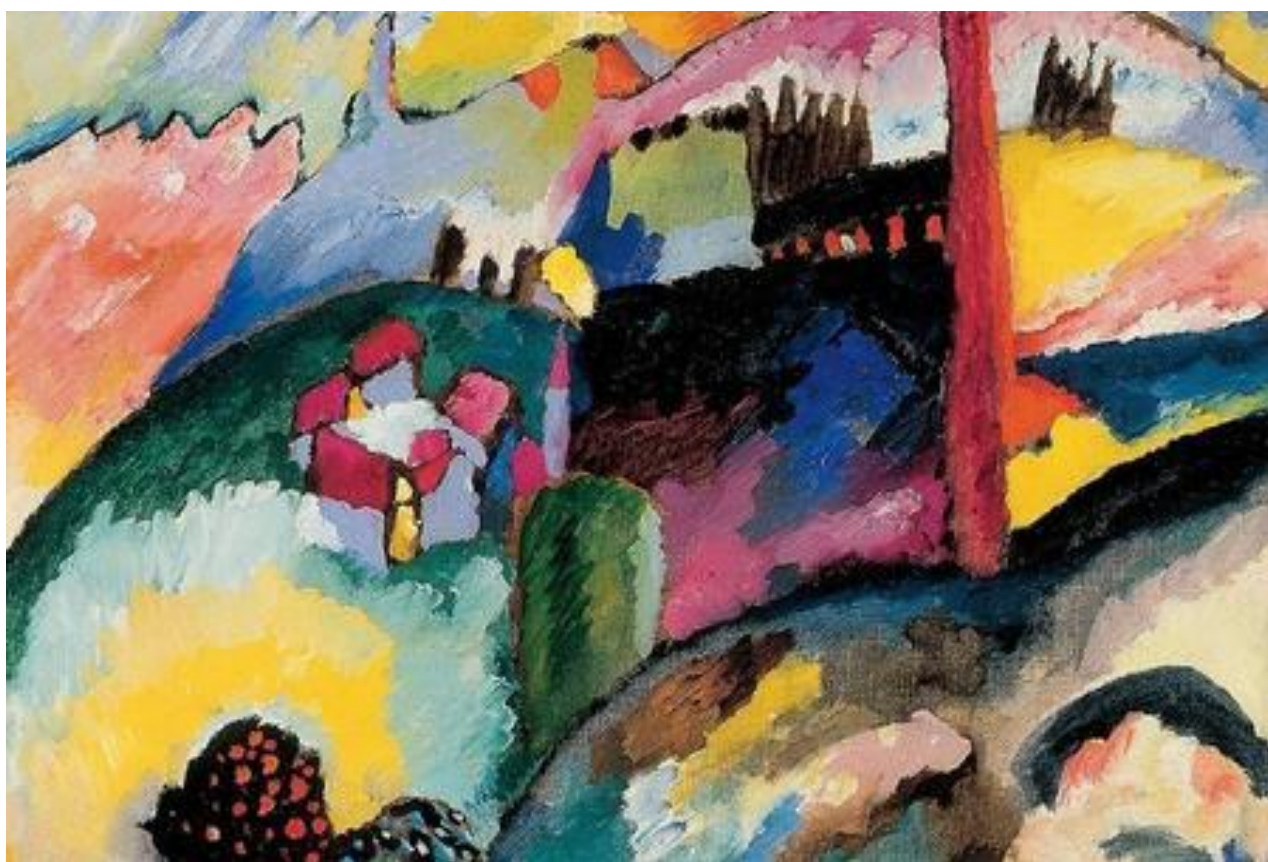


Numero 2 – 2022

Il diritto *vivente*

Rivista quadrimestrale di *Magistratura Indipendente*

Direttore *Mario Cicala*



Direttore

MARIO CICALA (*già presidente di sezione della Corte di cassazione*)

Comitato di direzione

ALBERTO BARBAZZA (*giudice del Tribunale di Treviso*) – CECILIA BERNARDO (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – MANUEL BIANCHI (*giudice del Tribunale di Rimini*) – PAOLA MARIA BRAGGION (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – PAOLO BRUNO (*consigliere per la giustizia e gli affari interni presso la Rappresentanza permanente d'Italia presso l'Unione europea*) – ALESSANDRO CENTONZE (*consigliere della Corte di cassazione*) – MARINA CIRESE (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – VITTORIO CORASANITI (*magistrato addetto al Gabinetto del Ministro della Giustizia*) – LUCA D'ADDARIO (*magistrato addetto all'Ufficio studi del Consiglio superiore della magistratura*) – ANTONIO D'AMATO (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – ALESSANDRO D'ANDREA (*magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – COSIMO D'ARRIGO (*componente della Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici.*) – BALDOVINO DE SENSI, (*giudice del tribunale di L'Aquila*) - LORENZO DELLI PRISCOLI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLA D'OVIDIO (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – GIANLUCA GRASSO (*componente del comitato direttivo della Scuola superiore della magistratura*) – STEFANO GUIZZI (*consigliere della Corte di cassazione*) – FERDINANDO LIGNOLA (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – NICOLA MAZZAMUTO (*già presidente del Tribunale di sorveglianza di Messina*) – ENRICO MENGONI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LOREDANA MICCICHÉ (*componente del Consiglio superiore della magistratura*) – CORRADO MISTRI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – ANTONIO MONDINI (*consigliere della Corte di cassazione*) – ROBERTO MUCCI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*) – FIAMMETTA PALMIERI (*giudice del Tribunale di Frosinone*) – CESARE PARODI (*procuratore della Repubblica aggiunto presso il Tribunale di Torino*) – GIUSEPPE PAVICH (*consigliere della Corte di cassazione*) – RENATO PERINU (*già magistrato dell'Ufficio del Massimario e del Ruolo della Corte di cassazione*) – FRANCESCA PICARDI (*consigliere della Corte di cassazione*) – PAOLO PORRECA (*consigliere della Corte di cassazione*) – GUIDO ROMANO (*giudice del Tribunale di Roma*) – UGO SCAVUZZO (*Presidente di sezione del Tribunale di Patti*) – PAOLO SPAZIANI (*consigliere della Corte di cassazione*) – LUCA VARRONE (*consigliere della Corte di cassazione*) – ANDREA VENEGONI (*sostituto procuratore generale presso la Corte di cassazione*)

In copertina: Vasilij Vasil'evič Kandinskij, *senza titolo*

ISSN 2532-4853 Il diritto vivente [online]

Indice del fascicolo 2°

(maggio-agosto 2022)

Gli Autori	4
Federica La Chioma, Il piano nazionale di ripresa e resilienza e l'ufficio per il processo	5
Corrado Mistri e Barbara Pedretti, <i>La formazione del silenzio assenso sulle istanze di ampliamento del nucleo familiare e di subentro nel diritto di godimento di un alloggio di edilizia residenziale pubblica.</i>	23
Paolo Spaziani, <i>Storie di processualisti e di nobildonne. La principessa Beatrice Cenci Bolognetti e la “perpetuatio iurisdictionis”</i>	39
Cesare Parodi, <i>Il complesso rapporto tra uffici minorili e ordinari. L'integrazione tra differenti prospettive e l'organizzazione del lavoro.</i>	51
Giuseppe Vettori, <i>Sulla morfologia del contratto. il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione</i>	67

Gli Autori

Federica La Chioma, *sostituto procuratore presso il Tribunale di Palermo*

Corrado Mistri, *sostituto procuratore generale della Corte di cassazione*

Barbara Pedretti, *avvocata del foro di Bologna*

Cesare Parodi, *procuratore aggiunto presso il Tribunale di Torino*

Paolo Spaziani, *consigliere della Corte di cassazione*

Giuseppe Vettori, *professore emerito di diritto privato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Firenze*

Federica La Chioma

Il piano nazionale di ripresa e resilienza e l'ufficio per il processo

1. INTRODUZIONE: CONTESTO E PREMESSE STORICHE E ORDINAMENTALI

Nel 1943, dunque nel pieno esplodere della seconda guerra mondiale, lo scrittore tedesco Hermann Hesse rifletteva che *“in quel periodo inquieto si era visto che in mezzo alla generale preoccupazione un uomo tanto più vale quanto più rivolge il pensiero e la vita a cose spirituali che trascendono la sua persona, quanto più ha imparato a rispettare, osservare, servire e sacrificare.”*¹ Il senso dell'affermazione, che riposa nel richiamo alla necessità che all'irrazionalità della storia si risponda con l'impegno intellettuale e con un saldo ancoraggio a ciò che di più ordinato è dato all'uomo, ossia la sua umanità ed il suo senso di responsabilità, offre una interessante chiave di lettura alle iniziative politiche e legislative che sono state intraprese per affrontare le conseguenze derivanti dalla pandemia da Covid-19.

Invero, le istituzioni dei Paesi colpiti dal Coronavirus si sono ritrovate nell'urgenza di adottare misure improcrastinabili per fronteggiare l'emergenza sanitaria ma, poiché quest'ultima ha avuto effetti devastanti su pressoché tutti i settori dell'attività umana, la risposta alla pandemia è stata anche l'occasione per mettere mano e finalmente portare a termine riforme in diversificati settori del vivere civile annunciate da tempo e mai concluse, spesso per effetto della difficoltà di conciliare le distinte posizioni espresse dai vari portatori di interessi contrapposti o quantomeno collimanti.

In tal senso è significativo come, tra i principali comparti incisi dall'approvazione di misure di contenimento degli effetti derivanti dalla pandemia, vadano annoverati quello della giustizia² e più in

¹ HESSE, H. (1955), *Il giuoco delle perle di vetro*, Oscar Mondadori Editore, Milano.

² Esemplicativamente, per evidenziare il forte impatto della crisi sanitaria in corso sui più disparati settori della giustizia sia sufficiente un accenno alle significative conseguenze sofferte a causa della pandemia dall'universo carcerario: non soltanto infatti la condizione cronica di sovraffollamento degli istituti di pena ha complicato le numerose criticità legate all'esigenza di prevenire il contagio, peraltro all'interno di una popolazione fisiologicamente (in ragione della propria condizione materiale ed esistenziale) a forte rischio di compromissione dell'intero sistema immunitario. Vieppiù, l'impossibilità, che potrebbe definirsi connaturata *in re ipsa* alla propria stessa natura e funzione, per numerose figure professionali operanti a stretto contatto con i detenuti (agenti di polizia penitenziaria, magistratura di sorveglianza, personale sanitario) di svolgere la propria attività in modalità di lavoro agile e da remoto (cosiddetto *smart working*) ha accentuato la necessità di misure *ad hoc* che potessero far fronte alle criticità derivanti dalla pandemia in questo delicato settore. Si veda in tal senso la rassegna di interventi di fonte

generale dell'ordinamento giudiziario, che da tempo erano stati sollecitati ad un processo complessivo di rinnovamento che, per l'effetto, era stato più volte evocato con la significativa espressione di “*rimessa della giustizia*”³.

nazionale e sovranazionale contenuta in LA CHIOMA, F. (2020), *The impact of the current pandemic on the detention centers' population and the different role of the government, the judiciary and the press: an Italian perspective*, atti del convegno sponsorizzato dall'UNODC ed ospitato dall'Università di Manau in modalità telematica *Critical Dialogues on Pandemic Perspectives: Global Justice, Rule of Law and Human Rights* tenutosi il 10 e 11 settembre 2020. Più in generale si considerino le concrete conseguenze che la crisi sanitaria ha prodotto sul funzionamento degli uffici giudiziari, peraltro, come acutamente osservato da BRACCIALINI, R. (2020), *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive*, disponibile on line sul sito <https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive-01-06-2020.php>, assommandosi ad una complessiva condizione organizzativa che già da tempo scontava numerose criticità, quali “*vuoti di organico del personale amministrativo [...] frutto della miopia che è imperversata per un ventennio, nella stagione delle riforme a costo zero, che ha comportato il blocco del turn over del personale; una stasi ventennale, che solo da un triennio ha conosciuto segnali di inversione di tendenza, con uno sforzo titanico delle strutture ministeriali di recuperare terreno rispetto ai concorsi non banditi [...] l'esodo incentivato del personale per effetto della più favorevole normativa pensionistica delle “quote 100” e dintorni, senza neanche dare il tempo per un affiancamento on the job dei nuovi assistenti e cancellieri che entrano nella nuova realtà lavorativa, quasi sempre con un bagaglio teorico di tutto rispetto. Nuove leve, però, che scontano tempi troppo sacrificati per poter sostituire degnamente funzionari e cancellieri con quarant'anni di esperienza alle spalle [...] l'informatizzazione giudiziaria, che si è concentrata sulla sola dimensione della magistratura togata (di merito), ottenendo col tempo risultati sicuramente apprezzabili, ma sempre lontani da quelli che si potrebbero realizzare con gli strumenti tecnici che ci sono attualmente a disposizione. Un pilastro, che soffre comunque alla base del formale distacco delle strutture di assistenza tecnica dagli uffici giudiziari, per cui tutte le attività di supporto a magistrati e cancellerie vengono concepite come interventi presso tribunali/procure/corti di un'organizzazione esterna, i Cisia, con un chiaro appesantimento burocratico e ritardo nei tempi di assistenza agli utenti; quando invece gli uffici giudiziari dovrebbero disporre al loro interno delle risorse professionali per fare rapidamente fronte a tutti i problemi informatici posti dall'operatività quotidiana. Questo, senza voler aprire il doloroso capitolo sui limiti dell'ulteriore assistenza tecnica in regime di convenzione, che porterebbe molto lontano e che forse oggi, in questa stagione emergenziale, può iniziare ad essere ridiscusso, perché si sta creando una diversa percezione sull'utilità delle esternalizzazioni. Reinternalizzare nell'amministrazione funzioni di staff, che non sono certamente degli accessori, diventa così un possibile fronte di espansione per l'ufficio del processo. Pur con tutti questi limiti, comunque, il livello di informatizzazione raggiunto ha consentito a buona parte degli uffici giudiziari di primo e secondo grado di galleggiare nell'emergenza da Covid 19 articolando nuove modalità di lavoro che consentono la prosecuzione degli scambi informativi a distanza, vuoi per gestire le camere di consiglio dei magistrati che per il trasferimento e la conoscenza degli atti processuali. Ma proprio a questo punto, malgrado tutto questo sforzo di innovazione che ci auguriamo lasci positive acquisizioni post-emergenziali, si è vista l'intrinseca debolezza di impianto di tutta la struttura organizzativa della Giustizia, dato che le cancellerie sono rimaste incatenate a luoghi di lavoro non più facilmente agibili per quanto riguarda il maneggio dei registri di cancelleria e quindi la lavorazione degli atti in arrivo e dei provvedimenti depositati in telematico da remoto, con poche prospettive di “lavoro agile pandemico”. Per non parlare di quelle strutture giudiziarie, di base e di vertice, che l'informatizzazione del processo civile hanno appena assaggiato (vedi la Cassazione) o di cui sono ancora totalmente a digiuno (vedi il giudice di pace).”*

³ Si veda in tal senso l'esauritivo articolo del Prof. VERDE, G. (2021), *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la riforma della giustizia*, in *Nuove Autonomie*, 1/2021, 169-204, che, nel ripercorrere storicamente i principali nodi critici dell'articolato dibattito politico e giuridico sulla giustizia, incentrato principalmente sul tema dei rapporti fra il Ministero della Giustizia ed il Consiglio Superiore della

La necessità di condividere le politiche europee di sostegno finanziario e rilancio delle economie nazionali ha dunque costituito per il Paese l'occasione per avviare le innovazioni strutturali che si attendevano da tempo e che possono dirsi oggi ancorate ad una visione sufficientemente definita: infatti *“l'appartenenza dell'Italia all'Unione Europea definisce la matrice euro-unitaria della riforma che riguarderà sia aspetti funzionali (lo svolgimento della durata dei processi, la lotta alla corruzione, sulla base delle Country Specific Recommendations indirizzate al nostro Paese negli anni 2019 e 2020), che profili direttamente riferibili al CSM (nuove regole elettorali e procedimenti decisionali trasparenti), senza tralasciare di sottolineare la lontananza del giudice dalla politica (disciplina dello status giuridico in relazione alla partecipazione del giudice a competizioni elettorali e eventuale coinvolgimento nella compagine del governo nazionale, regionale e locale).”*⁴

Prima di affrontare lo specifico contenuto di alcune delle innovazioni previste dalla riforma in atto pare tuttavia opportuno dedicare un apposito paragrafo al quadro normativo ed ordinamentale di riferimento, a partire dall'approvazione del programma straordinario di investimenti per oltre 806 milioni di euro elaborato dall'Unione Europea per il rilancio delle economie dei Paesi membri colpite dagli effetti della pandemia da Covid-19⁵.

Magistratura quale organo di autogoverno dell'ordinamento giudiziario, ha tuttavia suggerito di *“tenersi lontano dai richiami di chi lega la riforma della giustizia a una modifica della disciplina costituzionale del CSM”*. Come si avrà modo di approfondire, infatti, le innovazioni imposte dall'emergenza sanitaria non vanno inserite in quadro di riforma costituzionale ma devono essere correttamente situate su un piano di rango legislativo in quanto rispondono all'esigenza – più che mai viva in un contesto di crisi pandemica – di attuazione delle *“garanzie europee per una giustizia effettiva amministrata da un giudice imparziale”*. Non si dimentichi infatti che risponde al dettato normativo dell'art. 47 della Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione Europea la garanzia che ogni cittadino possa vedere la sua causa esaminata equamente, pubblicamente *ed entro un termine ragionevole* da un giudice indipendente ed imparziale; analogamente il Trattato sull'Unione Europea prevede all'art. 19 che ciascuno Stato membro stabilisca i rimedi giurisdizionali necessari ad assicurare una tutela giurisdizionale *effettiva* nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. Dunque la prospettata riforma della giustizia, almeno nei termini suggeriti dall'attuale contesto pandemico, sembra rispondere all'esigenza di assicurare un funzionamento del servizio che risponda all'esigenza delle famiglie e delle imprese *“che lo stato di incertezza legato alla pendenza della controversia cessi con l'adozione di un provvedimento decisivo che ponga fine alla lite. Non va poi dimenticato che l'esercizio delle libertà economiche è fortemente compromesso dalla complessità normativa che costituisce il terreno fertile per la corruzione e la criminalità che vede nella crisi e nelle prospettive di ripresa una formidabile occasione per infiltrare il sistema economico.”*

⁴ Si veda VERDE, G. (2021), *ibidem*, p. 189.

⁵ Si veda in tal senso lo slogan proposto dalla Commissione Europea, che, nell'aggiornare l'attuale portata dell'investimento dagli originari 750 milioni di euro agli attuali 806,9, ha chiarito presso il sito appositamente dedicato (https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_en) come il *“NextGenerationEU is more than a recovery plan. It is a once in a lifetime chance to emerge stronger from the pandemic, transform our economies, create opportunities and jobs for the Europe where we want to live. We have everything to make this happen.”*

2. NEXT GENERATION EU E RECOVERY AND RESILIENCE PLAN

Nel richiamare la necessità che, unitamente allo sforzo per contenere la crisi sanitaria in atto, i capi di Stato e di governo degli Stati Membri si impegnino congiuntamente per attenuare i danni socio-economici derivanti dalla pandemia, secondo un'ottica innovativa (rispetto alla consolidata politica di *austerità*) volta a “*promuovere la convergenza, la resilienza e la trasformazione nell'Unione europea*”⁶, il Consiglio Europeo del 21 luglio 2020 ha approvato il documento programmatico, elaborato dalla Commissione Europea e rassegnato nel maggio del medesimo anno, denominato *Next Generation EU*⁷, che, unitamente al *Multiannual Financial Framework* adottato in occasione dell'approvazione del budget dell'Unione Europea per gli anni 2021-2027, costituisce il più ambizioso piano di intervento statale volto ad assicurare un progetto di investimenti tesi al rilancio dell'intera area dell'Unione Europea.

Tuttavia, come chiarito nel *Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il dispositivo per la ripresa e la resilienza*⁸, l'accesso da parte dei singoli Stati Membri ai fondi messi a disposizione è subordinato all'elaborazione da parte loro di piani nazionali per la ripresa e la resilienza, destinati ad essere valutati da parte della Commissione Europea sulla base dei criteri di pertinenza, efficacia, efficienza, coerenza specificati nell'art. 19 del Regolamento stesso ed, in caso di esito positivo dell'*assessment*, ad essere approvati dal Consiglio dell'Unione Europea mediante decisione di esecuzione. Tali *Recovery and Resilience Plans* definiscono il programma di riforme e investimenti dello Stato membro interessato e comprendono misure per l'attuazione di riforme e investimenti pubblici, strutturati in un pacchetto completo e coerente, che può anche includere regimi pubblici finalizzati da incentivare gli investimenti privati.

Anche il Governo italiano si è candidato ad usufruire delle risorse straordinarie messe a disposizione dall'Unione Europea elaborando un proprio progetto di complessivo rilancio e modernizzazione del Paese (il *Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* o PNRR), trasmesso dapprima il 25 aprile 2021 ai due rami del Parlamento, che lo hanno approvato con due distinte risoluzioni parlamentari, e poi il 30 aprile 2021 formalmente comunicato alla Commissione Europea, che il 22

⁶ Si vedano le conclusioni rassegnate in esito alla riunione straordinaria del Consiglio Europeo del 21 luglio 2020, EUCO 10/20, CO EUR 8 CONCL 4.

⁷ Definito dal Consiglio come un “*pacchetto di amplissima portata che combina il futuro quadro finanziario pluriennale (QFP) con uno specifico sforzo per la ripresa.*”

⁸ Si veda il Regolamento del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, L 57/17 del 18.2.2021.

giugno 2021 ha elaborato una proposta di decisione di esecuzione per il Consiglio⁹, che l'ha formalmente recepita il 13 luglio 2021¹⁰.

Tra i tanti ambiti di intervento proposti dal Governo Italiano, nella sua decisione finale il Consiglio ha avuto modo di valutare positivamente quelli riguardanti il settore della giustizia, articolati su una serie di misure “*ambiziose*” volte riformare e modernizzare il sistema giudiziario civile, penale e amministrativo. Gli investimenti previsti nel PNRR sono stati dal Consiglio sintetizzati nelle plurime direttrici della digitalizzazione dei tribunali, della formazione dei giudici e del personale e del miglioramento dell'efficienza complessiva dei tribunali, conseguibili a breve termine mediante un deciso intervento sui fattori organizzativi che consentano alle riforme in corso di elaborazione di produrre risultati più rapidamente. A tal proposito il Consiglio non ha mancato di sottolineare come “*l'istituzione e il potenziamento dell'Ufficio del processo dovrebbe sostenere i magistrati, come parte integrante della riforma della giustizia, al fine di abbattere l'arretrato delle cause pendenti e la durata complessiva dei procedimenti nell'ambito della strategia di ripresa, contribuendo ad assicurare la rapida attuazione delle riforme e degli investimenti, con effetti positivi anche sulla lotta alla corruzione e sul contesto imprenditoriale generale. Ci si aspetta che tali misure migliorino inoltre la qualità della giustizia grazie al supporto fornito ai magistrati nelle normali attività di studio, nella ricerca giuridica, nella preparazione di bozze di provvedimenti e nell'organizzazione dei fascicoli, consentendo in tal modo ai giudici di concentrarsi sui compiti più complessi.*”¹¹

Dunque, come emerge dalla decisione del Consiglio, fra gli obiettivi il cui raggiungimento è in grado di smuovere un poderoso progetto di sostegno europeo vi è quello del perseguimento di un più elevato *standard* di efficienza nella giustizia, come tale in grado di condizionare la rinascita delle imprese fortemente danneggiate dalla crisi e regolare secondo indicatori virtuosi il livello di attrattiva per gli investitori stranieri, secondo una visione che in realtà già da tempo era stata tracciata per l'Italia. Come infatti sottolineato dal Presidente del Consiglio Mario Draghi, le auspiccate riforme della giustizia sarebbero in grado di soddisfare le aspettative che l'Unione Europea aveva già avuto modo di indirizzare all'Italia per il tramite delle *Country Specific Recommendations* per gli anni 2019-2020, contenenti una sollecitazione al conseguimento di un modello organizzativo “*la cui efficienza riesca a rispondere alla domanda di giustizia in tempi ragionevoli e prevedibili. È interesse dei cittadini e degli operatori economici che lo stato di*

⁹ Si veda la Proposta di decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, COM(2021) 344 final 2021/0168 (NLE).

¹⁰ Si veda Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, 10160/21 ECOFIN 645 CADREFIN 340 UEM 180 FIN 521.

¹¹ Si veda ancora la Decisione di esecuzione del Consiglio relativa all'approvazione della valutazione del piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia, *ibidem*, par. 19.

incertezza legato alla pendenza della controversia cessi con l'adozione di un provvedimento decisorio che ponga fine alla lite. Non va poi dimenticato che l'esercizio delle libertà economiche è fortemente compromesso dalla complessa normativa che costituisce il terreno fertile per la corruzione e la criminalità che vede nella crisi e nelle prospettive di ripresa una formidabile occasione per infiltrare il sistema economico.”¹²

È singolare tuttavia come, diversamente da quanto prospettato sino ad un recente passato, una riforma della giustizia che miri a contenere la penetrazione della criminalità organizzata nel tessuto imprenditoriale e a scongiurare il rischio di accordi corruttivi pregiudizievoli per una seria internazionalizzazione delle imprese e degli investimenti non si arresti più solo ad interventi repressivi volti ad inasprire l'effetto sanzionatorio della norma penale, ma si estenda sino ad una complessiva riforma dell'apparato organizzativo che presiede quotidianamente all'amministrazione della giustizia per il tramite del riconoscimento dei diritti e dei doveri di ciascuno. Più efficacemente, *“nel contesto di un unico ragionamento che assimila i temi della riforma della giustizia con quelli della riforma della Pubblica Amministrazione è dato leggere che un sistema giudiziario efficiente è fondamentale per un'economia attraente e propizia agli investimenti e all'imprenditoria e sarà fondamentale nel processo di ripresa, anche mediante l'attivazione di quadri efficienti per il salvataggio e il rilancio.”¹³*

È dunque singolare e meritevole di speciale attenzione come al centro della riforma della giustizia¹⁴ venga posta l'innovazione della struttura organizzativa che presiede al processo, in particolare attraverso la definitiva attuazione del cosiddetto *“ufficio per il processo”* o UPP, secondo principi e criteri che saranno analizzati nei prossimi paragrafi.

3. ORGANIZZAZIONE DEGLI UFFICI ED UFFICIO PER IL PROCESSO

L'organizzazione della giustizia costituisce da sempre un tema di estrema complessità, atteso che il rendere giustizia è un'attività composita che richiede uno sforzo organizzativo costante e conseguentemente l'impiego delle risorse e il coordinamento fra i vari attori¹⁵: da un lato vi è infatti l'attività del *giudicare*, che si fonda su garanzie e regole, dall'altro quella dell'*amministrare*, che si fonda su competenze e discrezionalità. Pertanto il conseguimento dei ruoli dirigenziali non può essere concepito come il naturale percorso di una evoluzione di carriera fondata sul solo requisito dell'anzianità, ma piuttosto come lo strumento privilegiato per garantire efficacemente un servizio, che deve essere

¹² Si veda VERDE, G., *ibidem*, p. 173.

¹³ Si veda VERDE, G., *ibidem*, p. 174.

¹⁴ Che proprio per tale aspetto perde il carattere meramente settoriale, per definirsi invece *“orizzontale”* e *“di contesto”*, si veda VERDE, G., *ibidem*, p. 176.

¹⁵ GUARNIERI, C., 2001, *La giustizia in Italia*, Bologna, Il Mulino, p. 108.

affidato a chi possiede speciali attitudini, valutabili in funzione del precipuo scopo da raggiungere. Si rischia altrimenti di cadere in quello che la moderna scienza economica definisce il dilemma della cosiddetta incapacità addestrata¹⁶, ossia l'attitudine ad insistere nell'attingere alle proprie competenze anche quando queste risultino palesemente inadeguate a risolvere la problematica all'esame; ciò avviene ad esempio quando i magistrati considerano l'organizzazione dell'ufficio una mera estensione delle capacità dimostrate nell'organizzazione del proprio ruolo, senza cogliere le peculiarità che comporta l'amministrazione di un'attività complessa e altrui, che ha in sé il giudicare ma anche il gestire, secondo un'ottica condivisa per di più e non solipsistica come invece quella, del tutto autonoma e spesso solitaria, di un sostituto procuratore o di un giudice civile alle prese con il proprio ruolo.

Viene dunque a configurarsi una dicotomia, che necessita di essere ricomposta in quanto confluisce nel medesimo soggetto persona fisica, fra il modello del magistrato, soggetto solo alla legge, come tale autonomo ed indipendente *ex art. 101 Cost.*, e quello del dirigente giudiziario, devoto al perseguimento presso la struttura organizzativa dallo stesso amministrata, come ogni altro *civil servant*, degli obiettivi della efficienza, efficacia ed economicità dell'azione amministrativa che gli competono ai sensi dell'*art. 97 Cost.*¹⁷

Tale dicotomia pare oggi, dopo circa un ventennio di proposte e suggestioni avanzate dalla magistratura oltre che dal mondo accademico¹⁸, essere stata in parte ricomposta grazie alla imminente attuazione dell'ufficio del processo, che, come si è innanzi anticipato, è stata salutata come una delle ambiziose misure che il Governo italiano¹⁹ ha inteso mettere in campo al fine di addivenire ad una compiuta riforma della giustizia.

¹⁶ MERTON, R., 1949, *Social theory and social structure*, New York, Free Press.

¹⁷ Per un'approfondita disamina del tema si veda LA CHIOMA, F. (2018), *Dirigere domani: prospettive e aspirazioni dei giovani magistrati*, Relazione al corso tenutosi a Scandicci presso la sede della Scuola Superiore della Magistratura di Villa Castelpulci dal 5 al 7 novembre 2018, e la bibliografia ivi richiamata.

¹⁸ Per le quali si veda BRACCIALINI, R. (2020), *ibidem*, che ha ripercorso tutte le tappe del percorso culturale prima che giuridico che ha portato all'elaborazione dell'idea di ufficio del processo, definito come il punto di sintesi tra amministrazione e giurisdizione fondato sul principio di leale cooperazione, che si basa, all'interno dei rapporti fra struttura ministeriale e ordine giudiziario, su "un vincolo che obbliga le parti a una leale cooperazione, finalizzata alla ricerca della maggiore convergenza possibile attraverso una discussione effettiva e costruttiva... posto che l'attività di concertazione deve essere effettuata in modo adeguato, nel senso sopra precisato, e posto che le parti non debbono tenere comportamenti ostruzionistici e sleali, né usare espedienti dilatori o pretestuosi".

¹⁹ Si noti, come evidenziato da CIVININI, M. G. (2021), *Il "nuovo ufficio per il processo" tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Questione Giustizia*, 3/2021, 183, che "in Paesi a noi culturalmente vicini, sia dal punto di vista giuridico che ordinamentale, che di condivisione dei valori di indipendenza e imparzialità,

Tuttavia, al fine di comprendere appieno gli effetti che l'introduzione dell'UPP è destinato ad apportare al funzionamento degli uffici giudiziari, è necessario ripercorrerne l'evoluzione storica e normativa.

4. UPP TRA PASSATO E FUTURO

Sinteticamente l'ufficio per il processo può definirsi *“un istituto complesso, composto da un insieme eterogeneo di risorse (personale amministrativo, giudici onorari e tirocinanti), cui sono assegnati compiti differenti per qualifica e competenze, e che necessitano di un'efficace (e strutturata) attività di coordinamento e di formazione da parte della magistratura professionale e della Scuola superiore della magistratura al fine di conseguire l'obiettivo di un'effettiva efficienza.”*²⁰

Per comprendere come esso sia destinato a funzionare occorre prendere le mosse dalla normativa di fonte primaria e secondaria che, a partire dal 2014, ha tentato di dare risposte alle richieste della magistratura associata per l'elaborazione di una struttura organizzativa ideata al fine precipuo di abbattere il contenzioso arretrato, rendendo più competitiva l'amministrazione della giustizia. I

come Francia, Spagna, Portogallo, l'assistente del giudice, che svolge tutto il lavoro organizzativo, preparatorio e di facilitazione della decisione, è una consolidata realtà. Nei Paesi di common law (Malta, Regno Unito, Stati Uniti) è imprescindibile. Ce lo hanno ricordato la ministra Marta Cartabia e la dirigente del DOG Barbara Fabbrini nelle loro visite nei distretti per presentare l'UPP. L'esistenza di una struttura dedicata di supporto libera il giudice dagli incombenti mangia-tempo, dagli oneri di organizzazione, di monitoraggio continuo delle istanze, di gestione in senso stretto, di redazione di provvedimenti standard e gli/le consente di concentrarsi sulla decisione, sia sulle decisioni infra-procedurali, che imprimono carattere e direzione al processo sia su quelle finali. L'esistenza di una tale struttura libera tempo per pensare, per riflettere, per studiare. E questo non è un lusso, ma una necessità. Solo un giudice che conosce in profondità, oltre al diritto e alla giurisprudenza interna e sovranazionale, il suo tempo, la società in cui vive, l'evoluzione che alla stessa imprimono le nuove tecnologie, la scienza, la letteratura, i mutamenti climatici, solo un tal giudice può avere quella visione del diritto e dell'umanità che gli consente di esercitare (in modo non sostituibile da algoritmi) la sua funzione.”

²⁰ Si veda GRASSO, G.(2021), *Il PNRR e l'attuazione dell'ufficio per il processo*, disponibile on line sul sito <https://lamagistratura.it/organizzazione-giudiziaria-e-deontologia/il-pnrr-e-lattuazione-dellufficio-per-il-processo/>, che ha anche acutamente osservato come nel dare forma a questo istituto, nonostante le richieste della magistratura associata, il legislatore non abbia scelto la strada di costituire un vero e proprio *“ufficio del giudice”*, sul modello del *cabinet*, composto almeno da un assistente giudiziario e da un segretario assegnati al singolo magistrato, come accade, ad esempio, nella Corte costituzionale italiana (ove accanto alla struttura amministrativa vi sono degli assistenti di studio) o nella Corte di giustizia dell'Unione europea (in cui ciascun giudice o avvocato generale dispone di più *référéndaire*) o in altre realtà europee, quantomeno a livello di corti supreme. Al contrario osserva l'Autore come sia stato elaborato il modello di un *“ufficio per il processo”* a supporto di uno o più giudici professionali o di una o più sezioni, così però incorrendo nel rischio di rendere meno efficace l'effettivo supporto a ciascun magistrato, con possibili disomogeneità a livello territoriale in ragione delle differenti risorse disponibili anche sul piano numerico.

principali passaggi di tale evoluzione²¹ vanno rinvenuti nell'adozione del D.L. 24 giugno 2014 n. 90 recante misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014, n. 114, che ha previsto per la prima volta l'UPP, prevedendo, a dimostrazione dello stretto nesso tra innovazione tecnologica, organizzazione e qualità della giustizia, che al fine di garantire la ragionevole durata del processo, fossero costituite, presso le corti di appello e i tribunali ordinari, attraverso l'innovazione dei modelli organizzativi ed assicurando un più efficiente impiego delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, strutture organizzative denominate “*ufficio per il processo*” mediante l'impiego del personale di cancelleria e di coloro che svolgono, presso gli uffici stessi, il tirocinio formativo a norma dell'articolo 73 del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69 (il cui svolgimento positivo costituisce titolo abilitante al concorso in magistratura) oltre che dei giudici ausiliari di appello e onorari di tribunale, senza tuttavia prevedere maggiori oneri di spesa ma nell'ambito delle risorse disponibili. Il successivo D.L. 27 giugno 2015 n. 83, recante misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria, convertito con modificazioni dalla L. 6 agosto 2015 n. 132, ha inteso incoraggiare la partecipazione ai tirocini formativi presso i tribunali (da cui si traggono importanti risorse per l'UPP) attraverso la previsione dei meccanismi incentivanti fondati sulla corresponsione di una borsa di studio e sul riconoscimento di un titolo di preferenza per l'accesso ai concorsi, mentre col D.M. 1 ottobre 2015 il Ministro della Giustizia ha adottato misure organizzative necessarie per il funzionamento dell'UPP, prevedendo che i presidenti di corti d'appello e tribunali creino i suddetti uffici sulla base delle risorse umane disponibili e che i dirigenti amministrativi adottino misure di gestione del personale coerenti con le determinazioni del capo dell'ufficio, che, nell'assegnare tali nuove strutture organizzative a supporto di uno o più giudici professionali, tiene conto in via prioritaria del numero delle sopravvenienze e delle pendenze, nonché, per il settore civile, della natura dei procedimenti e del programma di gestione di cui all'articolo 37, comma 1, del decreto legge n. 98 del 2011, che fissa gli obiettivi statistici ed organizzativi che ogni Ufficio intende raggiungere nel triennio. Con il D.L. 31 agosto 2016 n. 168 recante misure urgenti per la definizione del contenzioso presso la Corte di Cassazione, per l'efficienza degli uffici giudiziari nonché per la giustizia amministrativa, convertito con modificazioni dalla L. 25 ottobre 2016 n. 197 l'istituto dell'UPP è stato esteso, sempre senza oneri di spesa, alla giustizia amministrativa, mentre il D. Lgs. 13 luglio 2017 n. 116, teso alla riforma organica della magistratura onoraria, ha previsto l'assegnazione dei giudici onorari

²¹ Si veda in tal senso la ricca rassegna normativa e regolamentare offerta da CIVININI, M. G. (2021), *ibidem*, p. 174 e segg., a cui si farà riferimento nel presente paragrafo.

di pace alla struttura organizzativa denominata “ufficio per il processo”, in cui saranno chiamati a svolgere esclusivamente i compiti e le attività allo stesso inerenti, salva l'assegnazione limitata di procedimenti civili e penali e con possibilità da parte del giudice professionale di delegare compiti e attività, anche relativi a procedimenti nei quali il tribunale giudica in composizione collegiale, purché non di particolare complessità, ivi compresa l'assunzione di testimoni, affidando loro con preferenza il compito dei tentativi di conciliazione, i procedimenti speciali previsti dagli articoli 186-bis e 423, primo comma del codice di procedura civile nonché i provvedimenti di liquidazione dei compensi degli ausiliari e i provvedimenti che risolvono questioni semplici e ripetitive, con l'esclusione di alcune materie specificamente indicate. Anche i Giudici onorari di pace in servizio alla data di entrata in vigore del decreto legislativo possono (e devono nel corso del quarto mandato) essere assegnati a domanda all'UPP, che è stato pure fatto oggetto di particolare attenzione da parte del Consiglio Superiore della Magistratura. Quest'ultimo infatti ha monitorato, attraverso un questionario capillarmente diffuso, l'istituzione e il funzionamento dell'UPP negli uffici giudiziari, adottando con propria delibera del 15 maggio 2019 delle *Linee guida per l'Ufficio del Processo*, che sono state poi recepite e puntualizzate per il tramite del loro inserimento nel modello fondato sull'applicazione delle regole tabellari, nella successiva *Circolare per la formazione delle tabelle di organizzazione degli uffici per il triennio 2020-2022*. In particolare è stato previsto l'obbligo per i capi degli uffici, sentiti i presidenti di sezione e il dirigente amministrativo, di costituire uno o più UPP, quale “*struttura tecnica in grado di affiancare il giudice nei suoi compiti e nelle sue attività, costituendo uno staff al servizio del giudice e/o dell'ufficio*” individuandone gli obiettivi da perseguire, le risorse da destinarvi, le loro concrete modalità di utilizzo e la loro collocazione nell'ufficio, anche dal punto di vista logistico. La struttura organizzativa così istituita può essere assegnata a supporto di uno o più giudici professionali o di una o più sezioni, valutati, a tal fine e in via prioritaria, il numero delle sopravvenienze e delle pendenze a carico di ciascuna sezione o di ciascun magistrato e tenuti in considerazione gli obiettivi perseguiti con i programmi di gestione²².

²² Dunque ad avviso di CIVININI, M. G. (2021), *ibidem*, p. 176, il modulo organizzativo individuato nell'UPP usciva da quella stagione di interventi normativi tratteggiato secondo i seguenti caratteri: a. modello operativo di management incentrato sul gruppo o team, sull'interoperabilità, sull'agile distribuzione e interazione delle competenze; b. obiettivo: garanzia di ragionevole durata dei processi; c. adozione obbligatoria; d. coerenza tra progetto tabellare, programma di gestione e progetto organizzativo dei servizi amministrativi; e. applicazione, previa analisi dei settori che necessitano maggior supporto, non generalizzata a tutto l'ufficio ma solo laddove è richiesto un intervento di eliminazione dell'arretrato e miglioramento dei tempi di durata dei processi; f. struttura a servizio dell'ufficio e di suoi settori e obiettivi specifici e non dei singoli magistrati; g. composizione: giudici,

Il modello così delineato tuttavia ha scontato alcune criticità, legate prevalentemente al mancato sviluppo di un moderno modello di cultura organizzativa, che invece è parso rimanere arroccato “*da un lato su un modello individual-ascetico del giudice e dall'altro sull'idea che l'ufficio per il processo è la cancelleria e non c'è bisogno di altro*”²³. Nondimeno, anche tali residue incertezze applicative sono state spazzate via dall'approvazione del PNRR, che ha previsto quale strumento o *milestone* finalizzato al raggiungimento dell'attuazione dell'obiettivo o *goal* della riduzione dei tempi dei giudizi anche la piena attuazione dell'UPP, al quale però sono state stavolta messe a disposizioni consistenti risorse umane e materiali, in particolare attraverso il reclutamento straordinario a termine di personale ulteriore a quello già presente in organico. La fine del 2021 è stata individuata quale termine per l'adozione della normativa regolante il reclutamento straordinario e la preparazione di modelli organizzativi per la gestione delle nuove risorse mentre il completamento del processo di assunzione e immissione in servizio del personale destinato all'UPP avverrà entro il 2022. Un monitoraggio continuo, effettuato sulla base delle statistiche del Ministero della Giustizia, che a loro volta rispettano gli standard internazionali e soprattutto quelli indicati dalla Commissione Europea per l'Efficienza della Giustizia del Consiglio d'Europa, sarà realizzato su: i) pubblicazione della legislazione speciale che disciplina le assunzioni relative al PNRR (entro il 2° trimestre del 2021); ii) individuazione delle modalità di utilizzo dei dipendenti UPP e predisposizione di modelli organizzativi per la gestione delle risorse assunte (entro il 4° trimestre del 2021); iii) in almeno 84 uffici giudiziari (su un totale di 169 uffici coinvolti nel progetto) dovrà essere sviluppato un progetto organizzativo (cosiddetto “progetto organizzativo di recupero”) con l'obiettivo di ridurre l'arretrato, introdurre nuovi modelli organizzativi di lavoro, migliorare la gestione dei casi con l'uso di nuove tecnologie. Gli obiettivi finali, da conseguire entro la metà del 2026, sono invece da individuarsi nell'abbattimento dell'arretrato civile del 90%, in tutti i gradi di giudizio, l'abbattimento dell'arretrato della giustizia amministrativa del 70% in tutti i gradi di giudizio, la riduzione del 40% della durata dei procedimenti civili, la riduzione del 25% della durata dei

personale amministrativo, tirocinanti, GOP; h. coordinamento: presidenti di sezione o coordinatore UPP.

²³ Si veda CIVININI, M. G. (2021), *ibidem*, p. 177, che tuttavia ha individuato anche quali ostacoli al funzionamento del modello delineato dalle norme legislative e regolamentari citate la sottrazione di risorse costituite dai GOP, che in molti casi hanno trovato nel recente concorso per direttori di cancelleria uno strumento per una collocazione lavorativa più stabile e sicura, nonché nella imprevedibilità statistica e nella disomogeneità geografica del reclutamento dei tirocinanti, sempre differenziata negli anni e nei singoli uffici giudiziari.

procedimenti penali. Target intermedio sarà l'abbattimento dell'arretrato civile del 65% in primo grado e del 55% in appello, entro la fine del 2024.²⁴

Dunque al fine di implementare il vigoroso piano di riforma presentato il 9 giugno 2021 il Governo ha adottato il D.L. n. 80 recante misure urgenti per il rafforzamento della capacità amministrativa delle pubbliche amministrazioni funzionale all'attuazione del PPNRR e per l'efficienza della giustizia, convertito con modificazioni dalla L. 29 luglio 2021 n. 108. Al fine di rendere pienamente operative le strutture organizzative che andranno a comporre l'UPP il Ministero della Giustizia è stato ammesso ad avviare procedure di reclutamento con contratto di lavoro a tempo determinato di 16.500 unità (laureati in giurisprudenza e, in minor misura, economia e scienze politiche) con qualifiche di funzionario amministrativo, informatico, statistico, per i quali il servizio prestato varrà come titolo per l'accesso al concorso in magistratura, sostituirà un anno di tirocinio per l'esame di avvocato o notaio, sarà titolo preferenziale per l'accesso alla magistratura onoraria, potrà dar luogo a punteggi aggiuntivi in concorsi per l'amministrazione giudiziaria (ed ai quali verranno affiancate 5410 unità di personale con profili professionali di tecnico IT *senior* e *junior*, tecnico di contabilità *senior* e *junior*, tecnico di edilizia *senior* e *junior*, tecnico statistico, tecnico di amministrazione, analista di organizzazione, operatore di *data entry*, che tutte insieme comporranno le risorse umane assunte a tempo determinato a supporto dello sviluppo delle linee progettuali della riforma della giustizia secondo il PPNRR). L'individuazione degli specifici tribunali e corti d'appello destinatari di tali unità, secondo un numero prestabilito, avverrà con decreto ministeriale, che terrà conto dell'entità dell'arretrato e dei tempi medi di definizione degli uffici dei vari distretti. Dunque all'esito dell'assegnazione degli addetti all'UPP il capo dell'ufficio giudiziario, entro il 31 dicembre 2021, di concerto con il dirigente amministrativo, predisporrà un progetto organizzativo che preveda l'impiego, all'interno delle strutture organizzative che compongono l'UPP, degli addetti selezionati in modo da valorizzare il loro apporto all'attività giudiziaria. Essi, secondo l'allegato II al decreto, verranno impiegati in una pluralità di attività, previste in maniera esemplificativa e non tassativa, quali lo studio dei fascicoli (ad esempio attraverso la predisposizione di schede riassuntive), il compimento di attività pratico/materiali di facile esecuzione come la verifica di completezza del fascicolo, l'accertamento della regolare costituzione delle parti, la redazione di bozze di provvedimenti semplici, la verifica della pendenza di istanze o richieste o la loro gestione, l'organizzazione dei fascicoli, delle udienze e del ruolo, con segnalazione all'esperto coordinatore o al magistrato assegnatario dei fascicoli che presentino caratteri di priorità di trattazione e

²⁴ Per una completa disamina della tempistica di attuazione dell'UPP secondo il PPNRR si veda CIVININI, M. G. (2021), *ibidem*, p. 179.

in più in generale la condivisione all'interno dell'ufficio per il processo di riflessioni su eventuali criticità, con proposte organizzative e informatiche per il loro superamento, l'approfondimento giurisprudenziale e dottrinale, la ricostruzione del contesto normativo riferibile alle fattispecie proposte, il supporto per indirizzi giurisprudenziali sezionali, il contributo ai processi di digitalizzazione e innovazione organizzativa dell'ufficio e il monitoraggio dei relativi risultati, il raccordo con il personale addetto alle cancellerie.

Al fine di dare continuità all'attività svolta dalle risorse umane che comporranno l'UPP è previsto un vincolo di permanenza nella sede di assegnazione per l'intera durata del contratto, dunque con esclusione di comandi, distacchi, assegnazioni presso altre pubbliche amministrazioni e applicazioni endodistrettuali. Inoltre per assicurare l'efficacia delle nuove strutture operative è previsto che il Ministero della Giustizia ne assicuri (oltre che le necessarie dotazioni strumentali e logistiche) l'informazione, la formazione e la specializzazione, individuando con decreto del Direttore generale del personale e della formazione specifici percorsi didattici, da svolgersi anche per via telematica, funzionali anche alle successive attività di monitoraggio e valutazione.

Il 4 agosto 2021 sono stati pubblicati i due decreti che, in attuazione del D.L. n. 80/2021, definiscono le regole per il reclutamento degli addetti all'UPP, avviandone così la procedura di assunzione; in particolare con il primo decreto sono state individuate le unità da destinarsi a ogni distretto e ha avuto inizio il reclutamento con la pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale del 6 agosto 2021 del relativo bando di concorso, i cui effetti complessivi saranno analizzati nel prossimo paragrafo.

5. LE NUOVE SFIDE

L'attuazione definitiva dell'UPP imposta dal PNRR costituisce una sfida epocale per il settore giustizia, che per la prima volta dopo molti anni si troverà a confrontarsi con proposte operative per la risoluzione dell'annosa questione della riduzione del contenzioso arretrato che si fondano non già su proposte emergenziali bensì su proiezioni strutturali destinate ad incidere profondamente sul modo in cui la giustizia viene amministrata: per la prima volta infatti si investe su *“personale dipendente dal Ministero della Giustizia, con qualifica di funzionario, con gli stessi diritti e le stesse prerogative giuridiche ed economiche del restante personale del settore giustizia (salve alcune limitazioni connesse all'esigenza di garantire la permanenza nella sede assegnata, ragionevoli in considerazione della distribuzione legata alle esigenze specifiche dei singoli uffici), con formazione d'ingresso e continua curata dal Ministero, che provvede anche alle loro dotazioni informatiche, assegnato agli uffici in relazione alla consistenza dell'arretrato contenzioso da abbattere e dei tempi di definizione da ridurre, assegnato agli UPP costituiti negli uffici stessi sulla base di un progetto organizzativo adottato dal presidente di concerto con il dirigente*

amministrativo, con un vasto mansionario che include tutte le attività funzionali all'esercizio della giurisdizione e utili per la riduzione dei suoi tempi. Si passa dunque da un modello operativo basato su risorse umane scarse e variabili (tirocinanti, GOP) a un modello basato su risorse abbondanti, certe e stabili per una durata temporale stimata sufficiente per raggiungere gli obiettivi quantitativi posti. La temporaneità della risorsa (tre anni), oltre ad essere intrinseca all'intervento per progetti finanziato dall'Unione Europea, corrisponde alla straordinarietà dei compiti da svolgere e tiene conto del numero eccezionalmente alto di unità di personale messe a disposizione [...]. Ridotti l'arretrato e la durata dei procedimenti, l'esperienza maturata consentirà di determinare quante unità di personale dell'UPP sono necessarie per la sua ordinaria attività e per evitare che si formi un nuovo arretrato, consentendo gli opportuni interventi sulle piante organiche e l'inserimento di queste figure nell'ambito del reclutamento ordinario. L'esperienza compiuta (che dà diritto a titoli di preferenza e punteggi aggiuntivi in altri concorsi) sarà valido presupposto per l'acquisizione stabile di personale con competenze e professionalità già formate. Si ricordi anche che in contemporanea al reclutamento straordinario prosegue l'intenso programma di reclutamento ordinario del Ministero, il che contribuisce al consolidamento degli standard di efficienza degli uffici. Si passa anche da un modello operativo basato sovente sul rapporto duale giudice/tirocinante e/o GOP e sulla scelta individuale di moduli di collaborazione a un modello strutturato. I nuovi funzionari operano all'interno di un quadro organizzativo prestabilito in cui la distribuzione dei compiti e l'interoperabilità delle funzioni è preordinata (ferma la possibilità di tutti quei naturali aggiustamenti che da sempre caratterizzano il rapporto giudice-cancelliere).”²⁵

La risposta della forza lavoro qualificata per le specifiche funzioni chiamate a ricoprire è stata immediata e massiccia: le prove selettive del concorso per l'accesso al ruolo si sono svolte dal 24 al 26 novembre 2021, in 9 regioni e 10 sedi dislocate su tutto il territorio nazionale, con l'estensione di una prova di recupero (atteso che la prova fissata aveva dovuto essere rinviata a causa del maltempo), che si è svolta il primo dicembre a Rende (Cosenza). Al termine delle prove del concorso per la selezione di 8.171 unità a tempo determinato da assumere per il ministero della Giustizia con la qualifica di addetto all'Ufficio per il processo sono risultati idonei 9.915 candidati, su 65.510 candidati che erano stati convocati alle selezioni. Di questi i presenti alle prove sono risultati 33.399, con una percentuale del 50,98%, più alta del tasso medio di partecipazione agli ultimi concorsi. Tanto “a conferma che i laureati credono nelle occasioni offerte dalle assunzioni previste dal PNRR.”²⁶

²⁵ Riflessioni tratte da CIVININI, M. G. (2021), *ibidem*, p. 183 e segg., che suggerisce anche una serie di interlocuzioni fra svariati soggetti istituzionali che potrebbero contribuire a facilitare l'attuazione delle riforme.

²⁶ BIARELLA, L. (2021), *Reclutamento addetti all'Ufficio del Processo: a che punto siamo?*, disponibile on line sul sito <https://www.altalex.com/documents/news/2021/12/20/reclutamento-addetti-ufficio-del-processo-a-che-punto-siamo>.

Tale ultima considerazione consente dunque di pervenire ad un'importante conclusione in merito all'efficacia del PNRR nel rilancio dell'economia del Paese ed in particolare del meridione, che a causa di una maggiore contrazione del tessuto imprenditoriale sconta un maggiore tasso di disoccupazione²⁷: gli effetti benefici del piano di riforma per la giustizia adottato dal Governo sono destinati ad incidere favorevolmente non soltanto conformando (come illustrato in premessa) un contesto propizio a nuovi investimenti e dunque allo sviluppo di un'economia sana e non infiltrata dalla criminalità organizzata²⁸. Gli effetti strutturali del PNRR si avranno anche nel senso di un più facile accesso all'occupazione di risorse umane altamente qualificate, che potranno contare su un accesso all'impiego pubblico che metterà a loro disposizione maggiori occasioni, non soltanto nel senso dell'aumentato numero di posti a concorso e dell'incrementata frequenza dei bandi (destinati ragionevolmente ad essere rinnovati dopo il triennio, sebbene non nella stessa misura), ma anche delle maggiori possibilità di inserimento nel mondo del lavoro ed in special modo nel settore del pubblico impiego una volta conclusa l'esperienza nell'UPP grazie alla preziosa esperienza acquisita sul campo ed ai titoli di preferenza maturati.²⁹

²⁷ Come risulta dai dati raccolti fra il 1977 ed il 2020 (visibili sul sito <https://italiaindati.com/disoccupazione-in-italia/>) il divario fra nord e sud nel livello di disoccupazione è rimasto costante, mostrando tassi di disoccupazione al sud superiori alla media nazionale. Ad esempio secondo l'Osservatorio Statistico dei Consulenti del Lavoro, i cui risultati sono visibili on line all'indirizzo <https://www.snalv.it/disoccupazione-si-allarga-il-divario-tra-nord-e-sud/>, le province italiane con il più basso tasso di occupazione nel 2018 erano Trapani (38,4%), preceduta da Napoli (38,7%) e da Agrigento (38,8); in senso contrario la situazione a Bolzano, con il 73,5% della popolazione occupata, Bologna con il 72,4% e Belluno con il 70,4%.

²⁸ Si legga in tal senso esemplificativamente da ultimo la forte protesta manifestata dagli industriali palermitani all'indomani dell'arresto di un indiziato di appartenenza alla criminalità organizzata di stampo mafioso e di alcuni suoi presunti prestanome in attività di ristorazione ed edili. Come sottolineato dal Giornale di Sicilia nell'articolo apparso *on line* all'indirizzo <https://palermo.gds.it/articoli/cronaca/2021/04/14/lattacco-degli-industriali-palermisani-i-grandi-marchi-cercano-il-mafioso-012df6c6-6cfe-43b0-b40a-d424ce2b7eef/>, gli imprenditori rappresentati da Assindustria hanno infatti evocato il concreto rischio di un mercato inquinato.

²⁹ In realtà maggiori effetti per lo sviluppo del Meridione possono prevedersi in esito ai lavori della Commissione Interministeriale per la Giustizia nel Sud, istituita congiuntamente dalla Ministra per la Giustizia Marta Cartabia e dalla Ministra per il Sud Mara Carfagna con l'obiettivo di migliorare le condizioni di legalità e sicurezza necessarie per favorire lo sviluppo delle aree del Mezzogiorno, in coerenza con le priorità indicate dal governo nel PNRR, in particolare individuando *best practices* adattabili al Mezzogiorno e formulando proposte per migliorare l'efficienza del settore e l'edilizia giudiziaria. Tuttavia la Commissione, i cui lavori sono stati avviati con la prima riunione tenutasi il 5 agosto 2021 e che sarebbero stati destinati ad essere conclusi il 30 settembre 2021 salvo proroga di due mesi, non ha ancora rassegnato alle Ministre la propria relazione conclusiva, dalla quale potranno

6. CONCLUSIONI

Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, al fine di cogliere l'occasione epocale di un ampio progetto di investimento promosso dall'Unione Europea, ha avviato un processo di riforma della giustizia atteso da tempo, prediligendone l'aspetto di innovazione organizzativa, ad esempio tramite la piena attuazione dell'ufficio per il processo. Sebbene la sua realizzazione sia ancora *in itinere*, alla sua creazione hanno risposto con entusiasmo sia coloro che sono destinati a comporlo (ossia la giovane forza lavoro che esso occuperà), sia coloro che sono destinati ad accoglierlo (i magistrati in servizio presso gli uffici giudiziari che potranno beneficiare di nuove risorse in grado di supportare quotidianamente la loro attività).³⁰

In ogni caso non può disconoscersi la portata che l'ufficio per il processo è destinato a conseguire non soltanto nel vigente ordinamento giudiziario ma più in generale nel rapporto fra amministratori e fruitori del servizio giustizia: esso è infatti *“delineato come una struttura organizzativa coordinata dal magistrato. Se ne prevedono poi i compiti. Tra l'una e l'altra disposizione, c'è di nuovo uno spazio bianco dal quale si può aprire una finestra su un panorama inaspettato, ma non per questo meno reale. Un piccolo atto che, se non può compiere il legislatore, di certo può compiere l'interprete. Offrire una definizione dell'ufficio per il processo che ne restituisca un'immagine che si affianchi a quella – pur importante – che ne scaturisce dalla teoria dell'organizzazione. Porgere un concetto che non rinunci a delineare delle relazioni funzionali tra le persone, ma che parli al loro cuore e ai loro sentimenti, prima che al loro intelletto: l'ufficio per il processo è un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria. È un dispositivo che si colloca a metà strada tra l'amministrazione della giustizia e la formazione professionale dei più giovani giuristi. Potrà dar corpo a un intreccio di relazioni tra il conoscere, il saper fare e il saper essere; a un intersecarsi di azioni su azioni altrui. Potrà scavare un letto per la maturazione di nuove identità e per la crescita di un pluralismo ordinato di culture della giurisdizione. Potrà rivelarsi come un agglomerato simbolico, composto da parole, immagini, ambienti, edifici [...] Con la forza d'impatto del numero delle persone coinvolte nell'arco degli anni, l'ufficio per il processo potrà avere successo dove le scuole di specializzazione, purtroppo, hanno fallito: nell'impedire che la*

senz'altro trarsi spunti significativi in merito all'effetto di un'eventuale riforma della giustizia per il meridione d'Italia.

³⁰ Malgrado qualche iniziale resistenza che, secondo CIVININI, M. G. (2021), ibidem, 183, è prevedibile, dal momento che *“la sostanziale inesperienza di gestione di uffici per il processo, unita al senso di disorientamento che può prendere presidenti e dirigenti davanti all'improvvisa immissione in servizio di un così alto numero di personale, associata alle inevitabili preoccupazioni di base (da “dove li metto?” a “i punti rete non ci bastano” e “i pc non arrivano”) è dato che deve essere preso in considerazione e che non può essere sottovalutato. E' compito della rete di presidenti e presidenti di sezione e dirigenti, col supporto del Ministero, di valutare rischi e difficoltà obbiettive, di discuterli coi giudici e col personale e di individuare soluzioni fattibili, trasparenti, condivise.”*

fisiologica contrapposizione di ruoli processuali trasmodi in un generalizzato conflitto tra categorie professionali. Intorno ai colloqui partecipi con le persone che cercano giustizia, alla ricerca di un'equa soluzione consensuale, all'affacciarsi intorno ai fascicoli, agli approfondimenti giurisprudenziali e dottrinali: intorno al cuore delle attività che animano l'ufficio per il processo i magistrati e i giovani addetti riconosceranno la cornice unitaria che racchiude il lavoro dei giuristi. Pertanto, sarà opportuno che l'ufficio per il processo, così strutturato, diventi un patrimonio permanente dell'amministrazione della giustizia, laddove la permanenza di quell'obiettivo culturale di lungo periodo sarà assicurata proprio dal periodico avvicinarsi dei giovani che ne sono chiamati a fare parte e che poi imboccheranno i loro sentieri professionali, con la mente e il cuore carichi del ricordo di quella esperienza.

Una nota conclusiva di ordine generale. Alla fine, tutto ciò è stato occasionato da un'emergenza sanitaria. Come dice il Poeta (Friedrich Hölderlin), là dove c'è il pericolo, cresce anche ciò che salva.”³¹

BIBLIOGRAFIA:

BIARELLA, L. (2021), *Reclutamento addetti all'Ufficio del Processo: a che punto siamo?*, disponibile on line sul sito <https://www.altalex.com/documents/news/2021/12/20/reclutamento-addetti-ufficio-del-processo-a-che-punto-siamo>.

BRACCIALINI, R. (2020), *L'Ufficio per il processo tra storia, illusioni, delusioni e prospettive*, disponibile on line sul sito <https://www.questionegiustizia.it/articolo/l-ufficio-per-il-processo-tra-storia-illusioni-delusioni-e-prospettive-01-06-2020.php>.

CAPONI, R. (2021), *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in *Questione Giustizia*, 3/2021, 171-172.

CIVININI, M. G. (2021), *Il “nuovo ufficio per il processo” tra riforma della giustizia e PNRR. Che sia la volta buona!*, in *Questione Giustizia*, 3/2021, 173-185.

³¹ Riferimenti tratti da CAPONI, R. (2021), *Un orizzonte aperto su una nuova forma di vita giudiziaria: l'ufficio per il processo*, in *Questione Giustizia*, 3/2021, 171-172.

GRASSO, G.(2021), *Il PNRR e l'attuazione dell'ufficio per il processo*, disponibile on line sul sito <https://lamagistratura.it/organizzazione-giudiziaria-e-deontologia/il-pnrr-e-lattuazione-dellufficio-per-il-processo/>.

GUARNIERI, C., 2001, *La giustizia in Italia*, Bologna, Il Mulino.

HESSE, H. (1955), *Il giuoco delle perle di vetro*, Oscar Mondadori Editore, Milano.

LA CHIOMA, F. (2018), *Dirigere domani: prospettive e aspirazioni dei giovani magistrati*, Relazione al corso tenutosi a Scandicci presso la sede della Scuola Superiore della Magistratura di Villa Castelpulci dal 5 al 7 novembre 2018.

LA CHIOMA, F. (2020), *The impact of the current pandemic on the detention centers' population and the different role of the government, the judiciary and the press: an Italian perspective*, atti del convegno sponsorizzato dall'UNODC dall'UNODC ed ospitato dall'Università di Manau in modalità telematica *Critical Dialogues on Pandemic Perspectives: Global Justice, Rule of Law and Human Rights* tenutosi il 10 e 11 settembre 2020.

MERTON, R., 1949, *Social theory and social structure*, New York, Free Press.

VERDE, G. (2021), *Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e la riforma della giustizia*, in *Nuove Autonomie*, 1/2021, 169-204.

Corrado Mistri e Barbara Pedretti

La formazione del silenzio assenso sulle istanze di ampliamento del nucleo familiare e di subentro nel diritto di godimento di un alloggio di edilizia residenziale pubblica.

1. Premessa: la fattispecie concreta. Il tema del rapporto tra l'istituto del silenzio assenso ed il procedimento per la successione ed il subentro nell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica è stato di recente oggetto di specifica pronuncia da parte delle Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione con la sentenza indicata in epigrafe, che ha affermato il principio di diritto secondo cui, nel procedimento di ampliamento del nucleo familiare e di subentro, non si applica l'istituto del silenzio assenso previsto dall'articolo 20, l. 7 agosto 1990, n. 241.

Per meglio comprendere la questione di diritto trattata dalla Corte è opportuna una previa disamina della concreta fattispecie che ha portato all'arresto di cui si tratta nel presente articolo.

Tizio proponeva opposizione al decreto di rilascio di un alloggio di edilizia residenziale pubblica dinanzi al Tribunale di Roma, sostenendo il suo diritto al subentro nel contratto di locazione che ATER aveva concluso con l'assegnataria dell'immobile, zia *ex matre* del ricorrente, deducendo in particolare: che a seguito della separazione della propria madre, sorella dell'assegnataria, quest'ultima aveva inoltrato ad ATER istanza di ampliamento del nucleo familiare a mezzo raccomandata, con la quale comunicava il rientro nell'alloggio della sorella, essendo già componente del nucleo familiare dell'assegnataria, unitamente al figlio, affidato alla madre in sede di separazione personale; che, successivamente al decesso dell'originaria assegnataria, la propria madre, con ulteriore raccomandata, richiedeva il subentro nel contratto di locazione a suo favore; che, infine, lo stesso ricorrente, con raccomandata regolarmente ricevuta da ATER, essendo deceduta la propria madre, chiedeva di essere riconosciuto come successore nel diritto di godimento dell'immobile ovvero il subentro nella locazione.

A fondamento della pretesa deduceva che, alle predette richieste, non aveva mai fatto seguito alcuna risposta da parte di ATER, di talché doveva ritenersi formato il silenzio assenso su ciascuna di esse, comprovando altresì di avere sempre regolarmente corrisposto i canoni di locazione dopo la morte dell'assegnataria.

Il Tribunale di Roma, con sentenza n. 20666 del 2011, rigettava ogni pretesa di Tizio in quanto estraneo all'originario nucleo familiare dell'assegnataria, affermando la mancanza dei presupposti per il subentro e l'ampliamento dell'originario nucleo, richiesti dall'articolo 11 comma 5, legge regionale Lazio n. 12 del 1999.

Tizio proponeva appello avanti alla Corte di appello di ROMA, che, con sentenza n. 8321 del 2017, respingeva il gravame ritenendo non vi fossero i presupposti per un ampliamento del nucleo familiare ed inapplicabile, *in subiecta materia*, l'istituto del silenzio assenso, in quanto, a dire della Corte territoriale <<[...] *l'eccezionale ampliamento del nucleo originario dell'assegnatario può determinarsi solo a seguito dell'accertamento degli specifici presupposti richiesti dalla legge, si renda indispensabile un'effettiva verifica al riguardo, e ciò in ragione sia della necessaria corretta gestione del patrimonio dell'ente, sia della coesistenza dei concorrenti interessi di coloro che, già regolarmente iscritti nelle liste di assegnazione secondo le norme di legge, sono attualmente in attesa di un'assegnazione di un immobile per la risoluzione dei problemi esistenziali propri e della propria famiglia*>>.

2. Il ricorso per cassazione e l'ordinanza della Corte di Cassazione, sez. III, n. 13865 del 2020 – La nozione di edilizia residenziale pubblica.

Per la cassazione della sentenza proponeva ricorso Tizio sulla base di tre motivi di doglianza, con il primo dei quali, in particolare, denunciava violazione della l. n. 241 del 1990, articolo 20, con riguardo alle richieste di ampliamento del nucleo familiare e di subentro mai corrisposte da ATER, in relazione alle quali avrebbe errato la Corte capitolina nell'escludere la formazione del silenzio assenso in quanto, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi, il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento della domanda senza necessità di ulteriori istanze o diffide, secondo il disposto di cui all'articolo 20, comma 4, l. ult. cit., non essendovi alcun potere discrezionale da esercitare poichè l'atto ampliativo e di subentro che l'Autorità avrebbe dovuto adottare non era legato allo svolgimento di alcuna selezione ovvero ad alcuna procedura concorsuale.

Il motivo di ricorso presenta evidente rilievo nomofilattico, tanto che la Corte di Cassazione, con l'ordinanza n.ro 13865 del 2020, concludeva per investire le Sezioni Unite della questione se, in ordine all'interpretazione della l. n. 241 del 1990, articolo 20, possa formarsi silenzio assenso sulle istanze di successione/subentro nel diritto di godimento di alloggio di edilizia residenziale pubblica e, in via generale, se ed in base a quali presupposti un'interpretazione sistemica sia idonea ad inibire la formazione del silenzio assenso al di là degli ambiti delineati dal comma 4, dell'articolo 20, l. ult. cit.

Va premesso che la nozione di edilizia residenziale pubblica, nell'ambito della più generale categoria dei servizi pubblici, ricomprende tutti gli interventi normativi mediante i quali viene fornito ai cittadini meno abbienti un contributo diretto o indiretto dallo Stato sia per la realizzazione sia per l'assegnazione degli alloggi in locazione ad un costo più moderato rispetto al mercato privato.

In particolare va ricordato che il procedimento di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica si articola in due fasi: quella attinente alla prenotazione ed all'assegnazione dell'alloggio e quella inerente alla disciplina del rapporto così instaurato, la prima avente natura pubblicistica e caratterizzata dall'esercizio di poteri finalizzati al perseguimento di interessi pubblici, ai quali corrispondono posizioni di interesse legittimo dei richiedenti, e la seconda avente invece natura privatistica in funzione della posizione di diritto soggettivo degli assegnatari, poiché, in questa fase, la pubblica amministrazione non è titolare di poteri di supremazia di alcun genere e vede limitato il suo intervento alla verifica del corretto adempimento delle obbligazioni civili che gravano sull'assegnatario.

La distinzione ha rilevanti ripercussioni sulla giurisdizione, atteso che le controversie attinenti ai vizi di legittimità dei provvedimenti emessi nella prima fase sono attribuite alla giurisdizione del giudice amministrativo, mentre quelle in cui siano in discussione cause sopravvenute di estinzione o di risoluzione del rapporto locatizio, in quanto sottratte al discrezionale apprezzamento della pubblica amministrazione, sono ricondotte alla giurisdizione del giudice ordinario.

Per quanto più specificamente di interesse in relazione alla concreta fattispecie, che fa da sfondo all'intera vicenda, vanno richiamati gli articoli 11 e 12, L.R. Lazio n.ro 12 del 1999, il primo dei quali, al comma 5, disciplinando la nozione di nucleo familiare precisa il requisito della stabile convivenza, recitando che *<<fanno, altresì, parte del nucleo familiare [...], i collaterali fino al terzo grado, purché la stabile convivenza con il richiedente duri ininterrottamente da almeno due anni alla data di pubblicazione del bando di concorso e sia dimostrata nelle forme di legge>>*, mentre il secondo disciplina i casi di subentro, in particolare recitando, ai commi 4, lett. e), e 5, che *<<l'ampliamento del nucleo familiare si determina con l'ingresso o rientro [...] dei parenti in secondo grado [...] purché in possesso dei requisiti previsti dalla normativa in materia di edilizia residenziale pubblica per non incorrere nella decadenza [...] l'ampliamento del nucleo familiare fino al secondo grado non necessita di specifica autorizzazione ed è comunicato all'ente gestore entro trenta giorni dal verificarsi delle ipotesi di cui al comma 4>>*.

3. L'inerzia della P.A. ed il silenzio assenso. Il silenzio assenso, sia nell'accezione di mancata conclusione del procedimento che in quella di mancata decisione mediante un provvedimento espresso, costituisce un fatto giuridico che equivale ad un provvedimento amministrativo di accoglimento di un'istanza volta ad ottenere l'ampliamento della sfera giuridica del richiedente.

Nella sua formulazione originaria, l'articolo 20, l.n. 241 del 1990, costituiva una mera norma di rinvio, nel senso che rendeva operante il silenzio assenso solo nei casi in cui un'altra disposizione, anche di fonte secondaria, lo prevedesse espressamente.

Con la riforma del 2005, introdotta dall'articolo 3, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, si è verificata una vera e propria inversione di prospettiva, realizzata dal legislatore attraverso la tipizzazione non già dei casi di formazione del silenzio assenso, bensì, al contrario, di quelli in cui è escluso che esso possa operare, con la conseguenza che l'articolo 20 l. ult. cit., costituisce oggi strumento di valenza generale diretto a contrastare l'eventuale inerzia dell'amministrazione nei procedimenti ad istanza di parte finalizzati all'emanazione di provvedimenti amministrativi, rivestendo efficacia equivalente al provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, quando risulta trascorso il termine entro cui l'amministrazione avrebbe dovuto provvedere.

Tale valenza generale non ha, però, portata illimitata, atteso che il comma 4 del citato articolo 20, prevede un significativo numero di eccezioni relative ad atti e procedimenti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza e l'immigrazione, la salute e la pubblica incolumità, nonché i casi in cui la normativa comunitaria impone l'adozione di provvedimenti amministrativi formali, i casi di silenzio rifiuto, nonché gli atti ed i procedimenti individuati per via regolamentare (l. n. 80 del 2005), cui sono state successivamente aggiunte ulteriori deroghe in materia di asilo e cittadinanza (articolo 9 comma 3 l. 18 giugno 2009 n. 69) ed in materia di tutela del rischio idrogeologico (articolo 54, comma 2, l. n. 221 del 2015).

La finalità e la *ratio* della nuova disciplina del silenzio assenso è all'evidenza quella di introdurre un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, nell'ottica di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e dei limiti al pubblico potere finalizzati a non pregiudicare la certezza delle situazioni soggettive dei privati, oggi ulteriormente consolidata dall'articolo 1, comma 2 *bis*, l.n. 241 del 1990 [comma aggiunto dall'articolo 12, comma 1, lett. a), l. n. 120 del 2020], secondo cui <<*i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede*>>.

4. La protezione costituzionale e la giurisprudenza costituzionale. L'istituto del silenzio assenso trova oggi protezione costituzionale per effetto della modifica intervenuta con l'articolo 10, comma 1, lett. b, legge 18 giugno 2009, n. 69, che ha introdotto i commi 2 *bis* e 2 *ter*, nell'articolo 29, l. n. 241 del 1990, qualificando come attinenti ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lett. m), Cost., l'obbligo della pubblica amministrazione di concludere il procedimento entro il termine prefissato nonché, espressamente, le disposizioni in materia di silenzio assenso, inserendo quindi nel sistema un dispositivo di tutela riconducibile sostanzialmente al canone della ragionevole durata.

La Corte Costituzionale non è mai stata chiamata ad esaminare la specifica ipotesi dell'istanza di subentro nell'assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica con riferimento alla disciplina del silenzio assenso, ma si è pronunciata, più volte ed in diversi ambiti, sui limiti in cui la legislazione può prevedere la disciplina dell'istituto del silenzio assenso, ritenendo tale istituto adeguato mezzo di semplificazione dell'azione amministrativa soltanto nei casi in cui vi sia un basso o limitato tasso di discrezionalità e non vengano in rilievo interessi cd. sensibili (ad esempio, la materia paesaggistica, le questioni di inquinamento ambientale, etc.)¹.

In relazione al procedimento di assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica, in particolare, con la pronuncia n.ro 7 del 2008, la Corte evidenzia la radicale diversità tra la posizione di chi deve subentrare nella domanda di assegnazione di un alloggio popolare e quella di chi, invece, deve subentrare nel rapporto locativo già instauratosi; la prima, caratterizzata da una disciplina di tipo concorsuale volta alla formazione di una graduatoria e la seconda, invece, connotata dall'esistenza di un rapporto locatizio soggetto alle regole contrattuali. La Corte sottolinea che il subentro nella domanda di assegnazione non produce effetti negativi nei confronti degli altri aspiranti che hanno fatto analoga domanda per ottenere un alloggio di edilizia residenziale pubblica, dovendosi ancora perfezionare il momento di verifica delle condizioni oggettive e soggettive che determinano la posizione nella graduatoria, mentre il subentro nel rapporto locativo già costituito impedisce che le esigenze abitative della famiglia originariamente assegnataria possano essere bilanciate con quelle di altri nuclei familiari ipoteticamente in possesso di maggiori titoli per accedere all'edilizia residenziale pubblica.

Sulla base di tali premesse la Corte ha specificamente affermato che rientra nella discrezionalità del legislatore bilanciare le esigenze contrapposte della tutela del nucleo familiare assegnatario dell'alloggio con quelle, altrettanto importanti, degli altri nuclei familiari e, di conseguenza, con l'interesse per l'amministrazione di tornare nella disponibilità del bene per poterlo nuovamente inserire in una procedura concorsuale, e che, in tale prospettiva, la disciplina normativa relativa all'ampliamento del nucleo familiare ed al subentro, che non può che riferirsi alla fase relativa al rapporto locatizio, va considerata costituzionalmente legittima.

5. La dottrina. Il silenzio assenso viene generalmente qualificato, in dottrina, come un rimedio preventivo che consiste nell'eliminazione della possibilità che il ritardo nella conclusione del procedimento produca effetti negativi in capo al soggetto interessato all'emanazione dell'atto,

¹ Si vedano, ad esempio, Corte Cost., sentenze n.ri 393 del 1992, 169 del 1994, 408 del 1995 e 246 del 2018.

attribuendo il legislatore alla condotta inerte della amministrazione un significato di assenso idoneo ad incidere sull'assetto dei rapporti e degli interessi privati.

La natura giuridica dell'istituto viene ricondotta vuoi a quella dell'atto implicito, vuoi a quella del mero fatto, vuoi a quella della dichiarazione con valore legale tipico che equipara il fatto dell'inerzia ad un provvedimento amministrativo in relazione alla produzione degli effetti.

Quanto all'ambito applicativo dell'istituto, si distinguono le seguenti posizioni:

- secondo parte della dottrina², al silenzio assenso sarebbero sottratti i provvedimenti discrezionali dell'amministrazione, tenuto conto che la discrezionalità non potrebbe surrogarsi con il silenzio assenso;
- secondo altra parte della dottrina³ sarebbero invece sottratti al meccanismo del silenzio assenso i provvedimenti caratterizzati da una limitata discrezionalità;
- secondo altra parte ancora⁴ della dottrina, il silenzio assenso potrebbe essere previsto nei procedimenti relativi all'adozione di autorizzazioni e non anche in quelli relativi alle concessioni ovvero a quelli che presuppongono una disciplina del rapporto sostanziale "*autoapplicabile*", cioè in grado di essere applicata autonomamente dai privati, i quali vi si conformerebbero;
- altra dottrina⁵, infine, offre una diversa chiave di lettura dei limiti applicativi del silenzio assenso, da ravvisarsi non tanto nella natura, discrezionale o meno, del potere esercitato, quanto nella rilevanza degli interessi pubblici coinvolti, richiamando al riguardo quanto osservato in proposito dalla Corte costituzionale in tema di cd. materie sensibili.

Le condizioni cui le principali posizioni dottrinali subordinano la possibilità della formazione del silenzio assenso sono le seguenti: *che* la domanda attenga ad un ambito nel quale è consentita l'applicabilità del silenzio assenso; *che* essa provenga da un soggetto legittimato; *che* la domanda sia accompagnata da documentazione idonea a consentire la verifica della sua fondatezza e non contenga dichiarazioni mendaci; *che*, infine, sia rivolta all'amministrazione competente. In particolare, quanto al primo aspetto, viene esclusa l'applicabilità dell'istituto del silenzio assenso quando la fattispecie coinvolga interessi di rilievo costituzionale, quando un terzo partecipi effettivamente al procedimento

² G. Morbidelli, Il silenzio assenso, in V. Cerulli Irelli, (a cura di) La disciplina generale dell'azione amministrativa. Saggi ordinati in sistema, Napoli, 2006, 271.

³ A. Romano, A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241 del 1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione, Dir. Amm. 2006, 489 ss.

⁴ In tal senso F.G. Scoca-M. D'Orsogna, *Silenzio, clamori di novità*, Dir. proc. amm. 1995, 393 e ss., e B.E. Tonoletti, *Silenzio della pubblica amministrazione* voce in Dig. Disc. Pubbl. Torino, XIV, 1999, 156.

⁵ P. Otranto, Silenzio e interesse pubblico nella attività amministrativa, 140 e ss.

introducendo elementi di fatto e di diritto e/o interessi specifici che meritano comunque di essere esaminati e valutati, e quando è l'istante a chiedere l'adozione di un provvedimento espresso con tutte le garanzie che ad esso si correlano.

6. La giurisprudenza ordinaria. La giurisprudenza della Corte di Cassazione in materia di diritto al subentro negli alloggi di edilizia residenziale pubblica, originata da interventi aventi ad oggetto questioni di giurisdizione, con orientamento consolidato sin da Cass. civ., sez. Un., 9 ottobre 2013, n. 22957, ritiene che spetti al giudice ordinario la giurisdizione nelle controversie promosse dal familiare dell'assegnatario di alloggio di edilizia economica e popolare al fine di far accertare il proprio diritto a succedere nel rapporto locatizio, argomentando che le disposizioni che disciplinano il diritto al subentro nell'assegnazione dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica non lasciano alla P.A. alcun margine di discrezionalità valutativa attribuendole un ruolo meramente ricognitivo del diritto soggettivo al subentro, in quanto tutti gli atti successivi all'assegnazione incidono necessariamente sulla posizione di diritto soggettivo che deve essere riconosciuta all'assegnatario.

Per le medesime ragioni si è ritenuto competano al giudice ordinario le controversie aventi ad oggetto l'opposizione ad ordinanza di rilascio dell'immobile perché asseritamente occupato *sine titulo* (in tal senso, di recente, Cass. civ., sez. Un., 16 gennaio 2021, n. 621), quelle concernenti la decadenza dall'assegnazione dell'alloggio per carenza dei requisiti di impossidenza o superamento dei limiti reddituali (in tal senso, di recente, Cass. civ., sez. Un., 18 febbraio 2021, n. 4366), nonché quelle relative al diritto al subingresso nel rapporto di assegnazione del terzo familiare per effetto di espressa previsione legislativa regionale (in tal senso, di recente, Cass. civ., sez. Un., 12 luglio 2019, n. 18828).

Per quanto più strettamente attiene al profilo concernente il c.d. diritto al subentro, il più recente orientamento della giurisprudenza di legittimità⁶ afferma che, in materia di locazione di immobili dell'edilizia residenziale pubblica, l'unico titolo che abilita alla locazione è l'assegnazione e che, in caso di morte dell'assegnatario, si determinano la cessazione dell'assegnazione-locazione ed il ritorno dell'alloggio nella disponibilità dell'ente, il quale può procedere, nell'esercizio del suo potere discrezionale, ad una nuova assegnazione, eventualmente a favore dei soggetti che, in qualità di conviventi ed in presenza delle altre condizioni generali previste dalla vigente normativa, hanno un titolo preferenziale per l'assegnazione, dovendo invece escludersi che possa configurarsi, in base ad

⁶ Si vedano Cass. civ., sez. VI, 22 aprile 2021, n. 10587; e Cass. civ., sez. III, 19 febbraio 2020, n. 4236.

un'interpretazione dei principi generali in materia di edilizia residenziale pubblica, un diritto al subentro automatico.

In altre parole, secondo tale orientamento l'accertamento dei requisiti soggettivi che qualificano l'erede come componente del nucleo familiare originario od ampliato costituisce condizione necessaria ma non sufficiente al riconoscimento del diritto al subentro nella assegnazione dell'alloggio, occorrendo altresì che, in capo al medesimo, si verifichi anche il possesso dei requisiti legali previsti per la concessione del titolo di assegnazione dell'alloggio dalle disposizioni della vigente legislazione regionale.

7. La giurisprudenza amministrativa. Nella giurisprudenza amministrativa si riscontrano molteplici orientamenti in tema di efficacia e limiti applicativi dell'istituto del silenzio assenso.

Un primo orientamento, per così dire estensivo pur se fortemente minoritario, trova fondamento nella pronuncia resa da TAR Lazio, sez. II, n. 3542 del 2011, a mente della quale il silenzio assenso va considerato quale fatto giuridico equivalente in tutto e per tutto ad un provvedimento amministrativo di accoglimento di una istanza volta ad ottenere l'ampliamento della sfera giuridica del richiedente, alla luce del nuovo testo dell'articolo 20, l.n. 241 del 1990, intervenuto a seguito della novella del 2005, che oggi riferisce i suoi effetti a qualsivoglia domanda proposta dal privato all'amministrazione, tipizzando, invece, i casi in cui il silenzio assenso non può operare attraverso l'inserimento, nel comma 4 dello stesso articolo 20, dei settori rispetto ai quali è sempre necessario un provvedimento espresso dall'autorità competente, indipendentemente dal rispetto del termine procedimentale previsto in materia.

Un secondo orientamento, per così dire restrittivo, trova fondamento nelle decisioni di Cons. Stato, n. 1723 del 2012 e, più recentemente, 12 marzo 2020, n. 1788, a mente delle quali il meccanismo del silenzio assenso non è configurabile allorché l'Amministrazione deve rilasciare una vera e propria concessione amministrativa, rifacendosi alla tradizionale contrapposizione tra natura concessoria o autorizzatoria del provvedimento e limitando l'ambito applicativo della funzione sollecitatoria cui è preposto l'istituto del silenzio-assenso ai soli provvedimenti autorizzatori.

Un terzo orientamento, per così dire più radicale, esclude *in toto* l'applicazione dell'istituto alla materia dell'edilizia residenziale pubblica, al qual proposito vanno richiamate la sentenza 10 ottobre 2017, n. 4688, del Consiglio di Stato, sezione V, che ha negato che il silenzio assenso possa avere spazio nella materia dell'assegnazione degli alloggi e.r.p., governata da specifica normativa e caratterizzata da complesse graduatorie; nonché la sentenza 19 febbraio 2018, n. 1013, sempre del Consiglio di Stato,

sezione V, che ha dichiarato che la materia della concessione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica non contempla il silenzio assenso come fattispecie provvedimentale.

Un quarto orientamento, per così dire intermedio, da ultimo, qualifica il silenzio assenso quale strumento di semplificazione e non già di liberalizzazione amministrativa, per cui esso non si perfeziona con il mero decorrere del tempo dalla presentazione della domanda senza che sia intervenuta risposta dell'Amministrazione, condizione questa ritenuta necessaria ma non sufficiente, richiedendosi al proposito la contestuale presenza di tutte le condizioni, i requisiti ed i presupposti richiesti dalla legge, ossia degli elementi costitutivi della fattispecie di cui si deduce l'avvenuto perfezionamento, con la conseguenza che il silenzio assenso non si forma nel caso in cui la fattispecie rappresentata dal privato non sia conforme a quella normativamente prevista.

Espressione di tale orientamento sono le pronunce del Consiglio di Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1767, del Consiglio di Stato, sezione V, sentenza 1 aprile 2011, n. 2019, e del Consiglio di Stato, sez. VI, 21 gennaio 2020, n. 506, secondo le quali il meccanismo del silenzio assenso, in buona sostanza, non comporta alcuna deroga al potere-dovere dell'amministrazione di curare gli interessi pubblici nel rispetto dei principi fondamentali sanciti dall'articolo 97 Cost., presupponendo sempre che l'amministrazione stessa sia posta nella condizione di verificare la sussistenza di tutti i requisiti legali richiesti per il rilascio dell'autorizzazione o comunque per l'emanazione del provvedimento, in quanto la funzione sollecitatoria cui si ispira l'istituto del silenzio-assenso non può, a pena di insanabile contrasto della relativa disciplina legislativa con la sovraordinata fonte costituzionale (articolo 97 Cost.), pregiudicare la possibilità di un pieno e ponderato esercizio dell'attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa.

Tale esigenza, peraltro, alla luce della modifica normativa dell'articolo 20, l.n. 241 del 1990, intervenuta con la novella del 2005 - a mente della quale il silenzio equivale ad accoglimento dell'istanza - refluisce oggi, secondo tale orientamento, nel procedimento di autotutela e nelle conseguenti determinazioni che l'Amministrazione competente può assumere ai sensi degli articoli 21 *quinquies* e 21 *nonies*, l.n. 241 del 1990, non potendo quindi limitarsi la stessa Amministrazione, rimasta inerte, a provvedere tardivamente sull'istanza, dovendo invece avviare un vero e proprio procedimento di secondo grado finalizzato alla rimozione dell'atto, che si assume illegittimo, formatosi *per silentium*, assorbendo il potere di autotutela anche profili valutativi che normalmente ineriscono all'esercizio della funzione amministrativa di primo grado, ma che l'Amministrazione non è stata a suo tempo in grado di esercitare.

In tal modo la Pubblica Amministrazione conserva la possibilità di una piena e ponderata attività di valutazione e comparazione dei diversi interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio della funzione amministrativa, in piena adesione e rispetto dei principi costituzionali di cui all'articolo 97 Cost., con la conseguenza che, in sede di annullamento in autotutela di un silenzio assenso, deve essere restituito integro all'Amministrazione il potere-dovere di compiere, per la prima volta, quelle valutazioni che, a suo tempo, la stessa avrebbe potuto e dovuto porre a fondamento dell'esercizio della funzione istituzionale ad essa spettante.

Tale soluzione, oltre al conforto letterale del dettato normativo, si pone anche come efficace rimedio alla c.d. amministrazione o burocrazia difensiva, ossia alla convinzione secondo la quale, in un panorama normativo incerto, l'immobilismo contribuisce ad evitare di essere chiamati a rispondere delle proprie scelte, che si risolve in un sostanziale e pregiudizievole depotenziamento della funzione pubblica con conseguenti profili di evidente incostituzionalità, per violazione dei parametri di cui agli articoli 28 e 97 Cost.

8. La questione nomofilattica posta dall'ordinanza n.ro 13865 del 2020 - La soluzione proposta. Il nucleo del problema nomofilattico demandato alle Sezioni Unite, secondo l'ordinanza remittente, va individuato <<*nella latitudine ontologica del silenzio assenso quale species provvedimento*>>, avendo anche la Corte territoriale, nella sentenza oggetto dell'impugnazione in cassazione, sostanzialmente aderito al *mainstream* restrittivo che connota la prevalente giurisprudenza amministrativa, orientata ad escludere la portata del silenzio assenso anche in settori non espressamente menzionati, in tal senso, dalla vigente normativa, sulla base della ritenuta necessità di un provvedimento esplicito scaturente, a sua volta, dalla necessità di una valutazione specifica dei presupposti del provvedimento stesso.

Al proposito l'ordinanza remittente solleva più che fondati dubbi, atteso che:

- in primo luogo l'orientamento restrittivo si fonda su tesi dogmatiche che contrastano con il disposto letterale dell'articolo 20, comma 4, l.n. 241 del 1990, come novellato dall'articolo 3, D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80, così come si presenta priva di supporto normativo la distinzione operata tra atti di concessione ed atti di autorizzazione, atteso che il dettato normativo non distingue tra provvedimenti di concessione, di autorizzazione o di altro genere, limitandosi ad escludere il silenzio assenso solo in determinate materie, quelle indicate al comma 4, nelle quali non rientra l'assegnazione di alloggi di edilizia popolare;
- in secondo luogo deve ritenersi eccentrico invocare la tradizionale dottrina che distingue tra concessioni ed autorizzazioni, dovendo osservarsi che, nella concreta fattispecie, si verte nell'ipotesi del

subentro in un diritto già concesso dalla pubblica amministrazione all'assegnatario dell'alloggio e concretamente modulato, successivamente, nel contratto di locazione;

- in terzo luogo, ancora, come insegna il consolidato orientamento del giudice di legittimità richiamato al precedente paragrafo 6, (*supra*, pagina 7), il diritto al subentro non lascia alla Pubblica Amministrazione alcun margine di discrezionalità valutativa, attribuendole un ruolo meramente ricognitivo del diritto soggettivo al rientro nell'originario nucleo ovvero al subentro, le cui condizioni sono predeterminate dalla legislazione regionale, in particolare dagli articoli 11 e 12, L.R. Lazio n. 12 del 1999, e succ. mod., per quanto attiene alla concreta fattispecie.

Ad avviso di chi scrive l'ordinanza remittente già prefigura la corretta soluzione al problema nomofilattico posto, laddove mostra riserve e perplessità nei confronti del <<*mainstream restrittivo*>> che connota la prevalente giurisprudenza amministrativa, orientata, come ricordato, ad escludere la portata del silenzio assenso anche a materie o settori non espressamente menzionati, in tal senso, dalla vigente normativa.

In realtà, a ben vedere, deve effettivamente ritenersi che le tesi restrittive confliggano con l'interpretazione letterale, sistematica e costituzionalmente orientata dell'ordito normativo, dappoiché:

- la lettera dell'articolo 20, l.n. 241 del 1990, come novellato, si limita ad escludere il silenzio assenso solo in determinate materie, e precisamente in quelle indicate al comma 4, articolo ult. cit., tra le quali non rientra l'assegnazione degli alloggi di edilizia popolare, atteso che la materia dell'edilizia residenziale pubblica non è stata a tutt'oggi oggetto di specifica disposizione derogatoria né è stata oggetto di <<*precisa individuazione*>> da parte del decreto legislativo n. 222 del 2016, nel quale il "settore edilizia" fa unicamente riferimento ai procedimenti relativi ai permessi di costruzione di edifici, di ristrutturazione ed ai relativi procedimenti amministrativi;
- dal combinato disposto degli articoli 29, comma 2-*bis* - che qualifica come livello essenziale della prestazione, con protezione costituzionale garantita dall'articolo 117 Cost., l'obbligo della pubblica amministrazione di concludere il procedimento entro il termine prefissato, da garantirsi in modo omogeneo sull'intero territorio nazionale - e 17 *bis* e 21 *nonies*, l.n. 241 del 1990 - che prevedono termini finali nei rapporti endoprocedimentali fra pubbliche amministrazioni il primo, ed un termine finale generale per l'adozione di atti di autotutela il secondo - si desume chiaramente la costruzione sistematica, ad opera del legislatore, di un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, che prevede espressamente specifici limiti al potere pubblico al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati, nell'ottica di assicurare il buon andamento della funzione

amministrativa anche sotto l'aspetto della ragionevole durata del procedimento e dell'obbligo di concludere lo stesso entro il termine prefissato;

- l'articolo 117, secondo comma, lettera *m*), Cost, laddove riserva allo Stato la competenza legislativa esclusiva in materia di determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, orienta in chiave di protezione costituzionale la lettura della richiamata disposizione di cui all'articolo 29, comma 2-*bis*, l.n. 241 del 1990, introdotto dall'articolo 10, comma 1, lett. b), legge 18 giugno 2009, n. 69 e, successivamente, così modificato dall'articolo 12, comma 1, lett. l), D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla l. 11 settembre 2020, n. 120, a mente del quale <<*Attengono ai livelli essenziali delle prestazioni di cui all'articolo 117, secondo comma, lettera m), della Costituzione le disposizioni della presente legge concernenti gli obblighi per la pubblica amministrazione di garantire la partecipazione dell'interessato al procedimento, di individuarne un responsabile, di concluderlo entro il termine prefissato, di misurare i tempi effettivi di conclusione dei procedimenti e di assicurare l'accesso alla documentazione amministrativa, nonché quelle relative alla durata massima dei procedimenti*>>.

Le considerazioni che precedono convincono allora nel ritenere che la regola del silenzio assenso, per come delineata dall'attuale testo dell'articolo 20, l.n. 241 del 1990, abbia portata generale, che non può essere limitata se non nelle ipotesi specificatamente indicate dal legislatore, al comma 4, del suddetto articolo; ogni contraria o più restrittiva soluzione priverebbe infatti il cittadino di un fondamentale strumento di reazione all'inerzia ingiustificata del pubblico potere, mentre quella proposta consente comunque all'Amministrazione gli opportuni interventi in via di autotutela, nei termini ed alle condizioni di cui all'articolo 21 *nonies*, l. ult. cit., così bilanciando equamente gli interessi in gioco laddove permette, da un lato all'Amministrazione la valutazione della sussistenza dei presupposti del provvedimento omissivo nei limiti consentiti dall'articolo 21 *nonies*, l.n. 241 del 1990, e dall'altro garantisce al privato la certezza delle situazioni giuridiche soggettive maturate, assicurando un meccanismo efficiente che bilancia in modo equilibrato le istanze del cittadino, non più condizionate esclusivamente dall'attività del pubblico amministratore, con le esigenze di controllo di conformità della richiesta alle disposizioni normative da essa implicate.

Tale è stata la conclusione presa dalla Procura generale della Corte di Cassazione nella memoria depositata il 26 maggio 2021, in vista della decisione del ricorso presa all'udienza del 22 giugno 2021.

9. La soluzione della Corte. In parziale difformità rispetto a quanto argomentato al paragrafo che precede, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, nella sentenza n.ro 20761 del 2021, hanno affermato il principio di diritto secondo cui <<*in tema di edilizia residenziale pubblica, l'istituto del silenzio-*

assenso, previsto dall'art. 20 della l. n. 241 del 1990, che implica una posizione di interesse legittimo, non può trovare applicazione in relazione all'istanza di subentro nell'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, destinati all'assistenza abitativa ed all'ampliamento del nucleo familiare, in cui la posizione soggettiva controversa ha la consistenza di diritto soggettivo>>.

Invero la Corte allarga la non applicabilità dell'istituto del silenzio assenso all'intera fase procedimentale successiva al provvedimento di assegnazione dell'alloggio, ritenendo che, dal momento in cui l'Amministrazione ha provveduto in tal senso, i rapporti con il soggetto assegnatario e/o con il subentrante non abbiano ad oggetto interessi legittimi, bensì veri e propri diritti soggettivi per ciò stesso estranei al perimetro del silenzio assenso, riguardando le ipotesi di ampliamento del nucleo familiare e di subentro nell'alloggio l'evoluzione di un rapporto già in essere tra assegnatario ed Amministrazione, rapporto soggetto alla giurisdizione del giudice ordinario in quanto il provvedimento di assegnazione viene a rappresentare lo “spartiacque” tra il momento in cui l'operare della pubblica amministrazione è riconducibile all'esercizio di pubblici poteri ed il momento in cui, invece, rientra nell'ambito di un rapporto paritetico.

Alla luce delle argomentazioni sopraindicate, la concreta fattispecie è stata descritta quale contestazione del provvedimento di rilascio dell'immobile di edilizia residenziale pubblica a seguito di occupazione senza titolo da parte di un soggetto che non ha partecipato all'iniziale procedimento di assegnazione come titolare di un legittimo interesse, ma che assume di possedere i requisiti per permanere nell'immobile in quanto subentrante all'originaria assegnataria dell'alloggio secondo quanto previsto della L.R. Lazio 6 agosto 1999, n. 12, articoli 11 e 12; da tanto consegue, ad avviso delle Sezioni Unite, che il subentro nell'assegnazione: *da un lato*, discende direttamente dalla previsione legislativa in presenza di determinate condizioni il cui accertamento non implica alcuna valutazione discrezionale da parte della P.A.; *dall'altro*, viene a costituire una possibile evoluzione del rapporto sorto in esito all'assegnazione e non già l'instaurazione di un nuovo e diverso rapporto, corrispondendo ad un diritto soggettivo come tale non soggetto ad esercizio di discrezionalità da parte dell'ente amministrativo.

Trattandosi dunque di un diritto soggettivo, va da sé che si debba escludere *in subiecta materia* l'applicabilità del silenzio assenso di cui alla L. 7 agosto 1990, n. 241, articolo 20, in quanto il silenzio assenso di per sé costituisce esplicitazione *ex lege* di potestà pubblicistica correlata al mancato esercizio dell'attività amministrativa ed è figura equipollente, sul piano degli effetti giuridici, a un provvedimento amministrativo, cosicché, ad avviso del collegio di legittimità, implicando il silenzio assenso una posizione di interesse legittimo, la controversia sul diritto soggettivo al subentro nell'assegnazione

dell'alloggio di edilizia residenziale pubblica resta estranea al perimetro dell'articolo 20, legge ult. cit., potendo l'interessato, assumendo la sua posizione tutelata consistenza di diritto soggettivo, proporre in via immediata domanda di accertamento del proprio diritto avanti al giudice ordinario in sede civile.

Per tale motivo risulta, quindi, del tutto irrilevante ed inconferente alla fattispecie il rimedio del silenzio assenso.

10. Conclusioni. La decisione della Corte, secondo cui la materia dell'ampliamento del nucleo familiare e del subentro negli alloggi di edilizia residenziale pubblica, involgendo situazioni giuridiche di diritto soggettivo deve ritenersi di per sé estranea all'istituto del silenzio assenso, da un lato trascura di considerare e quindi di armonizzarsi con i recenti arresti del giudice di legittimità indicati al paragrafo 7., in nota 6., d'altro lato, omette qualsiasi osservazione e riflessione sulla categoria del provvedimento amministrativo vincolato⁷, d'altro lato ancora, non soddisfa appieno le esigenze di tutela del cittadino in relazione alla certezza dei rapporti giuridici ed alla tempestività dell'agire della pubblica amministrazione, laddove viene sostanzialmente a limitare la tutela del privato alla sola proposizione della domanda di accertamento del proprio diritto avanti al giudice ordinario, destinata a generare una controversia dai tempi inevitabilmente dilatati stante la notoria durata media dei giudizi civili.

Ed invero, come ricordato, la giurisprudenza più recente esclude possa configurarsi un diritto al subentro automatico, atteso che, in materia di locazione di immobili dell'edilizia residenziale pubblica, l'unico titolo che abilita alla locazione è l'assegnazione, in quanto la sola qualità di componente del nucleo familiare, originario o ampliato, costituisce condizione necessaria ma non sufficiente al riconoscimento del diritto al subentro, occorrendo altresì che il subentrante possieda i requisiti legali previsti per la concessione del titolo di assegnazione dalle disposizioni della vigente legislazione regionale, oggetto di necessaria verifica da parte dell'Amministrazione anche se il deliberato della stessa, atteso che la norma primaria *in subiecta materia* regola integralmente e compiutamente l'atto amministrativo, si presenta a contenuto vincolato.

L'atto vincolato, quale categoria del diritto amministrativo, viene definito come atto meramente ricognitivo di situazioni giuridiche preesistenti alla sua adozione, che non produce effetti giuridici ma ne accerta la produzione⁸, venendo a costituire l'adempimento dell'obbligo di accertare la ricorrenza degli elementi della fattispecie astratta secondo lo schema "norma-fatto" e non già secondo lo schema

⁷ P. Virga, Il provvedimento amministrativo, 1972, p. 24; F. Follieri, Decisione amministrativa e atto vincolato, in *Federalismi*, n. 7 del 2017.

⁸ A. Orsi Battaglini, Autorizzazione amministrativa, in *Scritti giuridici*, p. 1199 e ss.

“norma-potere-effetto”⁹; in altre parole, è l’ordinamento che prefigura l’effetto, ma è solo l’atto amministrativo che lo produce, riservando l’ordinamento la produzione dell’effetto giuridico all’amministrazione anche se l’atto vincolato si limita a riconoscere, in uno spazio totalmente privo di discrezionalità, la sussistenza degli elementi previsti dalla fattispecie¹⁰.

Di fronte all’obbligo di accertamento che connota l’atto amministrativo a contenuto vincolato, si pongono conseguentemente situazioni giuridiche soggettive a soddisfazione necessaria¹¹, e pertanto non già interessi legittimi, ma diritti soggettivi, sorti nel momento in cui si sono verificate, nella realtà materiale, le circostanze elevate dall’ordinamento a fattispecie astratta di un qualche effetto giuridico¹².

Ciò è proprio quanto accade nelle ipotesi di ampliamento del nucleo familiare e di subentro negli alloggi di edilizia residenziale pubblica, ove l’amministrazione rimane titolare del potere accertamento costitutivo riconosciute dalla legislazione regionale, cui corrisponde una situazione non già di interesse legittimo, ma di diritto soggettivo a pretesa soddisfazione necessaria, come ritenuto, appunto, dalla pronuncia delle Sezioni Unite oggetto della presente disamina, che però limita il ventaglio delle tutele accordate al privato interessato al solo diritto di adire il giudice ordinario per far dichiarare, attraverso un’azione di mero accertamento, la piena ricorrenza degli elementi connotanti la fattispecie astratta che disciplina l’ampliamento ovvero il diritto al subentro.

Se così è, non può non osservarsi, allora, come nulla venga a mutare, in termini di certezza delle situazioni giuridiche soggettive, con la pronuncia di una sentenza di accertamento del giudice ordinario ovvero attraverso l’operatività dell’istituto del silenzio assenso, estesa alle ipotesi di ampliamento del nucleo familiare e di subentro nell’assegnazione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica.

In tale prospettiva, la radicale affermazione contenuta nella pronuncia delle Sezioni Unite n.ro 20761 del 2021, del presentarsi cioè l’istituto del silenzio assenso assolutamente eccentrico rispetto agli istituti dell’ampliamento e del subentro, non pare condivisibile e si pone parzialmente fuori fuoco rispetto alle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini a fronte del potere della pubblica amministrazione, oggi oggetto di espressa protezione costituzionale come in precedenza

⁹ E. Capaccioli, *Disciplina del commercio e problemi del processo amministrativo*, in *Diritto e processo*, 1978, p. 310.

¹⁰ Si veda F.G. Scoca, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. Amm.* 1995, par. 14.

¹¹ L. Ferrara, *Diritti soggettivi ad accertamento amministrativo*, p. 72 e ss.

¹² In tal senso A. Romano, *Giurisdizione amministrativa e limiti alla giurisdizione ordinaria*, p. 133 e ss.; A. Orsi Battaglini, *Attività vincolata e situazioni giuridiche soggettive*, in *Scritti giuridici*, p. 1249 e ss.; P. Gotti, *Gli atti amministrativi dichiarativi. Aspetti sostanziali e profili di tutela*, 1996, p. 161.

evidenziato¹³, in quanto non assicura a largo raggio la pronta tutela delle situazioni di che trattasi, realizzabile assai più celermente attraverso il meccanismo di portata generale del silenzio assenso, di cui all'articolo 20, comma 4, l.n. 241 del 1990 e succ. mod., che non attraverso la pur sempre percorribile strada dell'azione di accertamento proponibile dinanzi al giudice ordinario, in quanto la portata generale dell'istituto del silenzio assenso, da un lato rende lo stesso applicabile anche alla materia del provvedimento a contenuto vincolato, garantendo al cittadino un fondamentale strumento di reazione all'inerzia ingiustificata del pubblico potere, così consentendo la "costituzione" del proprio diritto nonostante il silenzio serbato dall'Amministrazione, dall'altra non toglie all'Amministrazione stessa la possibilità di intervenire in via di autotutela, nei termini ed alle condizioni di cui all'articolo 21 *nonies*, l. ult. cit.

Ogni diversa soluzione, invero, compresa quella della pronuncia resa a Sezioni Unite dalla Corte di legittimità, rimette di fatto all'iniziativa, o meglio all'inerzia della pubblica amministrazione, la sorte dell'esercizio dei diritti del subentrante, andando ad inficiare quel rapporto paritetico che la stessa Corte ha dichiarato sussistere nella fase successiva a quella di conclusione del procedimento di assegnazione dell'alloggio di edilizia pubblica e si rivela altresì sostanzialmente inidonea a contrastare il fenomeno della irregolare gestione del patrimonio edilizio pubblico, oggetto di recente interesse da parte degli organi di stampa che hanno riverito come, nella sola Roma, oltre 1.600 immobili di proprietà comunale risultino intestati ad inquilini deceduti da svariati anni.

¹³ Si veda *supra*, paragrafo 8, pagina 12.

Paolo Spaziani

Storie di processualisti e di nobildonne. La principessa Beatrice Cenci Bolognetti e la “perpetuatio iurisdictionis”.

Sommario. 1. Gli oligarchi. – 2. La principessa. - 3. Libertà della persona e regole del processo. La sentenza del Presidente Mortara e il «frivolo argomento». – 4. L’interdizione, «il maggiore degli attacchi all’integrità del diritto individuale». – 5. La “*perpetuatio iurisdictionis*” e la dottrina del Prof. Chiovenda. – 6. I diritti della persona e il cammino della scienza, tra “principesse” e “signorine”.

(Si ripubblica, con alcune modifiche, uno scritto già pubblicato su *giudicedonna.it*, nn. 3 e 4 del 2020)

1. La storia della procedura civile, più di quelle di altri settori del sapere giuridico, è una storia di “oligarchi”.

Gli “oligarchi” – scrisse Franco Cipriani – sono una «nobile, rara e inestinguibile stirpe», di cui fanno parte scienziati ai quali capita non solo di questionare, specie se appartengano a scuole diverse e siano quindi portatori di differenti idee scientifiche; ma capita altresì, se il dissenso verte sul primato della propria scuola e delle proprie idee, di pronunciare qualche parola di troppo.

Quando poi sul primato non esiste soltanto semplice dissenso, ma esiste la ferma convinzione di ognuno degli “oligarchi” di esserne personalmente il detentore, capita sovente che dalla parola si passi agli scritti¹.

Cominciano così le tenzoni scientifiche, che spesso si protraggono per anni, talora appuntandosi su questa questione di competenza, talaltra riguardando quella questione di litisconsorzio. Alcune volte uno degli “oligarchi” ritiene opportuno scrivere direttamente all’altro per congratularsi con lui del successo che sta riportando in campo scientifico, o per rispondere ad una sollecitazione che l’altro gli aveva fatto pervenire. Altre volte invece lo scritto non fa menzione del destinatario o non è a quegli

¹ F. CIPRIANI, *Storie di processualisti e di oligarchi. La procedura civile nel Regno d’Italia (1866-1936)*, Milano, 1991, 8-9. L’utilizzo dell’evocativo termine, su cui cade l’accento del titolo dell’ormai classico studio del maestro barese sulla storia della scienza processuale, è stato ripreso dal saggio di L. CANFORA, *Storie di oligarchi*, Palermo, 1983, dedicato agli “oligarchi” ateniesi, con particolare riguardo ai rapporti tra Tucidide e Senofonte.

direttamente indirizzato, ma viene affidato ad una *recensione* di una sua opera (o addirittura dell'opera di un terzo) oppure ad una *prefazione* di un'opera propria.

L'esempio più importante di questa sofferta e contrastata – ma nello stesso tempo irrinunciabile – convivenza tra “oligarchi” nella scienza processuale è certamente quello offerto, per quasi un cinquantennio, da Francesco Carnelutti e Piero Calamandrei (o, se si vuole, da Piero Calamandrei e Francesco Carnelutti, visto che non si sa mai quale dei due nomi si debba pronunciare per primo).

Questi due scienziati, tra i più grandi (se non i più grandi) giuristi del novecento, incontratisi ancora giovani al concorso per la cattedra di procedura civile dell'Università di Padova nel 1914, da allora non fecero che questionare tra loro e la diatriba cessò solo nel 1956, quando il più giovane dei due lasciò questo mondo suscitando il commosso ricordo dell'altro.

«L'amicizia tra Calamandrei e me – scappò di dire ad un affranto Carnelutti dinanzi alla salma del rivale – è stata un'amicizia faticata. Bisogna sapere che la vita ci ha fatto trovare sempre dall'altra parte. ... Sempre uno contro l'altro. Da ultimo, finiva per pesarmi; e credo anche a lui»².

In anni precedenti, il primato della procedura civile era stato conteso invece tra Lodovico Mortara (giurista e giudice illuminato e progressista, di formazione costituzionale, nella cui dottrina si era compiuto il superamento della tradizionale *scuola esegetica di matrice francese*) e Giuseppe Chiovenda, iniziatore e maestro della nuova *scuola sistematica di ispirazione tedesca*³.

Tra i due eminenti giuristi si consumò «una vicenda più che ventennale di fiere polemiche dottrinali e metodologiche, e soprattutto di radicali e spesso determinanti opposizioni di ciascuno ai programmi di riforma patrocinati dall'altro»⁴.

Questa vicenda probabilmente cominciò nel 1903, con una polemica sul tema dell'esecuzione provvisoria della sentenza di primo grado e dei poteri del giudice di appello di paralizzarla mediante

² F. CARNELUTTI, *Piero Calamandrei*, in *Riv. dir. proc.*, 1956, I, 261.

³ Questa terminologia, per distinguere le due grandi scuole della nostra scienza processuale, è ricorrente in letteratura ed è stata ancora di recente efficacemente utilizzata da B. CAVALLONE, *Una fondazione asimmetrica (un carteggio inedito dell'autunno del 1923)*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 611 s., part. 616.

⁴ B. CAVALLONE, «*Preferisco il cattivo processo attuale*» (*Chiovenda, Mortara e il «progetto Orlando»*), in *Riv. dir. proc.*, 1988, 1048 s., part. 1059, nota 25.

inibitoria⁵, e si concluse nel 1927, con l'ironica lettera con cui Mortara declinò l'invito a partecipare con un saggio agli studi in onore di Chiovenda⁶.

2. Un giorno, la tenzone scientifica tra i due “oligarchi” incrociò il cammino di una giovane principessa romana, orfana e nubile, la cui libertà di autodeterminazione era minacciata da un giurista dell'età degli Antonini, Ulpio Marcello, cui le fonti attribuiscono la paternità della massima «*ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*»⁷.

La storia va raccontata, non solo perché da essa traiamo la rassicurazione che il primato, qualunque dei due “oligarchi” lo avesse posseduto, sarebbe stato comunque in buone mani⁸; ma soprattutto perché ne ricaviamo la conferma che nel mistero del processo – come ebbe a dire Salvatore Satta – «si ha il *divenire* dell'ordinamento» e che «l'azione» sta «nell'opera e nella sentenza del giudice»⁹, sicché la giustizia (che del processo costituisce il fine¹⁰ e che trova la sua unica via nella *primauté* della persona umana e nell'esigenza di tutela piena e incondizionata dei suoi diritti fondamentali), non ha nelle forme e negli istituti processuali degli *optionals* a cui si può rinunciare, ma dei presidi infungibili e inviolabili.

3. Vediamo allora di ricostruire la storia della nobildonna e di come essa ebbe ad incontrare sulla sua strada i due “oligarchi” e le loro contrastanti idee.

⁵ G. CHIOVENDA, *Sulla provvisoria esecuzione delle sentenze e sulle inibitorie*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, a cura di Andrea Proto Pisani, Milano, 1993, 310; L. MORTARA, *Qualche osservazione intorno ai poteri del giudice di appello in tema di esecuzione provvisoria*, in *Giur. it.*, 1903, I, 2, 469 s.

⁶ L. MORTARA, *Lettera*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, 1927, XIII.

⁷ Fr. 30 *Dig. de iudiciis*, 5, 1.

⁸ In una prospettiva più generale la storia tra i due processualisti e la principessa propone all'osservatore del ventesimo secolo – che non può che restarne mirabilmente meravigliato – da un lato, la visione moderna, pienamente costituzionale, che Mortara aveva dell'ordinamento, al cui centro, con largo anticipo sulle moderne carte dei diritti, era collocata la persona umana e l'esigenza di piena e incondizionata tutela dei suoi diritti fondamentali; dall'altro lato, la irripetibile capacità di Chiovenda di procedere, attraverso l'uso del metodo storico-dogmatico, all'inquadramento di ogni questione in un sistema perfetto di concetti e di categorie non corrutibili dall'evoluzione e dalla trasformazione degli istituti e delle norme di diritto positivo.

⁹ S. SATTA, *Attualità di Lodovico Mortara*, Commemorazione tenuta nella sala del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati di Roma il 16 dicembre 1967, ora in *Soliloqui e colloqui di un giurista*, Nuoro, 2004, 388 s., part. 390-391.

¹⁰ Così, con la puntuale incisività della sua ineguagliabile prosa, P. CALAMANDREI, *Lodovico Mortara*, in *Opere giuridiche*, X, Napoli, 1985, 156 s., secondo cui, nella concezione mortariana, il processo non è «lo strumento per far vincere le cause ai litiganti, ma il mezzo per attuare lo scopo più augusto dello Stato di diritto che è la giustizia».

Beatrice Fiorenza Cenci Bolognetti, principessa di Vicovaro e marchesa di Rocca Priora, era l'ultima discendente di un'antica e nobile casata e, quel che più conta, l'unica erede di un patrimonio immenso.

Ella, sin da prima che scoppiasse la grande guerra, aveva chiesto la cittadinanza francese, poiché risiedeva da sempre in Francia (ove del resto si trovava anche la maggior parte dei suoi beni) ed era stata in Italia solo per brevissimi periodi, in giovanissima età, al seguito dei suoi genitori.

Nelle more del procedimento per il cambio di cittadinanza (che si era protratto per lungo tempo ed era anche rimasto sospeso durante il conflitto mondiale), la zia paterna, contessa Giulia Cenci Bolognetti, vedova Vincenti Mareri, l'aveva *convenuta* dinanzi al tribunale di Roma¹¹ e ne aveva domandato l'interdizione, per ragioni che non ci sono note, ma che, leggendo le sentenze emesse nel relativo procedimento dalla Cassazione di Roma (delle quali tra breve si dirà), sembra potersi intuire che avessero a che fare più con gli interessi del parentado ad evitare che la principessa disponesse della sua straordinaria eredità che con la sua effettiva incapacità di intendere e di volere.

Instauratosi, come si suol dire, il contraddittorio, il tribunale adito aveva convocato il consiglio di famiglia, il cui parere, al pari dell'interrogatorio dell'interdicenda, era, nel vigore del codice del 1865, obbligatorio.

Il consiglio, a maggioranza di tre quarti dei suoi componenti, si era detto favorevole all'interdizione, ma la principessa, convocata subito dopo per rendere l'interrogatorio, aveva proposto un incidente sulla legittimità della sua composizione.

L'interdicenda si era doluta, precisamente, che il giudice avesse formato il consiglio di famiglia nominando, oltre ad un più lontano parente (che non aveva aspettative ereditarie e che infatti aveva

¹¹ È nota la disputa circa la natura *volontaria* o *contenziosa* del giudizio di interdizione. Questa disputa, che si è rinverdata dopo il codice del 1940 e che è stata verosimilmente alimentata anche dalla lacunosa disciplina del relativo procedimento, aveva peraltro meno ragioni di esistere nel vigore del codice del 1865, che configurava un procedimento schiettamente *contenzioso* sia sul piano *funzionale* che sul piano *strutturale*. Sotto il primo profilo, il carattere contenzioso era desumibile dall'*interesse tutelato* dal procedimento, il quale, in un ordinamento liberale non coincideva con l'interesse alla protezione dell'incapace ma si identificava con l'*interesse della collettività alla sicurezza dei traffici economici*, sicché la sentenza di interdizione non era emessa a tutela dell'infermo di mente quanto, piuttosto, *contro* di lui, e non aveva finalità *protettiva* ma finalità *espulsiva*, rappresentando la reazione dell'ordinamento volta ad emarginare dalla comunità degli *homines oeconomici* colui che, in ragione della sua infermità di mente, si era messo *obiettivamente* contro il diritto. Sotto il profilo strutturale, il procedimento, attesa la sua finalità, si configurava alla stregua di un normale giudizio di cognizione, nell'ambito del quale l'interdicendo era chiamato a resistere alla domanda di un provvedimento obiettivamente contrario al suo interesse a conservare lo *status* di *homo oeconomicus*; egli, dunque, assumeva formalmente la posizione di *convenuto*, era chiamato a rendere l'*interrogatorio*, ed acquisiva la *legittimazione ad impugnare*, in quanto parte soccombente, la sentenza che lo avesse privato della sua capacità (art. 841 c.p.c. 1865).

espresso parere contrario all'interdizione), anche i tre fratelli conti Antici Mattei, suoi cugini consanguinei in quarto grado, i quali, per un verso, erano suoi successibili *ex lege* (e dunque avrebbero ricevuto una specifica utilità dal provvedimento interdittivo, portante con sé l'incapacità di testare), mentre, per altro verso, erano, rispetto a lei, molto meno ricchi, sicché appariva evidente che avessero un interesse personale ad un determinato esito del giudizio.

L'eccezione, rigettata sia dal Tribunale che dalla Corte di appello, era stata invece accolta dalla Corte di cassazione di Roma, la quale, nel 1919¹², aveva rilevato che, sebbene l'interesse personale dei componenti del consiglio di famiglia si prospettasse «solo in via molto indiretta e con riguardo al verificarsi dell'evento futuro ed incerto della premorienza dell'interdicenda», tuttavia il magistrato, nel nominare i membri del consiglio medesimo, avrebbe comunque dovuto indagare se «esistessero serie ragioni di convenienza o di opportunità» che consigliassero «una scelta diversa da quella suggerita dall'ordine di parentela» ed inducessero all'individuazione di parenti di grado più remoto, specie in un caso come quello di specie in cui «si rappresentava la interdicenda siccome ereditiera di una colossale fortuna, alla quale è troppo naturale che convergano le aspirazioni di parenti non similmente doviziosi»¹³.

Rinviata dunque la causa alla Corte di appello di Ancona, la principessa, che nel frattempo era divenuta cittadina francese, aveva preliminarmente eccepito il sopravvenuto difetto di giurisdizione del giudice italiano.

Sulla questione la contessa zia aveva chiesto un parere *pro veritate* a Chioventa, il quale l'aveva rassicurata sull'irrelevanza del cambio di cittadinanza, stante il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, non previsto dalla legge positiva ma nondimeno vigente e operativo nel nostro ordinamento in base al diritto romano, nelle cui fonti era tramandato¹⁴.

La Corte di appello, in applicazione di questo principio, aveva disatteso l'eccezione pregiudiziale di rito sollevata dalla principessa e, nel merito, aveva ribadito la legittimità della composizione del consiglio di famiglia, rifiutando di adeguarsi al principio (allora non vincolante per il giudice del primo rinvio) enunciato dalla sentenza della Cassazione.

L'interdicenda aveva quindi proposto ricorso alle Sezioni unite e qui si era consumato l'atto finale dello scontro, che aveva visto protagonisti i due grandi rivali.

¹² Cass. Roma 9 giugno 1919, n.329, Pres. Mortara, est. Biscaro, in *Giur. it.*, 1919, I, 1, c. 738 s.

¹³ Cass. Roma 9 giugno 1919, n. 329, *cit.*, c. 739-740.

¹⁴ G. CHIOVENTA, *Parere per la verità nella causa d'avanti la R. Corte d'appello di Ancona tra Cenci Bolognetti Giulia Ved. Vincenti Mareri e Cenci Bolognetti Beatrice Fiorenza (Perpetuatio iurisdictionis)*, in G. CHIOVENTA, *Memorie difensive*, a cura di F. Cipriani, Bologna, 2005, 691 s.

La contessa zia si era costituita con uno staff di quattro avvocati, tra i quali spiccava Chiovenda, *new entry* del gruppo, non presente nel precedente collegio difensivo.

L'udienza, celebrata il 3 marzo 1921, si era svolta dinanzi ad un collegio presieduto dal primo presidente Mortara, che si era anche auto-assegnata la relazione della causa.

La sentenza, estesa personalmente dal primo presidente-relatore e depositata appena quattro giorni dopo l'udienza¹⁵, aveva osservato che «la Corte d'appello, con inopportunità evidente, oltre che con difetto di precisione dottrinale, [aveva] rievocato la massima del diritto romano secondo cui l'azione una volta iniziata deve proseguire avanti al giudice in origine competente (*ubi semel iudicium inceptum ibi et finem accipere debet*)» senza riflettere «che il diritto romano conosceva una sola potestà giurisdizionale, quella dei magistrati romani», sicché «la invocata massima [avrebbe potuto] riferirsi soltanto alla competenza territoriale del giudice, se pur le si [dovesse] assegnare un valore qualsiasi nel diritto processuale odierno»¹⁶.

«Eliminato questo frivolo argomento»¹⁷, la sentenza avrebbe potuto (e forse dovuto) fermarsi qui, giacché l'accertamento del sopravvenuto difetto di giurisdizione del giudice italiano avrebbe dispensato il collegio dall'esame del merito della controversia sulla costituzione del consiglio di famiglia.

E invece il primo presidente, pur convenendo sul carattere «superfluo e ozioso»¹⁸ di questo esame alla luce della statuizione sulla questione pregiudiziale di rito, non aveva lesinato di rimarcare i «gravi errori» in cui era incorsa la Corte di appello, che aveva «male inteso e peggio applicato l'insegnamento che questa Corte (sezione civile) aveva dato» con la precedente pronuncia del 1919.

La sentenza impugnata era stata quindi cassata senza rinvio, non senza essersi altresì proceduto a condannare l'attrice in interdizione a rimborsare alla convenuta interdicenda le spese di tutti i gradi di giudizio.

4. La sentenza del 1921 del primo presidente Mortara è dunque distinta in due parti.

La prima concerne la questione pregiudiziale di rito sulla giurisdizione e culmina nell'affermazione del principio di diritto secondo cui l'istituto della c.d. *perpetuatio iurisdictionis*, non ha cittadinanza del nostro ordinamento, poiché non previsto dalla legge positiva ma enunciato da una massima romanistica cui non può assegnarsi alcuna efficacia nel diritto processuale moderno.

¹⁵ Cass. Roma, Sez. un., 7 marzo 1921, n. 210, Pres. ed est. Mortara, in *Giur. it.*, 1921, I, 1, c. 266 s., e in *Foro it.*, 1923, I, c. 362 s.

¹⁶ Cass. Roma, Sez. un., 7 marzo 1921, n. 210, *cit.*, c. 268.

¹⁷ Cass. Roma, Sez. un., 7 marzo 1921, n. 210, *ult. cit.*

¹⁸ Cass. Roma, Sez. un., 7 marzo 1921, n. 210, *cit.*, c. 267.

La seconda parte concerne la questione di merito sulla legittimità del consiglio di famiglia e si traduce in un incisivo *obiter dictum*, ove viene stigmatizzato l'errore in cui era incorsa la Corte di appello che, omettendo di attenersi all'insegnamento impartito dalla stessa cassazione romana (sezione civile) nel 1919, non aveva tenuto conto dell'interesse dell'interdicenda a che il consiglio «chiamato a dare il parere sulla domanda [fosse] composto con persone insospettate e insospettabili, spoglie di qualsiasi preoccupazione personale intorno ai risultati del giudizio e alle ulteriori sue conseguenze»¹⁹.

Dal punto di vista della tenzone tra i due “oligarchi” della scienza processuale, deve sottolinearsi che la prima parte della pronuncia (cui era stato dato risalto sia dalla *Giurisprudenza italiana* e che dal *Foro italiano*, nelle pubblicazioni, rispettivamente, del 1921 e del 1923) era quella a cui era (criticamente) interessato Chiovenda, il quale aveva premura che fosse ribadita l'attuale autorità del diritto romano (cara alla scuola scialojana donde egli proveniva) e che fosse inserito il principio della *perpetuatio iurisdictionis* nel sistema di teoria generale del processo che egli stava costruendo.

La seconda parte (coperta da *omissis* in entrambe le pubblicazioni sopra richiamate) era quella che invece interessava Mortara, a tal punto che egli non si era risparmiato neppure quello che per un giudice che sia anche raffinato processualista è indubbiamente un errore: l'errore di affrontare indebitamente una questione di merito che avrebbe dovuto reputarsi assorbita dalla decisione di accoglimento dell'eccezione pregiudiziale di rito.

Sul raffinato processualista era infatti prevalso nell'occasione (ma si potrebbe dire: come sempre) il giurista sensibile alle istanze di tutela dei diritti della persona.

Nel suo monumentale *Commentario*, egli, nell'affrontare *ex professo* il problema della struttura e delle forme del giudizio di interdizione, aveva scritto: «È di somma importanza circondare di ampia guarentigia le indagini intorno allo stato dell'interdicendo, le quali debbono essere guidate da rigore scrupoloso, affinché la giustizia non divenga strumento inconsapevole di errori deploratissimi o di turpi raggiri. Convieni che il legislatore abbia simultaneamente la esatta visione delle due probabilità che la persona di cui viene proposta l'interdizione sia davvero inferma di mente e non abbia nemmeno l'attitudine a comprendere la gravezza del provvedimento, o che invece la persona stessa non sia realmente soggetta a malattia mentale ma vittima di una odiosa macchinazione; perciò non sarà mai soverchia la cura per assicurarle la più ampia libertà di difesa contro il maggiore degli attacchi all'integrità del diritto individuale»²⁰.

Il maggiore degli attacchi all'integrità del diritto individuale, prevenuto dal primo presidente Mortara con la sentenza delle Sezioni unite del 1921, sarebbe stato questa volta veramente odioso perché, se

¹⁹ così Cass. Roma, 9 giugno 1919, n. 329, *cit.*, c. 740.

²⁰ così L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, V, Milano, 1926, 704.

fosse riuscito, si sarebbe verosimilmente privata della capacità di agire, mercè il parere compiacente di un consiglio di famiglia formato da membri personalmente interessati, una persona pienamente capace di intendere e di volere.

5. Erano trascorsi più di due anni dalla pronuncia delle Sezioni unite e la vicenda della nobildonna romana sembrava ormai dimenticata, quando Chiovenda, fresco nuovo *dominus* della procedura italiana²¹ (e soprattutto sempre più convinto assertore di un sistema nell'ambito del quale la *regula iuris* avrebbe dovuto desumersi, più che dal diritto positivo, in ipotesi anche “correggibile”²², dalla logica e coerente declinazione delle categorie e dei concetti di teoria generale), tornò a rievocarla, non per mettere bocca sul merito della domanda di interdizione proposta dalla contessa sua cliente (che a lui interessava poco o punto) ma per “mettere i puntini sulle i” in ordine alla questione della giurisdizione.

Sul fascicolo di agosto 1923 del *Foro italiano* fu pubblicato uno scritto di 22 colonne, a firma del Prof. Giuseppe Chiovenda²³, che solo formalmente era una nota alla sentenza redatta oltre due anni prima dal primo presidente Lodovico Mortara, per l'occasione debitamente rimassimata²⁴; si trattava, invece, nella sostanza, di un vero e proprio *saggio* sull'argomento della *perpetuatio iurisdictionis*, e come tale sarebbe stato successivamente ripubblicato²⁵.

All'inizio del saggio, Chiovenda, da par suo, prima di procedere alla eloquente illustrazione degli argomenti volti a demolire l'orientamento espresso da Mortara (peraltro, sin dall'inizio indicato come isolato e contrario all' «opinione dominante»²⁶ in dottrina e in giurisprudenza), si profuse in parole di stima per il suo avversario e di deferenza e per la posizione da lui ricoperta.

In ragione dell'«altezza del magistrato» che aveva recentemente esaminato la «grave questione» e dell'«autorità del suo relatore» – così scrisse lo studioso di Premosello – egli aveva «nuovamente

²¹ Se si volesse cercare una data del passaggio del primato da Mortara a Chiovenda nella scienza processuale, la si dovrebbe verosimilmente individuare proprio nella parte finale della primavera del 1923, che aveva visto, da un lato, l'ingiuriosa epurazione di Mortara dalla magistratura ad opera dell'incipiente regime fascista (R.D. 3 maggio 1923, n.1028) e, dall'altro, la pubblicazione della terza edizione dei *Principii* di Chiovenda (15 giugno 1923), nella cui *Prefazione* l'autore aveva annunciato ai posteri la grandezza del suo «sistema fecondo» (G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, terza ed., Napoli, 1923 VIII e IX).

²² Così, con riferimento almeno alla «lettera della legge», G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, cit., 959.

²³ G. CHIOVENDA, in *Foro it.*, 1923, I, cc. 362-383.

²⁴ Cass. Roma, Sez. un., 7 marzo 1921, n. 210, in *Foro it.*, 1923, I, c. 362.

²⁵ G. CHIOVENDA, *Sulla “perpetuatio iurisdictionis”*, in *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, Roma, 1930 I, 271-310.

²⁶ G. CHIOVENDA, in *Foro it.*, 1923, I, c. 362.

meditato sull'argomento», ma, non ostante tale ulteriore e lunga meditazione (durata più di due anni!), aveva dovuto convincersi «sempre più» del buon fondamento della sua tesi²⁷.

Passando, dunque, alle argomentazioni a sostegno dell'operatività del principio della *perpetuatio iurisdictionis*, Chiovenda si peritò di evitare che la lingua andasse subito a battere sul punto in cui il dente più gli doleva (evitò, cioè di affrettarsi a riaffermare quell'autorità delle fonti romanistiche che egli aveva vittoriosamente sostenuto dinanzi alla Corte di appello di Ancona e che invece era stata quasi irrisoriamente liquidata, come *frivolo* argomento, dalle Sezioni unite della Cassazione) ed espose inizialmente alcune veramente pregevoli considerazioni di carattere generale, dalle quali emerge a luce meridiana tutta la sua profonda capacità di elaborazione sistematica.

La massima "*per citationem perpetuatur iurdictio*" – egli affermò – avrebbe costituito «espressione di un principio o tendenza generale che si manifesta ad ogni passo nelle leggi processuali, e secondo cui si deve impedire, per quanto è possibile, che la necessità di servirsi del processo per la difesa del diritto, torni a danno di chi è costretto ad agire o difendersi in giudizio per chieder ragione»²⁸.

Questo principio – egli aggiunse – avrebbe trovato applicazione sia nelle norme processuali volte a tutelare l'interesse del litigante «in quanto ha ragione» (come, ad es., quella che stabilisce il carico delle spese in base alla soccombenza)²⁹ sia nelle norme processuali volte a tutelare l'interesse del litigante «in quanto tale» (come, ad es., le regole volte a «reprimere gli atti vessatori di una parte a danno dell'altra», o quelle volte ad «eliminare o [...] ridurre le conseguenze pregiudizievoli di fatti indipendenti dalla volontà delle parti»³⁰).

La regola della *perpetuatio iurisdictionis* avrebbe appunto fatto parte di questo secondo gruppo, trovando essa fondamento nell'esigenza di evitare ai litiganti i «gravissimi danni» derivanti dal venir meno, a causa di circostanze sopravvenute, della competenza del giudice davanti al quale fu iniziata la causa³¹.

Dunque, l'essere espressione di un principio generale consustanziale al sistema processuale, più che la sua derivazione romanistica avrebbe attribuito, secondo Chiovenda, autorità precettiva nell'attuale ordinamento processuale alla massima "*per citationem perpetuatur iurdictio*".

Peraltro, la derivazione romanistica della regola non sarebbe stata senza importanza.

²⁷ G. CHIOVENDA, *cit.*, c. 363.

²⁸ G. CHIOVENDA, *ult. cit.*

²⁹ G. CHIOVENDA, *ult. cit.*

³⁰ G. CHIOVENDA, *cit.*, c. 368-369.

³¹ G. CHIOVENDA, *cit.*, c. 370.

Chiovenda ricordò, insieme ad altre fonti, il testo fondamentale di Marcello, in cui il principio era così precisamente declinato: “*ubi acceptum est semel iudicium, ibi et finem accipere debet*” (Fr. 30 *Dig. de iudiciis* 5,1)³²; rimarcò (qui contestando espressamente la contraria affermazione svolta da Mortara nella motivazione della sentenza annotata) che, in base a queste fonti, la regola aveva trovato applicazione non solo in relazione alla competenza per territorio, ma anche in relazione ai rapporti tra diverse giurisdizioni (militare, ecclesiastica ecc.), esemplificando con riguardo al cambiamento di stato del *miles* o del *clericus*, i quali sarebbero rimasti sottoposti al giudice della causa iniziata prima del cambiamento medesimo, «quantunque ormai privo di giurisdizione riguardo a *nuovi giudizi* rispetto alla medesima parte»³³; avvertì che la dottrina della *perpetuatio iurisdictionis* si era formata «ovunque ebbe vigore il diritto romano»³⁴, trovando accoglimento sia presso i giuristi francesi (non ostante il *code de procedure civil* non la prevedesse) sia presso quelli tedeschi (per il tramite dei quali «passò addirittura in espresse formulazioni di legge») sia, infine, presso quelli italiani (citando il Pisanelli e il Mattiolo)³⁵; e concluse che non aveva «ragion d'essere il dubbio espresso dalla sentenza annotata» sulla possibilità di assegnare alla massima derivante dalle fonti romanistiche «un valore qualsiasi nel diritto processuale moderno»; né appariva men che «eccessiva la qualificazione di “frivolo” attribuita dalla sentenza stessa all'argomento che la Corte di Ancona aveva tratto da quella massima per risolvere la questione di competenza», essendo al contrario «certissimo che nel diritto processuale moderno la litispendenza produce normalmente fra gli altri effetti quello di perpetuare per tutta la durata del giudizio la competenza posseduta dal giudice nel momento in cui la litispendenza si verifica»³⁶.

6. Nel saggio, lo studioso di Premosello proseguì l'analisi, spingendosi sino ad indagare i confini del principio della *perpetuatio iurisdictionis* e ad affermarne l'applicabilità non solo in presenza di mutamenti dello stato di fatto ma anche di fronte allo *ius superveniens* portato dalle «leggi modificatrici della competenza»³⁷.

Noi, però, ai nostri fini, possiamo fermarci qui.

³² G. CHIOVENDA, *ult. cit.*

³³ G. CHIOVENDA, *ult. cit.*

³⁴ G. CHIOVENDA, *cit.*, c. 372

³⁵ G. CHIOVENDA, *cit.*, c. 374.

³⁶ G. CHIOVENDA, *cit.*, c. 375.

³⁷ G. CHIOVENDA, *cit.*, c. 377-379.

Le notazioni svolte sono, infatti, sufficienti a farci comprendere come quel saggio chiovendiano sulla *perpetuatio iurisdictionis* non fu soltanto l'epilogo di una delle polemiche tra i due eminenti giuristi (un momento dell'annosa tenzone tra due "oligarchi"), ma fu la *lectio magistralis* del nuovo maestro comune di tutti i cultori del diritto processuale; una lezione indirizzata bensì al suo vecchio rivale, ma volta più in generale a propugnare una *renovatio* del metodo nell'analisi dei problemi e degli istituti, capace non solo di indicare nuove vie alla giurisprudenza, ma anche di comporre le antinomie e di colmare le lacune della legge positiva, in nome della coerenza concettuale e logica dell'ordinamento processuale.

8. Vediamo ora di trovare un epilogo alla nostra storia.

Per quanto concerne i due "oligarchi" e la loro annosa tenzone, non sappiamo a chi assegnare la palma della vittoria in relazione alla specifica vicenda che aveva coinvolto la principessa romana e la *perpetuatio iurisdictionis*.

Non vorremmo sembrare troppo "buonisti" nel dire che nessuno dei due né uscì sconfitto; anzi, nell'affermare orgogliosamente che entrambi ne uscirono vittoriosi.

Il primo, perché alla massima di Marcello antepose le istanze di tutela della persona umana, anticipando di quasi un trentennio la ventura Costituzione repubblicana ed assumendosi tanto consapevolmente il ruolo di precursore della democrazia e dell'uguaglianza da volerlo ostentare anche nella terminologia utilizzata in sentenza per indicare le parti: sia l'attrice in interdizione sia la convenuta interdicenda, infatti, nella sentenza del 1921 dell'egualitario presidente Mortara, avevano miracolosamente perduto i rispettivi titoli di "contessa" e "principessa", utilizzati nelle precedenti pronunce e negli scritti difensivi, per assumere quelli più democratici di "signora" e "signorina".

Il secondo "oligarca", perché, rivestendo di nuova autorità e di nuovi significati una regola ereditata dalle fonti romane al di là delle implicazioni della sua applicazione nel caso concreto, avrebbe consentito alla scienza e alla legislazione di progredire nel cammino della costruzione di un sistema processuale più coerente, efficiente, giusto ed equo: il principio della *perpetuatio iurisdictionis* sarebbe stato infatti recepito dal codice del 1940, ma – è il caso di sottolinearlo – in un'accezione ancora incompleta rispetto a quella elaborata dal lungimirante maestro Chiovenda, per assimilare la quale al legislatore sarebbe occorso ancora mezzo secolo, sino alla legge n. 353 del 1990³⁸.

³⁸ Il codice del 1940 avrebbe tradotto in noma positiva il principio della *perpetuatio iurisdictionis*, sancendo peraltro, l'irrilevanza, rispetto alla giurisdizione e alla competenza, dei soli *mutamenti dello stato di fatto*. Solo il legislatore del 1990, recependo finalmente in pieno la lezione chiovendiana, avrebbe aggiunto anche l'irrilevanza dei sopravvenuti *mutamenti dello stato di diritto*, e cioè dei *cambiamenti della legge* in vigore

Quanto alla nobildonna romana, essa continuò per la sua la sua strada senza che a nessun giudice venisse più in mente di dichiararla inferma di mente.

Ormai cittadina francese, non incontrò più, durante il cammino, i due “oligarchi”, che precorrevano, in modo diverso, ma entrambi con identica grandezza, i tempi che stavano vivendo.

Molti anni dopo l'incresciosa vicenda che ne aveva messo a rischio la sua libertà di autodeterminazione, la principessa Beatrice Fiorenza Cenci Bolognetti sarebbe passata alla storia come filantropa e benemerita della ricerca scientifica, poiché, nel sacrosanto esercizio del diritto di disporre dei propri beni in piena libertà e consapevolezza, avrebbe destinato con testamento olografo l'ingente patrimonio immobiliare posseduto in Italia all'Università di Roma, con lo scopo di dar vita ad un istituto specializzato nella ricerca biomedica, in armonia con le finalità perseguite dal parigino Istituto Pasteur. Tra questi beni vi era il romano Palazzo Petroni Cenci Bolognetti in piazza del Gesù, già di proprietà dell'arcavola Maria Isabella Petroni, che sarebbe diventato sede della Fondazione (l'Istituto avrebbe visto la luce nel 1972) ma anche, curiosamente, sede di uno dei più importanti partiti politici della prima storia repubblicana del nostro Paese.

Quando redasse, datò e sottoscrisse il testamento olografo (arg. ex art. 602 c.c.), Beatrice Fiorenza aveva 63 anni e correva l'anno 1940, lo stesso anno in cui avrebbe visto la luce il nuovo codice di procedura civile.

Chissà se fu sfiorata dal pensiero che la sua capacità di testare era stata messa in forse da una massima pronunciata quasi 1.800 anni prima da un giurista romano che era stato consigliere di Antonino Pio e di Marco Aurelio; che questa massima aveva acquisito nuova autorità per l'ingegno di un “oligarca” che pure le aveva voluto mantenere il privilegio di trattarla come una principessa; e che, alla fine, la sua libertà le era stata conservata da un altro “oligarca” che invece l'aveva trattata come una semplice “signorina”.

al momento della domanda giudiziale (cfr. l'art.5 c.p.c., come modificato dalla l. 26 novembre 1990, n. 353).

Cesare Parodi

Il complesso rapporto tra uffici minorili e ordinari. L'integrazione tra differenti prospettive e l'organizzazione del lavoro.

SOMMARIO: 1. Premessa - 2. Il rapporto Procura della Repubblica- uffici minorili: i principi generali - 3. Il coordinamento tra attività: Procura ordinaria e Procura minori - 4. Il rapporto Tribunale ordinario - Procura della Repubblica- 5. Le modifiche previste dalla riforma

1- Premessa

Le indicazioni del legislatore e del CSM in tema di gestione dei rapporti familiari, di quelli scaturenti da unioni civili e dei rapporti di fatto sono indicative dell'assoluta priorità che a tali problematiche devono essere riconosciute nell'ambito dell'attività giudiziaria.¹ Allo stesso modo, l'attenzione del legislatore e le indicazioni del CSM in tema di maltrattamenti e di abusi sessuali in danno di minori impongono una sempre maggiore integrazione e un puntuale coordinamento tra gli interventi deputati agli uffici giudiziari, a vario titolo, agli interventi nel settore.

Oltre alle previsioni normative esplicite funzionali a tali obiettivi le risoluzioni del CSM sul tema² sottolineano come un risultato efficace sul piano della tutela degli interessi in oggetto possa essere

¹ In tal senso si vedano:

-Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica. (delibera CSM 9 maggio 2018);
- Esiti del monitoraggio effettuato dal Gruppo di lavoro sull'applicazione delle "Linee guida in tema di trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica" negli uffici di merito nel periodo d'emergenza sanitaria. (Delibera Plenaria CSM in data 4 giugno 2020)
- Risultati del monitoraggio sull'applicazione delle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica. (Delibera 3 novembre 2021)

² In tal senso v. Risoluzione sulle linee guida in tema di organizzazione e buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica. (delibera CSM 9 maggio 2018); Esiti del monitoraggio effettuato dal Gruppo di lavoro sull'applicazione delle "Linee guida in tema di trattazione di procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica" negli uffici di merito nel periodo d'emergenza sanitaria. (Delibera Plenaria CSM in data 4 giugno 2020)

raggiunto attraverso un impegno comune della Procura della Repubblica, del Tribunale per i Minorenni e della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni.

Molte e recenti sono le indicazioni intervenute in tal senso.

In questo senso, si deve tenere conto:

- dell'opportunità del coordinamento tra la Procura presso il Tribunale per i minorenni e le Procure Ordinarie, così come previsto dalle risoluzioni del CSM in date 7 luglio 2010 e 9 maggio 2018,, rispettivamente in tema di organizzazione delle procure minorili e di buone prassi per la trattazione dei procedimenti relativi a reati di violenza di genere e domestica;
- del fatto che la risoluzione del CSM del 9 maggio 2018 al punto 7 ha evidenziato "la necessità di esplorare misure di protezione della vittima ulteriori rispetto alle misure cautelari, volte specificamente a prevenire la reiterazione di condotte violente da parte dell'agente", con un "approccio integrato" da attuarsi con "l'adozione di protocolli che disciplinino le comunicazioni tra i diversi uffici di Procura, l'eventuale trasmissione degli atti, le modalità della loro utilizzazione" nel rispetto del segreto investigativo;
- della necessità di regolare i rapporti tra uffici nei casi in cui, ai sensi dell'art. 38 disp. att. cc., competente ad adottare provvedimenti a protezione del minore sia il Tribunale davanti al quale pende il giudizio di separazione, divorzio tra i genitori o affidamento;
- dell'opportunità di raccordo, altresì, nei casi di procedimenti nei confronti di indagati che siano anche genitori di figli minori e nei casi di misure cautelali disposte nei loro confronti;
- delle indicazioni della delibera del CSM in data 31 ottobre 2017 in materia di tutela dei minori nell'ambito del contrasto alla criminalità organizzata;
- dell'indicazione della delibera 3.11.2021, ove si precisa: *“Con riguardo al collegamento e alla collaborazione tra il settore penale, quello civile ed il minorile, secondo il disposto degli artt. 64 bis disp. att c.p.p. e 609 decies c.p. è emerso che in molti uffici sono già attive forme di collegamento o sono in corso iniziative per attuare detto collegamento tra il settore penale e quello civile, sia attraverso idonei strumenti informatici sia, soprattutto, con l'adozione di protocolli (le forme di collegamento spaziando dalla partecipazione all'udienza del pubblico ministero ad invio di copie atti ovvero tramite interlocuzioni dirette). In ogni caso, dalle risposte degli uffici si evince come un significativo ostacolo al collegamento ed alla collaborazione tra uffici sia costituito dalla mancata attuazione di collegamenti informatici e telematici tra gli uffici.”*

In definitiva, le indicazioni univoche del legislatore e delle risoluzioni del CSM sottolineano come un risultato efficace sul piano della tutela degli interessi in oggetto debba essere raggiunto

attraverso un impegno comune della Procura della Repubblica, del Tribunale ordinario, del Tribunale per i Minorenni e della Procura della Repubblica presso il Tribunale per i Minorenni.

Si impone, pertanto, una specifica attivazione per fornire adeguate risposte alle esigenze di tutela degli interessi che il legislatore ha evidenziato, per coniugare la celerità e la segretezza delle indagini penali con una tempestiva ed efficace tutela delle vittime anche in sede civile e minorile, garantire un costante scambio di atti ed informazioni ed evitare - al contempo e per quanto possibile - il ripetersi di audizioni di minorenni ed il sovrapporsi di accertamenti diagnostici.

Un impegno che non può limitarsi ai temi strettamente ed esclusivamente minorili, ma coinvolgere, per quanto possibile, tutte le valutazioni in ambito familiare o parafamiliare che, in vario modo, sono destinate e riflettersi le une sulle altre, interagendo nella determinazione degli effetti e – più specificamente- nell'individuazione di equilibri interpersonali ottimali tra le parti coinvolte.

Un compito, a ben vedere, chiaro e prioritario, rispetto al quale, di fatto, il “sistema” giustizia fatica a fornire una risposta in grado di coniugare celerità ed efficienza, garantendo una visione pluriprospectica e sintonica delle complesse problematiche che caratterizzano il settore.

Proprio nell'attesa della “messa a regime” della riforma- che, indubbiamente – terrà impegnato legislatore e interpreti per alcuni, è importante provare e rendere giustizia alla sostanziale “unitarietà” del tema in oggetto, verificando sotto vari profili:

- quanto e come il legislatore ha già suggerito accertamenti e valutazioni coordinate
- quanto e come le indicazioni astratte sono state rese effettivamente operative
- quanto e come la riforma – delle competenze degli uffici giudiziari così come delle disposizioni specifiche- potrà essere concretamente modulata (anche) sulla base delle attuali esperienze.

In questo quadro, il dato cronologico non può essere trascurato. Solo in tempi relativamente recenti la necessità di un coordinamento globale è stata in qualche modo formalizzata. Una formalizzazione, per altro, non priva di criticità espressive, che ha determinato un rilevante contenzioso ermeneutico. Occorre, pertanto, prendere le mosse dal disposto dell'art. 609 decies c.p.

2. Il rapporto Procura della Repubblica- uffici minorili: i principi generali

L'art. 609 decies c.p. – rubricato “Comunicazione al tribunale per i minorenni”³ - prevede, tra l'altro: *“Quando si procede per alcuno dei delitti previsti dagli articoli 600, 600 bis, 600 ter, 600 quinquies, 601, 602, 609 bis, 609 ter, 609 quinquies, 609 octies e 609 undecies commessi in danno di minorenni, ovvero per il delitto previsto dall'articolo 609 quater o per i delitti previsti dagli articoli 572 e 612 bis, se commessi in danno di un minorenne o da uno dei genitori di un minorenne in danno dell'altro genitore, il procuratore della Repubblica ne dà notizia al tribunale per i minorenni.*

Qualora riguardi taluno dei delitti previsti dagli articoli 572, 609 ter e 612 bis, commessi in danno di un minorenne o da uno dei genitori di un minorenne in danno dell'altro genitore, la comunicazione di cui al primo comma si considera effettuata anche ai fini dell'adozione dei provvedimenti di cui agli articoli 155 e seguenti, nonché 330 e 333 del codice civile..... “

In questa sede sarebbe sterile discutere sulla condivisibilità e sulla chiarezza delle indicazioni del legislatore; si tratta solo di trarne tutte le conseguenze, in chiave letterale e logica. La norma in oggetto, prevede, in relazione ad una serie tassativa di delitti, che “Quando si procede” per gli stessi “il procuratore della Repubblica ne dà notizia al tribunale per i minorenni.” Nulla di più. In una materia nella quale anche in tempi recenti il legislatore- si pensi alla l. n. 69/2019- ha posto termini stingenti per tutta una serie di attività, nessun termine – ordinatorio o perentorio - è stato indicato nell'art. 609 decies c.p.

Non solo. In numerose disposizioni processuali e procedurali il legislatore ha previsto avvisi o attività da svolgere “immediatamente” o quantomeno “senza ritardo”. Nulla di tutto questo è stato indicato per l'art. 609 decies c.p., certamente non per caso.

La formula “Quando si procede” di fatto, copre – almeno in astratto - l'arco temporale dal momento dell'iscrizione a quello dell'esercizio dell'azione penale (o della archiviazione), in quanto sussiste l'esigenza, ben sopra evidenziata dalla risoluzione del CSM, di contemperare l'”*esigenza di realizzare un efficace scambio di informazioni tra gli uffici senza pregiudicare il segreto investigativo che connota le attività della Procura ordinaria nella fase delle indagini preliminari*”.

Nessun obbligo formale è stato ipotizzato dal legislatore - sul piano temporale - diverso da quello sopra descritto e in nessuna disposizione del codice- o, per quanto risulta, della S.C.- è previsto che il Tribunale per i Minorenni possa “mettere in mora” la Procura della Repubblica in un momento anteriore a quello che la stessa Procura ritiene compatibile con le esigenze di indagine, considerato

³ Tale presente articolo è stato aggiunto dalla l. 15 febbraio 1996, n. 66; il comma 1 è stato sostituito all'art. 4, comma 1, lett. v), n. 1, della l. 1 ottobre 2012, n. 172, poi modificato dall'art. 1, comma 2-bis, lett. a), del D.L. 14 agosto 2013, n. 93, convertito dalla l. 15 ottobre 2013, n. 119.

che questo ufficio ha comunque sempre presente la necessità di operare anche per la tutela dei minorenni. Se il legislatore non ha vincolato espressamente la comunicazione a un momento predeterminato generale, significa che ha ritenuto di bilanciare con tale scelta le differenti esigenze che possono presentarsi in simili situazioni.

Un discorso analogo deve essere svolto sul piano dei contenuti, per il quale il legislatore ha utilizzato la formula “ne dà notizia”; la “notizia” contiene necessariamente solo l’indicazione del titolo di reato, eventuali misure applicate, l’identità delle parti, il numero di r.g. e l’indicazione del p.m. titolare.

Non si parla di trasmissione di atti o di provvedimento o del contenuto degli stessi. Certamente non per caso: la ragione è reperibile nell’art. 329 c.p.p.: *“Gli atti di indagine compiuti dal pubblico ministero e dalla polizia giudiziaria, le richieste del pubblico ministero di autorizzazione al compimento di atti di indagine e gli atti del giudice che provvedono su tali richieste sono coperti dal segreto fino a quando l'imputato non ne possa avere conoscenza e, comunque, non oltre la chiusura delle indagini preliminari.”* Il p.m. è garante anche di tale esigenza di segretezza e non può - per nessuna ragione, abdicare a tale ruolo.

Quando il legislatore ha previsto un coordinamento “sostanziale” tra uffici, lo ha indicato espressamente; in questo senso si veda l’art. 371 c.p.p.: *“Gli uffici diversi del pubblico ministero che procedono a indagini collegate, si coordinano tra loro per la speditezza, economia ed efficacia delle indagini medesime. A tali fini provvedono allo scambio di atti e di informazioni nonché alla comunicazione delle direttive rispettivamente impartite alla polizia giudiziaria. Possono altresì procedere, congiuntamente, al compimento di specifici atti.”*

Nulla di questo è stato previsto, tra la Procura della Repubblica e il Tribunale per i Minorenni (se lo avesse voluto, ben avrebbe potuto il legislatore fornire una indicazione in tal senso); la Procura della Repubblica non può, pertanto, svolgere le proprie attività in termini funzionali in via esclusiva alle indicazioni del Tribunale per i minorenni e, quindi, necessariamente coordinarsi con tale ufficio, se non, come sopra precisato, “dando notizia”.

L’art. 609 *decies* c.p., che impone alla Procura della Repubblica ordinaria di dare notizia dei delitti ivi previsti al Tribunale per i minorenni, ha posto problemi interpretativi anche con riguardo all’ufficio giudiziario al quale la Procura ordinaria deve dare notizia.

Siccome l’art. 336 c.c. prevede che i provvedimenti di cui agli articoli precedenti (quelli a tutela del minore) sono adottati su ricorso dell’altro genitore, dei parenti o dal pubblico ministero, appare chiaro che la trasmissione della notizia non può avvenire direttamente al Tribunale per i Minorenni, che essendo riconosciuti a quest’ultimo ufficio poteri autonomi di apertura di un procedimento di volontaria giurisdizione, potendo lo stesso procedere solo su impulso di parte.

Ne deriva che la trasmissione della notizia dovrebbe avere per destinatario la Procura Minori, legittimata a proporre il ricorso per attivare l'intervento del Tribunale per i Minorenni. Tra l'altro, la Procura Minori potrà selezionare, in accordo se necessario con la Procura ordinaria, quali atti allegare al ricorso; atti che verranno conosciuti da tutti i soggetti coinvolti nel procedimento, anche al fine di salvaguardare il segreto investigativo relativo alle indagini in corso presso la Procura ordinaria. In questo modo la Procura minori, al corrente di tutta la situazione relativa al minore stesso, potrà valutare il momento opportuno per inoltrare il ricorso ed attivare indagini sociali al fine di corredare il proprio ricorso, senza svelare l'indagine in atto da parte della Procura ordinaria.

Il tenore letterale dell'art. 609 decies c.p. è frutto di una verosimile "distrazione" del legislatore così come avvenuto, per esempio, con l'art. 23 c.p.p. che, in caso di dichiarazione di incompetenza dichiarata nel dibattimento di primo grado, letteralmente prevede la trasmissione degli atti al giudice competente. Sul punto, è intervenuta la Corte Costituzionale (sent. 76/1993) per affermare che la trasmissione deve essere a favore del Pubblico Ministero presso il Giudice competente, in quanto unico organo deputato ad esercitare l'azione penale davanti a quest'ultimo. Le medesime argomentazioni possono essere riproposte per una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 609 decies c.p..

E' proprio il meccanismo descritto a portare alla massima tutela del minore, tutela che, in caso di commissione dei delitti ai suoi danni, necessariamente deve passare attraverso l'accertamento delle relative responsabilità. Solo con un serio accertamento dei fatti e della responsabilità degli autori potranno essere adottati- in sede penale come minorile tutti i provvedimenti necessari per la massima tutela del minore. Un difettoso funzionamento del meccanismo di coordinamento tra gli accertamenti della Procura ordinario e di quelli disposti dagli uffici minorili può determinare un duplice- sebbene contrapposto- rischio per il minore: vedersi restituito ad un ambiente familiare in realtà pericoloso o, al contrario, vedersi ingiustamente sottratto alla sua famiglia su base di notizie di reato non opportunamente approfondite.

Sul tema, la delibera CSM 9 maggio 2018 precisa: *"Il profilo problematico di questa interlocuzione, anche a causa della lacunosa normativa, concerne il contemperamento dell'esigenza di realizzare un efficace scambio di informazioni tra gli uffici senza pregiudicare il segreto investigativo che connota le attività della Procura ordinaria nella fase delle indagini preliminari. L'art. 609 decies c.p. individua, infatti, l'interlocutore della Procura ordinaria nel Tribunale per i minorenni il cui intervento richiederebbe, tuttavia, il necessario deposito, nel relativo fascicolo, degli atti di indagine (intercettazioni telefoniche o altre forme di investigazioni) dai quali emergono condotte illecite in danno dei minori. Le audizioni disposte hanno evidenziato come la soluzione del problema è di fatto affidata alla*

collaborazione spontanea e virtuosa tra magistrati dei diversi uffici giudiziari, che, sebbene meritoria, muove su un tracciato diverso da quello indicato dal legislatore all'art. 609 decies c.p. Il rispetto sostanziale della disposizione, pur nella sua incerta formulazione, è, infatti, attuato dalla buona prassi di una interlocuzione tempestiva e diretta tra magistrati della procura ordinaria e quelli della procura minorile, potendo quest'ultima garantire il rispetto delle esigenze di segretezza e, al contempo, attivare, ove ritenuto opportuno e non in contrasto con le investigazioni in corso, un'autonoma indagine/attività informativa, mediante l'utilizzo della polizia giudiziaria specializzata e degli organi territoriali competenti (servizi sociali di riferimento per una verifica del contesto ambientale e familiare in cui il minore è inserito), acquisendo aliunde le informazioni idonee a consentire un eventuale necessario intervento a tutela del minore."

Non si tratta, nondimeno, solo di un problema di coordinamento (non previsto dalla legge): il punto – di estrema delicatezza – è un altro. In quali termini (e in quali tempi e modi) il Tribunale minori può chiedere conto di specifiche scelte in materia investigativa effettuate dai p.m. titolari dei procedimenti? In pratica, l'interlocuzione può sostanziarsi solo in uno scambio di informazioni o può concretizzarsi in indicazioni operative, di varia natura? La tutela del minore da forme di pregiudizio può consentire anche interventi correttivi sulla conduzione delle indagini? Difficile formulare una risposta in senso positivo.

La tutela dei minori è certamente - e non solo ipoteticamente- una delle finalità dell'intero sistema, ma il legislatore ha modulato in termini certamente differenti competenze e poteri degli uffici preposti ad assicurare tale finalità. Inoltre, se esaminiamo, tra gli atti del CSM, la “*Elaborazione di una risoluzione unitaria in materia di organizzazione degli Uffici del Pubblico Ministero*” (delibera del 16 novembre 2017), è facile osservare che un intervento sul merito dell'indagine e sulle scelte compiute dai sostituti titolari del procedimento- sarebbero problematiche e non di immediata percorribilità non solo per il Procuratore Aggiunto competente, quanto anche per lo stesso Procuratore della Repubblica; davvero singolare, se non eccezionale, sarebbe che un simile potere/facoltà fosse riconosciuto a un organo del tutto estraneo a questo ufficio e in nessun modo sovraordinato rispetto alla Procura della Repubblica quale il Tribunale per i minorenni.

In questa prospettiva la Procura della Repubblica dovrà tenere costantemente presente non solo le forme e le garanzie – stabilite anche dall'art. 609 decies c.p.- poste dal legislatore in relazione alla partecipazione del minore al procedimento penale, ma anche il principio di proporzionalità, che impone il coinvolgimento di tali soggetti solo quando lo stesso sia assolutamente indispensabile e nei limiti in cui è concretamente indispensabile, anche considerando le correlate esigenze di segretezza che lo svolgimento di particolari atti può determinare. Nondimeno, il legislatore non ha

in alcun modo inteso fornire indicazioni o limiti specifici in tal senso, laddove le attività siano inevitabili al fine dell'accertamento di penali responsabilità in danno dei minori stessi. Ne consegue che né il Tribunale per i minorenni né altri uffici hanno titolo per imporre o suggerire tecniche investigative in tal senso.

E allora, la tutela dei minori deve essere perseguita tenendo conto dei poteri e delle funzioni riconosciuti dal legislatore ai singoli uffici. Funzione prioritaria della Procura ordinaria è quella di fare in modo che vengano tempestivamente ed esaustivamente accertate le responsabilità penali, in quanto, in relazione al settore che qui interessa, la tutela dei minori passa anche attraverso la repressione efficace delle condotte poste in essere in danno dei medesimi.

Indagini condotte con modalità inadeguate, pure a fronte di possibili responsabilità - e come tali destinate a concludersi senza un accertamento della responsabilità - possono pregiudicare ulteriormente le condizioni vittime di maltrattamenti e abusi, suscitando negli autori dei fatti non solo la prosecuzione delle condotte criminose, quanto anche sentimenti di rivalsa.

Un altro aspetto che deve essere considerato in questa prospettiva riguarda - semplicemente, si fa per dire - la tempistica di procedimenti. In una situazione di maltrattamento di minore non "conclamata" - ossia non tale da consentire o imporre provvedimenti di urgenza quali quello ai sensi dell'art. 403 c.p. o di allontanamento disposto dal Tribunale Minori - il tempo necessario allo svolgimento degli accertamenti in sede penale potrebbe consentire una prosecuzione della condizione di "sofferenza" per il minore. Per altro, in alcune situazioni un intervento "anticipato" potrebbe in qualche modo compromettere la ricostruzione delle responsabilità. Di nuovo, un punto di equilibrio la cui individuazione, di estrema delicatezza, non può essere delimitata con formule generali, quanto declinata in funzione delle esigenze del caso di specie.

In definitiva, se è vero che esiste, in qualche modo, un'incertezza normativa - come abbiamo visto - sul piano della concreta definizione dei rapporti e delle forme del coordinamento (al di là dei limitati e sostanzialmente non decisivi obblighi di "comunicazione" di notizie) sussiste la precisa esigenza che i rapporti tra uffici siano disciplinati attraverso protocolli operativi, in grado di modulare con formule generali i tempi e il contenuto dell'attività di coordinamento. Protocolli certamente presenti in molti distretti ma che non "coprono" l'intera realtà nazionale.

3. Il coordinamento tra attività: Procura ordinaria e Procura minori

Le indicazioni del punto precedente devono essere adattate alla realtà giudiziaria. In linea generale, la Procura ordinaria e la Procura per i Minori devono essere immediatamente e contemporaneamente informate di ogni notizia concernente ipotesi di abuso sessuale o maltrattamenti commessi da maggiorenni in danno di soggetti minorenni, nonché per le situazioni riconducibili al concetto di violenza “assistita” per lo svolgimento delle indagini penali da un lato e per le iniziative a tutela del minore dall'altro. Ovviamente, lo sviluppo del rapporto dipende dal fatto che la segnalazione sia avvenuta, da parte della p.g., a entrambi o a uno solo dei menzionati uffici.

Le comunicazioni tra Ufficio di Procura ordinaria e Procura minorile consentono un'immediata interlocuzione per una migliore tutela del minore. Al di là delle indicazioni formali di cui all'art. 609 decies c.p., sopra esaminate, si impone un'analisi in concreto delle comunicazioni e della collaborazione tra Procura ordinaria e Procura minorile funzionali in grado di coniugare la tutela del minore con l'accertamento delle responsabilità.

Un coordinamento che deve essere esaminato a partire dalla comunicazione delle *notitiae criminis* relativa ad ipotesi di abuso sessuale e maltrattamenti ai danni di minori in ambito familiare o di donne con figli minori, o comunque di un reato commesso in ambito familiare da cui possa derivare un pregiudizio per un minore. Devono considerarsi tre ipotesi: quella della comunicazione trasmessa dalla p.g. sia ad entrambi gli uffici (sebbene, in linea teorica, alla comunicazione della n.r. alla Procura ordinaria dovrebbe essere affiancata una specifica segnalazione alla Procura minorile) e quelle nelle quali sono uno dei due uffici viene formalmente informato.

Ovviamente in termini differenti, in base a tali situazioni si deve rilevare un onere avente ad oggetto non solo le informazioni non autonomamente pervenute all'altro ufficio, quanto anche la sussistenza di esigenze istruttorie finalizzate al compimento di atti a sorpresa e di messa in sicurezza delle persone offese in tempi rapidi, ovvero se - al contrario - nulla osti al compimento delle indagini sociali e agli interventi dell'AG Minorile; in ogni modo, la possibilità di una interlocuzione informale, rapida e diretta deve essere considerata esigenza prioritaria, che potrà essere assicurata dalla trasmissione di alcuni dati e informazioni imprescindibili (magistrato assegnatario, numero di r.g., titolo di reato per il quale è stata disposta iscrizione). Una informativa e uno sforzo di coordinamento che dovrebbero essere parte integrante delle strutture organizzative dei singoli uffici.

Per altro, anche il Tribunale ordinario e il Tribunale per i minorenni sono tenuti a dare immediata comunicazione alla Procura ordinaria e alla Procura minori delle notizie di reato sopra precisate

emerse nel corso di procedimenti civili già pendenti, che non risultino essere già state portate a conoscenza degli stessi da parte degli organi di polizia, dai servizi sociali o dalle parti private.

La collaborazione e il coordinamento non possono di certo essere limitate alla fase iniziale dei procedimenti, quanto caratterizzare lo sviluppo degli stessi; ciò con riguardo in particolare alla trasmissione:

- anche alla Procura ordinaria, da parte del Tribunale per i Minori di copia di tutti gli atti che non siano già stati trasmessi dalla Procura per i minori (decreti con cui è disposto l'allontanamento del minore ed eventuali successive modifiche, decreti con i quali è stato dato incarico ai Servizi, relazioni inviate dai servizi, atti istruttori compiuti utili alle indagini penali, provvedimenti adottati nell'ambito del procedimento civile).

- al momento dell'esercizio dell'azione penale o dell'accoglimento dell'archiviazione, da parte della Procura ordinaria – ove richiesta- al Tribunale per i Minori di copia di tutti gli atti ostensibili delle indagini preliminari e degli atti del processo che non siano già stati trasmessi dalla Procura per i minori (ordinanze di custodia cautelare, verbali di incidente probatorio, richieste di rinvio a giudizio, relazioni di consulenza tecnica o di perizia, decreti che dispongono il giudizio, sentenze).

- da parte della Procura Ordinaria alla Procura Minori alla Procura Minori degli atti indicatici della cessazione delle esigenze investigative, trasmettendo copia degli atti di indagine compiuti, degli atti dell'incidente probatorio (trascrizioni delle dichiarazioni, eventuali perizie), della nomina di curatore richiesta al Giudice per le indagini preliminari, in caso di conflitto di interessi, e della ordinanza di applicazione di misura cautelare eventualmente emessa nei confronti dell'indagato esercente la responsabilità sul minore.

- da parte della Procura minorile, alla Procura della Repubblica presso il Tribunale ordinario delle relazioni dei servizi sociali e dei provvedimenti emessi dall'Autorità -amministrativa ai sensi dell'art. 403 c.c, nonché della presentazione di ricorso al Tribunale per i Minorenni, specificando, le proprie richieste (allontanamento dalla residenza familiare, nomina tutore o curatore, sospensione o decadenza dalla responsabilità genitoriale), nonché di copia dei provvedimenti del Tribunale per i minorenni.

Particolarmente delicato si presenta il tema della tutela della segretezza delle indagini, ogni qual volta atti di tali uffici siano trasmessi, come sopra evidenziato, agli uffici minorili. A tal fine può rivelarsi opportuno che la Procura per i Minori, al fine di garantire la segretezza delle indagini penali, formi un protocollo civile riservato in cui inserire copia degli atti penali in suo possesso, concordando con la Procura ordinaria quali atti inviare (eventualmente in forma parzialmente

secretata) al Tribunale per i minorenni, allorché debbano essere richiesti provvedimenti a tutela del minore (quali allontanamento, o inserimento in comunità con divieto di prelevamento e di visita), ferma restando la possibilità – ove richiesto- di invio integrale degli atti una volta venute meno le esigenze di segretezza.

Nei casi nei quali si renda necessario conciliare le funzioni preventive e di tutela proprie delle A.G. che procedono (assicurate da un lato con le misure cautelari per la Procura ordinaria e dall'altro dalle richieste in sede civile a tutela del minore da parte della Procura minorile), potrà essere possibile procedere con lo strumento fornito dall'art. 403 c.c., che disciplina l'intervento della pubblica autorità a favore dei minori (tra l'altro, oggetto di profonda revisione con la riforma del diritto di famiglia) a seguito di valutazione, da parte del Tribunale per i minorenni, su richiesta del PM minorile. Il collocamento in struttura protetta, una volta intervenuta la convalida da parte del Tribunale per i minorenni, potrà, da un lato, consentire alla Procura ordinaria di svolgere tutti i necessari approfondimenti investigativi, e, dall'altro lato, permetterà alla Procura minorile di attendere gli esiti delle indagini della Procura ordinaria e di trasmetterli al Tribunale per i minorenni, con le relative richieste, una volta che tali atti siano divenuti ostensibili.⁴

Nel caso di proposizione del ricorso al Tribunale per i Minorenni, per la pronuncia di provvedimenti a tutela del minore, urgente e indifferibile, il P.M. minorile potrà chiedere al P.M. delegato per le indagini preliminari di indicare eventuali atti, o parti di essi, utilizzabili, ovvero di fornire informazioni scritte.

4. Il rapporto Tribunale ordinario - Procura della Repubblica

La legge 69/2019 – che ha introdotto il cd” codice rosso” – è intervenuta sul tema del coordinamento introducendo l'art. 64 bis delle disposizioni di attuazione del codice di procedura penale, il cui testo recita: *“Ai fini della decisione dei procedimenti di separazione personale dei coniugi o delle cause relative ai figli minori di età o all'esercizio della potestà genitoriale, copia delle ordinanze che applicano misure cautelari personali o ne dispongono la sostituzione o la revoca, dell'avviso di conclusione delle indagini preliminari,*

⁴ Gli uffici giudiziari coinvolti devono garantire l'assoluta riservatezza sul luogo in cui il minore ha trovato eventuale ricovero provvisorio e sull'identità e la residenza della famiglia affidataria o adottiva del minore, assumendo le cautele necessarie per qualunque notifica o citazione della persona offesa che si trovi in luogo riservato, da effettuarsi ove possibile presso il curatore speciale o il tutore.

del provvedimento con il quale è disposta l'archiviazione e della sentenza emessi nei confronti di una delle parti in relazione ai reati previsti dagli articoli 572, 609 bis, 609 ter, 609 quater, 609 quinquies, 609 octies, 612 bis e 612 ter del codice penale, nonché dagli articoli 582 e 583 quinquies del codice penale nelle ipotesi aggravate ai sensi degli articoli 576, primo comma, numeri 2, 5 e 5.1, e 577, primo comma, numero 1, e secondo comma, del codice penale è trasmessa senza ritardo al giudice civile procedente.”

Una norma, a differenza dell'art. 609 decies c.p. sopra esaminato, che lascia – apparentemente – meno spazio a dubbi. Certamente i provvedimenti che devono essere trasmessi al “giudice civile procedente” per le tipologie di vicende elencate è tassativo (e, dunque, chiaro). Non si parla di “notizie” o informazioni, quanto direttamente dei provvedimenti. Non solo: la tipologia degli stessi e la scansione con la quale sono indicati consente di individuare anche sul piano temporale quando la trasmissione dovrebbe avvenire. In sostanza, ogni qual volta (e quindi anche durante le indagini) sia emesso un provvedimento che acquista (o perde) una particolare significatività nella lettura del rapporto che il tribunale deve effettuare. Pertanto, anche le misure cautelari (ma anche la revoca o sostituzione delle stesse) quali atti espressivi di una “acuzie” del rapporto. E, nella prospettiva finale, non solo provvedimenti ontologicamente conclusivi della vicenda processuale quali l'archiviazione o la sentenza, ma anche l'avviso di chiusura delle indagini, ossia un provvedimento per forza di cose interlocutorio in relazione all'esercizio dell'azione penale, ma che rappresenta, quale sintesi logico dell'esito delle indagini, una “passaggio” che il legislatore ha ritenuto dover essere condiviso dal giudice civile, anche considerando che la previsione della trasmissione del provvedimento di archiviazione consente di ritenere che un ben possibile ripensamento dell'ufficio di Procura possa essere in tempi brevi portata a conoscenza del Tribunale.

La previsione della trasmissione dell'avviso ex art. 415 bis c.p.p. induce a ritenere sul piano logico che analoga trasmissione dovrà essere disposta non solo - almeno - per la sentenza definitiva, quanto anche quella emessa in primo grado (considerati anche i tempi verosimilmente non brevi dei successivi gradi di giudizio).

Se tutto è così chiaro, dove si annida, allora il problema in questo settore?

Si tratta, ancora una volta, di un problema di circolazione delle informazioni. Circolazione che è tanto doverosa quanto potenzialmente onerosa sul piano organizzativo generale. La Procura della Repubblica, in base alla norma sopra richiamata, sa quali provvedimenti inviare, in quale momento e per quali tipologie astratte di procedure. Di queste ultime, nondimeno, non è a conoscenza, se non casualmente. Non esiste allo stato un registro informatico che consenta – con facilità e rapidità - di individuare le procedure elencate dall'art. 64 bis citato effettivamente pendenti.

Indubbiamente, un problema che può essere risolto ogni qual volta la parte privata (il difensore, ma anche la stessa persona offesa di reati) segnali la procedura avanti al Tribunale ordinario rispetto alla quale la trasmissione si impone. Altrettanto indubbiamente, il p.m. può disporre la trasmissione su specifica richiesta/segnalazione del Tribunale, a sua volta sollecitato dalle parti.

Nondimeno la piena funzionalità del sistema non può dipendere in via esclusiva dalla diligenza delle parti private (che pure è assolutamente utile) e non può fondarsi su una prassi espressiva di una piena e fattiva collaborazione tra il Tribunale civile e la Procura della Repubblica: in base alla “sensibilità” e alle esigenze istruttorie dei singoli giudici, sono trasmesse a questo ufficio, in molti casi, richieste di atti della Procura funzionali alle decisioni; richieste che trovano in tempi brevi (fatte salve esigenze di segretezza) evase.

Allo stesso modo, i singoli sostituti assegnatari dei procedimenti trasmettono al Tribunale - di nuovo, in molti casi, i provvedimenti indicati nell’art 64 bis disp. att. c.p.p. laddove siano emerse situazioni in particolare con riguardo a cause relative ai figli minori di età o all’esercizio della potestà genitoriale, facendosi in taluni casi promotori di provvedimenti. Decisamente meno frequente è la trasmissione di provvedimenti con riguardo a decisioni di procedimenti di separazione personale dei coniugi.

Quello che è certo è che il coordinamento avviene su base volontaristica- o, al più su segnalazione (dei difensori) senza che sia possibile un’attività di accertamento preliminare rapida ed efficace da effettuare ogni qual volta sia disposta iscrizione di un procedimento penale rientrante nelle categorie contemplate dall’art. 64 bis menzionato.

In questa prospettiva, sul piano strettamente organizzativo, una maggiore osmosi tra le valutazioni del Tribunale e le indagini della Procura potrebbe determinare quella che in campo economico viene chiamata economia di scala, ossia il fenomeno di riduzione dei costi e dell’aumento dell’efficienza legato ad un maggiore volume di produzione.

Le strade per arrivare a questa soluzione può essere duplice. Da un lato, la diffusione di protocolli operativi formalizzato tra Procura e Tribunale su tempi e modalità di trasmissione degli atti potrebbe rappresentare un consistente progresso non sufficiente, laddove- di nuovo- si considerino concretamente i “numeri” con i quali il Tribunale e la Procura (come gli stessi uffici minorili, si devono confrontare, quotidianamente e urgentemente).

In termini ancora più efficaci, si potrebbe in alternativa (o in aggiunta) creare un sistema di “comunicazioni” tra gli uffici interessati, completo e in tempo reale, compatibile- evidentemente con le esigenze di riservatezza e segretezza connaturate al settore. Presso il Tribunale civile, uno o

più cancellieri potrebbero avere accesso diretto a SICP per verificare, sulla base delle parti del procedimento civile, la sussistenza di un procedimento, i titoli di reato, lo stato dello stesso e il nome del p.m. titolare, in modo da inoltrare richieste specifiche e mirate. Allo stesso modo, la Procura della repubblica potrebbe essere autorizzata ad un accesso diretto agli analoghi dati del Tribunale, per avviare una interlocuzione sulla trasmissione degli atti indirizzandoli ai giudici effettivamente incaricati per i singoli procedimenti.

Esigenze del tutto analoghe- e per certi aspetti ancora più stringenti- si pongono nel rapporto tra la Procura della Repubblica e gli uffici minorili. In realtà tutti e quattro gli uffici dovrebbero costituire una “rete” virtuosa in grado di interagire costantemente, al fine di ottimizzare gli “investimenti” in termini investigativi, le acquisizioni documentali e le stesse valutazioni tecniche che con molta frequenza sono disposte nelle vicende in oggetto.

Indubbiamente, una soluzione quale quella prospettata è tecnicamente più che possibile, verosimilmente non tale da determinare costi elevati ma presuppone un intervento normativo/organizzativo di carattere generale, tale da coinvolgere, ove necessario, anche il Garante per la protezione dei dati personali.

5. Le modifiche previste dalla riforma.

Le criticità sopra delineate sono state affrontate in parte risolte nell’ambito della delega per la riforma del diritto di famiglia. In questo senso l’art 23 della l. 206/2021, per i procedimenti che saranno disciplinati dal nuovo titolo IV-bis del libro II del codice di procedura civile, rubricato «Norme per il procedimento in materia di persone, minorenni e famiglie» ha previsto, in presenza di allegazioni di violenza domestica o di genere che siano assicurate:

- su richiesta, adeguate misure di salvaguardia e protezione, avvalendosi delle misure di cui all'articolo 342-bis c.c.;
- le necessarie modalità di coordinamento con altre autorità giudiziarie, anche inquirenti;
- l'abbreviazione dei termini processuali
- specifiche disposizioni processuali e sostanziali per evitare la vittimizzazione secondaria.

Il coordinamento entra, dunque, tra i principi generali della riforma e sarà importante capire in quali termini potrà essere un’indicazione generale e astratta trovare concreti ed efficaci strumenti di attuazione.

Di grande rilievo, in questa prospettiva, la previsione della lettera f) del medesimo articolo, che prevede l'introduzione del giudizio con ricorso, redatto in modo sintetico, contenente una serie di elementi certamente funzionali, in termini diretti e indiretti, al coordinamento tra le varie prospettive, civile e penali;

- l'indicazione del giudice
- le generalità e la residenza abituale del ricorrente, del resistente e dei figli comuni della coppia, minorenni, maggiorenni economicamente non autosufficienti o portatori di handicap grave ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992, n. 104, ai quali il procedimento si riferisce;
- la determinazione dell'oggetto della domanda;
- l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali si fonda la domanda con le relative conclusioni;
- l'indicazione, a pena di decadenza per le sole domande aventi a oggetto diritti disponibili, dei mezzi di prova e dei documenti di cui il ricorrente intenda avvalersi; il deposito di copia dei provvedimenti eventualmente già adottati all'esito di uno dei procedimenti sopra indicati
- l'indicazione di procedimenti penali in cui una delle parti o il minorenne sia persona offesa;
- nelle ipotesi di domande di natura economica, il deposito di copia delle denunce dei redditi e di documentazione attestante le disponibilità mobiliari, immobiliari e finanziarie delle parti degli ultimi tre anni, disponendo le sanzioni per il mancato deposito della documentazione senza giustificato motivo ovvero per il deposito di documentazione inesatta o incompleta;

Significativo, inoltre la previsione per la quale il giudice, con il decreto di fissazione della prima udienza deve informare le parti della possibilità di avvalersi della mediazione familiare, “*con esclusione dei casi in cui una delle parti sia stata destinataria di condanna anche non definitiva o di emissione dei provvedimenti cautelari civili o penali per fatti di reato previsti dagli articoli 33 e seguenti della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011, di cui alla legge 27 giugno 2013, n. 77*”.

In definitiva, lo sforzo di coordinamento e di integrazione tra le attività giudiziarie nel settore di specie deve essere considerato non solo un obiettivo da perseguire, quanto un risultato da

raggiungere, trattandosi dell'unica soluzione in grado di coniugare efficacia e tempestività alle molteplici e poliedriche istanze di giustizia alle quali il sistema deve fornire una risposta

Giuseppe Vettori

Sulla morfologia del contratto. il patto fiduciario e le Sezioni unite della Cassazione

SOMMARIO: 1. Una premessa. - 2. Il problema. - 3. La decisione delle Sezioni Unite della Cassazione. - 4. Il patto fiduciario è un atto senza forma? - 5. Sulla morfologia del contratto. Dal formalismo, al nihilismo, al salvagente della forma. - 6. Autoregolamento e titolo dell'acquisto nei rapporti fiduciari. - 7. Circolazione dei beni e utilità sociale. - 8. La prova del pactum fiduciae.

1. Una premessa.

La pregevole sentenza della Cassazione a Sezioni Unite ribalta precedenti consolidati e contiene, nella motivazione, idee nuove e antiche sulla forma che inducono ad alcune osservazioni, in particolare su due aspetti¹.

Anzitutto sulla possibilità che il patto fiduciario orale relativo ad immobili sia idoneo titolo per il trasferimento del bene oggetto dell'accordo fra fiduciante e fiduciario. Scelta che urta, come si dirà, con i principi di certezza e sicurezza della circolazione dei beni immobili che superano gli interessi particolari dei soggetti del patto.

In secondo luogo sull'esistenza di un principio di libertà della forma del contratto. Sul punto la decisione contiene una visione che unisce aspetti difficili da conciliare: da un lato, l'esistenza di contratti a struttura forte (con la forma) e a struttura debole (senza la forma), fra cui le Sezioni unite comprendono il patto fiduciario e il mandato senza rappresentanza con oggetto immobiliare; dall'altro, la conclamata validità, in quei casi, di una manifestazione orale di volontà, in ossequio al principio di libertà delle forme, appunto. Idolo abbattuto anche dall'elegante e autorevolissima prosa che ispira la sentenza².

Da qui l'occasione per alcune riflessioni sulla morfologia del contratto alla luce delle nuove esigenze e funzioni che il requisito assume nella dinamica contrattuale.

Iniziamo con ordine. Dal problema e dal fatto.

¹ Cass. Sez. Un., 6 marzo 2020, n. 6459, in www.personaemercato.it.

² N. IRTI, *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, p. 20 ss.

2. Il problema.

Il fatto concerne un'alienazione immobiliare (del 1984) fra alcuni fratelli con l'accordo (orale) che il prezzo sarebbe stato anticipato da uno di essi, a cui gli altri riconoscono la proprietà, con obbligo di ritrasferire la cosa, come e quando sarebbe stato indicato dal fiduciante. Nel 2002 i fiduciari confermarono con due diverse dichiarazioni unilaterali tali circostanze e, in mancanza di adempimento della prestazione dovuta, fu iniziato un giudizio. Fra alcuni di essi venne poi raggiunto un accordo, mentre la causa proseguì fra il fiduciante e una sola parte dell'operazione.

Il Tribunale di Napoli dispose il trasferimento coattivo del bene dopo aver accertato l'interposizione reale e l'esistenza del patto fiduciario, riconosciuto come esistente in base al collegamento di più atti e alla dichiarazione unilaterale ricognitiva delle parti. La Corte di Appello di Napoli ha confermato la sentenza sulla base di alcune considerazioni: si rileva la necessità della forma scritta *ad substantiam* del patto fiduciario immobiliare e, dunque, la sua nullità; si prende atto di quanto contenuto in via confessoria nella dichiarazione dei fiduciari e si reputa efficace e provata un'operazione frazionata di vendita sulla base di un effettivo negozio fiduciario, realizzato tramite un collegamento di atti, seppur realizzati in tempi diversi e distanti fra loro.

Da qui il ricorso per Cassazione, ove si contesta l'efficacia della scrittura unilaterale quale valido titolo dell'obbligo di trasferimento sostanzialmente per aver riconosciuto, in mancanza di un accordo fiduciario valido, la efficacia di un atto unilaterale con l'impegno di trasferire.

Con ordinanza la Seconda sezione della Corte ha rimesso la questione al Primo presidente della Cassazione per un contrasto giurisprudenziale sulla forma del negozio fiduciario relativo ad immobili, e sulla efficacia, a fronte di un accordo orale, di una dichiarazione unilaterale scritta, con cui il fiduciario si impegna a trasferire al fiduciante la proprietà, in esecuzione dell'accordo³. Fissata l'udienza pubblica, il Procuratore Generale ha chiesto la formulazione di un principio di diritto atto a comporre il contrasto, secondo cui la dichiarazione unilaterale scritta di impegno a trasferire la proprietà su immobili individuati, in esecuzione di un patto fiduciario non scritto, costituisce legittima ed autonoma fonte di obbligazione suscettibile di esecuzione ex art. 2932 c.c.

³ Cass., 5 agosto 2019, n. 20934, in *Corr. giur.*, 2019, p. 1473, con nota di A. GENTILI, *La forma scritta nel patto fiduciario immobiliare*.

3. La decisione delle Sezioni unite della Cassazione.

La Cassazione ha isolato due problemi di diritto: la forma richiesta per il patto fiduciario con oggetto immobiliare e la validità per il trasferimento dovuto di una dichiarazione unilaterale ricognitiva posteriore e scritta del fiduciario, con a monte un accordo orale.

L'argomentazione inizia con l'analisi delle possibili manifestazioni del negozio fiduciario che può comporsi di diverse sequenze e realizzare diverse funzioni poste in luce dalla dottrina⁴ e dalla giurisprudenza⁵ divisa in una pluralità di visioni: *i)* l'idea di un negozio obbligatorio che limita l'effetto reale⁶; *ii)* il riconoscimento di una pluralità di negozi collegati con un'unica finalità economica⁷ o in sequenza fra di loro⁸; *iii)* la scelta di un'operazione unitaria che può essere realizzata con una pluralità di negozi⁹.

Preso atto di tutto ciò, la sentenza dichiara di non prendere posizione sulla diversità di opinioni e si concentra sul problema della forma nella manifestazione della volontà delle parti ponendo in luce, ancora, le diverse possibili ricostruzioni.

⁴ Sono note le diverse visioni: l'esistenza di una causa fiduciaria che sorregge un'operazione unitaria (C. GRASSETTI, *Del negozio fiduciario e della sua ammissibilità nel nostro ordinamento giuridico*, in *Riv. Dir. comm.*, 1936, I, pp. 351 e 356); la critica a tale tesi sulla base della presenza nel sistema di negozi tipici di trasferimento e il rilievo, dunque, come motivo della fiducia (F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 180); l'idea che un effetto reale piegato a fini ulteriori creerebbe un assetto stabile sulla *res* derivante dalla volontà dei privati "quando invece l'ordinamento riserva a sé la configurazione di tali rapporti" (S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in *Riv. Int. sc. giur.*, 1948, p. 182, ora in *Diritto civile. Metodo teoria pratica*, Milano, 1951, p. 327 ss.); la presenza di due negozi fra loro collegati, uno con effetti reali e l'altro con effetti solo obbligatori (N. LIPARI, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, p. 304). Si veda per tale sintesi G. VETTORI, *La prova del "pactum fiduciae"*, in *Foro it.*, 1991, c. 2496 (p. 4 ss. dell'estratto) e le analisi di L. SANTORO, *Il negozio fiduciario*, Torino, 2002, nonché di P. MARRA, *Fiduciae causa*, Padova, 2018.

⁵ V. per una sintesi schematica già, Cass., 7 agosto 1982, n. 4438, in *Foro it.*, *Rep.*, 1982, *Contratto in genere*, n. 66.

⁶ Cass., 2 aprile 2009, n. 8024, in *Foro it.*, 2010, I, c. 551; Cass., 9 maggio 2011, n. 10163, in *Giur. it.*, 2012, p. 1045, con nota di F. MICHETTI, *Intestazione fiduciaria e onere di forma*; Cass. 17 settembre 2019, n. 23093, in *Notariato*, 2019, p. 647.

⁷ Cass., 18 aprile 1957, n. 1331, in *Giust. civ.*, 1957, I, c. 1961.

⁸ Di recente, Cass., 1 aprile 2003 n. 4886, in *Corriere giur.*, 2003, p. 1041 con nota di V. MARICONDA, *Una decisione della cassazione a critica libera sulla rilevanza della intestazione fiduciaria di immobili*; Cass. 8 settembre 2015, n. 17785, in *Trusts*, 2016, p. 513.

⁹ Cass., 15 maggio 2014, n. 10633, in *Contratti*, 2015, p. 12 con nota di M. PATRONE, *Impegno unilaterale del fiduciario al trasferimento del bene ed esecuzione in forma specifica*.

Alle sentenze più risalenti, si contrappone un indirizzo recente e minoritario che non ritiene necessaria la forma scritta per il *pactum fiduciae* con oggetto immobiliare, e necessaria, invece, per il negozio di ri-trasferimento del bene quantomeno una dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario¹⁰. Ciò, in parallelo con una recente giurisprudenza sul mandato senza rappresentanza, ove si è esclusa la necessità di forma scritta in presenza di una dichiarazione unilaterale del mandatario anche successiva all'acquisto¹¹.

Sulla scia di questa pronunzia si reputa che la dichiarazione unilaterale scritta del fiduciario non sia una semplice promessa, ma un'autonoma fonte di obbligazione che consente la domanda di esecuzione in forma specifica (art. 2932 c.c.), purché l'atto contenga una corretta individuazione dell'immobile e sia sorretto dalla causa espressa nel patto fiduciario orale, valido in ossequio al principio di libertà della forma¹².

Queste premesse inducono le Sezioni Unite a ripensare il tema.

Si inizia da una qualificazione del *pactum fiduciae* assimilato non più al contratto preliminare, ma al mandato senza rappresentanza. Per alcune ragioni. In entrambi vi sarebbe un'interposizione reale di persona e, dunque, una distanza concettuale e strutturale fra preliminare e patto fiduciario che esclude la possibilità di equiparare le due figure rispetto all'obbligo formale disposto nell'art. 1351 c.c. Norma peraltro che si reputa eccezionale e non estensibile in via analogica. Quanto poi al collegamento fra vicenda traslativa immobiliare e art. 2932 c.c., si precisa che tale norma trova applicazione anche per gli acquisti mobiliari e quindi anche per trasferimenti non formali.

Tale qualificazione orienta la soluzione del problema sulla base di un richiamo, discutibile come si dirà, all'idea della esistenza di contratti con struttura debole (senza la forma) e di contratti con struttura forte (comprensivi di forma). Idea brillante, espressa da una autorevole dottrina, ma, come vedremo, non condivisa in modo generale. Comunque, la conseguenza di tale scelta è chiara. Il mandato senza rappresentanza è un contratto a struttura debole e non necessita di forma solenne, così come il *pactum fiduciae* che ad esso può essere assimilato.

Questo ragionamento deve essere verificato con attenzione perché sul punto la sentenza affronta il problema delicatissimo della forma nei contratti e della circolazione dei beni. Vediamo da vicino come continua la motivazione.

¹⁰ Cass. 10633/2014, *cit.*

¹¹ Cass. 02 settembre 2013, n. 20051, in *Foro it.*, 2014, I, c. 522.

¹² Cass., 30 gennaio 1985, n. 560, in *Dir. e giur.*, 1987, p. 268; Cass., 27 agosto 2012, n. 14654, in www.webgiuridico.it.

4. Il patto fiduciario è un atto senza forma?

La sentenza ripensa alcuni precedenti¹³ e intende dare continuità ad alcune pronunzie che, in ossequio al principio di libertà delle forme, escludono che il mandato immobiliare senza rappresentanza debba avere necessariamente forma scritta¹⁴.

Ciò perché la forma scritta si impone “per gli atti che costituiscono titolo per la realizzazione dell’effetto reale”, mentre fra mandante e mandatario il rapporto è meramente obbligatorio e dunque non soggetto a forme solenni, mentre l’art. 1351 c.c. è norma eccezionale, non estensibile per analogia.

Analoghe osservazioni si svolgono per il patto fiduciario che crea, si osserva, un assetto di interessi di natura solo obbligatoria fra le parti, anche quando ha ad oggetto beni immobili, sicché si potrebbe porre un problema di prova, ma non di validità per difetto di forma scritta¹⁵.

Questa conclusione secondo la Corte, “*riconcilia la soluzione giurisprudenziale con la storia e con l’esperienza pratica del negozio fiduciario*” assai diffuso in una serie di rapporti tra coniugi, conviventi, familiari e amici ove per “*motivi di opportunità, lealtà e fiducia reciproca*” le parti sono “*restie a consegnare*” la loro reciproca e solidale volontà ad atto scritto, il cui rigore formale “*potrebbe escludere la rilevanza pratica della fiducia in molte ipotesi di fiducia cum amico*” dato che “*la formalità del patto finirebbe quasi sempre per incidere sulla dimensione pratica del comportamento*”¹⁶.

Sulla base di tali premesse, discutibili e discusse¹⁷ si esclude la necessità della forma scritta del patto fiduciario immobiliare per la sua validità e si ammette la sua esecuzione in forma specifica fra

¹³ Cass., 19 ottobre 1954 n. 3861, in *Foro it.*, 1955, I, c. 9.

¹⁴ Cass., 20051/2013, *cit.*; Cass. 28 ottobre 2016, n. 21805 in *Foro it. Mass.*, 2016, 764.

¹⁵ Se il fiduciante ha difficoltà di provare il patto orale, gli è di aiuto, si osserva, la dichiarazione ricognitiva riconducibile alla promessa di pagamento che dispensa dalla prova del rapporto fondamentale, perché l’atto unilaterale assolve dall’onere della prova e rafforza la posizione del fiduciante che non dovrà provare il rapporto fondamentale. Ciò in base ad un’astrazione processuale e non sostanziale perché il titolo esiste e la sua esistenza è presunta *iuris tantum*. Il fiduciario, insomma, è già obbligato con un atto verbale e ha l’onere della prova contraria (Cass., 13 ottobre 2016, n. 20689, in *Foro it. Mass.*, 2016, 741).. D’altra parte, la promessa di pagamento non ha natura confessoria, sicché il promittente può dimostrare, a sua volta se del caso, l’inesistenza della causa e la nullità dell’atto (da ultimo, Cass., 05 ottobre 2017, n. 23246, in *Foro it. Mass.*, 2017, 776; ma già Cass., 05 luglio 2004, n. 12285, in *Giur. it.*, 2005, p. 1156).

¹⁶ Cass., 6459/2020, *cit.*, §6.5.

¹⁷ A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, in *Corriere giuridico*, 2020, 589 ss.

fiduciante e fiduciario. Decisione che si presta ad alcuni rilievi critici sulla forma del contratto e sui principi che regolano la circolazione dei beni e la trascrizione. Vediamo perché cominciando dal primo.

5. Sulla morfologia del contratto. Dal formalismo, al nihilismo, al salvagente della forma.

Il tema della forma, come si è detto benissimo è “tutt’uno con la concreta e specifica indagine, col modo di impostarla svolgerla concluderla”¹⁸ e la morfologia¹⁹ si serve di due metodi: uno “strutturale che “considera la forma soltanto come condizione di esistenza giuridica dell’atto” e “uno teleologico, che stima la forma come mezzo per raggiungere uno scopo”²⁰.

A cavallo del Novecento due letture diverse indicavano il requisito formale ora “come strumento della volontà”²¹, ora “come *vaso*, entro il quale essa si versa”²². Queste impostazioni erano unite, però, da una comune visione della separazione fra forma e contenuto di un atto, il quale, si diceva, non è che uno “*stampo che rimane al di là del contenuto*”, quasi un “segno rivelatore” o una “fonte di prova” per mezzo della quale “il fatto interno del volere si appalesa nel mondo sensibile”²³.

Un autorevolissimo pensiero, che incide su alcuni tratti dalla sentenza, segue con finezza rara un diverso orientamento. Vediamo come.

La separazione fra forma e contenuto, pare al Nostro Autore, superata dalla filosofia del Novecento, da De Sanctis a Croce, e dai giuristi che, con qualche eccezione autorevole, prendono contezza, secondo questo pensiero, della inscindibile “unità dell’atto”, perché “la forma è sempre forma di un contenuto, e questo è tale in quanto “calato e risolto in una forma” da altri “percepita ed interpretata” nel “suo obbiettivarsi e distaccarsi dall’autore”²⁴.

¹⁸ N. IRTI, *Idola libertatis*, op. cit., p.41.

¹⁹ V. FROSINI, *La struttura del diritto*, Milano, 1968, p.79 ss.

²⁰ N. IRTI, *Idola libertatis*, op. cit. p.45.

²¹ F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, trad.it. V.Scialoja, v. III, Torino, 1900, p. 342.

²² F. CARNELUTTI, *Sistema del diritto processuale civile*, II, Padova, 1938, p.160.

²³ N. IRTI, *Idola libertatis*, op. cit., p. 5 ed *ivi* l’ultimo periodo tratto da F.C. SAVIGNY, *Sistema*, op. cit., p. 316.

²⁴ N. IRTI, *Idola libertatis*, op. cit., p. 6-7, ed *ivi* il richiamo a A. PAGLIARO, *Necessità della forma*, in *Il segno vivente. Saggi sulla lingua e altri simboli*, Napoli, 1958, p. 32.

Questa sollecitazione è raccolta, in particolare, dagli studiosi di diritto internazionale sino a maturare una piena “coscienza metodologica” sulla identità di forma e contenuto²⁵, fatta propria, poi, dai civilisti con l’analisi di Osti²⁶, nei primi decenni del Novecento, e, come vedremo, pur con qualche dubbio, di Betti, che supera, questo sì, ogni riferimento volontaristico²⁷.

Da qui il corollario. “L’atto è unità di forma e contenuto” e non si può aggiungere niente dall’esterno “perché *in esso tutto è già compreso*: il segno ed il significato, la parola e il pensiero”. E così, quando l’art. 1321 descrive il contratto come accordo in “questo accordo c’è l’unità di forma e contenuto” e “la stessa unità ritorna nell’art.1325 n.1 ove l’accordo “è *uno tra i molteplici requisiti del contratto*” mentre causa ed oggetto “non si pongono accanto, ma dentro l’accordo”.

Tutto ciò con una conseguenza estrema.

“Dove il legislatore richiede *soltanto* l’accordo (e, nell’accordo, una causa ed un oggetto), *il problema giuridico si condensa ed esaurisce nell’accertare l’esistenza* di tale elemento e si possono separare due ipotesi diverse di contratto. Con *struttura forte* quando è richiesta la forma e con *struttura debole* quando quel requisito non è richiesto”²⁸. Il mutamento rispetto al passato è evidente: “non più la misteriosa ed invisibile volontà, che si esterna mediante servizievoli forme, ma l’identità di forma e contenuto, di parole e di pensiero”²⁹. Non solo, osserva ancora Irti, “è vano ed erroneo, discettare di una forma indispensabile che sta nell’atto” perché il criterio di rilevanza di tale requisito è offerto “dalla valutazione legislativa e solo da questa”³⁰. Dunque “i contratti previsti con struttura debole, sono, nel profilo giuridico, *contratti privi di forma: negozi amorfi*”³¹. D’altra parte, si continua, “l’esigenza di una forma idonea allo scopo non è una *necessità giuridica*, ossia imposta dalla legge e costitutiva di un onere delle parti: è una mera *necessità pratica* onde ciascuno di noi calcola e sceglie la tecnica espressiva più *opportuna*”. Non esiste, dunque, una naturalità della forma e non si può convertire quella naturalità fingendo una “norma che conceda alle parti la libera scelta della forma”.

Cade, con questo serrato ed elegante argomentare, un idolo: il principio di libertà delle forme.

²⁵ G.C. BUZZATI, *L’autorità delle leggi straniere relative alla forma degli atti civili-Locus regit actum*, Torino, 1894, p. 81-82, ove assai spesso si “deve regolare la sostanza di un atto secondo una legge” e “la forma secondo un’altra”.

²⁶ G. OSTI, voce *Forma (negli atti)*, in *Diz. prat. dir. priv.*, III, i, Milano, 1923, p. 200 ss., e, con più cautela, nelle voci *Contratto* nel *Nuovo dig.it.*, 1938 e nel *Noviss.dig.it.* 1957, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Milano, 1973, pp. 613-618, 808-816.

²⁷ E. BETTI, *Riflessioni sul negozio giuridico*, in *Temi*, 1963, p. 609.

²⁸ N. IRTI, *Idola libertatis*, op. cit., p.13-14.

²⁹ N. IRTI, *Idola libertatis*, op. cit., p. 8.

³⁰ N. IRTI, *Idola libertatis*, op. cit. p.14.

³¹ N. IRTI, op. loc. cit.

E l'idolo viene abbattuto con forte sciabolata.³² “l'unica norma sulla forma, unica ed esclusiva, è l'art.1325 n.4 c.c., “la descrizione della fattispecie debole non contiene il requisito della forma, ma soltanto il requisito dell'accordo. Né illibertà né libertà; piuttosto irrilevanza del problema della forma, il quale affiora, sulla superficie legislativa, solo con riguardo alle fattispecie forti”³³

Le quali sono norme (né generali né eccezionali) e dunque “al pari di ogni altra suscettibili di applicazione analogica”³⁴. Tenendo conto del formalismo legale per quanto attiene ai beni immobili, dell'a-formalismo che domina il mondo degli affari e del crescente formalismo contenuto in leggi speciali di protezione che domina il presente.

Tale costruzione non sarebbe scalfita, secondo Irti, dalle analisi funzionali o teleologiche della forma³⁵ che non troverebbero fondamento per gli atti privati nell'art. 1325 n. 4 al contrario di quanto prevedono gli articoli 121 e 156, III comma, del codice di procedura civile per gli atti processuali. Le linee ricostruttive sono dunque chiare.

Il problema della forma deve essere depurato da ogni suggestione giusnaturalistica e va posto e risolto sulla base del solo diritto positivo, e in particolare dell'art. 1325, che prevede due strutture di contratto, una forte con la forma e una debole sorretta solo dall'accordo. Mentre “il principio di libertà delle forme non ha alcun valore giuridico” e le norme sulla forma “*non sono eccezionali rispetto ad una norma regolare*”. Sono norme e basta, suscettibili di applicazione analogica, ma non per i contratti tipici a struttura debole “che non sollevano (e non possono sollevare) problemi di forma”³⁶.

Sicché la norma e non il principio di libertà è alla base della morfologia del contratto e ciò conduce il nostro Illustre autore, dopo pochi anni, direttamente ad una riflessione sul nihilismo.

“Ancora da scrivere”, si dice in un volume che porta quel titolo, come itinerario per riscoprire una “ratio tutta storica e terrena” e un diritto “posto che non imita né rispecchi un diritto sovrastante”. Una norma che “orienta a perseguire uno scopo, determina il mezzo idoneo” senza alcun “criterio esterno o controllo di ammissibilità”. Un nihilismo, dunque, che è non è assenza di scopi, ma “un'apertura a tutte le scelte e a tutte le soluzioni” perché “la volontà non ha pace e trascorre di scopo

³² N. IRTI, *op. cit.*, p. 21 non si può pensare che “dove sia assente la norma, ivi si apra e trionfi il regno dell'umana libertà” perché questa libertà è “giuridicamente neutra”. Non è una regola generale rispetto ad altre, eccezionali, impositive di forme, proprio perché non c'è una norma sulla libertà ma solo un'assenza di norma in tale senso.

³³ N. IRTI, *op. cit.*, p.22

³⁴ N. IRTI, *Idola libertatis*, *op. cit.*, p. 19-22.

³⁵ V. in particolare, M. GIORGIANNI, *Forma*, *op. cit.*, p. 995 ss.

³⁶ N. IRTI, *Idola libertatis*, *op. cit.*, p. 91.

in scopo, da emergenza ad emergenza, da posizione a posizione di norme”³⁷. E il nihilismo trova un seguito logico nella forma³⁸ come “estrema salvazione” in uno scenario lucidissimo e agghiacciante che allunga la sua ombra sul presente.

“Il formalismo si delinea come corrispettivo dell’indifferenza contenutistica”. Se nessuna norma è interdetta; se tutte giacciono nella possibilità di essere o non essere; se le norme vigenti sono rose dal “tarlo del nulla”, e ciascuna altra è in grado di tenerne il luogo; allora rimane soltanto la stabilità della forma”. E di un diritto che “non ha punti di appoggio esterni, che siano al di fuori o al di sopra di esso”, ma si “ritira nella forma” appunto “nell’ordine delle procedure produttive” di norme. Con funzione tecnica perché “la forma non è più al servizio di un contenuto. Questo scomparire, per così dire, dietro e dentro la forma che campeggia nuda e solitaria”. Dunque un salvagente. Perché “se nessun contenuto è vincolante, e tutti i contenuti oscillano fra essere e non essere, allora la forma è l’unica realtà sicura. Essa non può né illudere né deludere, né svegliare attese né spengere speranze, poiché tutto è in grado di accogliere e tutto, nel mondo giuridico tramutare in norme”. Si consolida così “l’intima connessione fra formalismo e nihilismo” perché in assenza di “qualsiasi vincolo di contenuto”, solo “la forma, struttura oggettiva e impersonale, ospitante aperta e indifferente, corrisponde al divenire delle norme, al loro nascere dal nulla e ritornare nel nulla”³⁹.

Un discorso che ha di recente un esito sistematico altrettanto forte⁴⁰ nel portare a compimento nel XX e XXI secolo la dissoluzione dell’idea universale di *Dike*⁴¹.

6. Autoregolamento e titolo dell’acquisto nei rapporti fiduciari.

L’impressione che si trae da questa lucidissima analisi è duplice.

Anzitutto la certezza ricercata solo nella norma abbatte l’idolo della libertà di forma, ma apre la via ad altri idoli⁴². L’adorazione della legge sostituisce ad un valore di libertà un altro assoluto: la lettera

³⁷ N. IRTI, *Nihilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. IV-VIII.

³⁸ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, p. V.

³⁹ N. IRTI, *Il salvagente della forma*, *op. cit.*, p. VII-VIII.

⁴⁰ M. CACCIARI e N. IRTI, *Elogio del diritto*, Milano, 2019 ed., *ivi*, N. IRTI (*Destino di Nomos*, p. 115 ss.) con un’analisi raffinata, del presente, stretto fra la secolarizzazione dell’idea di *Dike* sottratta alla visione cosmica del passato e ridotta ad una occasionalità del diritto che lascia solo l’uomo di fronte ad un dilemma tutto umano. Accettare l’ordine di una *lex* espressa da una pluralità di ordinamenti legittimi o “andarsene”, rifiutando una legalità per sceglierne un’altra, altrettanto occasionale e contingente.

⁴¹ N. IRTI, *Destino di Nomos*, *op. cit.*, p. 115.

della norma, da cui emergerebbero negozi senza forma. I quali non esistono neppure nell'analisi di Betti⁴³ e di Carnelutti⁴⁴ pur nella diversità di valutazioni⁴⁵.

A ben vedere l'equivoco sta nel ridurre la *forma* alla *forma solenne*, mentre il requisito indicato nell'art. 1325 c.c. esprime un “*modo di esistere dell'atto*” sia esso “dichiarazione, silenzio, manifestazione tacita, comportamenti concludenti, negozi di attuazione, dichiarazioni legali tipiche” od altro⁴⁶. Tutto ricondotto “sotto l'indice concettuale della forma, che va perciò intesa come *morfologia* dell'atto”. Mentre la visione restrittiva che riduce la forma alla *solennità* (art.1325 n.4 c.c.), ignora le “diverse angolature, dalle quali la stessa realtà economico-sociale può essere analizzata per una più esatta comprensione della struttura e più rigorosa soluzione dei problemi di trattamento”⁴⁷.

Ed è proprio il passaggio dalla norma isolata al confronto con altre norme che apre ad una diversa visione della forma del contratto.

Anzitutto perché “in un mutato quadro generale delle fonti i principi costituzionali non si pongono in una semplice contrapposizione linguistica rispetto allo *ius positum*, ma sono a quest'ultimo sovraordinati”, attribuendo agli interpreti un diverso e più complesso compito di cogliere la ragione giustificatrice del requisito formale. Il quale è difficilmente ricostruibile in termini unitari stante le

⁴² Sulla “lezione crociana” che ispira la teoria di Irti e sull'affermata identità di forma e contenuto v. P. VITUCCI, *Applicazioni e portata del principio di tassatività delle forme solenni*, in *Quadrimestre*, 1989, p. 55 ss., e, soprattutto, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, pp. 39 e 56, ove si osserva che “La relazione fra libertà di forma e le forme vincolate non si deve intendere nel senso che ogni regolamento vincolante sia espresso in norme eccezionali”. Tale relazione configura piuttosto un sistema composito, ove “forma volontaria e forma legale sono entrambe strumentali alla realizzazione di interessi” secondo una valutazione di sistema”. Per queste notazioni v. espressamente G. VETTORI, *La prova del “pactum fiduciae”*, *op. cit.*, p. 14.

⁴³ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1952, p. 126: “La comune classificazione dei negozi in “formali” e “non formali” non deve indurre nella erronea credenza che vi siano negozi nei quali si possa fare a meno di qualsiasi forma. In verità un atto, come atto socialmente rilevante, non sussiste senza una forma di contegno attraverso la quale sia riconoscibile agli altri consociati.” E ancora, *ivi*, p. 126 nota 3 “A nostro avviso la forma, comunque la si voglia intendere, si contrappone concettualmente al contenuto, né questo è riassumibile in essa”

⁴⁴ F. CARNELUTTI, *Sistema*, II, *op. cit.*, p. 175 “Atti non formali nel senso che non ne sia affatto regolata la forma, non esistono; esistono però degli atti, la cui forma è libera dal lato dell'azione: tali sono quelli che comunemente si chiamano non formali”

⁴⁵ E. BETTI, *Teoria generale del negozio*, *op. cit.*, p. 126 nota 3, non condivide la “identificazione che Carnelutti propone dell'evento che negli atti illeciti viene contrapposto all'azione, col ‘contenuto’ degli atti giuridici, così da ricomprendere questo nella forma latamente intesa”.

⁴⁶ G. BENEDETTI, *Il diritto dei contratti e degli atti unilaterali tra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997, p. 47-48.

⁴⁷ G. BENEDETTI, *Il diritto dei contratti*, *op. cit.*, p. 48-49.

diverse funzioni realizzate dalla legge speciale che prevede un vincolo formale e il diverso utilizzo dei rimedi con i quali reagire alla violazione⁴⁸.

Insomma una risposta al problema della forma dei contratti può essere risolto solo da un esame della norma (1325 c.c.) e dei principi che regolano la circolazione dei beni. Principi di certezza e stabilità posti nell'interesse generale che non ampliano tutele, ma esigono il rispetto di un'esigenza di ordine che responsabilizza chi contrae in vista di un effetto traslativo rilevante anche per i terzi, siano essi creditori o altre categorie di interessati ad un requisito posto nell'interesse di tutti.

Basta pensare, solo in via esemplificativa, al formalismo immobiliare, previsto dal codice civile ai numeri 1-6 e 11 e 12 dell'art.1350, al neo-formalismo della legislazione speciale in tema di contratti del consumatore, alla commercializzazione a distanza di servizi finanziari, alla vendita di pacchetti turistici, ai contratti bancari e di intermediazione finanziaria, ai contratti di sub-fornitura, alle transazioni commerciali tra imprese e PA, ai contratti di affiliazione commerciale, alla locazione di immobili adibiti ad uso abitativo⁴⁹.

In questi e altri casi sono diverse le conseguenze sottese alla eventuale violazione del vincolo formale. Si parla per alcuni di forma *ad substantiam*, in altri di valida stipulazione dell'atto, in altri ancora di una forma finalizzata alla prova dell'esistenza della pattuizione (locazioni). Si esplicita, a volte, la funzione informativa della forma che sfocia in una nullità relativa e parziale che va ben oltre il rilievo di *vestimentum* dell'atto e investe a volte “la determinazione di un contenuto minimo essenziale dell'atto, quasi sempre di natura informativa e diretto a condizionare il valido perfezionamento del contratto” o richiede “la consegna di una copia del contratto già sottoscritto o di un supporto durevole, così da assicurare al destinatario la possibilità di ricostruire agevolmente i suoi contenuti” che dovranno essere sempre “chiari e comprensibili”⁵⁰. Non solo

La giurisprudenza della forma dei negozi di secondo grado è univoca. A partire dalla risoluzione del contratto preliminare immobiliare⁵¹ per cui si esige la stessa forma in base ad un'identica *ratio*⁵²; sino

⁴⁸ Mi permetto di richiamare quanto richiamato in sintesi in G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, Padova, 2017, p. 359 ss.

⁴⁹ Sul punto, per tutti, V. SCALISI, *Forma solenne e regolamento conformato: un ossimoro del nuovo diritto dei contratti?*, in *Riv. dir. civ.*, 2011, p. 415.

⁵⁰ G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, *op. cit.*, p.366 ss.

⁵¹ Cass., 23 novembre 2018, n. 30446, in www.italgiure.giustizia.it, ove si osserva che “la risoluzione consensuale di un contratto preliminare riguardante il trasferimento, la costituzione o l'estinzione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta “ad substantiam” e, pertanto, non può essere provata mediante deferimento di giuramento decisorio, inammissibile ai sensi dell'art. 2739 c.c.”

a tutti i contratti modificativi solutori o estintivi⁵³ e alla risoluzione⁵⁴ o recesso da un contratto formale⁵⁵, mentre solo una parte della giurisprudenza esclude in taluni casi, la forma scritta degli elementi non essenziali⁵⁶ e la prova per testimoni di modificazioni che incidono sull'effetto traslativo⁵⁷.

⁵² Cass., 22 febbraio 2018, n. 4313, in *www.italgiure.giustizia.it*, ove si osserva che il preliminare è soggetto “al requisito della forma scritta *ad substantiam*, al pari del contratto risolutorio di un definitivo, rientrando nell'espressa previsione dell' articolo 1350 del codice civile, dato che la ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare alla forma ex articolo 1351 del codice civile, da ravvisare nell'incidenza che esso spiega su diritti reali immobiliari sia pure in via mediata, tramite l'assunzione di obbligazioni, si pone in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare stesso”. Nello stesso senso Cass., 26 giugno 2015, n. 13290, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015; Cass., 11 ottobre 2002, n. 14524, in *Giust. civ.*, 2003, I, c. 352; Cass., 19 ottobre 1998, n. 10328, in *Riv. Notariato*, 1999, p. 723; Cass., 29 gennaio 1994, n. 928, in *Foro it.* 1994, I, c. 709; Cass. 11 ottobre 1991, n. 10707, in *Giust. civ. Mass.* 1991; Cass., Sez. Un., 28 agosto 1990, n. 8878, in *Riv. Notariato*, 1991, p. 1033; Cass., 24 novembre 1983, n. 7047, in *Giust. civ. Mass.* 1983; Corte App. Firenze, 24-02-2006, n. 320, in *Redazione Giuffrè*, 2006.

⁵³ Cass., 14 novembre 2000, n. 14730 in *Contratti*, 2001, p. 221, con nota di P.F. GIUGGOLI, *La forma del recesso da contratti formali* per cui “Nei contratti formali (tra cui il preliminare di compravendita di beni immobili, ai sensi del combinato disposto degli art. 1350 e 1351 c.c.), le cause modificative o estintive del rapporto debbono risultare da fattori prestabiliti dalle parti nello stesso contratto e debbono essere, comunque, espresse nella forma richiesta per il contratto al quale si riferiscono, con la conseguenza che tanto l'accordo solutorio quanto la dichiarazione di recesso debbono rivestire la stessa forma scritta richiesta per la stipulazione del contratto preliminare”. Si veda, anche, Cass., 24 giugno 1982, n. 3839, in *Giust. civ.*, 1983, I, c. 553.

⁵⁴ Cass., 10 gennaio 1996, n. 162, in *Riv. giur. Edilizia*, 1996, I, p. 671: “La risoluzione consensuale di un contratto riguardante il trasferimento o l'estensione di diritti reali immobiliari è soggetta al requisito della forma scritta “ad substantiam” non solo quando il contratto da sciogliere è definitivo ma anche quando è preliminare in quanto esso si pone riguardo agli effetti che produce sui diritti reali immobiliari in termini identici per il contratto risolutorio del preliminare medesimo”; Cass., 18 febbraio 1995, n. 179; Corte App. Roma, 26 aprile 2018, n. 2780, in *Guida al diritto*, 2018, p. 43, 62 “La ragione giustificativa dell'assoggettamento del preliminare alla forma ex articolo 1351 del cc è da ravvisarsi nella incidenza che esso spiega su diritti reali immobiliari e si pone in termini identici per il contratto di risoluzione del preliminare stesso”; Trib. Torino, 08 aprile 2003, in *Foro pad.*, 2003, I, p. 345. Sulla necessità di forma scritta con riferimento alle modifiche del contratto preliminare, si veda invece Cass., 23 agosto 2019, n. 21645 in *www.italgiure.giustizia.it*; sulla clausola risolutiva espressa di un contratto preliminare Cass., 05 novembre 2015, n. 22662, in *Diritto & Giustizia* 2015, 6 novembre con nota di DI MICHELE.

⁵⁵ Cass., 14730/2000, *cit.*

⁵⁶ Cass., 27 febbraio 2008, n. 5197, in *Obb. Contr.*, 2009, p. 18, con nota di F. GARATTI, *Forma del termine per la stipula del contratto definitivo*, “Nei contratti per i quali è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, la volontà comune delle parti deve rivestire tale forma soltanto nella parte riguardante gli elementi essenziali (consenso, res, pretium); ne consegue che, qualora sia previsto un termine per la stipula del contratto definitivo, la modifica di detto elemento accidentale e la rinuncia della parte ad avvalersene non richiedono la forma scritta”.

⁵⁷ Cass., 16 settembre 1981, n. 5137, in *Giust. civ. Mass.*, 1981 “Ai sensi degli art. 1350 e 2725 c.c. non può provarsi per testimoni la modifica dei diritti che sorgono da un contratto diretto a trasferire la proprietà di un immobile, qualora si tratti di modificazioni che incidono sull'effetto traslativo”.

In tutti questi casi si tratta di negozi atipici ove non esiste una norma esplicita e si opta per il rigore formale, totale o parziale, sulla base di una coerenza sistematica e di analogia con vicende traslative immobiliari.

Resta da chiedersi come questa soluzione si coordini con quanto affermato oggi dalle Sezioni Unite.

Il ragionamento della sentenza si fonda su due argomenti, come si è visto: un'analisi strutturale della figura del mandato senza rappresentanza, qualificato come figura tipica con struttura debole, alla quale è equiparato il negozio fiduciario. Una visione finalistica tesa a non sacrificare contegni basati sulla fiducia e restii ad essere contenuti in schemi rigidi formali. In entrambi i casi, si considerano gli effetti obbligatori, del mandato e della fiducia, idonei ad escludere l'analogia con i contratti traslativi o costitutivi di diritti reali immobiliari. Ma non si spiega in modo appagante perché il mandato e il *pactum fiduciae* non debbano avere una forma scritta come tutti gli altri negozi con effetti obbligatori atipici, finalizzati ad una vicenda traslativa immobiliare. In particolare l'idea che in tal caso tali contratti siano privi di forma non convince. Di più.

Credo che tale premessa condizioni la scelta di fondo. Se si concorda con quanto si è prima affermato. Non esistono negozi tipici o atipici senza forma. L'assenza di una norma sulla forma non legittima la scelta per una forma libera, perché la soluzione va ricercata nella comprensione dell'art. 1325 n.4 c.c. oltre il significato letterale delle parole. Quando si indica la forma "prescritta dalla legge sotto pena di nullità" si intende la forma solenne richiesta nell'art. 1350 c.c. e in tutte le altre norme speciali che richiedono, per fini speciali, un requisito formale.

Norme che non sono eccezionali, perché non esiste un principio di libertà delle forme.

Esiste solo un *problema ermeneutico* di estensione analogica della *ratio* di quelle norme a casi simili e materie analoghe e una coerente valutazione del contratto. Separando ciò che attiene al *regolamento fra le parti* e ciò che attiene al *titolo per il trasferimento di beni* che riguarda tutti i terzi. Su questo profilo occorre fare il massimo di chiarezza.

"Il piano degli effetti del negozio traslativo e quello dell'obbligo assunto con il patto, seppur collegati, restano distinti come distinto deve rimanere il piano dell'atto e del comportamento, il piano della validità di un negozio e il piano della responsabilità, che la legge riferisce ai contegni e non alle dichiarazioni di volontà"⁵⁸. Sicché il mandato senza rappresentanza e il patto fiduciario si possono ritenere validi ed efficaci fra le parti anche se stipulati oralmente ma, comunque, per essi si pone il

⁵⁸ G. VETTORI, *La prova del "pactum fiduciae"*, op. cit., p. 11 e ID., *Efficacia ed opponibilità del patto di preferenza*, Milano 1988, p. 50 ss.

problema del *titolo dell'acquisto* in presenza sia di un trasferimento fra fiduciante e fiduciario sia di una cessione del bene immobile a terzi.

In tali casi, la forma scritta si impone per una coerenza sistematica ed un'esigenza di controllo che non si può ignorare.

7. Circolazione dei beni immobili e utilità sociale.

È solo il caso di ricordare che in Germania (par. 301 b BGB) è necessario per ogni vicenda immobiliare un atto scritto e una certificazione notarile, mentre in Francia si dispone che il contratto di fiducia sia redatto in forma scritta, registrato e comunicato all'amministrazione finanziaria e alle autorità competenti per il controllo antiriciclaggio (L. 9 febbraio 2007, n.211). Esigenza questa avvertita anche in Italia contro il pericolo di "sottrazioni fraudolente ai tributi" e di illeciti ancora più gravi⁵⁹.

D'altra parte non credo che giovi in questo caso una riflessione sulla compenetrazione fra fatto e diritto o un richiamo esclusivo alle vicende concrete del fiduciante e del fiduciario⁶⁰, senza una riflessione sulle regole e i principi della circolazione dei beni. Solo qualche cenno ancora su questo punto.

La sentenza attribuisce alla dichiarazione unilaterale scritta il ruolo di pagamento traslativo e non di fonte autonoma dell'obbligo di trasferire. E ciò è condivisibile⁶¹ anche sul piano della formazione del titolo dell'acquisto. Perché si è già in altre occasioni ritenuto idoneo un atto unilaterale e respinto l'idea che sia sempre necessario un atto bilaterale scritto. Per un motivo chiaro. Basta pensare alla norma sulla trascrizione del preliminare che fa espresso riferimento ad un atto e non ad un contratto e alle sentenze che nella specie reputano necessario un negozio unilaterale per il trasferimento⁶². Tale opinione emerge

⁵⁹ Così U. MORELLO, *La "ricognizione" degli accordi fiduciari*, in *Notariato*, 2020, 3, p. 282 ss. ed ivi il richiamo a N. PARODI, *Le operazioni fiduciarie*, Torino, 2019; ASS. H. CAPITANT, *La fiducie dans tous ses Etats*, Dalloz, Paris, 2011; G. PONTEPRIMO, *L'uso distorto del trust: i labili confini dell'art. 11 D.L.vo 74/2000*, in *Trusts*, 2020, p. 151 ss.

⁶⁰ N. LIPARI, *Oltre la fiducia* in *Foro it.*, 2020, I, c. 1951; M. PALAZZO, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare tra principio di libertà delle forme e neo-formalismo contemporaneo*, in *Giustizia civile.com*, 2019.

⁶¹ U. CARNEVALI, *Le sezioni unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, in *i Contratti*, 2020, 3, p. 265 ss.

⁶² Mi permetto di richiamare, G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p. 621 e p. 623. Inoltre, si vedano, almeno, C. CAMARDI, *Principio consensualistico, produzione e differimento degli effetti reali*, in *Contr. Impr.*, 1998, p. 591, e, sulla necessità in tal caso di un *expressio causae*, M. GIORGIANNI, *Causa* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1960, III, p. 547.

da un ripensamento del principio del consenso traslativo espresso nell'art. 1376 c.c che una parte della dottrina ha effettuato da molto tempo⁶³.

Tutto ciò ha condotto a tener distinti la validità di un auto-regolamento obbligatorio fra le parti e il titolo idoneo per un trasferimento immobiliare che trova causa in quell'accordo, valido anche se espresso in forma orale. Non fosse altro perché il problema del titolo si risolve coordinando fra loro l'art. 1325 n. 4, l'art. 1350 e 1351 c.c., al di là di un'analisi letterale della prima norma e ragionando, invece, sugli effetti e sulla funzione del contratto.

Occorre aver presente la "pluralità di valutazioni che la legge opera nei confronti dello stesso negozio"⁶⁴, la cui "unità si distingue in una serie di prospettive diverse, a seconda che si consideri la formazione dell'accordo, la sua giustificazione causale"⁶⁵, gli effetti fra le parti e il suo rilievo esterno. La formazione del contratto rinvia ad una serie di procedimenti, la causa e il tipo riguardano la giustificazione e meritevolezza dell'atto. "Al fatto così integrato l'ordinamento fa seguire effetti impegnativi fra le parti (art.1372 c.c.) e, in prospettiva diversa, attribuisce rilevanza al negozio nei confronti dei terzi, come conseguenza autonoma del titolo dell'acquisto e della sua trascrizione".

Se è così il patto fiduciario non è un contratto "senza forma", ma ha una forma coerente ai suoi effetti e alla operazione più ampia di cui fa parte.

Credo insomma che la soluzione delle Sezioni unite dovrebbe essere ripensata anche perché il caso di specie, su cui si dovrebbe formare il precedente, si basa su di un accordo verbale e un atto unilaterale ricognitivo scritto⁶⁶. In presenza di un giudizio specifico sull'adempimento di un patto verbale con sentenza costitutiva, senza alcun atto scritto, credo si debba ancora giustificare la seguente conclusione.

La validità ed efficacia *inter partes* del patto fiduciario e del mandato senza rappresentanza sono coerenti con il semplice rilievo degli effetti obbligatori che non richiedono formalità. Resta il problema del titolo dell'acquisto.

L'art. 1351c.c. non è una norma eccezionale e può essere applicata assieme al contesto delle ipotesi normative previste nell'art. 1350 c.c., con un procedimento analogico che tenga conto di materie analoghe e di principi, anche per l'atto di trasferimento fra fiduciante e fiduciario. Perché la tutela del fiduciante non può prevalere su quella di tutti i terzi. Né si può aggirare l'esigenza di controllo

⁶³ Per una sintesi G. VETTORI, *Contratto e rimedi*, op. cit., p. 621

⁶⁴ G. VETTORI, *Consenso traslativo e circolazione dei beni. Analisi di un principio*, Milano, 1995, p. 71-72.

⁶⁵ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 62.

⁶⁶ M. LUPOI, *Che cosa hanno veramente detto le Sezioni Unite*, Webinar del 27 aprile 2020.

dell'eventuale illiceità del patto fiduciario per violazione delle norme antiriciclaggio, delle disposizioni fiscali o penali, e, comunque, del divieto costituzionale di violare l'utilità sociale (art.41 2 comma).

Condivisibile è invece l'idea che l'atto unilaterale scritto con un *expressio causae* o comunque correlato ad un patto orale valido, possa contribuire a formare un titolo idoneo all'acquisto in base al ruolo della promessa e alla produzione dell'effetto reale immobiliare che non necessita sempre di un atto bilaterale scritto.

Pertanto la validità del patto orale consente un'azione di responsabilità per il suo inadempimento che può comportare eventuali restituzioni e, dunque, una tutela effettiva del fiduciante, senza il ricorso all'art. 2932 c.c.

Credo che così si eviti un traumatico orientamento anti-formalistico criticato da una parte della dottrina⁶⁷ e si possa affrontare in modo coerente anche il profilo della prova del patto. Di estrema delicatezza⁶⁸. Solo un cenno.

8. La prova del *pactum fiduciae*.

Una antica sentenza della Cassazione ha escluso che alla prova del *pactum fiduciae* si applichino le preclusioni di cui agli articoli 2721 e seguenti⁶⁹, mentre alcune sentenze più recenti escludono tali preclusioni “soltanto nel caso in cui il patto sia volto a creare *obblighi connessi e collaterali* rispetto al regolamento contrattuale”. Nel caso di impegni, quindi, idonei a realizzare uno scopo “ulteriore in rapporto a quello naturalmente inerente al tipo di contratto stipulato, senza contraddire il contenuto espresso di tale regolamento”. Ciò implica che solo quando l'accordo “si ponga *in antitesi* con quanto

⁶⁷ V. MARICONDA, *Note in tema di forma del mandato immobiliare*, in *Studi in onore di Giorgio De Nova*, Milano, 2015, p.1977; G. DE NOVA, *La forma del negozio fiduciario in materia immobiliare*, in *Jus civile*, 2019, 5, p. 557 ss; A. GENTILI, *Un dialogo con la giurisprudenza sulla forma del “mandato fiduciario” immobiliare*, in *Corriere giuridico*, cit., 589 ss. Per una visione diversa v. U. CARNEVALI, *Le sezioni unite sulla forma del pactum fiduciae con oggetto immobiliare*, cit., p. 265 ss.

⁶⁸ Si pensi a che cosa può accadere seguendo il risultato della sentenza. Il fiduciante in assenza di alcun atto scritto può richiedere e trascrivere, se e in quanto possibile la domanda di sentenza costitutiva (2932 c.c.) che paralizza, in attesa della prova dell'esistenza dell'atto, ogni interesse o garanzia dei creditori e dei terzi.

⁶⁹ Cass. 21 novembre 1988, n. 6263 in *Foro it.*, 1991, I, c. 2496 con nota di G. VETTORI, *La prova del “pactum fiduciae”*, op. cit..

risulta dal contratto si applicano le disposizioni che vietano la prova testimoniale di *patti aggiunti e contrari al (suo) contenuto*⁷⁰.

Non è facile comprendere quando l'obbligo fiduciario sia *connesso e collaterale* allo scopo del contratto stipulato e quando, invece, si ponga *in antitesi* con esso. Si può solo osservare che il *pactum fiduciae* non contrasta, di regola, con gli effetti del negozio traslativo né amplia il suo contenuto, ma “opera sul piano dei comportamenti e della responsabilità, prevedendo un obbligo che, se inadempito, produrrà, in una prospettiva diversa dall'efficacia delle dichiarazioni, alcune conseguenze fra le parti”. Come si è osservato, “il piano degli effetti del negozio traslativo e quello dell'obbligo assunto con il patto, seppur collegati, restano distinti come distinto deve rimanere il piano dell'atto e del comportamento, il piano della validità di un negozio e il piano della responsabilità che la legge riferisce ai conegni e non alle dichiarazioni di volontà”⁷¹.

Ma non mancano decisioni ove si afferma che il contratto di ri-trasferimento immobiliare è soggetto alla forma scritta sicché il patto fiduciario o il mandato dovrebbero essere conclusi nella stessa forma e non potrebbero essere provati per testimoni ai sensi degli artt. 1325 e 1326⁷² per un'esigenza di conformità con l'art.1351 c.c.⁷³.

A tale tesi si può opporre la diversità fra *l'accordo verbale* e il *titolo dell'acquisto* che esclude la corrispondenza delle forme per il *trasferimento* e non per il *negozio gestorio o fiduciario* da cui deriva solo un comportamento dovuto, oggetto di una possibile prova per testi non soggetta a formalità⁷⁴.

Ma anche su questo aspetto è opportuno un ulteriore intervento chiarificatore della giurisprudenza teorica e pratica

⁷⁰ Cass. 23 marzo 2017, n.7416 in www.italgiure.giustizia.it. Nello stesso senso, già, Cass. 26 maggio 2014 n. 11757; Cass. 01 agosto 2007, n. 16992, in *Foro it. Rep.*, 2007, *Procedimento civile*, n. 265.

⁷¹ G. VETTORI, *La prova del “pactum fiduciae”*, *op. cit.*, p. 10-11 (estr.).

⁷² Cass., 18 ottobre 1988, n. 5663, in *Foro it.*, 1989, I, 101.

⁷³ Né è possibile operare un parallelo con la simulazione, ove la prova per testi è graduata a seconda che vi sia una simulazione assoluta o relativa. E' noto che nel primo caso si reputa oggetto di prova non il negozio formale, ma l'inesistenza del negozio simulato sicché è applicabile l'art. 2722 con le eccezioni del 2724 e non l'art. 2725. Nella simulazione relativa, invece, dovendosi dimostrare l'esistenza e la validità del negozio dissimulato, si applica l'art. 2725 perché quest'ultimo negozio deve rivestire il necessario requisito formale del negozio apparente (art.1414, 2 comma). Si v. Cass. 21 luglio 1981, n.4704, in *Giur. it.*, 1983, I, p. 172.

⁷⁴ M. GIORGIANNI, *Contratto preliminare, esecuzione in forma specifica e forma del mandato*, in *Giust. Civ.*, 1961, I, p. 70; N. IRTI, *Idola libertatis*, *op. cit.*, p.92.