nel 2009 e nel 2022 paiono inserirsi nel solco di un rafforzamento del valore dell'immediatezza operato dalla legge ordinaria (comunque oltre il livello minimo costituzionalmente previsto dall'art. 111,

5. Nullità (dell'acquisizione) della consulenza tecnica in materia di *medical malpractice* per violazione del requisito della collegialità.

Ciò detto con riferimento alla diversità dei procedimenti quale elemento formale per regolare gli effetti ricollegabili agli atti che si pongono a metà strada tra le due sequenze, deve esaminarsi la restante parte del ragionamento della Corte. La Cassazione, dopo aver ribadito la validità della consulenza preventiva nel procedimento *ante causam* ed averle riconosciuto un'efficacia probatoria conforme a quella della legge del tempo dell'acquisizione nel nuovo processo, ha ritenuto che l'inosservanza del requisito della necessaria collegialità di cui all'art. 15, l. n. 24/2017 «è causa di nullità della sentenza che sia resa sulla base della consulenza».

La nullità, nonostante la mancanza di una comminatoria espressa (art. 156, comma 1, c.p.c.), è ricavata dalla Cassazione argomentando dallo scopo (art. 156, comma 2, c.p.c.) della consulenza collegiale. Viene infatti richiamata Corte cost., 20 maggio 2021, n. 102 ⁽⁶⁰⁾, secondo la quale «[n]el settore della responsabilità medica il principio di necessaria collegialità dell'incarico peritale scaturisce da una valutazione del legislatore circa la delicatezza delle indagini e l'esigenza di perseguire una verifica dell'*an* e del *quantum* della responsabilità che sia il più possibile esaustiva e conforme alle *leges artis*»; premessa muovendo dalla quale la Consulta ha, come noto, dichiarato l'illegittimità parziale del comma 4 dell'art. 15, l. n. 24/2017, ritenendo irragionevole l'esclusione ivi prevista della maggiorazione dei compensi in quanto essa — potendo «favori[re] l'allontanamento dal circuito dei consulenti tecnici di ufficio e periti da parte dei professionisti dotati di maggiore esperienza e specializzazione, disincentivati

comma 2, Cost. che si limita a richiedere l'astratta rinnovabilità della prova), laddove nella concezione del legislatore del 1940 l'operatività del meccanismo di degradazione (artt. 50 e 310 c.p.c.) era agganciata unicamente all'unitarietà/alterità del/i procedimento/i.

⁽⁶⁰⁾ In *Foro it.*, 7-8, 2021, I, 2270 ss. e in *Diritto & Giustizia*, 101, p. 2 ss. con nota di G. MARINO, *Responsabilità sanitaria: il taglio dei compensi del collegio peritale è incostituzionale?*

dalla preordinata incongruenza degli onorari spettanti rispetto alla qualità e quantità dell'impegno richiesto» — «contraddice[-va] lo *scopo* della disciplina dell'istituto processuale di cui si tratta, che [...] va identificato con l'esigenza di assicurare un livello di precisione tecnica e di attendibilità dei risultati delle indagini confacente alla complessità della materia e alla delicatezza degli interessi coinvolti» (enfasi aggiunta) ⁽⁶¹⁾.

Pertanto, che l'esigenza di una pluralità di esperti sia il risultato di una preavutazione di complessità tecnica della vertenza compiuta dal legislatore — finalizzata altresì ad escludere qualsivoglia margine di discrezionalità giudiziale sul punto — si desume chiaramente dai lavori parlamentari: infatti, il testo approvato in prima lettura dalla Camera prevedeva la nomina di un collegio nei soli casi «implicanti la valutazione di problemi tecnici complessi», mentre tale inciso è stato successivamente espunto in Senato ⁽⁶²⁾. Può quindi affermarsi che legislatore abbia previsto una

⁽⁶¹⁾ La Cassazione richiama anche alcuni suoi precedenti (Cass., 12 maggio 2021, n. 12593; Cass., 10 dicembre 2019, n. 32143) che pure avevano affermato, sebbene incidentalmente e senza affrontare *funditus* la questione, la nullità della consulenza in caso di violazione del principio di collegialità *ex* art. 15 legge Gelli-Bianco.

A seguito della pubblicazione della sentenza in commento anche altre pronunce si sono uniformate al principio di diritto in essa affermato quanto alla nullità della consulenza monocratica (sebbene le vicende che hanno occasionato i nuovi arresti non presentassero problemi di diritto intertemporale): cfr. Cass., 29 marzo 2026, n. 7577; Cass., 24 dicembre 2025, n. 34085, la quale espressamente afferma che la violazione dell'art. 15, l. n. 24/2017 «determina la nullità dell'atto di nomina dell'ausiliario (o degli ausiliari) e della conseguente consulenza tecnica, in quanto privi dei requisiti formali indispensabili per il raggiungimento dello scopo, ai sensi dell'art. 156, co. 2, c.p.c.» aggiungendo — in modo tuttavia non condivisibile, stante, da un lato, la tassatività dei casi di nullità assoluta ai sensi dell'art. 157, comma 1, c.p.c. e, dall'altro, il principio di conversione di cui all'art. 161, comma 1, c.p.c. — che «[l]a nullità in esame, in quanto posta a presidio di un interesse di carattere pubblicistico, deve ritenersi rilevabile, anche d'ufficio, in ogni stato e grado del processo».

⁽⁶²⁾ Il testo delle due versioni è consultabile all'indirizzo <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00993628.pdf>, p. 37 s.

Così facendo, l'art. 15 della l. Gelli-Bianco ha recepito una soluzione suggerita anche dagli stessi esperti del settore (cfr. art. 62 del Codice di deontologia medica del 2018 a mente del quale «[i]l medico legale, nei casi di responsabilità medica, si avvale di un collega specialista di comprovata competenza nella disciplina interessata; in analoghe circostanze, il medico clinico si avvale di un medico legale»): v. B. GUIDI - E. OCCHIPINTI,

presunzione di necessarietà del collegio, onde favorire il dialogo tra le diverse branche della medicina in vista del conseguimento di un responso scientificamente accurato, negando in radice la «concludenza» ⁽⁶³⁾ della consulenza monocratica: ciò che, del resto, ha delle inevitabili ripercussioni sulla nomina dei consulenti di parte, stante l'esigenza di assicurare adeguati strumenti difensivi nell'ambito del procedimento peritale ⁽⁶⁴⁾.

Se può condividersi il riferimento all'inidoneità al raggiungimento dello scopo quale fondamento della nullità di cui si discorre, devono però farsi delle precisazioni in merito ad un'altra affermazione della S.C. La consulenza preventiva era senz'altro valida al tempo in cui si era formata; ma, come si è visto, il susseguirsi delle

La legge Gelli-Bianco sul tema della Consulenza Tecnica d'Ufficio: necessità della riforma?, in *Danno resp.*, 2019, 2, 177 s. Cfr. anche la Risoluzione del C.S.M. del 25 ottobre 2017, relativa ai criteri per la selezione dei consulenti nei procedimenti concernenti la responsabilità sanitaria, p. 3, ove si legge: «l'affiancamento nelle perizie del medico legale allo specialista sostanzia la garanzia di un collegamento tra sapere giuridico e sapere scientifico, necessario per consentire al giudice di espletare in modo ottimale la funzione di controllo logico razionale dell'accertamento peritale».

⁽⁶³⁾ Sul concetto di «concludenza» quale capacità della c.t.u. ad essere sempre idonea, indipendentemente dal responso ai quesiti, a rimuovere la situazione di incertezza che l'ha occasionata v. F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria*, cit., 112 ss.

⁽⁶⁴⁾ È noto che l'art. 201 c.p.c. consenta alle parti di farsi assistere da un solo consulente tecnico, limitazione la cui *ratio* è ravvisata nell'esigenza di garantire la parità delle armi e di contenere le spese che il soccombente dovrebbe rimborsare alla parte vittoriosa (F. AULETTA, *Diritto giudiziario civile*, cit., 280 s.; Trib. Verbania, ord. 17 dicembre 2010, in *Giusto proc. civ.*, 2011, 3, 845, con nota di M. TERESI, *Il rinnovato profilo del procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*). Tuttavia, è da ritenere che l'indicata limitazione sia collegata alla sola ipotesi «normale» di consulenza (cioè di quella monocratica, che è sempre tale salvo che ricorra una situazione di «grave necessità» ai sensi dell'art. 191, comma 2, c.p.c. o che sia diversamente disposto dalla legge, come appunto avviene con l'art. 15, l. n. 24/2017); laddove, in base ad una valutazione del giudice o della legge, l'incarico sia affidato a più c.t.u., alle parti deve riconoscersi il diritto di nominare più c.t.p. quale potere speculare rispetto a quello attribuito al giusdicente (su modello di quanto espressamente prevede l'art. 225, comma 1, c.p.p., da intendere come espressione di un principio generale), al fine di assicurare un contraddittorio endo-peritale pieno: infatti, se il giudice o il legislatore ha stimato che un solo soggetto non abbia o non possa essere dotato del complesso delle conoscenze necessarie per l'espletamento dell'incarico, non può ragionevolmente pretendersi che le parti siano in grado di confutare le conclusioni peritali mediante il ricorso a un solo consulente, chiamato a svolgere un ruolo irrealisticamente onnisciente.

leggi nel tempo, pur non avendo inciso sulla validità dell'atto "consulenza", ha comunque attribuito (a causa della diversa litispendenza, che ha introdotto una cesura formale negli effetti degli atti collocati nelle due diverse sequenze) all'"atto di acquisizione" di quella consulenza un'efficacia conforme alla legge del tempo di acquisizione nel nuovo processo. Di conseguenza, la consulenza monocratica, benché immune da vizi genetici nel procedimento di origine, una volta recepita nell'"atto di acquisizione" nel procedimento di destinazione non risultava efficace e quindi non era utilizzabile (similmente a quanto avviene con le fattispecie processualciviltiche di "inutilizzabilità fisiologica" sopra esaminate).

Orbene, va ricordato che l'ammissione in giudizio di una prova è subordinata non solo all'ammissibilità in senso stretto (quale assenza di divieti di legge alla sua formazione o introduzione) ma anche alla rilevanza (intesa come potenziale utilità per la decisione) ⁽⁶⁵⁾ del mezzo e per definizione una consulenza *ex lege* inefficace ⁽⁶⁶⁾ non può dirsi utile ai fini della risoluzione della controversia: pertanto non può condividersi l'affermazione della Cassazione secondo cui la consulenza preventiva era stata «ammissibilmente acquisita al giudizio di merito».

In sintesi, la nullità è derivata dall'aver il giudice consentito (espressamente o implicitamente) ⁽⁶⁷⁾ l'acquisizione di una con-

⁽⁶⁵⁾ Per questi concetti v. M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 337 ss. Sebbene il riferimento all'«ammissibili[tà] e relevan[za]» sia stato espunto dall'art. 183 c.p.c. con la riforma Cartabia, non può dubitarsi della perdurante validità di tali condizioni, anche perché continuano ad essere previste per l'istruzione preventiva dall'art. 698, comma 2, c.p.c.

⁽⁶⁶⁾ V. *supra*, § 4. In via generale, la rilevanza è una condizione da accertare *ex ante*, valutando in via ipotetica e astratta se la prova appaia pertinente all'oggetto del giudizio, mentre l'efficacia si riferisce all'esito conoscitivo concreto sulla formazione del convincimento giudiziale una volta che il mezzo istruttorio sia stato espletato (M. TARUFFO, *Studi sulla rilevanza della prova*, Padova, 1970, 11 e 62). Tuttavia, nel caso di specie, può affermarsi che l'inefficacia *ex lege* della consulenza preventiva monocratica risultante dalla successione di leggi nel tempo abbia reso *automaticamente* il mezzo irrilevante, poiché sarebbe stato del tutto inutile procedere all'acquisizione di una prova che, secondo una prevalutazione del legislatore, non era "concludente" e che, quindi, non poteva essere impiegata nella decisione.

⁽⁶⁷⁾ Benché l'art. 698, comma 3, c.p.c. stabilisca che « [i] processi verbali delle

sulenza preventiva (valida ma) inefficace (e quindi senz'altro irrilevante) e aver deciso sulla base di questa, donde la causalità del vizio (che si è propagato fino alla sentenza) ⁽⁶⁸⁾.

Vi era dunque un dovere di rinnovazione *ex art.* 162 c.p.c., in conseguenza della riscontrata nullità dell'acquisizione del mezzo nel giudizio di merito ⁽⁶⁹⁾, il che ovviamente esclude la possibilità

prove non possono essere prodotti, né richiamati, né riprodotti in copia nel giudizio di merito, prima che i mezzi di prova siano stati dichiarati ammissibili nel giudizio stesso», la giurisprudenza ritiene che l'acquisizione nel procedimento a cognizione piena della prova preventiva non debba necessariamente avvenire a mezzo di un provvedimento formale, bastando la sua materiale acquisizione ed essendo sufficiente che la parte che ne lamenti l'irritualità sia stata posta in grado di contraddire in merito alle sue risultanze (Cass., 13 febbraio 2024, n. 3974; Cass., 5 aprile 2016, n. 6591; Cass., 9 novembre 2009, n. 23693). Alla luce di questo indirizzo, la prima istanza o difesa in cui dedurre il vizio coinciderà con l'atto immediatamente successivo all'introduzione materiale del mezzo probatorio formato in via cautelare, pur se fatto confluire irritualmente negli atti di causa senza un provvedimento espresso. Tuttavia, dal testo della sentenza non è possibile stabilire se in primo grado vi sia stata ammissione implicita o meno.

Invece, non è chiaro quale sia stato il momento in cui si è verificato il vizio nella ricostruzione della Cassazione. La S.C., dopo aver affermato che la consulenza preventiva era stata «ammissibilmente acquisita al giudizio di merito» (il che, come detto nel testo, non può condividersi) aggiunge che «[i]l vizio [...] è conseguentemente derivato sulla sentenza» «a motivo del mancato accoglimento [della] richiesta [di rinnovazione della consulenza]». Tuttavia, in un punto successivo, la Corte, nell'affermare che il «vizio processuale» era stato dedotto «sin dall'atto di citazione introduttivo del giudizio di merito», pare far risalire la nullità alla stessa consulenza preventiva. Ma questo secondo passaggio può leggersi anche nel senso della superfluità di un approfondimento della questione, in considerazione del fatto che la deduzione era stata effettuata fin dall'inizio e che l'eccezione era stata successivamente reiterata.

⁽⁶⁸⁾ Cass., 27 luglio 2011, n. 16441; Cass., 7 dicembre 1994, n. 10500; Cass., 25 giugno 1985, n. 3810; Cass., 13 dicembre 1980, n. 6447; F. AULETTA, *La nullità della relazione del consulente tecnico: un confronto tra principi di offensività del vizio e di coerenza nella difesa della parte*, in *Corr. giur.*, 2016, 2, 262 s. Ma per la tesi che nega rilevanza alla causalità del vizio dell'atto di acquisizione probatoria sul segno della decisione e che ricollega la nullità della sentenza all'invalidità della chiusura dell'istruttoria *ex art.* 209 c.p.c. v. V. CAPASSO, *Nullità degli atti*, cit., 200.

⁽⁶⁹⁾ Non si trattava pertanto di un caso di rinnovazione *ex art.* 196 c.p.c., tradizionalmente concepita come facoltà per il giudice (Cass., 25 novembre 2003, n. 17906; Cass., 10 giugno 1998, n. 5777; Cass., 9 novembre 1982, n. 5888). Per il rilievo che la rinnovazione *ex art.* 196 c.p.c., potendo essere «sempre» disposta dal giudice, è di fatto idonea ad assorbire i casi di nullità relativa della c.t.u. pur quando non dedotti dalle parti nel termine v. F. AULETTA, *Il procedimento di istruzione probatoria*, cit., 230; ID., *Lo stato presente del procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico*, in AA. VV., *La consulenza tecnica d'ufficio Funzione, oggetto, sindacabilità*, a cura di S. PATTI -

di impiegare a fini valutativi, dopo la rinnovazione collegiale ai sensi dell'art. 15, l. n. 24/2017 (quale legge del tempo dello svolgimento della nuova c.t.u.), la consulenza monocratica ⁽⁷⁰⁾.

6. Conclusioni.

In conclusione, pur a fronte di un percorso argomentativo non sempre lineare, la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza in commento merita di essere condivisa. Essa si segnala, infatti, per il contributo offerto alla risoluzione delle questioni di diritto intertemporale in ambito processuale — in particolare, nell'istruzione probatoria —, individuando nella litispendenza non solo un criterio di riferimento ma anche un elemento di raccordo tra le due principali teorie in materia, nell'auspicio che ciò possa rappresentare un passo avanti verso l'accoglimento del (preferibile) principio *tempus regit processum*; ma per questo bisognerà attendere gli sviluppi della riflessione dogmatica e della prassi applicativa.

FRANCESCO CAPASSO

ABSTRACT: Partendo da una recente sentenza della Corte di cassazione riguardante l'articolo 15 della legge n. 24 del 2017, che prevede che la consulenza tecnica in tema di responsabilità sanitaria debba essere affidata a un collegio di esperti, l'articolo esamina l'applicazione dei principi di diritto intertemporale in materia di istruzione probatoria. In primo luogo, lo studio passa in rassegna i punti di forza e di debolezza delle principali teorie in materia, attingendo alla disciplina dettata per il processo penale per determinare quando la prova si considera perfezionata come fattispecie giuridica e per individuare soluzioni in linea con le disposizioni del Codice di procedura civile. Una volta stabilito tale quadro di riferimento, l'articolo si avvale delle riflessioni dottrinali relative alla "prova prestata" e all'autonomia dei procedimenti

R. POLI, Torino, 2024, 9 s.

⁽⁷⁰⁾ Viceversa, qualora si fosse trattato di rinnovazione *ex art. 196 c.p.c.* sarebbe stato possibile, secondo la giurisprudenza, utilizzare la prima relazione, in considerazione della completa equiparazione tra prove preventive e atti di istruzione ordinari (C. BESSO, *La prova prima del processo*, cit., 293; G.N. NARDO, *Contributo*, cit., 81 e 161): v. Cass., 15 luglio 1980, n. 4581, che però richiede l'esplicitazione delle ragioni per cui il primo parere si riveli più corretto.

di istruzione preventiva. L'Autore attribuisce così un peso decisivo alla litispendenza come elemento formale di discriminazione, in grado di separare gli effetti soggetti a regimi giuridici diversi succedutisi nel tempo nell'ambito degli effetti di un atto situato a metà strada tra più procedimenti. Su questa base si giustifica la conclusione della sentenza in esame: la necessità di nominare un collegio di esperti è legata a una presunzione di complessità stabilita dal Legislatore. Di conseguenza, una sentenza fondata su un elaborato peritale che non soddisfi i requisiti previsti dalla normativa vigente al momento della sua acquisizione nel processo di destinazione è nulla, in quanto la consulenza non è idonea a raggiungere il suo scopo.

ABSTRACT: *Starting from a recent ruling of the Court of Cassation on regarding Article 15 of Law No. 24 of 2017, which provides that technical advice on medical malpractice must be entrusted to a panel of experts, the paper examines the application of intertemporal law principles in procedural matters relating to the taking of evidence. Firstly, the study reviews the strengths and weaknesses of the primary theories on this topic, using the rules governing criminal proceedings to determine when evidence is finalised as a legal concept and to find solutions that align with the provisions of the Code of Civil Procedure. Having established this framework, the paper draws on scholarly insights concerning "borrowed evidence" and the autonomy of preliminary investigation proceedings. The Author thus attributes decisive weight to lis pendens as a formal distinguishing factor, capable of separating the effects subject to different legal regimes that have succeeded one another over time within the scope of the effects of an act situated midway between multiple proceedings. Based on this, the conclusion of the judgment under discussion is justified: the need to appoint a panel of expert witnesses is linked to a presumption of complexity established by the Lawmaker. Consequently, any judgement based on an expert report that does not meet the requirements provided by the law in force at the time it was acquired in the receiving proceedings is null and void, as the expert report is unsuitable for achieving its purpose.*

Il delitto di Giacomo Matteotti e la responsabilità dello Stato: una rilettura giuridica contemporanea (*)

di FEDERICA NAPOLEONE

*La storia non si seppellisce co' cadaveri dei traditi: essa imbraccia le sue
tavole di bronzo quasi scudo,
che salva dall'oblio i traditi e i traditori (1)*

SOMMARIO: 1. Introduzione. — 2. Il contesto giuridico-istituzionale nella crisi dello Stato liberale. — 3. Sulla riconducibilità del fatto allo Stato: ipotesi di immedesimazione organica. — 4. Il dovere di tutela da parte dello Stato derivante dal rischio prevedibile. — 5. L'obbligo di indagine effettiva e il giusto processo. — 6. La dimensione collettiva della vicenda processuale: il diritto alla verità. — 7. Conclusioni.

1. Introduzione.

Il Delitto Matteotti è sempre stato interpretato principalmente come un passaggio cruciale dalla crisi dello Stato liberale all'affermazione del regime fascista, e la storiografia ne ha chiarito il contesto politico ed il significato istituzionale. Più raramente, però, la vicenda è stata affrontata come un vero e proprio caso giuridico, capace di interrogare le categorie della responsabilità pubblica e della tutela dei diritti fondamentali.

(*) Il presente saggio si colloca in ideale continuità con i contributi pubblicati nei precedenti fascicoli della *Rivista* in relazione alle celebrazioni del Centenario del processo Matteotti a Chieti, la cui direzione scientifica è affidata ai professori Roberto Martino e Vera Fanti.

(1) F.D. GUERRAZZI, *Beatrice Cenci: storia del secolo XVI*, 1° ed., Pisa, 1853, 8. Questo passaggio è stato ripreso anche da M. DEL GIUDICE, *Cronistoria del Processo a Matteotti*, in AA.VV., *Delitto Matteotti. I processi*, 1° ed., Milano, 2014, 25.

Eppure, proprio in questa prospettiva, il caso presenta elementi di particolare interesse. L'omicidio di Giacomo Matteotti non può essere letto soltanto come un atto di violenza politica, poiché impone di chiedersi fino a che punto lo Stato fosse in grado (o, meglio, fosse disposto) a garantire la sicurezza di un proprio rappresentante e a reagire in modo adeguato a violazioni così gravi. La questione, dunque, lungi dal riguardare solo l'accertamento delle responsabilità individuali, investe anche il ruolo dello Stato nel prevenire il fatto e nel gestirne le conseguenze.

Muovendo da questa premessa, il presente contributo propone una rilettura della vicenda alla luce delle categorie sviluppate dal moderno diritto nazionale ed europeo. Senza forzare anacronisticamente il contesto storico, verranno utilizzati tali strumenti come chiavi interpretative, al fine di mettere in evidenza profili che, pur non esplicitamente tematizzati all'epoca dei fatti per via del contesto storico-politico (e, di conseguenza, giuridico), risultano oggi centrali. Si pensi, a titolo esemplificativo, agli obblighi positivi di protezione e di indagine effettiva da parte dello Stato o, più in generale, alla conseguente responsabilità dello Stato per condotte omissive in tal senso.

Il *fil rouge* che guida il lavoro muove dalla premessa che il caso Matteotti può essere considerato un esempio paradigmatico di violazione del diritto alla vita e del diritto ad un equo processo, nella sua dimensione sostanziale e, soprattutto, in quella procedurale. Vi sono, infatti, elementi che fanno sorgere dubbi sia sulla prevedibilità del rischio e sulla mancata adozione di misure preventive adeguate, sia sul modo in cui furono condotte le indagini e amministrato il processo, mettendo in discussione la reale capacità dell'ordinamento di accertare i fatti in maniera autonoma ed efficace.

L'interesse per questa rilettura non è esclusivamente retrospettivo. Analizzare il caso consente di collocarlo in un quadro più ampio, in relazione all'efficacia delle garanzie giuridiche nei contesti di crisi e al rapporto tra potere politico e tutela effettiva dei diritti. In quest'ottica, dunque, il Delitto Matteotti sarà analizzato come una vicenda che ancora oggi continua ad offrire stru-

menti preziosi per riflettere sui limiti e sulle responsabilità dello Stato di fronte a violazioni gravi dei diritti fondamentali.

2. Il contesto giuridico-istituzionale nella crisi dello Stato liberale.

Al fine di comprendere la portata del Delitto Matteotti sotto il profilo della responsabilità dello Stato e, in generale, per carpirne la rilevanza per la storia d'Italia, è imprescindibile soffermarsi, sia pure sinteticamente, sul contesto giuridico-istituzionale in cui esso si colloca. La ricostruzione del quadro dell'epoca, infatti, testimonia le condizioni strutturali dell'ordinamento che hanno reso possibile, e in certa misura favorito, il verificarsi della vicenda.

Nel 1924 l'Italia era formalmente ancora uno Stato liberale, retto dallo Statuto Albertino, anche se tale qualificazione appariva già ampiamente svuotata sul piano sostanziale. Fu lo stesso Matteotti, a fine 1923, a denunciare il fatto che la legge fosse stata ridotta a finzione perché svuotata di senso, e che ormai lo Stato di diritto era destinato a soccombere sotto l'ingerenza del nuovo Stato fascista ⁽²⁾. Pur continuando formalmente ad esistere, infatti, il sistema delle garanzie si rivelava sempre più incapace di assicurare una tutela effettiva dei diritti, in un contesto ormai caratterizzato da una crescente pressione politica e da un uso sistematico della violenza.

Il fattore che contribuì al successo iniziale del fascismo — nonché al consenso che esso suscitò in una parte della dottrina giuridica ⁽³⁾ — risiedeva nella sua peculiare capacità di coniugare un progetto autoritario, volto alla concentrazione del potere in capo ad un'unica forza politica, con il mantenimento (quantomeno formale) delle strutture della legalità. Il regime, infatti, non rinunciò mai apertamente al diritto né alla centralità della legge,

⁽²⁾ F. COLAO, *Note su Giacomo Matteotti ed il penale costituzionale: la legalità dalla crisi dello Stato liberale alla «dominazione fascista»*, in *Giustizia Insieme*, 2024, 9.

⁽³⁾ I. BIROCCHI, *Il giurista intellettuale e il regime*, in AA.VV., *I giuristi e il fascismo del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI - L. LOSCHIAVO, Roma, 2015, 9 e ss.

pur operandone una progressiva torsione funzionale agli scopi politici perseguiti.

Un primo elemento rilevante riguardava, dunque, la debolezza dei meccanismi di controllo sul potere esecutivo ed il relativo indebolimento del Parlamento. Emblematico, in tal senso, fu l'impiego della decretazione d'urgenza, che conobbe una dilatazione significativa. Trattandosi di atti normativi espressione della funzione governativa, la loro legittimità presuppone una rigorosa delimitazione ai casi di effettiva necessità e urgenza, al fine di salvaguardare la tripartizione dei poteri caratteristica di qualunque Stato di diritto che si rispetti. Quest'esigenza risultava chiaramente avvertita già nel contesto dell'epoca: fu lo stesso Giacomo Matteotti a rendere noto che il Presidente del Senato, Tommaso Tittoni, avesse in un passato recente chiesto una restrizione dell'uso dei decreti legge ai soli «casi eccezionalissimi» (4). La riflessione contemporanea conferma e ribadisce tale impostazione: la Corte costituzionale ha, infatti, specificato che il ricorso alla decretazione d'urgenza non può in alcun modo comprimere il principio di certezza del diritto (5), riaffermando la natura eccezionale dello strumento e la necessità del rispetto di condizioni ben precise (6). Appare, pertanto, pacifico che il decreto legge debba assolvere la circoscritta funzione di fronteggiare situazioni imprevedibili e sopravvenute, senza mai derogare al requisito dell'omogeneità rispetto al quadro normativo generale⁷ e senza sfociare in eccessi di arbitrio da parte dell'esecutivo. Tuttavia, nel primo dopoguerra, l'analisi condotta da Matteotti evidenziava con chiarezza la deriva fascista distorsiva dell'istituto, documentando un utilizzo marcatamente strumentale attestato su una me-

(4) F. COLAO, *Note su Giacomo Matteotti ed il penale costituzionale: la legalità dalla crisi dello Stato liberale alla «dominazione fascista»*, cit., 10.

(5) Corte cost., 25 luglio 2024, n. 146.

(6) Corte cost., 30 ottobre 1996, n. 360, punto 4 in diritto.

(7) R. DICKMANN, *Gli eccessi della decretazione d'urgenza tra forma di governo e sistema delle fonti* (Osservazioni a margine di Corte cost., 25 luglio 2024, n. 146), in *Federalismi.it*, 2024, 54.

dia annua di 419 decreti legge ⁽⁸⁾, rappresentazione della legalità solo apparente, piegata alle esigenze del potere esecutivo.

Pur mantenendo formalmente le proprie prerogative, è evidente come il Parlamento si trovasse in una posizione di crescente marginalità, che raggiunse il suo picco con le consultazioni elettorali del 1924. Tali elezioni, caratterizzate da irregolarità e violenze, rappresentarono un passaggio particolarmente significativo per il caso Matteotti, poiché in tale circostanza va rintracciato il movente, propulsore diretto del delitto. Il 30 maggio 1924, infatti, Giacomo Matteotti intervenne alla Camera con un discorso destinato a segnare uno dei momenti più rappresentativi e al contempo più drammatici della vita parlamentare dell'epoca, denunciando apertamente i brogli che avevano caratterizzato le elezioni e chiedendone la ripetizione ⁽⁹⁾. Il suo intervento rappresentò un consapevole rischio ⁽¹⁰⁾ poiché, complice anche il tono irriverente nei confronti dell'emergente fascismo, espose in modo esplicito le responsabilità politiche del Governo. Nei giorni successivi la crescente tensione si inserì in un contesto già segnato da pratiche diffuse di intimidazione e di violenza politica, alimentandole, per poi culminare il 10 giugno 1924 con il rapimento di Matteotti, in pieno giorno a Roma. Il suo corpo verrà ritrovato solo diverse settimane dopo.

La sequenza degli eventi assunse da subito una certa rilevanza, incidendo profondamente sulla percezione della capacità dello

⁽⁸⁾ F. COLAO, *Note su Giacomo Matteotti ed il penale costituzionale: la legalità dalla crisi dello Stato liberale alla «dominazione fascista»*, cit., 10.

⁽⁹⁾ Nella sua Cronistoria, il magistrato Mauro Del Giudice riporta le parole dell'on. Matteotti «(...) Voi volete ricacciarci indietro. Noi difendiamo la libera sovranità del popolo italiano al quale mandiamo il più alto saluto e crediamo di rivendicare la dignità, domandando il rinvio delle elezioni, inficiate dalla violenza, alla Giunta delle elezioni». Cfr. M. DEL GIUDICE, *Cronistoria del processo a Matteotti*, in AA.VV., *Delitto Matteotti. I processi*, cit., 110.

⁽¹⁰⁾ Al termine del suo intervento, l'on. Matteotti, rivolse al compagno di partito Giovanni Cosattini le seguenti parole «Io, il mio discorso, l'ho fatto. Ora preparate voi il discorso funebre per me», dimostrando consapevolezza nel rischio assunto una volta schieratosi così direttamente contro il fascismo. Cfr. F. SPACCASASSI, *Matteotti: oltre il mito del martirio. L'uomo, il giurista, il pacifista, il socialista, il martire*, in *Questione Giustizia*, 2024, 3.

Stato di garantire la sicurezza dei propri rappresentanti. Le prime reazioni politico-istituzionali, seppur in un contesto di elevata risonanza per via delle proteste dei compagni di partito della vittima, furono insoddisfacenti. Parimenti insoddisfacenti si dimostrarono le indagini e le fasi processuali, nelle quali, come meglio si vedrà in seguito, l'ordinamento arrancò a causa dell'ingerenza di esigenze estranee alla logica propriamente giuridica.

A ciò si aggiunse il ruolo ambiguo degli apparati statali, che determinò una diminuzione di effettività delle norme, sempre più dipendenti da fattori extra-giuridici. Le forze dell'ordine e le pubbliche amministrazioni, che in uno Stato di diritto dovrebbero ergersi a garanti ed operatori imparziali della legalità, apparivano permeabili alle pressioni del potere politico e ad esso intrinsecamente collegate. Si pensi al Capo della Polizia Emilio De Bono, che in virtù del ruolo ricoperto avrebbe dovuto rappresentare la sicurezza nazionale; egli fu, assieme con Mussolini, uno dei mandanti del delitto Matteotti ⁽¹¹⁾.

Un ulteriore elemento di criticità riguardò la magistratura, la quale, sempre sulla base della sopra citata separazione dei poteri, avrebbe dovuto custodire la propria indipendenza. In verità, il contesto storico-politico fascista ne condizionò fortemente l'azione, asservendola ai propri interessi e compromettendo così l'amministrazione della giustizia ⁽¹²⁾.

L'insieme di questi fattori, combinato con l'assenza di un sistema organico di garanzie — che si affermerà successivamente solo con la Costituzione — lasciò ampi spazi di discrezionalità agli organi dello Stato; da ciò derivò una fragile tutela dei diritti, in balia della volontà e della capacità delle istituzioni di farvi fronte.

⁽¹¹⁾ G. CANZIO, *Giacomo Matteotti. Il giurista*, in *Sistema Penale*, 2024, 11.

⁽¹²⁾ Di questa problematica ne parlò direttamente Mauro Del Giudice, magistrato incaricato nel processo Matteotti, il quale, pur di non abdicare al proprio dovere verso la Giustizia, rinunciò a portare l'ultimo saluto al fratello gravemente malato. Allontanarsi da Roma, infatti, avrebbe significato la sua sostituzione con un giudice istruttore fortemente legato al fascismo e pronto ad asservirne le volontà, annichilendo il senso stesso di quel processo. Cfr. M. DEL GIUDICE, *Cronistoria del processo a Matteotti*, in AA.VV., *Delitto Matteotti. I processi*, cit., 40-41.

È evidente che il delitto Matteotti si inserì in un ordinamento non pienamente funzionante, governato da dinamiche che, nel diritto contemporaneo, vengono ricondotte alla responsabilità dello Stato per violazione di diritti fondamentali. Invero, la difficoltà nell'individuare e nel prevenire condotte lesive, unitamente con l'incapacità di assicurare una giustizia *post factum*, assumono particolare rilievo come possibili profili di responsabilità, ancor più evidenti se valutati alla luce delle categorie sviluppate nel successivo dibattito democratico.

3. Sulla riconducibilità del fatto allo Stato: ipotesi di immedesimazione organica.

Affrontare il tema dell'imputazione in relazione al delitto Matteotti richiede un'analisi di duplice natura, in quanto, oltre a stabilire le responsabilità penali individuali, si tratta di verificare se ed in che misura il fatto possa essere ricondotto alla sfera pubblica.

A tal scopo occorre introdurre il tema dell'immedesimazione organica ⁽¹³⁾, inteso quale rapporto che intercorre fra la persona giuridica, entità astratta priva di una volontà propria autonoma, e la persona fisica titolare dell'organo, cui è attribuito il potere di manifestarne le volontà. In virtù di questo nesso, l'attività posta in essere da tale persona fisica viene imputata direttamente all'ente, con la conseguenza che quest'ultimo può essere chiamato a rispondere dei danni eventualmente arrecati a terzi ⁽¹⁴⁾, anche ai sensi dell'art. 28 Cost. L'immedesimazione organica costituisce, dunque, il presupposto teorico per superare una rigida separazione tra individuo e organizzazione, consentendo di qualificare giuridicamente come attività dell'amministrazione quella posta in essere dai suoi organi nell'esercizio delle funzioni loro attribuite.

Da questo punto di vista, l'analisi può essere ricondotta al caso di specie; infatti, proprio alla luce del criterio dell'immede-

⁽¹³⁾ Per approfondimenti, cfr. S. ROMANO, *Organi*, in S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983.

⁽¹⁴⁾ M.C. CAVALLARO, *Immedesimazione organica e criteri di imputazione della responsabilità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, 1, 41.

simazione organica, diventa centrale verificare se ed in che misura le condotte individuali possano essere considerate espressione dell'apparato statale.

La ricostruzione storica preliminarmente rappresentata mette in luce come gli autori materiali del delitto risultassero inseriti a vario titolo in un sistema di relazioni con il potere politico e con i segmenti dell'amministrazione. Tale elemento, di per sé, non è sufficiente a fondare automaticamente un'imputazione a carico dello Stato, ma rende necessario chiarire quali siano i criteri mediante i quali una condotta può essere qualificata come espressione di una pubblica funzione o, quantomeno, come ad essa riconducibile.

Questo primo profilo critico impone, infatti, di verificare se l'azione possa essere ricondotta all'attività di un organo. In senso stretto, questa impostazione appare insostenibile, poiché il sequestro e l'uccisione di Giacomo Matteotti non sono considerabili condotte rientranti nelle competenze di un organo statale. Sarebbe scorretto estendere la responsabilità in via automatica e generalizzata per la sola presenza di meri rapporti politici o di contiguità fattuale; l'immedesimazione organica, infatti, non consente di assimilare realtà diverse dall'apparato amministrativo — quali sono le organizzazioni politiche — a veri e propri organi dello Stato. Tuttavia, limitarsi a questa considerazione significherebbe adottare una nozione eccessivamente formale di imputazione, non in grado di cogliere la complessità della vicenda.

Per questa ragione si è scelto di considerare, sia pure in termini ipotetici ⁽¹⁵⁾, la posizione del generale Emilio De Bono, all'epoca Capo della Polizia, nella misura in cui ciò consenta di mettere a fuoco i possibili criteri di imputazione del fatto allo Stato. Il riferimento alla sua figura è funzionale per analizzare il collegamento tra la vicenda ed il ruolo istituzionale ricoperto, e per le implicazioni che tale ruolo avrebbe potuto assumere sul piano giuridico, qualora vi fosse stata una condanna.

⁽¹⁵⁾ «In termini ipotetici» perché il processo a carico di De Bono si concluse, com'era prevedibile per ragioni di opportunità politica, con sentenza di non luogo a procedere (Sent. del 12 giugno 1925, n. 267).

Il procedimento penale a carico del generale fu istituito nel 1924 presso l'Alta corte di giustizia a seguito della denuncia presentata dal direttore del giornale "Il Popolo" Giuseppe Donati ⁽¹⁶⁾, il quale lo accusava di correatà nell'omicidio del deputato Matteotti ⁽¹⁷⁾. La sua posizione si risolse senza una condanna effettiva e le modalità con cui si giunse a tale esito furono caratterizzate da interventi e soluzioni processuali piuttosto discutibili, data l'ingerenza del potere politico fascista del tempo che contaminò la corretta amministrazione della giustizia.

Tuttavia, a ben vedere, qualora il procedimento si fosse tenuto nel tempo attuale, il quadro sarebbe cambiato in modo significativo. La posizione di De Bono, infatti, non era quella di un soggetto marginale o esterno all'organizzazione ma, al contrario, di un organo collocato al vertice di un settore fondamentale dell'apparato pubblico; in quanto Capo della Polizia, egli rappresentava uno snodo essenziale nella struttura dello Stato, cui fanno capo funzioni direttamente connesse alla tutela dell'ordine pubblico e alla prevenzione di reati. L'accertamento di una sua responsabilità non potrebbe, pertanto, essere letto solo come una responsabilità individuale, poiché porrebbe inevitabilmente il problema della sua imputazione all'ente, aprendo una via per ragionare in termini di immedesimazione organica. Sul punto, la Cassazione indica che «per aversi la responsabilità della Pubblica Amministrazione per un fatto lesivo posto in essere dal proprio dipendente (...) deve sussistere (...) anche la riferibilità all'amministrazione del comportamento stesso, il quale presuppone che l'attività posta in essere dal dipendente sia e si manifesti come esplicazione dell'attività dell'ente pubblico, e cioè tenda, pur se con abuso di potere, al conseguimento dei fini istituzionali di questo nell'ambito delle attribuzioni dell'ufficio o del servizio cui il dipendente è addetto»

⁽¹⁶⁾ Il testo della denuncia è integralmente reperibile in N. ANGIULLI - G. DE ANTONELLIS, *Giuseppe Donati cattolico antifascista*, Milano, 1971, 187-210.

⁽¹⁷⁾ SENATO DELLA REPUBBLICA, *Procedimento Penale a carico del Senatore De Bono Emilio*, in *Archivio storico del Senato della Repubblica*, 5.

(18). Ebbene, pare proprio questo il caso di specie, dal momento che l'attività della cd. Ceka fascista — cioè quel corpo speciale responsabile del delitto Matteotti — era coadiuvata dallo stesso De Bono, disposto a garantire coperture e impunità (19) tra i membri del suddetto ente pubblico. La titolarità dei poteri di direzione e controllo sull'apparato di polizia implica, infatti, una responsabilità che non si esaurisce nell'adozione di atti formali, ma si estende al modo in cui tali poteri vengono esercitati o, eventualmente, non esercitati.

La mancata imputazione di De Bono in sede giudiziaria impedisce di trarre conclusioni definitive in tal senso. Resta, pertanto, il dato che il procedimento non ha consentito di chiarire fino in fondo il ruolo dei vertici dell'apparato, lasciando in ombra un aspetto che, sul piano giuridico, sarebbe potuto risultare decisivo. Proprio questa lacuna rende utile un ragionamento controfattuale che consente di valutare quali sarebbero state le implicazioni di un diverso esito processuale. Se De Bono fosse stato riconosciuto responsabile, si sarebbe aperta la possibilità di qualificare il fatto non solo come illecito individuale, ma come manifestazione di un malfunzionamento dell'apparato statale nel suo livello più elevato, con conseguenze rilevanti sul piano più generale della responsabilità dello Stato.

Ovviamente questo ragionamento appare profilarsi solo a posteriori, e ciò a causa dell'ingerenza politica dell'epoca che aveva distorto il funzionamento delle stesse istituzioni, asservite agli scopi politici e non di interesse pubblico, come avrebbe dovuto essere.

4. Il dovere di tutela da parte dello Stato derivante dal rischio prevedibile.

Quanto emerso in ordine all'imputazione del fatto allo Stato non esaurisce i termini della questione "responsabilità", poiché

(18) Cass., 8 ottobre 2007, n. 20986.

(19) V. ZAGHI, *Giacomo Matteotti. Il delitto e i processi*, in *Casa Museo Giacomo Matteotti*.

vanno considerati profili ulteriori relativi non tanto a ciò che è stato fatto, quanto a ciò che non è stato fatto.

La questione, a questo punto, cambia in modo inevitabile. Accanto al tema della riconducibilità del fatto si impone quello dei doveri di intervento che gravano sui pubblici poteri in presenza di situazioni di rischio. Il problema non è più soltanto stabilire se l'evento possa essere attribuito allo Stato, quanto se lo stesso si sia trovato nelle condizioni di impedirlo o di ridurne la probabilità. Se, infatti, in precedenza si è evidenziato il ruolo del contesto istituzionale nel rendere possibile il fatto, occorre ora chiedersi se lo stesso contesto fosse connotato anche da specifiche esigenze di protezione, tali da rendere significativa l'eventuale inerzia delle istituzioni.

Sotto questo profilo, i fatti che hanno condotto all'uccisione di Giacomo Matteotti si prestano ad essere letti anche come espressione di un'insufficiente capacità di prevenzione, oltre che come risultato di un'azione violenta. Ed è proprio su questo piano che il discorso si sposta, ponendo al centro il rapporto tra la conoscibilità del rischio e l'intervento pubblico.

Con la locuzione "obblighi di protezione" si intende il dovere in capo allo Stato di tutelare i titolari di diritti fondamentali da condotte lesive di soggetti terzi ⁽²⁰⁾. Individuare il contenuto di tali doveri non è un'operazione immediata, soprattutto in considerazione del contesto storico in cui i fatti si collocano. Già pochi anni prima, Santi Romano aveva lucidamente descritto la crisi dello Stato, individuandone la radice nella convergenza di due dinamiche tra loro connesse e reciprocamente enfatizzate: da un lato, l'emersione e la progressiva affermazione di interessi particolari, in luogo di quelli generali che dovrebbero orientare l'azione pubblica; dall'altro l'inadeguatezza, se non la vera e propria insufficienza, dei mezzi giuridici ed istituzionali predisposti per governare tali trasformazioni ⁽²¹⁾. Nel 1924, infatti, non esisteva un sistema

⁽²⁰⁾ F. GALLARATI, *Gli obblighi costituzionali di protezione: studio comparato su lato "dimenticato" dei diritti fondamentali*, in AIC, 2024, 2, 6.

⁽²¹⁾ S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi*, 1910, in S. ROMANO, *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milano, 1969, 5 ss.

esplicito e strutturato di obblighi di protezione nei termini in cui esso è oggi comunemente inteso; ciò non vuol dire, però, che l'ordinamento fosse indifferente alla tutela dell'incolumità personale o che mancassero del tutto strumenti idonei a prevenire condotte violente, quanto più che tali strumenti risultavano privi di quella sistematicità caratteristica delle elaborazioni successive.

All'interno di questo quadro assume rilevanza la posizione di Giacomo Matteotti quale vittima esposta ad un rischio che non può essere qualificato come generico poiché, al contrario, si presenta come concreto e specificamente individuabile. Il ruolo politico ricoperto, unitamente alla natura delle denunce formulate dallo stesso nel contesto delle elezioni politiche italiane del 1924, collocavano il deputato Matteotti in una posizione di particolare vulnerabilità, chiaramente percepibile non solo *ex post*, ma già alla luce delle circostanze antecedenti al delitto. La sua azione parlamentare, volta a denunciare le irregolarità, lo aveva reso un bersaglio evidente all'interno di un contesto caratterizzato da una crescente normalizzazione della violenza quale strumento di lotta politica.

Siffatte circostanze si inserivano in una dinamica reiterata, all'interno della quale episodi di aggressione a danno di esponenti dell'opposizione si susseguivano con frequenza e, soprattutto, con modalità che rendevano prevedibile l'*escalation* verso forme più gravi di sopraffazione.

In questo contesto, l'aggressione subita da Giovanni Amendola pochi mesi prima del rapimento di Matteotti assume un valore paradigmatico. Il deputato Amendola, figura centrale del liberalismo italiano e noto oppositore del regime ⁽²²⁾, fu aggredito nel centro di Roma da un gruppo di squadristi; tra essi, l'unico soggetto identificato fu Albino Volpi, il quale successivamente risulterà essere uno degli esecutori materiali dell'omicidio Matteotti ⁽²³⁾. Questo elemento non rappresenta soltanto una coincidenza,

⁽²²⁾ Giovanni Amendola fu vittima di ben tre aggressioni ad opera di militanti fascisti. Morì all'età di 43 anni per le lesioni riportate dall'ultima aggressione subita. Cfr. ASSOCIAZIONE NAZIONALE PARTIGIANI D'ITALIA, *Giovanni Amendola*, in ANPI.

⁽²³⁾ C. DE ROBBIO, *Una risalente (ma non vecchia) vicenda processuale: il pestag-*

quanto piuttosto evidenzia la continuità soggettiva ed organizzativa delle condotte violente.

Risulta difficile, dunque, sostenere che lo Stato non fosse in grado di prevedere il rischio specifico cui l'onorevole Matteotti era esposto e, di conseguenza, attivare delle misure di garanzia. In questo caso, come già anticipato, il rischio era pronosticabile e individualizzato: riguardava, infatti, un soggetto determinato, già bersaglio di minacce, e inserito in un'epoca nella quale altri esponenti politici avevano subito aggressioni analoghe. Ne deriva che lo Stato fosse gravato da un onere rafforzato di tutela, consistente nell'adozione di misure idonee a prevenire il verificarsi dell'evento dannoso.

Tuttavia, nonostante quanto fin qui considerato, in questo contesto segnato da una violenza "impudica", da intendersi come apertamente esercitata e non occultata, non solo non furono predisposte adeguate contromisure a tutela dei soggetti maggiormente esposti, ma vennero addirittura eliminate quelle già esistenti. Nello specifico, si fa riferimento alla circostanza documentata della revoca della scorta a Matteotti appena due giorni prima del suo rapimento⁽²⁴⁾. Questa decisione si pone in netta contraddizione con il dovere di protezione gravante sullo Stato il quale, oltre a non proteggerlo, ha contribuito a creare le condizioni che hanno reso possibile l'evento lesivo.

Sotto il profilo giuridico, ciò consente di configurare una responsabilità che trascende la mera inerzia e si avvicina alla violazione attiva degli obblighi di tutela. Il dovere dello Stato di proteggere la vita e l'integrità dei cittadini, in particolare di coloro che si trovano in una posizione di rischio specifico e riconoscibile, prevede sia l'astensione da comportamenti lesivi, sia l'adozione di misure preventive adeguate. Ebbene, nel caso Matteotti tale dovere è stato consapevolmente disatteso, in un contesto nel

gio fascista in danno dell'on. Giovanni Amendola del 26 dicembre 1923, in *Giustizia Insieme*, 2024, 2.

⁽²⁴⁾ C. DE ROBBIO, *A margine del Processo Matteotti: la coerenza di un magistrato in tempo di regime*, in *Giustizia Insieme*, 2024, 15.

quale gli strumenti di prevenzione erano già disponibili e la minaccia era ben identificata.

Tale condotta da parte dello Stato risulterebbe oggi radicalmente incompatibile sia con l'ordinamento costituzionale interno, sia con i parametri europei di tutela dei diritti fondamentali. Il cambiamento riguarda il modo stesso in cui si concepisce il rapporto tra individuo e potere pubblico e, di conseguenza, l'estensione degli obblighi gravanti sulle istituzioni.

Sul piano interno, il punto di svolta è rappresentato dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana, che segna il passaggio dallo Stato di diritto monoclasse allo Stato sociale pluriclasse ⁽²⁵⁾, fondato sul riconoscimento e sulla garanzia effettiva dei diritti inviolabili. In questo nuovo assetto, la libertà di manifestazione del pensiero, sancita dall'articolo 21 Cost., assume un valore non comprimibile, tale da rendere oggi inaccettabile qualunque forma di repressione del dissenso politico, sia se esercitata attraverso la violenza fisica, che mediante strumenti più indiretti o surrettizi. Seguendo l'evoluzione normativa, si inserisce anche l'implementazione degli apparati amministrativi preposti alla tutela dei soggetti esposti a rischio. Oggi, in presenza di minacce alla vita o all'incolumità fisica di persone particolarmente esposte — come i rappresentanti politici — opera una struttura specializzata, denominata Ufficio centrale interforze per la sicurezza personale (UCIS), istituito con il decreto legge del 6 maggio 2002, n. 83, articolo 2. La creazione di tale organismo risponde all'esigenza di superare le criticità emerse negli anni precedenti, in particolare durante la stagione dello stragismo mafioso e politico ⁽²⁶⁾, quando la frammentazione delle competenze e la carenza nel coordinamento tra diverse autorità territoriali avevano compromesso

⁽²⁵⁾ M.S. GIANNINI, *Il pubblico potere. Stati e amministrazioni pubbliche*, Bologna, 1986, 93 ss.

⁽²⁶⁾ In particolare, il riferimento è a tre emblematiche vicende: l'uccisione di Giovanni Falcone nella strage di Capaci; l'attentato di via d'Amelio in cui perse la vita Giovanni Borsellino; l'omicidio di Marco Biagi, rivendicato dalle Nuove Brigate Rosse.

l'efficacia delle misure di protezione ⁽²⁷⁾. Questo organo consente oggi una gestione centralizzata della valutazione del rischio e dell'eventuale assegnazione di misure di tutela, riducendo i vuoti di protezione e i margini di discrezionalità. Emerge, dunque, un quadro profondamente mutato. La prevenzione della violenza politica non è più affidata a interventi disorganici, in luogo dei quali è stato sviluppato un sistema strutturato, fondato su obblighi giuridici e su ausili istituzionali dedicati. La vicenda Matteotti evidenzia, invero, una grave carenza di tutela, in un contesto in cui lo Stato non seppe (e non volle) attivare i mezzi disponibili, venendo meno alla propria funzione di garanzia.

Sul piano europeo, la questione del dovere di tutela gravante sullo Stato è stata affrontata in modo non dissimile rispetto all'approccio nazionale. Il punto di riferimento imprescindibile è rappresentato dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU), che ha segnato una svolta nel processo di normazione dei diritti fondamentali, pretendendo dagli Stati contraenti un assetto istituzionale idoneo a renderli concreti e difendibili.

Se il delitto Matteotti fosse stato compiuto in un'epoca successiva all'entrata in vigore della CEDU, la vicenda sarebbe stata letta, con ogni probabilità, sotto la lente delle disposizioni convenzionali inerenti. Rileverebbe, in primo luogo, l'art. 2, che tutela il diritto alla vita e impone agli Stati obblighi di prevenzione qualora vi sia un rischio reale a danno di una persona determinata. Verrebbe in rilievo anche l'art. 6 sul diritto a un equo processo, nella parte in cui si esige un accertamento giudiziario indipendente e idoneo a fare luce sui fatti. Da ultimo, l'art. 10 che sancisce la libertà di espressione, poiché l'uccisione di Matteotti originò proprio dall'esercizio della parola pubblica, per aver denunciato in

⁽²⁷⁾ Fino a quel momento, infatti, la possibilità che le minacce ad un personaggio pubblico provenissero da province diverse costituiva un importante ostacolo operativo nel predisporre un'eventuale scorta di sicurezza, in quanto era competenza dei Prefetti. Cfr. E. CHIARI, *Vita da agente di scorta: professione angelo custode. Ricordando via D'Ame-lio*, in *Famiglia Cristiana*, 2015; NISSOLINO ACADEMY, *Scorta di sicurezza, come funziona l'UCIS: la guida completa*, in *Nissolinoacademy.it*, 2026.

Parlamento i brogli e le violenze del sistema politico del tempo.

L'operazione di "retrodatare" la Convenzione ad un fatto del 1924 richiede una doverosa precisazione. Non si tratta di piegare il passato a categorie costruite in epoca successiva, né di formulare un giudizio attraverso parametri allora non formalmente vigenti. Il senso di tale metodologia è quello di utilizzare il linguaggio giuridico maturato a partire dal secondo dopoguerra per rendere ancor più intellegibile la gravità di quanto occorso nel caso Matteotti, al fine di evidenziare che esso non concerne "soltanto" l'assassinio di un oppositore politico, quanto piuttosto il collasso di alcune responsabilità elementari del pubblico potere.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha infatti chiarito, nel corso dei decenni, che la tutela dei diritti convenzionali non può ridursi ad un semplice dovere di astensione. Agli Stati è richiesto anche di predisporre misure positive ⁽²⁸⁾, idonee alla protezione, specialmente quando vi siano segnali concreti di pericolo nei confronti di soggetti esposti.

Dunque, applicando tali coordinate al caso Matteotti, la responsabilità dello Stato italiano emergerebbe ancor più chiaramente. Il clima di violenza politica all'epoca della vicenda Matteotti era noto e si erano già verificate aggressioni ai danni di esponenti dell'opposizione. Inoltre, la forte esposizione pubblica del deputato socialista lo rendeva un bersaglio facilmente individuabile. Il fatto che lo Stato non abbia predisposto misure di protezione integrerebbe già di per sé un grave inadempimento.

Ancora più grave risulta, poi, la decisione di revocare la scorta predisposta a tutela dell'onorevole poco prima del sequestro. Letta alla luce dei parametri elaborati dalla Corte di Strasburgo, tale scelta aggraverebbe ulteriormente il giudizio di responsabilità, incidendo direttamente sul livello di esposizione della vittima e accrescendone concretamente la vulnerabilità.

⁽²⁸⁾ A. MOWBRAY, *The development of positive obligations under the European Convention of Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, 2004, 221.

5. L'obbligo di indagine effettiva e il giusto processo.

Dopo aver toccato il profilo della prevenzione, va chiarito che il discorso sulla responsabilità dello Stato non si esaurisce nella fase antecedente al fatto; una volta verificatosi l'evento, infatti, si apre una seconda dimensione, che riguarda il modo in cui l'ordinamento reagisce e lo accerta. È qui che si colloca il momento dell'indagine, da intendersi, oltre che come attività meramente tecnico-processuale, come una vera e propria funzione istituzionale di garanzia.

Il passaggio, in verità, è più lineare di quanto possa sembrare. Dal momento che lo Stato è chiamato a prevenire situazioni di rischio, non può poi sottrarsi al dovere di affrontare in modo adeguato le conseguenze quando tali situazioni si concretizzano. La tenuta complessiva del sistema, infatti, dipende sia dalla capacità di evitare l'evento lesivo sia dalla serietà con cui esso viene successivamente accertato. Sotto questo profilo, l'accertamento giurisdizionale e l'azione repressiva devono conformarsi ai dettami del giusto processo, inteso come un sistema complesso in cui i criteri relazionali di proporzionalità e ragionevolezza operano come argini insuperabili contro l'arbitrio dei pubblici poteri ⁽²⁹⁾.

L'indagine assume un significato che va oltre la semplice ricostruzione dei fatti, incidendo sulla credibilità dell'ordinamento, nella misura in cui contribuisce a chiarire le responsabilità e ad offrire una proporzionale risposta giuridico-istituzionale. Sotto tale profilo, vi sono alcuni elementi tipici generalmente associati ad un'indagine effettiva, tra i quali spicca senz'altro quello dell'indipendenza e dell'assenza di interferenze esterne. Tali requisiti richiamano direttamente lo statuto costituzionale e convenzionale dell'organo giudicante, la cui indipendenza e imparzialità costituiscono il fulcro soggettivo del giusto processo ⁽³⁰⁾; la garanzia di un

⁽²⁹⁾ V. FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, 1° ed., Torino, 2012, 165.

⁽³⁰⁾ V. FANTI, *Le dimensioni delle proporzionalità*, cit., 166-167. Nella sua monografia, Fanti analizza i profili attinenti al giudice nell'ambito del giusto processo, individuando nell'indipendenza l'elemento qualificante dell'attività giurisdizionale.

giudice terzo e imparziale, infatti, non è una mera prerogativa formale, in quanto rappresenta lo strumento necessario per impedire la strumentalizzazione del rito a fini estranei alla giustizia sostanziale.

Problematiche in ordine a quest'ultimo aspetto emergono sin dal principio della vicenda processuale del caso Matteotti, quando il 21 dicembre 1925 la prima Sezione penale della Corte di Cassazione dispose il trasferimento del processo lontano dal clima della capitale, precisamente a Chieti. La motivazione ufficiale del provvedimento faceva genericamente riferimento a “gravi motivi di sicurezza” ⁽³¹⁾, senza tuttavia chiarire né le ragioni concrete che rendevano inopportuna la celebrazione del giudizio a Roma, né i criteri che avevano condotto all'individuazione dell'ufficio giudiziario abruzzese quale nuova sede di celebrazione del procedimento. Un simile utilizzo di clausole generali e indeterminate, in luogo di una adeguata e congrua motivazione, si pone in aperto contrasto con i profili oggettivi del giusto processo, i quali esigono una coerenza intrinseca nell'amministrazione della giurisdizione e della conduzione dell'istruttoria ⁽³²⁾. Il deficit motivazionale sull'individuazione della nuova sede, infatti, palesa la violazione del principio di adeguatezza e necessità, poiché la compressione delle ordinarie regole di competenza territoriale non è stata sorretta da una verifica proporzionale dei fatti, traducendosi in un *vulnus* insanabile per i diritti di difesa e per l'oggettività del rito.

È difficile interpretare tale scelta come meramente tecnica, soprattutto in riferimento al contesto politico-istituzionale dell'epoca. Nel 1925 la Corte di Cassazione era presieduta da Mariano D'Amelio, figura legata al regime e sostenuta direttamente da Mussolini, il quale mirava a conformare progressivamente l'ordinamento e la giurisprudenza ai principi del cosiddetto “nuovo diritto fascista” ⁽³³⁾. La sottomissione dell'organo giudicante ha

⁽³¹⁾ G. SCARSELLI, *Il processo Matteotti a Chieti*, in questa Rivista, 2026, anticipazione del fascicolo n.1, 2.

⁽³²⁾ V. FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, cit., 169 ss.

⁽³³⁾ R. RENZI, *Il regime fascista e la magistratura: l'influenza del fascismo sul sistema giudiziario*, in *Il mago di Oz*, 25 giugno 2024.

rappresentato il totale ribaltamento logico del principio di proporzionalità e del giusto processo ⁽³⁴⁾.

In tale quadro, il trasferimento del processo lontano da Roma rispondeva con ogni probabilità all'esigenza politica di sottrarre il dibattimento alla pressione dell'opinione pubblica nazionale e internazionale. La celebrazione del giudizio nella Capitale avrebbe inevitabilmente attirato l'attenzione della stampa estera e dell'opposizione, con il rischio di trasformare il processo in un'occasione di esposizione delle responsabilità politiche e morali del fascismo nell'omicidio Matteotti. La decisione di spostare il procedimento in una sede periferica e non mediaticamente esposta si inseriva nella strategia di contenimento dell'impatto politico della vicenda: si trattava di controllare la narrazione del processo limitandone la portata simbolica, e non soltanto di garantire l'ordine pubblico, come risultava ufficialmente dalla motivazione del provvedimento. Il regime, infatti, era pienamente consapevole del valore politico del dibattimento e dell'eventualità che esso si sarebbe potuto trasformare in un momento di crisi per la propria legittimazione.

A conferma di queste premesse intervennero le direttive provenienti da Mussolini in persona, finalizzate a "depoliticizzare" il processo ⁽³⁵⁾ e a far sì che esso si svolgesse nel modo più discreto possibile. Le indicazioni investirono aspetti concreti dello svolgimento del processo: dalla durata del dibattimento al tono da mantenere, fino alle strategie difensive. In particolare, relativamente a quest'ultimo punto, vennero impartite indicazioni espli-

⁽³⁴⁾ V. FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, cit., 169. L'Autrice evidenzia come le garanzie relative al corretto esercizio della funzione giurisdizionale, tra cui l'obbligo di motivazione dei provvedimenti decisorii e la chiarezza nella redazione degli atti processuali, costituiscano presupposti essenziali del giusto processo. Per converso, una magistratura subordinata alle direttive del potere esecutivo finisce per svuotare di contenuto sostanziale lo svolgimento dello stesso processo, alterando il corretto bilanciamento degli interessi coinvolti e riducendo la decisione finale a un atto potenzialmente arbitrario e sproporzionato.

⁽³⁵⁾ F. SPACCASASSI, *Matteotti: oltre il mito del martirio. L'uomo, il giurista, il pacifista, il socialista, il martire*, cit., 11.

cite agli imputati ed ai loro difensori, ai quali veniva richiesto di: «negare la correttezza; negare la provocazione. Ammettere: omicidio preterintenzionale, complicità corrispettiva, concausa, attenuanti. Attenersi alla guida del presidente, tenere duro, non porgere soverchio ascolto alla difesa» ⁽³⁶⁾. La perentorietà delle istruzioni evidenzia in maniera pressoché inequivocabile il tentativo di orientare *ex ante* l'esito del processo e di circoscrivere il libero esercizio del diritto di difesa.

La combinazione di tutti questi elementi dimostra come il processo Matteotti si sia svolto in un contesto radicalmente estraneo alle dinamiche proprie di un ordinamento giudiziario indipendente, risultando invece permeato dalle pressioni del potere politico. A suffragio di questa tesi, si collocano una serie di figure direttamente riconducibili all'apparato fascista, la cui presenza nel procedimento, a vario titolo e con funzioni eterogenee, contribuisce a delineare il grado di permeabilità della vicenda processuale rispetto agli interessi politici del regime. Valga considerare, in proposito, come l'intero apparato giudiziario fosse strutturalmente connesso all'impianto istituzionale fascista: il presidente della Corte, il procuratore generale di Chieti, così come anche la giuria popolare — la quale, anziché essere determinata secondo i criteri ordinari di estrazione, fu selezionata con modalità tali da favorire uno svolgimento del processo funzionale agli imputati e, di conseguenza, alla tutela degli interessi del regime ⁽³⁷⁾.

Ebbene, nella vicenda Matteotti il fallimento processuale appare ancora più evidente di quello preventivo, soprattutto se collegato al tema del giusto processo; tale principio è oggi centrale negli ordinamenti democratici, ma rappresentava un valore fondamentale della tradizione giuridica europea già da prima della sua espressa consacrazione costituzionale.

⁽³⁶⁾ ARCHIVIO DI STATO DI CHIETI, *Carteggio Matteotti*, Questura di Chieti, V vers., b. 42, fasc. 41 (Teca dig.).

⁽³⁷⁾ F. SPACCASASSI, *Matteotti: oltre il mito del martirio. L'uomo, il giurista, il pacifista, il socialista, il martire*, cit., 11; M. FRANZINELLI, *Matteotti e Mussolini*, 1° ed., Milano, 2024, 365.

Di risalente origine romanistica, il principio del giusto processo, inteso come insieme delle garanzie di equità, imparzialità ed efficienza che devono caratterizzare l'esercizio della funzione giurisdizionale, è stato formalmente introdotto nell'ordinamento nazionale italiano attraverso le convenzioni internazionali e, successivamente, cristallizzato nell'art. 111 della Costituzione⁽³⁸⁾. Tale disposizione ha espressamente enunciato le condizioni mediante le quali va attuata la giurisdizione, facendo specificamente riferimento alla garanzia del contraddittorio delle parti, da svolgersi osservando sia la condizione di parità fra le parti sia la presenza di un giudice terzo ed imparziale, all'interno di un processo dalla ragionevole durata⁽³⁹⁾; soltanto in forza di tali presupposti si può giungere ad una decisione che sia effettivamente giusta nel merito⁽⁴⁰⁾.

Tuttavia, limitare l'esistenza dell'equo processo alla sola fase successiva alla Costituzione repubblicana sarebbe impreciso. Sebbene il delitto Matteotti sia avvenuto nel 1924, in un'epoca antecedente sia alla Costituzione sia alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, esistevano già principi giuridici e culturali che imponevano il rispetto di un processo imparziale e libero da interferenze politiche.

Lo Stato liberale italiano, pur privo di una carta costituzionale rigida, conosceva infatti già all'epoca alcuni principi tipici dello Stato di diritto. Lo Statuto Albertino garantiva formalmente l'uguaglianza dei cittadini dinanzi alla legge⁽⁴¹⁾ e riconosceva il ruolo del giudice quale organo chiamato ad applicare la legge in maniera imparziale⁽⁴²⁾. Anche il codice di procedura penale

⁽³⁸⁾ V. FANTI, *Le dimensioni della proporzionalità*, cit., 166.

⁽³⁹⁾ V. FANTI, *ult. op. cit.*, 167.

⁽⁴⁰⁾ F.G. SCOCA, *I principi del giusto processo*, in *Giustizia amministrativa*, a cura di F.G. SCOCA, IV ed., Torino, 2011, 171.

⁽⁴¹⁾ «Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge. Tutti godono egualmente i diritti civili e politici, e sono ammissibili alle cariche civili, e militari, salve eccezioni determinate dalle Leggi», art. 24, Statuto Albertino.

⁽⁴²⁾ «Niuno può essere distolto dai suoi Giudici naturali. Non potranno perciò essere creati Tribunali o Commissioni straordinarie», art. 71, Statuto Albertino.

del 1913, espressione della cultura liberale dell'epoca, prevedeva istituti volti a tutelare il contraddittorio, la pubblicità del dibattimento e determinate forme di garanzia per le parti processuali. Non si trattava ancora del moderno "giusto processo" delineato dall'art. 111 Cost., ma certamente esisteva già l'idea che il processo dovesse svolgersi secondo criteri di correttezza ed imparzialità.

Tale concezione affondava le proprie radici nella tradizione giuridica occidentale. Già il diritto romano aveva elaborato il principio *audiatur et altera pars*, esplicativo della garanzia del contraddittorio, e simbolo dell'attenzione che sin da tempi risalenti veniva rivolta alle garanzie processuali. Successivamente, il pensiero illuministico e liberale aveva rafforzato l'idea della giurisdizione come limite all'arbitrio del potere politico. In particolare, Cesare Beccaria sosteneva la necessità di un giudice indipendente e di un processo fondato sulla legalità, opponendosi a ogni forma di giustizia piegata agli interessi del potere ⁽⁴³⁾. Il processo equo, dunque, non nasce improvvisamente nel secondo dopoguerra, ma costituisce il risultato di una lunga evoluzione storica e culturale, persistente anche durante anni in cui la giustizia italiana fu chiamata a pronunciarsi sul caso Matteotti.

Alla luce di quanto sin qui affermato, dunque, il caso Matteotti rappresenta una delle manifestazioni più evidenti della crisi della giurisdizione dello Stato fascista. Il processo celebrato per l'omicidio del deputato risultò infatti fortemente condizionato dal clima politico del tempo e dalla progressiva subordinazione degli organi giudiziari al potere esecutivo. Le pressioni esercitate dal regime impedirono un pieno e autentico accertamento delle responsabilità, soprattutto con riferimento ai mandanti politici del delitto. Le pene inflitte agli imputati apparvero inadeguate rispetto alla gravità dei fatti e il procedimento finì per trasmettere l'immagine di una giustizia incapace di opporsi alle interferenze del potere. D'altronde, una magistratura distante dal governo, senza

⁽⁴³⁾ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, 1° ed., Livorno, 1764.

capi né gerarchie, avrebbe negato ontologicamente l'instaurarsi del regime dittatoriale ⁽⁴⁴⁾.

Il fallimento processuale poc' anzi richiamato consiste proprio in questo: non soltanto nella incapacità di punire adeguatamente i responsabili, ma soprattutto nel venir meno della funzione stessa del processo quale strumento imparziale di accertamento della verità. La vicenda Matteotti dimostra come la presenza formale di norme processuali non basti a garantire la giustizia quando il contesto politico compromette l'autonomia della magistratura e la libertà del giudice. Un processo può apparire regolare sul piano formale e risultare sostanzialmente iniquo se manca l'effettiva indipendenza dell'organo giudicante.

Proprio le esperienze maturate durante il fascismo contribuirono, nel secondo dopoguerra, alla costruzione di un sistema di garanzie costituzionali molto più rigoroso. L'art. 111 Cost., soprattutto dopo la riforma del 1999, ha attribuito valore costituzionale ai principi del contraddittorio, della parità tra accusa e difesa, della ragionevole durata del processo e della terzietà del giudice. A tali principi si è poi affiancato l'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che riconosce a ogni individuo il diritto a essere giudicato da un tribunale indipendente e imparziale.

6. La dimensione collettiva della vicenda processuale: il diritto alla verità.

Le considerazioni sin qui svolte in ordine all'effettività delle indagini conducono ad un ulteriore livello di analisi, concernente il rapporto tra le istituzioni e la verità. Quando la risposta dell'ordinamento risulta influenzata da fattori esterni, infatti, la questione va oltre il piano strettamente processuale, compromettendo la possibilità di pervenire ad una ricostruzione dei fatti collettivamente soddisfacente.

È proprio in tale prospettiva che il delitto Matteotti assume un significato che trascende la dimensione della singola viola-

⁽⁴⁴⁾ G. SCARSELLI, *La magistratura al tempo di Giacomo Matteotti*, 1° ed., Pisa, 2024, 80.

zione. La difficoltà di giungere ad un accertamento autonomo ed esaustivo non produce effetti solo sul piano giudiziario, lasciando emergere implicazioni più ampie, suscettibili di incidere negativamente sul rapporto fiduciario tra cittadini e istituzioni. Viene così in rilievo la capacità dello Stato di offrire una rappresentazione dei fatti credibile e coerente.

A tal proposito, occorre soffermarsi sul diritto alla verità, intrinsecamente connesso al ruolo di Stato in quanto garante e «riconosciuto come il diritto inalienabile di conoscere le circostanze e le ragioni che hanno portato, attraverso massicce e sistematiche violazioni, alla commissione di crimini» ⁽⁴⁵⁾. Dal punto di vista giuridico, si tratta di una nozione tuttora caratterizzata da una marcata *vis expansiva*, non essendosi ancora consolidata in modo pacifico all'interno di un testo normativo. Invero, come osservato in dottrina, «*the body of literature on the explicit right to truth is limited because although it is a developing principle of human rights, there is no official universal right to truth in regional or international convention*» ⁽⁴⁶⁾.

⁽⁴⁵⁾ U. CELLI, *Il diritto alla verità nell'ottica del diritto internazionale: il caso brasiliano*, in *Annali della Facoltà Giuridica dell'Università di Camerino*, 2017, 6, 206.

⁽⁴⁶⁾ G.A. MARCON, *Does Brazil have the right to truth?*, in *The Macalester Review*, 2013, 3, 2, article 8, 2.

Storicamente, il diritto alla verità ha iniziato a svilupparsi a partire dalla seconda metà del Novecento, in relazione ai fenomeni delle sparizioni forzate connesse ai regimi autoritari. In origine, tale diritto non trovava alcun riconoscimento espresso, venendo ricavato in via interpretativa dai diritti fondamentali (quali il diritto alla dignità umana e, di conseguenza, il diritto dei familiari delle vittime a conoscere le circostanze delle violazioni subite). La prima elaborazione giuridica di “verità” si è affermata nel contesto latino-americano, attraverso la giurisprudenza relativamente ai casi di *desapariciones forzadas* avvenute negli anni di dittatura militare del continente, per poi approdare in un secondo momento anche in Europa. Un ruolo fondamentale è stato dunque svolto dall'adozione della *Convenzione internazionale per la protezione di tutte le persone dalla sparizione forzata* del 2006, al quale articolo 24, comma 2, viene per la prima volta espressamente riconosciuto il diritto delle vittime «di conoscere la verità sulle circostanze della sparizione forzata, sul progresso e sui risultati delle indagini, e sulla sorte della persona scomparsa».

A consolidare l'esistenza della verità come diritto fu poi la giurisprudenza europea. La Corte EDU, pur non consacrando autonomamente nella Convenzione europea, ha affermato in diverse pronunce che l'assenza di indagini effettive in casi di sparizioni, torture, uccisioni viola gli obblighi procedurali derivanti dagli articoli 2 e 3 CEDU. Per approfondimenti, cfr. T. PAGOTTO - C. CHISARI, *Il riconoscimento del diritto alla verità*

Al di là del complesso percorso di affermazione del diritto alla verità, tanto sul piano dottrinale quanto su quello giurisprudenziale, appare indiscutibile la funzione che esso è chiamato a svolgere. L'effettivo espletamento delle indagini ed il conseguente accertamento della verità rappresentano non solo il rifiuto istituzionale dell'illegalità e dell'impunità, ma anche la dimostrazione dell'estraneità delle istituzioni rispetto alla commissione dei crimini medesimi, situazione, questa, diametralmente opposta al clima aleggiante negli anni del caso Matteotti. Parte della dottrina, del resto, individua nella verità e nella giustizia elementi essenziali ai fini della costruzione e del consolidamento della fiducia nelle istituzioni ⁽⁴⁷⁾.

Il diritto alla verità assume qui una particolare rilevanza proprio perché costituisce una testimonianza immediata del clima dittatoriale verso cui il Paese si stava progressivamente avviando già nelle fasi precedenti alle elezioni. Mussolini, infatti, nell'impartire le sopra richiamate direttive del marzo 1926 volte a ridurre al minimo la risonanza delle vicende processuali, dispose espressamente che le stesse dovessero svolgersi nell'indifferenza della nazione. L'occultamento della verità appariva manifesto ed era funzionale ad impedire la formazione di una piena consapevolezza collettiva.

Ne consegue che il diritto alla verità non si esaurisce nella sua dimensione individuale e processuale, finalizzata alla tutela della vittima e dei suoi familiari, ma presenta anche una distinta dimensione collettiva e pubblicistica ⁽⁴⁸⁾, in forza della quale «questo diritto è teso a proteggere anche l'interesse pubblico ad un processo equo, ad un legittimo e corretto *agere statale*» ⁽⁴⁹⁾.

dall'America Latina all'Europa. Evoluzioni e prospettive di un diritto in via di definizione, in *Rivista di diritti comparati*, 2021, 2, 57-90.

⁽⁴⁷⁾ F.P. CERASE, *La fiducia nelle relazioni tra i cittadini e istituzioni pubbliche*, in *Amministrare*, 2018, 1, 96.

⁽⁴⁸⁾ Corte EDU, 31 maggio 2018, ric. 46454/2011, *Abu Zubaydah c. Lituania*, par. 610-640; Corte EDU, 13 dicembre 2012, ric. n. 39630/2009, *El-Masri c. ex Repubblica Jugoslava di Macedonia*.

⁽⁴⁹⁾ T. PAGOTTO - C. CHISARI, *Il riconoscimento del diritto alla verità dall'America Latina all'Europa. Evoluzioni e prospettive di un diritto in via di definizione*, cit. 81.

7. Conclusioni.

Alla luce di quanto fin qui considerato, il delitto di Giacomo Matteotti mostra con particolare evidenza come la crisi dello Stato di diritto si realizzi attraverso il progressivo svuotamento delle garanzie istituzionali dell'equilibrio democratico. Lungi dal rappresentare un episodio isolato di violenza politica, infatti, esso ha costituito il punto di emersione di un sistema nel quale gli apparati pubblici avevano progressivamente smesso di operare secondo logiche di imparzialità e di tutela dell'interesse generale.

La proposta rilettura giuridica ha voluto presentare i fatti da una prospettiva diversa da quella tradizionalmente storiografica. Il problema non riguarda, infatti, soltanto l'individuazione dei responsabili materiali e politici dell'omicidio — che hanno rappresentato solo la punta dell'iceberg di un sistema ormai al collasso — ma investe il rapporto tra il potere pubblico e i diritti fondamentali. Sotto questo profilo, il caso Matteotti evidenzia il fallimento dello Stato sia nella fase preventiva, sia in quella successiva al delitto: relativamente al primo punto, l'incapacità — o mancanza di volontà — di proteggere un soggetto esposto ad un rischio concreto e prevedibile; riguardo al secondo, l'impossibilità di garantire un accertamento giudiziario realmente autonomo.

Proprio quest'ultimo aspetto appare centrale. Un ordinamento può conservare lineamenti apparentemente legittimi, continuando a richiamarsi alla legalità, ma, comunque, riesce a perdere la propria sostanza democratica quando la giurisdizione non è più in grado di operare indipendentemente dal potere politico. Il processo Matteotti mostra con chiarezza che la presenza di regole e norme non è risultata sufficiente a garantire un giudizio effettivamente equo, poiché il contesto istituzionale ne ha compromesso in radice l'autonomia.

Invero, la vicenda assume un significato che supera il contesto storico nel quale si è verificato. Le categorie sviluppate dal diritto costituzionale e sovranazionale nel secondo dopoguerra hanno consentito di poter oggi leggere i fatti legati all'omici-

dio dell'onorevole come una grave violazione degli obblighi di protezione e di indagine effettiva. Non si tratta di sovrapporre i parametri contemporanei al passato, ma di utilizzare strumenti giuridici maturati successivamente per comprendere più a fondo la natura della crisi istituzionale che il caso ha reso evidente.

Resta, infine, il dato forse più rilevante. Il delitto Matteotti ha segnato il momento in cui lo Stato ha mostrato la propria incapacità di distinguersi dalla violenza esercitata nel nome del potere politico. È proprio in tale sovrapposizione tra forza pubblica e interessi di governo che si coglie il passaggio definitivo dalla crisi dello Stato liberale all'affermazione della logica autoritaria. Per questa ragione, oltre a rappresentare una pagina centrale della storia italiana, la vicenda continua ancora oggi a rappresentare un punto di riferimento essenziale per riflettere sui limiti del potere e sulla funzione delle garanzie giuridiche in una democrazia costituzionale.

ABSTRACT: Il contributo propone una rilettura del delitto Matteotti alla luce delle contemporanee categorie della responsabilità dello Stato. Superando la tradizionale interpretazione storico-politica, l'analisi inquadra il caso come un paradigma anticipatore degli obblighi positivi elaborati dal diritto nazionale e sopranazionale. Dopo aver ricostruito il contesto giuridico-istituzionale delle elezioni politiche italiane del 1924, il saggio evidenzia come la vicenda riveli un duplice fallimento statale: l'omessa protezione di Giacomo Matteotti in quanto soggetto esposto a un rischio prevedibile, unitamente all'inadeguatezza delle indagini e delle risposte giudiziarie successive al delitto. A ciò si aggiunge la compromissione del diritto alla verità, con conseguenze sulla memoria collettiva.

ABSTRACT: *The contribution proposes a reinterpretation of the Matteotti murder in the light of contemporary categories of State responsibility. Moving beyond the traditional historical-political interpretation, the analysis frames the case as a pioneering example of the positive obligations established by national and supranational law. After reconstructing the legal and institutional context of the 1924 Italian general election, the essay highlights how the case reveals a State twofold failure: the omission to protect Giacomo Matteotti who had been exposed to a foreseeable risk, coupled with the inadequacy of the investigations and judicial responses following the murder. Added to this is the undermining of the right to truth, with consequences for collective memory.*

Regolamento Ammissione e Referaggio contributi.

1. PROPOSTA. I contributi proposti per la pubblicazione nella Rivista vengono inviati, in formato elettronico e/o cartaceo, dall'autore ad uno dei seguenti indirizzi (robertomartino@ilprocesso.eu; antoniobarone@ilprocesso.eu; redazione@ilprocesso.eu) e vengono sottoposti ad uno dei Direttori della Rivista.

2. NOMINA REFEREE. Uno dei Direttori (responsabile della procedura di referaggio) individua riservatamente un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione ovvero un *referee*, esperto dell'area disciplinare a cui si riferisce il contributo, esterno al comitato medesimo e agli altri organi della Rivista.

Su richiesta di almeno due direttori (responsabili della procedura di referaggio), è possibile individuare due referee (esterni agli organi della Rivista o nell'ambito del comitato scientifico e di valutazione) per la valutazione del contributo; anche in tal caso verranno seguite le regole di referaggio di cui al paragrafo 3, con il coinvolgimento di entrambi i Direttori responsabili della procedura di referaggio.

I nominativi dei *referees* esterni al Comitato di valutazione e agli altri organi della rivista verranno pubblicati nell'ultimo numero di ogni annualità della Rivista.

3. REFERAGGIO. Il valutatore individuato in maniera assolutamente riservata da uno dei Direttori esamina il contributo, trasmesso in forma anonima. Sarà accuratamente evitata, a cura della segreteria di redazione, l'identificabilità dello stesso, anche con la cancellatura di autocitazioni nel testo o in nota ed altri elementi atti ad identificare l'autore del contributo. Il valutatore compilerà un'apposita scheda anonima di valutazione, allegata al presente regolamento, che terrà conto delle seguenti caratteristiche del lavoro: originalità; metodologia, informazione, coerenza argomentativa. Le risultanze della valutazione saranno trasmesse dal valutatore al Direttore che gli ha

conferito l'incarico entro 15 gg. dalla ricezione del contributo. Per opere di particolare impegno il Direttore responsabile della procedura di referaggio potrà concedere una proroga di altri 15 gg. Inutilmente decorso il termine, il valutatore decade dall'incarico e il contributo verrà prontamente inviato ad altro valutatore, individuato nel rispetto delle modalità di cui al punto 2.

Il valutatore opera nel rispetto del codice etico della Rivista e dei doveri ivi indicati.

Il giudizio è espresso per iscritto in forma anonima e inoltrato, per via telematica o cartacea, dal valutatore al Direttore che gli ha conferito l'incarico.

Tutti i contributi pubblicati sulla Rivista saranno sottoposti alle procedure di revisione/valutazione di cui al presente regolamento, esclusi quelli indicati nell'art. 9, § 5 del regolamento ANVUR per la classificazione delle riviste per le aree non bibliometriche. Soltanto in casi eccezionali la Direzione può assumere direttamente la responsabilità della pubblicazione, segnalando la circostanza e le relative motivazioni in una nota nella prima pagina del contributo.

4. ESITO DEL REFERAGGIO.

La procedura può avere i seguenti esiti:

- Se la valutazione è favorevole per l'autore il contributo viene ammesso nella Rivista senza ulteriori formalità. - Se la valutazione ha esito negativo il contributo è rifiutato e si dà comunicazione all'autore, allegando la valutazione.

In caso di valutazione positiva, il valutatore può formulare commenti/suggerimenti che verranno trasmessi all'autore, in forma anonima, e quest'ultimo potrà o meno acquisirli a sua discrezione.

Le regole di cui al paragrafo 4 si applicano anche alle ipotesi di nomina di due *referee*, qualora entrambe le valutazioni espresse siano negative oppure positive. Qualora, invece, i giudizi dei due *referee* dovessero essere discordanti, è facoltà della direzione decidere sulla pubblicazione o meno del contributo, valutando la possibilità di sottoporre il contributo alla revisione di un terzo *referee* e procedendo alla pubblicazione in caso di valutazione positiva.

5. CONSERVAZIONE ATTI. Il materiale relativo alla procedura verrà conservato con la massima cura e riservatezza dalla segreteria di redazione, in formato cartaceo ed elettronico a disposizione dell'ANVUR o di altre Autorità di controllo.