

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

Istituzioni, Mercati e Tutele: indirizzo “Diritto processuale civile”

ciclo XXIV

settore concorsuale di afferenza 12/F1

Iura novit curia

presentata dal dott. **Marco Santini**

coordinatore dottorato

chiarissima professoressa
Elena Zucconi Galli Fonseca

relatore

chiarissimo professore
Remo Caponi

esame finale anno 2012

INDICE SOMMARIO

Introduzione	1
1. Il principio <i>iura novit curia</i> : significato e origini	4
1.1. PREMESSA	4
1.2. SIGNIFICATI DELLA REGOLA	5
1.3. ORIGINE DELLA REGOLA E DEL BROCARDO	8
2. Fatto e diritto	17
2.1. <i>IURA NOVIT CURIA</i> E GIUDIZIO	17
2.2. FATTO E DIRITTO: LA DECISIONE SULLA QUESTIONE DI DIRITTO	24
2.2.1. Giudizio sul fatto e giudizio sul diritto	24
2.2.2. Giudizio di diritto	29
2.3. QUESTIONE DI DIRITTO	32
3. Il problema della conoscenza delle fonti di diritto	35
3.1. IL GIUDICE E LA CONOSCENZA DELLA NORMA	35
3.2. DIRITTO STRANIERO, CONSUETUDINARIO, ANTICO, REGOLAMENTI E CONTRATTI COLLETTIVI	43
3.2.1. Premessa generale	43
3.2.2. Diritto Straniero	54
3.2.3. Diritto consuetudinario e antico	66
3.2.4. Regolamenti	71
3.2.5. Contratti collettivi di lavoro	82
3.2.6. Conclusioni	84
4. Il problema della qualificazione giuridica: ambito e disciplina	86
4.1. <i>IURA NOVIT CURIA</i> : IL GIUDICE PROVVEDE ALLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA FATTISPECIE	86
4.2. DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ UFFICIOSA DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO	94
4.2.1. Fondamento del principio <i>iura novit curia</i>	94
4.2.2. Delimitazione del principio <i>iura novit curia</i>	105
4.3. LIMITI OGGETTIVI DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO <i>IURA NOVIT CURIA</i>	107
4.3.1. Vincolo del giudice rispetto ai fatti e alla pretesa: corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato	107
4.3.2. Segue: concorso di diritti e concorso di norme	121
4.3.3. Segue: <i>iura novit curia</i> e rilievo ufficioso degli effetti giuridici	127
4.3.4. Segue: qualificazione giuridica delle eccezioni	132
4.3.5. Segue: questione di mutamento di tito (qualificazione giuridica dell'"azione")	133
4.4. MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL POTERE-DOVERE DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA	135
4.4.1. Il contraddittorio quale modalità di esercizio del potere di qualificazione giuridica del giudice	136

INDICE SOMMARIO

4.4.2. Potere di riqualificazione e allegazioni giuridiche delle parti.....	149
5. Il problema della qualificazione giuridica: limiti esterni.....	155
5.1. PREMESSA.....	155
5.2. SENTENZE NON DEFINITIVE SU QUESTIONI DI DIRITTO.....	158
5.2.1. "Questione preliminare".....	161
5.2.2. Preliminarietà della questione di diritto.....	163
5.3. PRINCIPIO DI DIRITTO E QUESTIONE DI DIRITTO.....	168
5.3.1. Disciplina del principio di diritto: limite esterno al principio <i>iura novit curia</i>	170
5.3.2. Sentenze non definitive su questioni di diritto e principio di diritto: comparazione.....	175
5.4. CONCLUSIONI SU PRINCIPIO DI DIRITTO E QUESTIONI DI DIRITTO: LIMITI AL PRINCIPIO <i>IURA NOVIT CURIA</i>	179
5.4.1. Conferma della suscettibilità della questione di diritto a essere isolata in una sentenza non definitiva: limite al principio <i>iura novit curia</i>	180
5.4.2. La sentenza non definitiva su questione di diritto non ha efficacia extraprocessuale nella successiva pretesa a un diverso bene della vita: non costituisce quindi un limite al principio <i>iura novit curia</i>	183
5.4.3. Questioni di puro diritto.....	187
5.6. RIFLESSI DEL GIUDICATO INTERNO SUL PUNTO DI DIRITTO NELLE IMPUGNAZIONI: LIMITE ESTERNO AL PRINCIPIO <i>IURA NOVIT CURIA</i>	190
5.6.1. Devoluzione della questione di diritto e giudicato interno.....	190
5.6.2. Giudicato interno sulla questione di diritto e qualificazione giuridica.....	197
Conclusioni.....	201
Bibliografia.....	211

INTRODUZIONE

Il processo civile è normalmente¹ caratterizzato dall'iniziativa di parte quanto all'instaurazione del giudizio, dal divieto per il giudice di fare impiego del proprio sapere privato, cui corrisponde la tendenziale esclusiva iniziativa delle parti quanto all'introduzione in giudizio dei fatti, con l'eccezione di quanto emerga dagli atti del processo e di quanto sia notorio, e dall'iniziativa officiosa quanto all'applicazione delle norme di diritto.

Queste caratteristiche solitamente sono catalogate ed espresse mediante tre principi: principio della domanda, principio della trattazione o dispositivo formale e principio *iura novit curia*.

Quest'ultimo in particolare suole essere tradizionalmente richiamato quando si descrivono due problemi che hanno da essere risolti al fine sia di istruire, e comunque condurre il giudizio, sia al fine di consentire che questo pervenga alla decisione finale: la conoscenza della fonte normativa e la qualificazione giuridica del fatto. Questi due aspetti si fondono se guardati sotto diversa prospettiva e fuoriescono dall'ambito tradizionale del significato del principio *iura novit curia*, per porsi al livello dell'interpretazione e delle prassi nella forma delle tecniche di produzione giurisprudenziale, recettore delle istanze sociali e più contemporanee, delle norme: il giudice mentre

¹ V. § 4.3.1.

interpreta, cerca il significato della norma, attingendo dalle prassi e dal sentire sociale, e glielo attribuisce, in un processo creatore quanto al caso concreto deciso.

Nell'ottica tradizionale, il problema della conoscenza soffre crisi nel momento stesso in cui la fonte da applicare fuoriesce dai confini del diritto scritto e, ancora prima, nella misura in cui l'obbligo del giudice di applicare le norme di diritto si pone in relazione con l'esigenza, non già di conoscere la norma non positiva, non rivelata in una disposizione, ma ancor prima di valutare se vi sia da fare applicazione appunto di una norma non scritta. Reperire la conoscenza della norma è un problema che l'ordinamento deve risolvere dal punto di vista tecnico-procedurale, ma individuare a quale soggetto addossare l'obbligo/onere di indicare se vi sia da reperire una norma non scritta attiene all'esigenza di attuare l'ordinamento, facendo applicazione delle norme vigenti che regolano quel caso particolare.

Il problema della qualificazione giuridica del fatto involge l'elemento caratteristico della funzione di risolvere in via giurisdizionale con un provvedimento di merito favorevole o sfavorevole all'attore il conflitto portato in giudizio. Si può affermare sia che l'accertamento del fatto è guidato dall'ipotesi di ricostruzione normativa assunta sia che il fatto è inizialmente assunto ipoteticamente: il giudizio mira circolarmente a verificare la fondatezza dell'ipotesi ricostruttiva del fatto e la validità della sussunzione del fatto sotto alla norma.

Nel processo la prestazione indefettibile dell'autorità giudiziaria è la qualificazione giuridica del fatto, la quale presuppone l'accertamento del fatto riformulato in termini

giuridici (scomposto nei fatti rilevanti secondo la qualificazione giuridica assunta) e alla quale consegue l'accertamento o la costituzione dell'effetto giuridico preteso dall'attore. Qualora il caso ricada sotto l'ambito di una norma differente rispetto a quella invocata, due sono le alternative astratte: consentire al giudice di riqualificare il fatto, oppure imporre al giudice di rigettare la domanda. Ritenuta valida, anche in ragione di una scelta valoriale, la prima opzione non si è ancora in grado di delimitarne l'estensione oggettiva:

per quanto riguarda i limiti entro i quali può spiegare legittimamente efficacia, difatti, il potere-dovere di qualificazione giuridica si muove all'interno del principio della domanda e del diritto fatto valere in giudizio (fino al limite del concorso di azioni, ma ovviamente escluso questo);

per quanto attiene alle modalità di esercizio, deve essere esercitato in conformità al principio del contraddittorio;

per quanto attiene alle limitazioni che possano provenire da altri istituti, deve essere confrontato con le disposizioni processuali che tendono nel progredire del giudizio a precludere al giudice la valutazione o rivalutazione di questioni rilevanti (sentenze non definitive, principio di diritto, motivi di impugnazione) e che quindi sono idonee ad arrestarne l'efficacia espansiva anche all'interno del perimetro tracciato dal principio della domanda.

1. IL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*: SIGNIFICATO E ORIGINI

1.1. PREMESSA

Proferire il brocardo *iura novit curia* evoca nell'immediatezza alla mente di chi lo pronuncia e di chi ascolta una pluralità di concetti e un ambito semantico diffuso, ma principalmente una convinzione: che si tratti di una caratteristica indefettibile del processo, anzi del sistema giudiziario.

Già per sé la per così dire "forma-brocardo" conferisce al concetto che veicola una fortuna secolare: il principio di diritto che è racchiuso in un brocardo non può che ritenersi innegabile, risultandone validato (per il fatto empiricamente verificabile e quindi nella comune esperienza conosciuto che solo la saggezza antica viene cristallizzata nei brocardi), con la conseguenza che assume con certezza una valenza organizzativa della riflessione giuridica, a dispetto di ogni istanza legalistica o positivista. Ovviamente altro è verificarne in concreto l'applicabilità nel contesto in cui è invocato, o meglio: a fronte dell'astratta persuasività connaturata al brocardo stesso in ragione della funzionalità ed essenzialità retorico-estetiche e della qualità topico-giuridica dello stesso, se ne deve confermare l'effettiva pertinenza argomentativa nella questione particolare².

² Cfr. VELO DALBRENTA, *Rilevanza dei brocardi nel discorso forense*, in CAVALLA (a cura di), *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*,

1.2. SIGNIFICATI DELLA REGOLA

A scorrere i repertori “di diritto italiano” che il giudice debba conoscere le norme di diritto e che correlativamente a quegli spetti e allo stesso tempo che quegli rivendichi il monopolio in ordine all’individuazione e applicazione delle norme di diritto, sono queste circostanze sulle quali nessuna pronuncia giurisprudenziale getta ombra. Pare quasi che lo stesso concetto dello *ius dicere* sia condensato in queste tre parole dalla sintassi semplice e invertita e dal suono accattivante, tanto che spesso un altro aforisma si accompagna, come appendice, al primo per chiarirne il significato. Questo secondo non esprime un enunciato assertivo, si pone invece in prospettiva dialettica, anzi dialogica: le proposizioni a sintassi solo formalmente coordinata *da mihi factum, dabo tibi ius*, infatti, veicolano in modo immediato e definitivo il significato ineludibile e perentorio della supremazia del potere giudiziario sopra la regolazione giuridica dei conflitti sociali a valle della promulgazione legislativa.

Insieme i due brocardi in questione per principio di non contraddizione, significano che il giudice conosce l’ordinamento e quindi statuisce cosa sia diritto, e circolarmente allo stesso tempo che il giudice è abilitato a statuire sul diritto perché è

Milano, II ed., 2010, pp. 184-200; peraltro “[i brocardi] aiutano il giurista nelle varie fasi di cui si compone la sua complessa attività a non perdere mai di vista l’essenziale” (p. 207); ID., *Brocardica: una introduzione allo studio e all’uso dei brocardi*, Milano, 2007, *passim*.

depositario della conoscenza delle norme. Si tratta dunque di individuare l'estensione oggettiva del principio secondo il quale il giudice conosce la legge e rende il diritto per circoscriverne l'ambito applicativo e il valore precettivo nel processo civile.

A fronte di tale significato (poco più che) letterale, la rete di significati, che la massima *iura novit curia* ha tessuto, è ramificata, anche se due sono i ceppi: *iura novit curia* appare sia la risposta che risolve il problema della conoscenza della fonte normativa, sia la risposta che risolve il problema della qualificazione giuridica dei fatti in causa.

Il problema della conoscenza della fonte normativa è stato diffusamente indagato in relazione alla conoscenza giudiziale delle fonti che non siano di diritto interno di rango costituzionale e primario e comunque che non siano assistite da un sistema di pubblicità legale. In questo senso il principio *iura novit curia* è correlato alla variante che si potrebbe dire *aliena*, ma senza ridurre il riferimento al solo diritto straniero, della massima (*iura aliena novit curia*)

- e contrapposto al principio dispositivo³, secondo il quale i fatti, che non siano notori, debbono entrare in causa esclusivamente per il tramite delle allegazioni (dell'attività processuale e delle produzioni: è il caso del fatto non allegato esplicitamente ma risultante ad esempio da un documento prodotto) delle parti e reagisce a livello dell'onere della prova dei

³ Con il problema della prova e con il problema dei fatti mi pare il principio *iura novit curia* nulla condivida, si tratta non tanto di due principi contrapposti, quanto posti su livelli differenti: v. *infra* 3.

fatti stessi, a carico della parte che intende trarne vantaggio, nel senso di escluderlo per quanto concerne i fatti-atti normativi⁴;

- e coincidente con il potere ufficioso del giudice nella rilevazione e ricerca del testo normativo o meglio dell'enunciato in forma di disposizione che raccolga la norma applicabile⁵.

Il problema della conoscenza del testo normativo non è però che una particolare manifestazione di altro più generale problema: il principio *iura novit curia* esprime infatti la soluzione al problema della qualificazione giuridica dei fatti e della domanda, in particolare stabilisce il dovere del giudice di

⁴ Sulla distinzione tra fonti-atto e fonti-fatto, v. PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto disc. pubbl.*, 1991, § 6: “la prima ipotesi ricorre quando la produzione normativa si realizza mediante l’elaborazione di norme conformi a modelli di comportamento derivanti da attività svolte in precedenza e non necessariamente finalizzate a questo effetto, mentre la seconda si ha quando la produzione normativa consiste nella redazione di disposizioni specificamente destinate ad essere osservate come norme giuridiche dai loro destinatari”; v. oggi ID., *Fonti del diritto*, in SCIALOJA, BRANCA (diretto da), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 2011, p. 166 ss., part. p. 171.

⁵ CRISAFULLI, *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII, § 2: la disposizione non è la norma formulata ma la forma istituzionalmente deputata a rivelare la norma. Allo stesso tempo non tutte le norme che costituiscono il diritto oggettivo sono espressione di una disposizione, ma possono essere successivamente enunciate e redatte per iscritto dopo essere venute a esistenza, i principi poi sono norme non formulate, diritto non scritto contenuto nel diritto scritto (salvo i principi caratterizzanti l’ordinamento nella totalità, i quali non sono riducibili neanche figuratamente a una norma).

riqualificare la domanda proposta. In questo senso il principio deve essere completato, nella cornice del principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato (il giudice non può *modificare* la domanda e allo stesso tempo non sono le norme invocate che individuano la domanda) dal principio del contraddittorio: libero il giudice di applicare la norma che ritiene più opportuno, vincolato tuttavia a manifestare la propria intenzione alle parti e a consentire alle stesse di contraddire in punto di qualificazione ed eventualmente di offrire prove sui fatti rilevanti.

1.3. ORIGINE DELLA REGOLA E DEL BROCARDO

Fra i due significati quello che per primo il brocardo ha intercettato è stato senz'altro quello pratico, di reperimento delle fonti normative e del correlato obbligo del giudice di rendere il diritto sul fatto procurandosi la conoscenza della norma⁶.

Il processo attico e quello formulare romano non si preoccupavano di disciplinare la ricerca della fonte normativa.

Il diritto greco infatti equiparava la legge ad uno strumento di prova. Non si poteva pretendere l'applicazione di una legge se non se ne fosse dimostrata l'esistenza, tuttavia talvolta il giudice conosceva la legge, soprattutto in casi di leggi

⁶ SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, p. 42.

fondamentali o note, di conseguenza l'eccezione volle che chi vi fondasse una pretesa, vi si potesse richiamare senza produrla⁷.

Anche durante il processo formulare romano non si poneva il problema per il *index*: il *praetor* formulava l'azione e il primo doveva applicare limitarsi ad applicare la formula⁸.

Nella tradizione ciceroniana del *De oratore* risultavano accorpati nella categoria delle prove *inartificiales* sia autentici mezzi istruttori, sia documenti che costituivano fonti del diritto come *stabulae, testimonia, pacta, conventa, quaestiones, leges, senatus consulta, res iudicatae, decreta, responsa*, etc.⁹ Per Cicerone il "diritto", o testo normativo, è insieme al "fatto" una delle due premesse basilari del ragionamento del giudice. La prova del testo di legge (comunque della norma), spettava dunque alle parti. Allo stesso modo la regola di Paolo sull'onere della prova assegnava all'attore il rischio di soccombenza in caso di mancata

⁷ PAOLI, *Studi sul processo attico*, Padova, 1933, p. 64 riferisce di come originariamente i giudici erano tenuti ad applicare il diritto non a conoscerlo, ma è verosimile che, caso dopo caso, nelle ipotesi di più frequente applicazione, i giudici si siano trovati ad affrontare fattispecie già note e quindi abbiano avuto conoscenza delle relative norme regolanti già preliminarmente al giudizio.

⁸ PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, p. 28: per quanto nell'analisi della *quaestio iuris* fatta l'individuazione della norma resta ancora da applicarla riconoscendo e selezionando i fatti rilevanti secondo la norma.

⁹ CAPONE, *Jura novit curia*, Padova, 2010, p. 13-14: si tratterebbe di un tratto originale di Cicerone, perché né la sua fonte Aristotele *Tέχνης Πηροποιζής*, I, 2, 1355b, 35, né altri retori come Quintilianus., *Institutionis oratoriae libri XII*, V, I, 1-2 riportano le fonti del diritto tra le prove.

prova dei fatti costitutivi del diritto vantato (*ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat*)¹⁰. L'atteggiamento di fronte alla conoscenza del diritto rivela che non vi fosse un obbligo del giudice di conoscere le norme e allo stesso tempo dunque che il diritto da applicare fosse un fatto da provare a carico dell'attore.

Invece una costituzione di Diocleziano e Massimiano, nel tardo periodo imperiale, prescriveva «*non dubitandum est iudici, si quid a litigatoribus vel ab his qui negotiis adsistunt minus fuerit dictum, id supplere et proferre quod sciat legibus et iuri publico convenire*»¹¹. Dunque anche in caso di lacune o omissioni nelle argomentazioni delle parti, il giudice aveva il compito di colmarle assumendo un ruolo di supplenza, in forza dell'attribuzione allo stesso di poteri officiosi: da lì alla formulazione delle regole secondo le quali *iuris non eget probationem*, e *quicquid in contrarium allegetur*, secondo le quali il diritto non doveva essere provato e in ogni caso il giudice non era tenuto alle allegazioni delle parti, fu breve. Continuarono a fare eccezioni le norme *extravagantes*, quelle non raccolte nel luogo ove il giudizio doveva svolgersi¹².

Nel processo romano *extra ordinem* il giudice aveva il potere di piena *inquisitio*: il giudice quindi poteva supplire o svincolarsi rispetto alle parti nella rilevazione della norma, magari con l'aiuto di esperti in un giudizio caratterizzato da indifferenza dei modi di acquisizione della conoscenza e allo

¹⁰ Dig., XXII, II: *De probationibus*, 2.

¹¹ CI., 2, 10. V. LIEBMAN, *Sui poteri del giudice nella questione di diritto e in quella di fatto*, in *La corte di cassazione*, 1925, c. 172 s., SAPIENZA, op. cit., p. 42; CAPONE, *ivi*.

¹² CAPONE, *op. cit.*, p. 15.

stesso tempo della collaborazione delle parti (specie per con riferimento al diritto provinciale)¹³.

Con riferimento al processo romano canonico l'amministrazione della giustizia era funzione precipua dello Stato: l'obbligo incombente al giudice era quello di applicare d'ufficio la legge, pur ammettendosi che potesse non conoscerla (*prout potuerit*)¹⁴, perciò veniva affiancato da colleghi, consiglieri o esperti di diritto prima di arrivare a sentenza¹⁵.

Allo stesso modo tra i popoli germanici si trovavano esperti di diritto e consuetudini che illustravano le norme alle parti: erano le figure del *Rechtsprecher* o *Rechtsweiser* o *les diseurs de droit*, figure distinte dai giudici veri e propri che applicando il diritto risolvevano la controversia¹⁶. Calamandrei riferisce di come addirittura fino alla fine dell'Ottocento in Germania il giudice avesse l'obbligo di inviare gli atti del processo ad una

¹³ PUNZI, *op. cit.*, pp. 29-31

¹⁴ Cfr. SAPIENZA, *op. cit.*, p. 43, il quale alla nota 7 aggiunge che la stessa prescrizione verso il giudice a risolvere la lite pur non conoscendo la norma da applicare esisteva analoga anche in quasi tutte le legislazioni barbariche: così la *lex alemannorum*, XLI, che dà istruzioni al giudice affinché «*causas secundum leges veraciter iudicet*», così la legislazione burgunda che con la const. Extr., n. 21 dispone che «*omnes omnino cause ex legibus iudicentur*»; la *lex Baiuvariorum*, C. 15, n. 2 imponeva al *comes* di avere sempre con sé il «*librum leges, ut semper rectum iudicium iudicet de omni causa*».

¹⁵ PERTILE, *Storia del diritto italiano*, VI, 2, Torino, 1902, p. 208.

¹⁶ Cfr. SAPIENZA, *op. cit.*, p. 44, nota 11.

facoltà di diritto e di formulare il suo verdetto coerentemente al giudizio espresso dalla stessa¹⁷.

Sentis Melendo riferisce dell'esistenza di un obbligo di conoscenza in capo al giudice francese nel XIII secolo¹⁸.

Nel diritto italiano intermedio la regola di conoscenza della legge in capo al giudice, gli imponeva di conoscere prima le norme che doveva applicare, ma ciò "non vale per quelle norme che non siano *in corpore iuris clausae*, come le leggi straniere, le leggi riformatrici che non siano state ancora inserite nella raccolta degli Statuti e in generale tutte quelle norme che, non essendo ancora entrate a far parte del diritto ufficiale, vengono chiamate *extravagantes*. Per simili leggi *extravagantes* non esisteva l'obbligo del giudice di conoscerle e applicarle d'ufficio; ma, ammettendosi al *contratio* che il giudice per la difficoltà di procurarsene notizia, ne potesse ignorare l'esistenza, si consideravano alla pari di semplici circostanze di fatto e si esigeva quindi che la parte, per valersene in giudizio, le allegasse e le provasse"¹⁹

In Germania la dieta di Worms del 1495 sancì la recezione del diritto romano (o meglio l'ultimo passo della recezione) riformando il vertice giudiziario dell'impero e prescrivendo che la metà degli scranni del tribunale imperiale

¹⁷ CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, e in *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1930, p. 256, nota 92.

¹⁸ SENTIS MELENDO, *El juez y el derecho*, Buenos Aires, 1957, p.16 e nota 7.

¹⁹ CALAMANDREI, *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1979, p. 171.

fossero occupati da addottorati nello *ius commune*: ciò perché in luogo del diritto consuetudinario, fu posto un diritto scritto lo *ius commune*²⁰, quale fonte primaria, mentre i diritti consuetudinari avrebbero potuto essere applicati solo a istanza di parte e offrendone prova²¹.

²⁰ Cfr. KAUFMAN, *Zur Geschichte des aktionrechtlichen Denkens*, in *Juristische Zeitung*, 1964, p. 487 e s. il quale rimarca il cambiamento nel modello processuale disegnato dalle *Reichskammergerichtsordnungen*: "Der Zwang für den Kläger, sich und das Gericht durch die Angabe eines *nomen actionis* auf einem bestimmten Rechtsatz festzulegen, hört auf. Dieser Grundsatz geht in den Jüngsten Reichsabschied von 1654 ein. Ihm zufolge braucht der Klaglibell nur noch den Klagantrag und den begründenden Tatsachenvortrag zu enthalten ... Das Gericht war es, welches seinerseits beides an der Privatrechtsordnung maß. *Iura novit curia* und *da mihi factum, dabo tibi ius* sind die Grundsätze, nach denen die Prozeßpraxis sich von da ab vollzog". Su *ius commune e ius municipalis* v. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 31 ss.

²¹ Cfr. KATSUTA, *Iura novit curia und "Fundatam intentionem habere"*, in *Hitotsubashi journal of law and politics*, 1985, p. 1 ss.; BROGGINI, *Die Maxime "Iura novit curia" und das ausländische Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1956, p. 475; SANTARELLI, *Recezione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, § 2; COING, *Europäisches Privatrecht*, Monaco, 1985, p. 87, il quale invero precisa che la linea di discriminazione di fronte ai tribunali di prima istanza è la natura scritta o non scritta della norma: "Das gemeine Recht geht zwar von dem Satz *iura novit curia* aus. Aber er gilt nicht gleichmäßig für alle Rechtsquellen. Der Richter muß nicht mit sämtlichen ausnahmslos in gleicher Weise vertraut sein" (p. 132), dove la differenza consiste proprio nel fatto che le norme di diritto municipale siano contenute in uno statuto o

Il brocardo parla latino, ma la formulazione non ha origini nel diritto romano.

Su un solo dato pare esservi grande consenso: non si hanno notizie di come e quando sia nato²².

Il giurista francese Nicolas Bohier nel '500 riferisce un'espressione con la quale i giudici si rivolgono agli avvocati: "*Venite ad factum, curia satis intelligit*", volendo alludere alle rivendicazioni di autonomia dell'Imperatore, per quanto suddita dell'Impero, e quindi delle leggi emanate da quello o alla primazia della consuetudine sul diritto scritto²³.

meno. L'istituzione del Reichskammergericht fu uno strumento determinante per la recezione: l'art. 3 della legge istitutiva recitava il giuramento di fedeltà che doveva essere prestato : „... nach des Reichs gemainen Rechten, auch nach redlichen, erbaren und leydlichen Ordnungen, Statuten und Gewonheyten der Fürstenthum, Herrschafften und Gericht, die für sie bracht werden ... “. Sul diritto comune, il rapporto con la *interpretatio* e con gli *iura propria*: GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, VI ed., Roma, 2011, p. 227 ss.; STEIN, *I Fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di DE VITA, PANFORTI, VARANO, rist., 1998, pp. 110-114.

²² SENTIS MELENDO, *op. cit.*, p.16 e nota 7 p. 13: “No ha de considerarse estraña la carencia de datos exactos relatives a ala aparición del aforismo. Como tantas otras máximas, ésta es la expresión de un punto de vista o de una opinión generale que, en un cierto momento, encuentra su manifestación concreta”. KATSUTA, *op. cit.*, “Leider kann ich nicht ermitteln wer zum erst die Formel *Jura novit curia* vorgezeigt hat“.

²³ CAPONE, *op. cit.*, p. 18.

Risulta poi come Vinnius, giurista olandese dell'inizio del '600 (*Questiones selectae*, II, Ancona, 1843, cap. XI, n. 984), riferisca che sarebbe sorto accidentalmente in Gallia, quando un giudice avrebbe interrotto la fastidiosa disquisizione giuridica di un avvocato, esclamando: «*Venite ad factum, curia novit ius*»²⁴, con la quale espressione giudici spazientiti invitavano i procuratori a riconsiderare i tempi e l'oggetto delle proprie difese orali²⁵.

Augenti ipotizza che alla formulazione attuale del brocardo si sia giunti per assonanza a partire appunto dalla formula *venite ad factum, curia novit ius* e in ragione della modifica dell'ambito semantico del plurale *iura* originariamente deputato a individuare le situazioni soggettivi e non il diritto oggettivo²⁶.

²⁴ SAPIENZA, *op. cit.*, p. 45; CAPONE, *op. cit.*, pp. 15-20, il quale indica anche un passaggio mediano per il tramite di Joachim Mysinger, giurista tedesco della metà del '500 che avrebbe citato il brocardo lodando le corti francesi per la capacità di conferire speditezza alla trattazione.

²⁵ AUGENTI, *L'onere della prova*, 1932, 40-43. In realtà, stando a quanto riferisce CAPONE, *loc. op. cit.*, Vinnius avrebbe voluto mettere in risalto come le corti francesi fossero solite sopperire quanto alla conoscenza del diritto oggettivo rispetto alle mancanze delle parti.

²⁶ SAPIENZA, *op. cit.*, p. 45, nota 16: "Si noti l'uso del termine *ius* anziché *iura*, termine che ha dato luogo a profonde considerazioni del Sentis Melendo (*Jura novit curia*, in *Revista de derecho procesal argentino*, 1947, II, p. 208 ss.). Come ha ben notato l'Augenti, *L'onere della prova*, Roma, 1932, p. 40, nel diritto intermedio il termine *iura* non significa diritto oggettivo, bensì diritti soggettivi. Per designare invece il diritto oggettivo si usava il termine *ius* (specie volendo contrapporre il diritto al fatto). Ciò dimostra che il detto usato accidentalmente essendo stato riferito da Vinnio abbia fatto fortuna in epoca successiva e cioè

quando al posto di *ius* si cominciò a parlare di *leges seu iura* e quando più che trattare della *quaestio facti*, invalse l'uso di dire semplicemente *facta* e quindi per contrapposto invece di *ius* adottò il termine *iura*".

2. FATTO E DIRITTO

2.1. *IURA NOVIT CURIA* E GIUDIZIO

Di fronte alle deduzioni e allegazioni delle parti l'attività giurisdizionale di merito ai fini dell'accertamento volto ad assegnare il bene della vita conteso in giudizio si realizza nella ricostruzione del fatto e nella qualificazione giuridica del medesimo, cui segue la statuizione sull'effetto giuridico predisposto dalle fattispecie astratte.

Il giudice in ordine al merito della controversia svolge una ricostruzione in fatto (verificare che il contratto fu redatto e sottoscritto) e una ricostruzione in diritto (qualificare la fattispecie come compravendita o appalto): dal punto di vista logico si può ritenere che il giudizio sia scomposto in due frazioni (fatto e diritto) che caratterizzano ogni questione rilevante per il giudizio²⁷. L'opinione del giudice deve "fondarsi

²⁷ FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Milano, 1996, p. 121: "Come rilevato, conoscere significa per il giudice risolvere la questione della esistenza di tale situazione, cioè la questione di merito: che, a sua volta, si scompone nella questione di fatto (per esempio si discute sul fatto se Tizio sia o no indigente), e nella questione di diritto (per es., si discute delle conseguenze giuridiche di tale fatto nei confronti di Caio, convenuto da Tizio perché gli somministri gli

su due giudizi: a) Un giudizio con cui il giudice ritiene esistente una norma astratta di legge (*questione di diritto*); b) Un giudizio con cui il giudice considera come esistenti uno o più fatti, rispetto ai quali la norma di legge diventa volontà concreta (*questione di fatto*)²⁸. Il giudizio di fatto risponde alla descrizione dei fatti e si esprime in termini di verità (conformità della descrizione), il giudizio di diritto invece risponde alle deduzioni giuridiche e si esprime in termini di validità (conformità della qualificazione)²⁹.

alimenti). ... Possono insorgere altre questioni di merito aventi carattere pregiudiziale (per esempio se Tizio sia o no figlio di Caio è questione pregiudiziale rispetto a quella del suo diritto agli alimenti verso Caio). Si parla allora di questione o questioni pregiudiziali o più correttamente di questioni preliminari (art. 279, n. 2 c.p.c.)". ANDRIOLI, *Prova*, in *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, p. 3 s., già in *Novissimo digesto italiano*, 1967, XIV, p. 260 ss., rimarca l'irrinunciabilità della distinzione tra fatto e diritto "perché su questa distinzione sono basati non pochi istituti, né rare disposizioni di diritto, ma perché la distinzione ha una giustificazione logica che non va lasciata in ombra: il fatto è l'oggetto di un giudizio storico, laddove il diritto si risolve anche in un giudizio di valore; né giova obiettare che anche della norma deve essere accertata la sussistenza, perché l'accertamento è, non del diritto ma del fatto, fine a se stesso", raccomandando di "intendere, con elasticità e aderenza alle realtà maggiori, il rapporto tra questione di fatto e questione di diritto".

²⁸ CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, III ed., Napoli, rist., p. 149.

²⁹ Cfr. da ultimo NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2006, p. 30.

Il principio *iura novit curia*, disponendo che al giudice sono note le norme di diritto, è destinato a spiegare i propri effetti diretti sulla porzione in diritto del giudizio. La regola attribuisce al giudice rispetto alle parti una sfera di intervento doveroso e impone dunque a quest'ultimo di operare su tale porzione del giudizio scevro da vincoli rispetto all'attività giudiziale delle parti.

Si tratta allora di individuare innanzitutto una linea di demarcazione parametrata sulla distinzione tra fatto e diritto per individuare l'ambito delle attribuzioni che il principio *iura novit curia* attribuisce al giudice in ordine alla questione di diritto e successivamente di verificare se all'interno di tale ambito siano ravvisabili dei limiti al potere del giudice stesso.

È pur vero poi che anche al problema della conoscenza del diritto oggettivo e quindi delle norme offre soluzione il principio in questione. Ma non è con riguardo a tale problema che assume rilievo decisivo tentare di circoscrivere l'ambito di ciò che nel processo è (viene in considerazione come) fatto e ciò che è (viene in considerazione come) diritto. Le norme stesse possono essere guardate con riferimento al problema della conoscenza come un fatto (atti normativi dei quali è necessario acquisire conoscenza), al quale si applica la particolare disciplina riassunta nel brocardo nel significato che assume, come contenitore elastico e capace di conformarsi progressivamente nel tempo, nel diritto vigente: così le norme che il giudice è tenuto a conoscere, o delle quali è tenuto a procurarsi la conoscenza, potranno essere quelle del singolo statuto, quelle dei glossatori, quelle del diritto interno o anche quelle straniere. Nella prospettiva, primaria per l'organizzazione e il

funzionamento del sistema ma sullo sfondo tra le molte premesse quanto alla riflessione teorica sul sistema dato, del se e come il giudice acquisisca la conoscenza dei testi di legge, la distinzione tra fatto e diritto, quali due distinti oggetti di giudizio nell'accertamento processuale³⁰, non può essere afferrata e

³⁰ Sul tema della conoscenza della norma v. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992. PIZZORUSSO, *Sulla distinzione tra accertamento dei fatti e applicazione delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, III, Milano, 1984, p. 629 mette in rilievo il disagio di fronte alla distinzione tra fatto e diritto nella prospettiva, per quanto non esplicitata, degli atti normativi: "... tale distinzione – ampiamente studiata soprattutto con riferimento alla limitazione del ricorso per cassazione alle questioni di diritto – è resa in questo caso malagevole (anche ove si prescindano dalle ben note critiche portate alla ricostruzione della decisione giudiziale secondo lo schema sillogistico) in virtù della circostanza che anche la creazione, modificazione e abrogazione delle norme costituisce il risultato della verifica di accadimenti qualificabili come fatti giuridici – e precisamente come fatti normativi – e corrispondenti alle fattispecie astratte previste da norme qualificabili appunto come «norme sulla produzione giuridica»»; ID., *Iura novit curia - I) Ordinamento italiano*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1; ID., *Fonti del diritto*, cit., p. 143 ss. Per un'indagine sulla conoscenza del diritto oggettivo EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, 2000, p. 131 ss., part. pp. 134-136. In una prospettiva diversa da quella esposta nel testo PAVONE LA ROSA, *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, § 16, sostiene che la distinzione tra diritto e fatto nel processo "ha carattere convenzionale e serve a discernere nel giudizio ciò che attiene alla determinazione della norma giuridica in base a cui decidere la controversia da ciò che attiene alla ricostruzione del rapporto

neanche rileva: reperire *il testo* della norma (o il *contenuto* della norma se non rappresentata in un testo come in ipotesi di consuetudine o di principi) è attività diversa ed esterna rispetto a determinare *la norma* sulla base del testo (o de contenuto) reperito.

La distinzione di fatto e diritto nel processo decisionale non assume significato decisivo al fine di delimitare l'ambito applicativo del principio *iura novit curia* nel significato di conoscenza del diritto oggettivo: il principio (richiama la) disciplina della ricerca delle fonti normative rilevanti per il giudizio. La regola *iura novit curia* risolve il problema del "se" cercare, cioè se il giudice debba cercare la fonte di diritto oggettivo (oppure se tale aspetto sia rimesso alle parti): risolve un problema di approvvigionamento.

La questione teorica più feconda regolata espressamente dal principio allora concerne non l'obbligo di conoscenza del testo di legge o comunque del precetto giuridico, ma la conoscenza-valutazione dei fatti sulla base degli stessi precetti, ovvero sia la qualificazione (anche riqualficazione) della situazione soggettiva dedotta in giudizio. E sulla base della quale soddisfare l'esigenza di reperire il diritto oggettivo.

A tali due aspetti racchiusi nel brocardo rimane estranea l'analisi del "fino a che punto" si spinga l'attività dell'interprete nella ricerca del diritto oggettivo, al quale si offre invece risposta

giuridico dedotto in giudizio": la norma giuridica (uso) non è fatto normativo, ma norma che deve essere determinata dal giudice e alla quale si applica il principio *iura novit curia* in sostituzione del principio dell'onere della prova.

con la teoria dei processi logici decisionali del giudice e con la teoria dell'interpretazione: vengono in considerazione altre questioni, come quella della ricerca del significato della norma posta (disposizione e norma) e, ancor più a fondo, dell'interpretazione e del ruolo creatore dell'interprete³¹, aspetti che fuoriescono dall'ambito tradizionale di indagine del principio *iura novit curia*.

Guardando allora con prospettiva dinamica³², in un momento successivo, e che presuppone un'indagine diversa da quella incentrata sul principio *iura novit curia*, quale conoscenza della norma e qualificazione del caso, i due problemi, della conoscenza e della qualificazione, finiscono per unirsi nella ricerca del significato della norma del caso concreto, della determinazione del diritto oggettivo anche per il tramite della delimitazione del diritto soggettivo, norma che viene determinata dall'interprete sulla base dell'interpretazione della norma di diritto oggettivo, tramite l'approccio vitale del giurista

³¹ GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2001, p. 497 ss., secondo il quale in ambito privatistico e pubblicistico nella transizione "dal primato della legge al primato della prassi" si legge, si invoca, la "crisi delle fonti" e la resurrezione del giurista, schiacciato dal culto della legge imposta dalle codificazioni, verso la ricerca di un meta-diritto vivo sull'esempio comunitario e della giurisprudenza costituzionale.

³² In questa prospettiva allora potrebbe trovarsi un nuovo filone da indagare del principio *iura novit curia*.

ermeneutico³³, capace di intercettare e tramutare in norme le fonti del diritto delle reti economiche e sociali, non intermedie dagli Stati³⁴; in particolare quando la straordinarietà del fatto ecceda la fattispecie dettata dal legislatore, l'interprete deve essere in grado di accorgersi che la norma da applicare al caso non è quella data dal legislatore, ma quella che deve essere individuata sotto la sollecitazione della carica normativa dei fatti della vita³⁵. Tale attività creatrice, in un sistema di diritto positivo, per essere legittima, non può che essere ricompresa nella cornice delle norme date, facendo leva sulla ricettività dell'ordinamento, da una parte quindi sulle clausole elastiche che di per sé sono suscettibili di essere modellate sulle esigenze del caso concreto e di calibrare su quello il contenuto normativo, dall'altra sulla disponibilità dell'ordinamento ad aprirsi alle reti internazionali e alle forme di produzione normativa non statale

³³ GROSSI, *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, cit., p. 502.

³⁴ *Ivi*, p. 504: per quanto concerne la nuova *lex mercatoria*, come felicemente Grossi appella le reti di commerciali, essa è tuttavia un cantiere in costruzione: TEUBNER, 'And if I by Beelzebub Cast Out Devils, ...': *An Essay on the Diabolics of Network Failure*, in *German Law Journal*, 2009, 10, pp. 115-136.

³⁵ CAPONI, PROTO PISANI, *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, c. 984: di fronte al divieto del *non liquet* "il giudice ricava la risposta dalla concretizzazione di principi costituzionali in una regola del caso concreto". CAPONI, *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, pp. 159 – 174.

scaturenti dall'autonomia privata³⁶. Il punto critico è l'individuazione dell'equilibrio tra il potere-dovere di regolare il caso concreto secondo l'ordinamento e l'arbitrio e nella predisposizione del sistema di controllo e di reazione.

2.2. FATTO E DIRITTO: LA DECISIONE SULLA QUESTIONE DI DIRITTO

2.2.1. *Giudizio sul fatto e giudizio sul diritto*

Si è visto *retro* 2.1. come tradizionalmente si ritenga che, per pronunciarsi in ordine all'esistenza o inesistenza di un diritto, il giudice debba formulare un giudizio sopra gli elementi di fatto e di diritto della causa e applicare così la regola giuridica al fatto dedotto in giudizio.

Che le questioni di fatto e le questioni di diritto possano essere distinte è presupposto dallo stesso sistema non fosse altro perché al vertice dell'ordinamento giudiziario è posta una corte suprema alla quale possono essere deferite solo questioni di legittimità (e alla quale è solitamente precluso esaminare il merito della controversia).

L'attività in punto di diritto nel merito in particolare trova un referente positivo nell'art. 360, comma 1°, n. 3 c.p.c.: il provvedimento ricorribile per cassazione può essere censurato per violazione o falsa applicazione di norme di diritto. In tale

³⁶ Sulla proiezione sulla norma delle esigenze di regolazione del caso concreto CAPONI, *op. ult. cit.*, ed ivi riferimenti.

disposizione sono indicati gli elementi che contraddistinguono l'attività giurisdizionale sopra la *quaestio iuris*, la quale è (dunque anche per diritto positivo) ulteriormente scindibile in attività di individuazione della norma (quale fattispecie astratta regoli la fattispecie concreta), applicazione e interpretazione della medesima (se sia quale contenuto precettivo appartenga alla fattispecie astratta)³⁷; inoltre determinazione dell'effetto giuridico³⁸.

Non è in realtà così semplice invece distinguere con esattezza giudizio di diritto e giudizio di fatto: nonostante si possa essere portati a ritenere di primo acchito che la distinzione si possa ricavare per differenza³⁹, non rientra esclusivamente

³⁷ SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959, II, p. 200 ss.: "Si può ben dire che esso [l'art. 360 n. 3] traduce in termini concreti la vaga e ampollosa disposizione programmatica dell'art. 65 della legge sull'ordinamento giudiziario".

³⁸ Schematizza gli stessi elementi individuatori della questione di diritto: TARUFFO, *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991, p. 118.

³⁹ *Ibidem*: "la distinzione tra giudizio di diritto e giudizio di fatto è radicata qui [nell'art. 360 n. 3], e di qui risulta, indirettamente, la limitazione fondamentale che si esprime nella qualificazione corrente della Cassazione come giudice del diritto". Secondo CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, cit., p. 149: "La questione di diritto comprende ... due problemi: se cioè la legge in base a una categoria di fatti garantisca un determinato bene; e se un determinato fatto, astrattamente considerato, rientri nella categoria preveduta dalla legge (Esempio: si può chiedere il pagamento d'una scommessa fatta in occasione d'un giuoco ginnastico? Cod. civ., art. 1083. - Le corse ciclistiche sono un giuoco ginnastico?). La questione di fatto consiste nell'accertare se esistono le circostanze in base alle quali il giudice

nell'ambito della decisione sulla questione di diritto l'attività di applicazione della norma al fatto, in quanto essa partecipa sia della conoscenza del fatto sia della conoscenza del diritto⁴⁰: per un verso collega la fattispecie astratta alla fattispecie concreta, per altro verso costituisce la conclusione del c.d. sillogismo giudiziale (procedimento logico di confronto del fatto rispetto alla norma con dichiarazione giudiziale dell'effetto giuridico) oppure, superando la prospettiva positivista, l'atto di sussunzione del fatto sotto la norma.

Nonostante la commistione tra i due differenti profili di giudizio - di fatto e di diritto - è comunque consentito a fini

deve secondo la legge considerare esistenti determinati fatti concreti. (Esempio: È provata la scommessa fra Tizio e Gaio alle corse ciclistiche? Il corridore X fu dichiarato vincitore?). *Quali siano* queste circostanze, può essere alla sua volta una questione di diritto, ove si presenti in astratto: ad es. quando ha luogo una scommessa?"; aggiunge che "La questione di diritto si presenta naturalmente per prima: se la norma a cui l'attore si riferisce non esiste come norma astratta, è vano ricercare se si divenuta concreta: la domanda è infondata"; ma non per questo intende sostenere che il giudice sia vincolato alla norma indicata dalla parte. Infatti in seguito ancora scrive: "Riguardo a quest'ultima operazione [determinazione e accertamento delle norme da applicare] l'attività del giudice non ha limiti (*intra novit curia*)" come non incontra limiti nell'apprezzamento della "qualità giuridica di un fatto" (p. 726 s.).

⁴⁰ TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, XV, 1989, p. 2 s.: il giudizio di diritto "mediante il giudizio di diritto si qualificano giuridicamente fatti, ed in ciò avviene la sintesi tra i due aspetti del giudizio [ovverosia del giudizio di fatto e del giudizio di diritto]";

descrittivi⁴¹ concentrarsi sul risultato del procedimento giurisdizionale, sulla conclusione del giudizio o sull'opera di sussunzione, senza spingersi ad osservare lo svolgimento del procedimento di produzione della decisione. La decisione cui approda il giudice si presta infatti, seppur solo descrittivamente, a essere scomposta nei termini semplificati di fatto e diritto, ferma la consapevolezza che il modello postula una semplificazione⁴².

⁴¹ *Ibidem*: "Non è dubbio che in linea di principio il giudizio di fatto possa e debba essere distinto dal giudizio di diritto ... non significa affermare che essa [la differenza] sia sempre facilmente individuabile ... i due tipi di giudizio si connettono ed intersecano in vari modi secondo uno schema dialettico, soprattutto nella decisione finale, e non è sempre agevole la distinzione tra l'uno e l'altro".

⁴² SAPIENZA, *Il principio «iura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, cit., p. 60, mette in rilievo che la "compenetrazione del fatto al diritto avviene nel momento dinamico di formazione della giudizio": il giudice deve inquadrare i fatti secondo la norma per individuare quelli che siano rilevanti, e prima ancora deve individuare la norma secondo i fatti. Aggiunge che tuttavia si possono isolare delle fasi nelle quali è indispensabile distinguere fatto e norma come "per la delimitazione dei limiti del ricorso in cassazione" o per individuare la norma che fonda la pretesa. CALAMANDREI, *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, p. 53 rileva come la premessa minore sia un giudizio di diritto perché afferma l'esistenza di un fatto giuridicamente qualificato: il giudice, sostiene, inserisce quel fatto nella premessa minore perché ne ha già valutato le implicazioni giuridiche in termini di rilevanza. Ai fini della qualificazione giuridica della pretesa tuttavia la distinzione non assume importanza. TARUFFO, *Giudizio (teoria generale)*, cit., p. 2 s.:

Rivolto all'analisi statica e semplificata della decisione giudiziale e con la consapevolezza che ciononostante la questione di fatto e la questione di diritto si intersecano a livello di applicazione della norma al fatto, gli elementi del sillogismo, anzi, dei fasci di sillogismo per quante sono le questioni risolte dal giudice, di premessa maggiore e premessa minore, consentono agevolmente dunque di tenere distinti fatto e diritto⁴³. L'analisi logica che indaga la sentenza come procedimento inferenziale logico-deduttivo (sillogismo) se impiegata descrittivamente (e non prescrittivamente come indicazione al giudice del percorso da compiere per giungere alla decisione), soddisfa un'esigenza di intelligibilità, classificatoria:

“mediante il giudizio di diritto si qualificano giuridicamente fatti, ed in ciò avviene la sintesi tra i due aspetti del giudizio [giudizio di fatto e giudizio di diritto]”.

⁴³ RICCI, G.F., *Diritto processuale civile. Disposizioni generali*, II ed., 2008, I, p. 147 s.: “Se lo schema sillogistico può conservare un margine di valore è laddove esso segna la conoscenza del *diritto* che spetta al giudice e che si riferisce alla premessa maggiore e l'ignoranza del *fatto*, che riguarda la premessa minore e che va ricostruito attraverso il sistema dei mezzi di prova. Si tratta del delicato problema della distinzione fra la sfera della *scienza* e quella dell'*ignoranza* del giudice, il che costituisce appunto uno dei principali aspetti dell'attività processuale”. NAPPI, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2006, p. 30 ammette che anche giudizio di fatto e giudizio di diritto possono essere isolati: “è anche vero che la qualificazione nella quale i giudizi di fatto e di diritto si sovrappongono presuppone pur sempre un fatto cui il criterio giuridicizzato di qualificazione viene applicato; e rispetto a questo fatto di base non si dà alcuna sovrapposizione di giudizi”.

isola le questioni di fatto e le questioni di diritto, in particolare isola la qualificazione giuridica per poterla analizzare autonomamente; proprio come la teoria della fattispecie corre in soccorso nella ricognizione *ex post* degli elementi strutturali dell'avvenuta produzione degli effetti giuridici⁴⁴. Non sempre è tuttavia possibile invece tramite il sillogismo predicare la validità o invalidità della conclusione rispetto al fatto in quanto la tecnica sillogistica non consente appieno di formulare le ragioni delle censure, rimanendole estranea l'analisi della scelta delle premesse.

2.2.2. *Giudizio di diritto*

⁴⁴ Altro sarebbe curarsi di dare conto del processo decisionale: sinteticamente VISALLI, *La logica del giudice e la funzione uniformatrice della cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, VI, p. 710 indica l'inidoneità del sillogismo a rendere conto del fondamento razionale della decisione. Tuttavia, ripeto, mi pare, se si vuole descrivere e scomporre la decisione per individuare le questioni di diritto e quindi determinare su cosa cada l'attività di qualificazione della fattispecie al fine di delimitare l'ambito di applicazione del principio *iura novit curia*, assumere che la decisione è composta da elementi in fatto e in diritto distinguibili e scomponibili ripercorrendo a ritroso un astratto fascio di sillogismi giudiziari è una semplificazione descrittivamente idonea a raggiunger lo scopo. Difatti, pure se tale sillogismo non rende conto delle attività che il giudice ha svolto per arrivare alla decisione, ciononostante nel momento in cui consente di valutare la validità dell'applicazione della norma al fatto, rende plasticamente l'immagine della questione di diritto.

A ben guardare poi la decisione della *quaestio iuris* esprime l'intero sillogismo giudiziale, anche l'applicazione della norma al fatto, cioè la conclusione del sillogismo, seppur solo in via ipotetica: l'applicazione della norma al fatto avviene in via ipotetica, secondo ciò che il giudice può assumere in ordine al fatto (*quoad factum*), ovverosia per come ricostruisce ipoteticamente e provvisoriamente il giudice il fatto prospettato dalle parti ed emergente dal materiale di causa, prima che venga svolta attività istruttoria di accertamento (o prima che venga esaurita l'intera istruttoria)⁴⁵.

⁴⁵ Il che altro non è mi pare se non sostenere che la relazione fatto-diritto è intensa e imprescindibile e il che non significa che non sia valida l'opzione per la classificazione distinta e per l'esame separato, al fine di applicare una differente disciplina, delle due forme di giudizio (sul diritto e sul fatto). Ritiene invece NASI, *Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, § 5, che la relazione tra enunciati di diritto ed esperienze dedotte costituirebbe la «significazione giuridica» quale «risultante della relazione tra fatto e diritto che è dunque l'unica cosa che importa avere e che deve essere studiata»; a quanto esposto nel testo aggiungo le critiche di TARUFFO, *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 33 ss., il quale rimarca come altro siano i fatti della domanda e altri i fatti della decisione; interessante tuttavia è la conseguenza che Nasi ne fa scaturire, sostenendo che deve ritenersi allora vincolato il giudice a decidere avendo presente la qualificazione giuridica offerta dalla parte e la corte di cassazione esaminando la ricostruzione del fatto al fine di poter garantire l'uniformità del diritto.

Vero infatti che la struttura della decisione appare circolare (tra l'interpretazione del fatto e l'interpretazione del diritto) e non pianamente deduttiva: anche volendo semplificare a fini descrittivi la decisione sulla questione di diritto e quindi continuare a fare riferimento al metodo sillogistico, la scelta delle premesse del sillogismo dipende da un'attività induttiva fondata su un giudizio di ipotizzata riconducibilità di quella data situazione fattuale provvisoriamente assunta (premessa minore) a una fattispecie astratta fra le molte possibili (premessa maggiore) secondo impiego di criteri che non si possono che definire di sussunzione giuridica e successivamente di verifica probatoria e quindi logica dei fatti ipotizzati⁴⁶. Ma vero anche che il risultato dell'illazione (o della sussunzione impiegando lo schema più evoluto assumendo, anche in questo caso, il fatto ipoteticamente) non viene invalidato solo per la maggiore complessità del procedimento e per la "delicatezza" della scelta delle premesse⁴⁷.

⁴⁶ La determinazione dell'estensione del principio *iura novit curia* può ben prescindere da un'analisi più approfondita, posto che a questi fini quello che deve essere osservato è il risultato finale, la decisione, non la formazione della decisione: basti rilevare come l'ultimo atto (o comunque l'atto caratterizzante) la decisione è comunque la sussunzione, la quale corrisponde *ex post* al modello sillogistico. Per un esame del problema della formazione della decisione del giudice v. GAMBA, *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008, p. 317 ss.

⁴⁷ COPI, COHEN, *Introduzione alla logica*, Bologna, 2009, p. 23 ss. Mi pare che nulla cambi sia che si ragioni in termini di sillogismo tradizionale sia che si preferisca indicare che le parti offrono al giudice fatto e richiesta di effetto, elementi che il giudice si trova a mettere in

2.3. QUESTIONE DI DIRITTO

Recentemente nell'ambito di uno studio che ha analizzato la *ex professo* la questione di diritto, si è concluso che la questione di diritto si ravvisa:

a) nell'accertamento sulla tutelabilità in via giurisdizionale della situazione soggettiva dedotta; b) nell'individuazione dell'ambito applicativo della norma; c) nell'inquadramento della fattispecie nella norma applicabile⁴⁸.

In altro ancora estremamente analitico si è sostenuto che la questione di diritto si distingue: a) in qualificazione giuridica del rapporto (il credito è di valore); b) in qualificazione giuridica dei singoli elementi della fattispecie (gli interessi dei crediti di valore hanno natura compensativa); c) in disciplina applicabile alla fattispecie, a sua volta da scomporsi ca) in individuazione della legge applicabile cb) in interpretazione per determinare

relazione tramite il termine medio norma giuridica: v. CAPONE, *op. cit.*, p. 21 il quale richiama ROCCO, *La sentenza civile*, Milano, 1906. Cfr. sul tema della scelta delle premesse e delle conseguenze sui fatti nello svolgimento processuale: FABIANI, E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, p. 64 s., TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, cit., p. 67 ss., part. p. 80, EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, 2000, pp. 71-73 s. *Contra* la tesi esposta nel testo VISALLI, *op. cit.*, p. 710.

⁴⁸ DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio delle fattispecie preliminari*, Torino, 2008, pp. 17 ss., 41 ss., 101.

l'ambito applicativo della norma cc) in applicazione per farne conseguire l'effetto giuridico scaturente; p.e. il giudice individua la norma rilevante nell'ambito della normativa sulle locazioni, interpreta il disposto della norma verificando che deve farsi applicazione del regime transitorio, infine applicando gli effetti previsti dalla norma sancisce la risoluzione del contratto di locazione.

Con la precisazione che il giudice deve avere bene a mente che le questioni di fatto e le questioni di diritto sono molteplici relativamente a ogni fattispecie, in quanto i fatti principali complessi sono integrati da una pluralità di fatti principali semplici⁴⁹.

Tali ricostruzioni confortano i dati già esposti: il giudice formula un giudizio sulla questione di fatto e sulla questione di diritto; la qualificazione giuridica si fonda sul fatto assunto; la questione di diritto è, dal punto di vista logico⁵⁰, autonomamente isolabile in una pronuncia che concerna l'individuazione e l'interpretazione della norma da applicare al fatto assunto.

Ai fini che qui interessano e che sono rivolti non all'analisi del processo decisionale del giudice, ma alla delimitazione della questione di diritto al fine di individuare l'ambito applicativo del principio *iura novit curia*, mi pare si possa trarre allora un primo risultato parziale utile al prosieguo: la

⁴⁹ POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002, p. 301 ss.

⁵⁰ Riguardo alla suscettibilità dal punto di vista giuridico della decisione sulla questione di diritto a essere isolata in un'autonoma pronuncia v. *infra* 5.

questione di diritto, rimessa al giudice poiché *iura novit curia*, è isolabile dalla questione di fatto ed è quella frazione della cognizione del giudice in ordine a ogni questione rilevante per il decidere ma limitata all'attività di individuazione, interpretazione e applicazione ipotetica della norma⁵¹.

⁵¹ Cui si deve aggiungere, laddove si ragioni intermini di sillogismo la cui conclusione sia il dispositivo, l'effetto giuridico che scaturisce dall'applicazione della norma al fatto. In termini apparentemente opposti si pone invece l'accento in SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, XIII ed., 2000, p. 178 sul fatto che ogni giudizio di diritto è anche di fatto e viceversa, tanto è vero che "l'applicazione del diritto al fatto (che poi non è se non la valutazione giuridica del fatto) si effettua attraverso il ritrovamento e la fissazione di regole di esperienza, che costituiscono il vero giudizio e come tali non sono isolabili dal diritto e dal fatto. Ciò è vero in tutti i giudizi, da quello che si fa nell'interpretazione della norma astratta a quello che si fa nell'accertamento del fatto". In realtà nello stesso passo si argomenta in ordine alla necessità di mantenere ferma la distinzione fra giudizio di fatto e diritto ai fini della ripartizione dei carichi fra giudici e per l'esigenza di uniformità dei giudizi.

3. IL PROBLEMA DELLA CONOSCENZA DELLE FONTI DI DIRITTO

3.1. IL GIUDICE E LA CONOSCENZA DELLA NORMA

Il brocardo *iura novit curia*, in questa formulazione, ha espresso un regola sopra l'ingresso del diritto oggettivo in causa⁵²: non spetta alle parti offrire prova dell'esistenza della norma giuridica in quanto è dovere del giudice conoscere le norme applicabili nell'ordinamento che siano fonti caratterizzate da giuridicità e normatività (escluse quelle delle quali possono predicarsi solo uno dei due termini quali la morale e i contratti)⁵³.

⁵² V. *retro* 1.3 per un cenno alle origini. V. invece *retro* 2.1. per la questione che rimane a margine con riferimento alla regola di conoscenza del testo della norma, ma che è il ponte per raggiungere un diverso livello di osservazioni delle fonti, qualora si guardi all'attività creatrice dell'interprete, il quale disegna i confini della regola concreta dalla regola astratta, conferendo in quello stesso momento normatività alla prassi che egli introduce per il mezzo dell'interpretazione.

⁵³ La convinzione dell'esistenza della regola è diffusa, se anche la giurisprudenza ne distingue con chiarezza i termini: "Il principio *iura novit curia*, la cui influenza nella logica del giudizio sta nell'elevare a dovere d'ufficio la ricerca del diritto lasciando sempre a carico delle parti la prova del fatto, va inteso nel suo giusto limite ... Il limite è che deve trattarsi di vere e proprie fonti di diritto oggettivo (art. 1

Si è sostenuto che anche la conoscenza della norma potrebbe a livello di modello processuale essere regolata secondo il principio dispositivo, sulla base dell'assunto che i fatti sono soggetti al principio dispositivo formale o in senso stretto⁵⁴

disp. prel.), ossia di precetti contrassegnati dal duplice connotato della normatività e della giuridicità; con esclusione, quindi, sia di quelli aventi carattere normativo ma non giuridico (come le regole della morale o del costume), sia di quelli aventi carattere giuridico ma non normativo (come gli atti di autonomia privata o i negozi di diritto amministrativo), o la cui normativa è puramente interna (come gli statuti degli enti o i cosiddetti regolamenti interni)” (Cass. 21 novembre 2000, n. 15014).

⁵⁴ In senso stretto, in relazione all'iniziativa probatoria (RICCI, G.F., *Diritto processuale civile*, cit., p. 69: con riferimento alla tecnica di svolgimento del processo e alla disciplina delle prove) e quindi contrapposto al principio dispositivo in senso in senso ampio (“che ha per oggetto il potere delle parti di proporre la domanda, di fissare il tema di decisione e di produrre le prove”: VERDE, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Bologna, 2010, I, p. 102 s.), il quale ultimo preferisco indicare come principio della domanda. Non affronto poi qui il diverso problema secondo il quale si potrebbe dubitare della vigenza nel nostro ordinamento di un vero e proprio principio dispositivo in senso formale (cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli, 2006, p. 192; ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, I, p. 239 s.; per una revisione della portata del principio anche LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, V ed., Milano, 1992, p. 333), in quanto circa il rapporto tra i fatti e la conoscenza del giudice, maggiormente esplicativo pare il principio del divieto in capo al giudice dell'utilizzo del proprio sapere privato, al quale in punto di mera tecnica processuale si accompagna

e che le norme sono fatti normativi: il giudice rimarrebbe libero di rilevare la norma applicabile, ma solo fra quelle portate in giudizio⁵⁵.

Lo stesso orientamento assume come presupposto che la conoscenza del diritto oggettivo possa essere posta in relazione con il principio dispositivo (formale) e che possa sussistere un onere probatorio al pari degli altri fatti. Richiama infatti l'art. 113 c.p.c., enfatizzando che esso dispone l'obbligo di decidere facendo uso delle norme di legge: la norma, sul presupposto che non possa essa stessa essere oggetto del giudizio dal momento che la parte in giudizio insta per l'accertamento del diritto soggettivo e non per la dichiarazione del diritto come norma, sarebbe il criterio di giudizio che il giudice è chiamato a impiegare per stabilire la fondatezza della domanda. Sarebbe

ora, prevalentemente la regola della disponibilità delle prove, ora la regola dei poteri istruttori d'ufficio. In particolare secondo questa diversa impostazione si riuscirebbe a dare conto della utilizzabilità ai fini della decisione di fatti lecitamente venuti a conoscenza del giudice ma non portati in giudizio dalle parti (consulenza tecnica, interrogatorio delle parti, elementi emergenti inconsapevolmente dalle produzioni, "fatti silenti"), l'onere di deduzione dei fatti in capo alle quali trova fondamento nel principio della domanda, in quanto servano a individuare il diritto. Ambedue (principio dispositivo formale e del divieto della scienza privata) vedono comunque il loro opposto nel principio inquisitorio: GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 152, Rn. 170.

⁵⁵ SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 440, ID., *Jura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 381 s.; PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, p. 19, 60 ss.

dunque fatto costitutivo del diritto al pari dei fatti storici (“particolari”)⁵⁶ e quindi astrattamente assoggettabile, quale fatto, alla regola della disponibilità delle prove.

Tuttavia, l’argomento del fatto notorio unito all’argomento dell’assenza di conseguenze in termini di nullità per la mancata allegazione delle norme di diritto, giustificata sulla constatazione che il titolo idoneo a individuare la pretesa fatta valere in giudizio non può che essere il titolo della domanda e non la norma che la conterrebbe, consentirebbero di superare le incertezze rispetto all’ammettere l’esistenza di un potere-dovere non vincolato del giudice in ordine alla questione di diritto⁵⁷. Oppure lo stesso risultato si raggiungerebbe in ragione della superiore esigenza di eguaglianza e parità di trattamento: dovendo l’ordinamento assicurare a tutti i cittadini l’identica applicazione del diritto, i fatti normativi non potrebbero essere vincolati alla disponibilità delle prove⁵⁸.

Allora, laddove, a ragione, quell’orientamento sostiene che il principio *iura novit curia* troverebbe la propria ragion d’essere nella funzione giurisdizionale attuatrice dell’ordinamento giuridico⁵⁹, mi pare che contraddica questa scelta valoriale, nel momento stesso in cui anche solo ammette, con riferimento alle modalità di acquisizione della conoscenza della norma, l’astratta alternativa tra l’onere della prova della

⁵⁶ SATTA, PUNZI, *Diritto processuale civile*, Padova, 2000, p. 174; analogamente PUNZI, *Il processo civile*, Torino, 2010, p. 404 s. e ID. *Jura novit curia*, cit., p. 19, 60 ss.

⁵⁷ PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, pp. 74-81.

⁵⁸ SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 440.

⁵⁹ *Ivi*, p. 14.

norma e la doverosa conoscenza ufficiosa della stessa. O la funzione giurisdizionale è contraddistinta da una effettiva libertà di determinazione della norma tale che il giudice deve *realizzare l'ordinamento*, oppure, qualora si dovesse vincolare la sua cognizione sulla questione di diritto a quanto devolutogli in causa, anche la scelta valoriale cadrebbe, smentita dalla stessa ipotizzata rinunciabilità della conoscenza di tutte le norme dell'ordinamento⁶⁰.

Deve rilevarsi poi un ulteriore elemento: il giudice è un soggetto dell'ordinamento, è egli stesso destinatario dei comandi normativi, al pari delle parti che gli si rivolgono. Egli stesso deve conoscere le norme: sotto questo punto di vista, paiono venire meno le ragioni anche dell'astratta configurabilità di un modello rimesso all'iniziativa vincolante della parte quanto alla prova delle ragioni di diritto⁶¹.

⁶⁰ Non varrebbe replicare che di questo passo, si giungerebbe ad ammettere poteri inquisitori: l'attuazione dell'ordinamento cui è deputato il giudice attiene soltanto alla questione di diritto ed è controbilanciata da un valore di pari peso, il divieto di uso del sapere privato a garanzia della terzietà e imparzialità e quindi della democraticità stessa della funzione giurisdizionale, valori che non meno attuano l'ordinamento del principio *iura novit curia*. Del resto proprio nella ricerca del diritto il giudice non è limitato dal proprio sapere privato: PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 404.

⁶¹ Altro dovrebbe dirsi quanto all'individuazione delle norme: il giudice potrebbe in quel modello astratto giudicare se la domanda può essere tutelata in base alla norma allegata, che egli deve comunque

È pur vero che il principio evoca la regola secondo la quale dinanzi al giudice non si deve dare prova dell'esistenza delle norme in forza delle quali deve essere accolta o respinta la pretesa. Tuttavia, mi pare che l'evoluzione storica del principio, ne abbia importato una mutazione sorretta dalla capacità conformativa dei principi all'evolversi degli ordinamenti. Allora proprio poiché, come sostiene il medesimo orientamento, "nel vincolo del giudice rispetto al diritto si riflette il vincolo della parte rispetto al diritto medesimo ... non osservando il diritto il giudice verrebbe a concedere alla parte un diritto (soggettivo) che non le spetta, o a negarle un diritto (soggettivo) che le spetta"⁶², si deve invece ritenere che la conoscenza del diritto sia un dovere del giudice.

Allora il principio dispositivo formale finisce col non essere rilevante ai fini del problema della conoscenza della norma, ma non perché la norma di diritto sia un fatto che abbia subito un processo di spersonalizzazione e oggettivazione che l'abbia resa conoscibile, bensì perché il giudice non può ritenersi vincolato all'iniziativa delle parti in ragione della propria collocazione nell'ordinamento giuridico attuale⁶³.

conoscere, respingendo la pretesa qualora non potesse il caso esservi sussunto.

⁶² SATTI, PUNZI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 174; MICHELI, «*Jura novit curia*», in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 596, il quale ritiene tuttavia che, se anche la conoscenza della legge viene al giudice quale cittadino, la funzione giurisdizionale rilevarebbe solo per le modalità di venire a conoscenza del contenuto della norma.

⁶³ Il problema è logico-gnoseologico e la soluzione (logica, non normativa) non varia da ordinamento all'altro, tanto che con

Così ricostruita la posizione del giudice di fronte alle norme, ne viene che in capo a questi grava un obbligo di conoscenza, da leggersi come obbligo di ricerca del diritto al fine di applicarlo⁶⁴: facile sarebbe così individuare la soluzione delle

riferimento al diritto tedesco anche BROGGINI, *Die Maxime "iura novit curia" und das ausländische Recht. Ein Beitrag zur Präzisierung des § 293 ZPO*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1956, p. 481: "Die Ermittlung ausländischen Rechts kennt also, wie die Ermittlung von Erfahrungssätzen, eigene Wege, die nichts mit dem "Beweis" zu tun haben; es ist der Weg des Richtergehilfen, der sachkundigen Unter"

⁶⁴ CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, pp. 105-128, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, p. 398: "Il principio *iura novit curia* non significa soltanto che il giudice, come organo dello Stato, ha il dovere di conoscere la legge anche se le parti la ignorano o la fraintendono, ma significa altresì che egli ha, al pari di un qualsiasi privato, il potere di mettere in opera a questo fine, anche fuori del processo, tutti i mezzi di ricerca di cui ogni studioso può servirsi per procurarsi la conoscenza del diritto storicamente vigente".

Quanto alla diversa posizione dell'arbitro, si è ritenuto che questi non sia tenuto a conoscere le norme, ma che possa proporre alle parti l'applicazione di altro diritto conosciuto oppure possa rimettere l'incarico: in questo caso le parti potranno adire la giustizia ordinaria, "in base al principio che le deroghe di giurisdizione e competenza valgono e reggono a condizione che la via alternativa a quella giudiziaria sia percorribile fino alla decisione di merito" (v. RANCHI, *«Iura novit curia» e obbligo di decidere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1291). Che l'arbitro non sia vincolato al principio *iura novit curia* è affermazione che non mi convince affatto. L'arbitro deve applicare le norme di legge, quali che siano, per giungere a un provvedimento che è pari a una sentenza (RICCI, G.F., *Ancora sulla natura e sugli effetti del*

questioni più spinose relative alla conoscenza del diritto straniero (ma solo a livello teorico essendo in questo momento storico la questione regolata espressamente), del diritto consuetudinario e del diritto antico; coerentemente anche delle norme regolamentari ministeriali o locali.

L'attività del giudice è costantemente tesa all'acquisizione della fonte, la quale a) deve essere ricavata nella relazione tra norma e disposizione: il giudice applica la norma la quale è rivelata da una disposizione, ma non può limitarsi a quella dovendo volgersi alle norme non rappresentate in disposizioni come la consuetudine o i principi⁶⁵; b) a un livello ancora più vicino alla fonte, il giudice non si limita a recepire un testo, ma lo adegua, lo crea per il caso deciso, interpretandolo anche mediante i criteri attinti dalla esperienza sociale e culturale e conferendo così a tali esperienze una efficacia normativa⁶⁶.

Se invece si accede alla tesi della correlazione con il principio dispositivo formale (ferme le precisazioni dogmatiche a tal riguardo già formulate), tale per cui la norma è un fatto

lodo arbitrale, in *Riv. arbitrato*, 2011, 2, p. 182 ss.), facendo applicazione anche di norme inderogabili, "in un giudizio volto all'accertamento dell'effetto illecito, tramite un processo nel contraddittorio delle parti, con la piena rilevabilità officiosa del vizio" (ZUCCONI GALLI FONSECA, *Ai confini dell'arbitrabilità: le delibere assembleari sul bilancio*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, p. 1451): la prestazione dell'arbitro è la stessa del giudice, nella prestazione dell'arbitro è compresa la ricerca della norma applicabile (diritto oggettivo), al fine della qualificazione del fatto (diritto soggettivo).

⁶⁵ CRISAFULLI, *op. loc. cit.*

⁶⁶ V. *retro* 2.1.

soggetto a una particolare disciplina, si può arrivare anche a sostenere che con riferimento a quelle norme, che non siano di diritto interno e pubblicate ufficialmente, il giudice abbia sì il potere di cercarne la conoscenza d'ufficio, ma non il dovere⁶⁷. Soluzione che, in ragione della collocazione del giudice nell'ordinamento, lascia insoddisfatti⁶⁸.

3.2. DIRITTO STRANIERO, CONSUETUDINARIO, ANTICO, REGOLAMENTI E CONTRATTI COLLETTIVI

3.2.1. *Premessa generale*

Innanzitutto giova rimarcare come il giudice non sia vincolato con riferimento alla questione di diritto al divieto di uso del proprio sapere privato: l'esatto contrario⁶⁹.

⁶⁷ MICHELI, «*Jura novit curia*», *vit.*, p. 577 ss.

⁶⁸ MICHELI, *ivi*, *cit.*, p. 599 invece sostiene che il dovere del giudice assume contenuto diverso quando deve applicare norme portate da atti che non si impongono in ragione del regime di pubblicità alla generalità dei cittadini: soltanto con riferimento all'obbligatorietà sancita dall'art. 10 disp. prel. c.c. può ritenersi presunta la conoscenza della norma, la quale se quindi non pubblicata, non sarebbe meno fonte di diritto, ma allo stesso tempo non potrebbe considerarsi di conoscenza doverosa, cosicché il giudice dovrebbe sì cercare la norma, ma con indagine di diversa intensità (pp. 592, 600, 602): il significato mi sfugge.

⁶⁹ PROTO PISANI, *loc. op. ult. cit.*

Per quanto concerne il diritto scritto interno assistito da un sistema di pubblicazione, un problema di obbligo di conoscenza non si è mai posto, a prescindere dalla ricostruzione come fatti delle norme o come altro rispetto ai fatti: vale la presunzione di conoscenza della legge anche fosse solo in forza dell'obbligatorietà disposta dall'art. 10 disp. prel. c.c.

Così allo stesso modo, pur non essendo fonti dell'ordinamento in quanto la retrostante norma sulla produzione normativa non appartiene al sistema delle fonti interno⁷⁰, spiegano efficacia nell'ordinamento interno le norme di diritto internazionale generale (art. 10, 1° comma, cost.) e soprattutto le norme provenienti dall'Unione europea (art. 11 cost.), la cui conoscenza è parimenti obbligo del giudice: nessun dubbio sussiste in ordine alla vigenza al pari delle norme di diritto interno deve essere riconosciuta alle norme internazionali generalmente riconosciute (consuetudini di diritto internazionale) e alle fonti normative comunitarie⁷¹; così come

⁷⁰ MODUGNO, *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, § 11, B1.

⁷¹ FRANCHI, «*Iura novit curia*» e obbligo di decidere, cit., p. 1288 s.; PIZZORUSSO, *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Digesto disc. pubbl.*, 1991, §§ 29, 31. Tuttavia si deve tenere a mente che il sistema delle fonti è altro rispetto a quello che tradizionalmente e staticamente si rappresenta, in ragione del sovrapporsi di ordinamenti e in ragione dell'ampliamento anche dal basso delle fonti di formazione, modificandosi progressivamente il rapporto, sempre meno ordinato secondo un rapporto gerarchico, tra le fonti da inquadrare nel sistema delle fonti: v. BENEDETTI, A., *Il diritto privato delle regioni*, Bologna, 2008, p. 12 ss.; p. 13: "al giurista nazionale non rimane che constatare,

ovviamente anche alle convenzioni internazionali cui partecipa l'Italia⁷².

Il problema della doverosità della conoscenza invece si è posto in particolar modo per il diritto straniero; così, seppur quantitativamente con meno rilevanza, lo stesso problema ha riguardato anche il diritto antico e quello consuetudinario.

Si sono allora richiamati quali dati positivi a sostegno della vigenza della regola che impone al giudice l'acquisizione della conoscenza del diritto oggettivo gli artt. 113 c.p.c. e 101 cost.: il giudice deve seguire le norme di diritto secondo quanto disposto dall'art. 113 c.p.c. ed è soggetto solo alla legge. Tuttavia forse mentre la prima disposizione si limita a indicare il criterio di giudizio che il giudice deve impiegare (giuridico, deve decidere secondo le norme), la seconda si premura esclusivamente di difenderlo dagli altri poteri dello Stato⁷³.

Oppure chi, specie la giurisprudenza, abbia ricostruito tali norme come fatti, ha richiamato l'art. 115 c.p.c. e quindi il principio della disponibilità delle prove, escludendo l'obbligo di conoscenza e rimettendo all'onere probatorio della parte la prova dell'esistenza della stessa norma, rispondendo, piuttosto che a una posizione dottrinale, a un'impostazione empirica, utile

in modo neutro, che le fonti del diritto privato sono esplose, scagliando frammenti della deflagrazione nelle direzioni più diverse".

⁷² RICCI, G.F., *Diritto processuale civile*, II ed., Torino, 2008, I, p.148.

⁷³ VERDE, voce *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, p. 623, il quale esclude che l'art. 113 c.p.c. o l'art. 101 cost. possano spiegare il principio: divieto del *non liquet*, obbligo di conoscenza, natura pubblica della funzione, certezza e uguaglianza di trattamento ne sarebbero il fondamento.

a sgravare il giudice dall'obbligo di una ricerca faticosa. Del che si ha riprova nel momento stesso in cui lo stesso orientamento consentiva al giudice di fare impiego di quelle stesse norme, laddove gli fossero già note indipendentemente dall'ingresso delle stesse nel giudizio, fino ad ammettere la concorrente ricerca ufficiosa⁷⁴. Difatti neanche l'argomento del notorio potrebbe essere impiegato: non si potrebbe certo predicare di tali fonti la natura di fatto di comune coscienza media.

Si è detto sopra che con riferimento alle norme scritte sottoposte a pubblicazione, il giudice, in quanto collocato nell'ordinamento nella posizione del potere giurisdizionale deputato a dare attuazione all'ordinamento e in quanto soggetto dell'ordinamento, è obbligato alla conoscenza non meno delle parti: neanche astrattamente si pone una questione connessa all'allegazione e prova dei fatti. Il principio *iura novit curia* con riferimento alla conoscenza del diritto oggettivo non rappresenta un'eccezione al c.d. principio dispositivo formale, è altra cosa, perché in realtà non vi è un fatto da provare, ma eventualmente un fatto (testo normativo o comunque precetto normativo) da individuare: il c.d. principio dispositivo, inteso nell'accezione di ingresso dei fatti di causa in giudizio per il tramite delle parti (comunque correlato al principio del divieto in capo al giudice dell'uso del proprio sapere privato), non spartisce alcunché con

⁷⁴ V. le sentenze richiamate in MICHELI, «*Jura novit curia*», cit., p. 584 ss. e in SAPIENZA, *Il principio Iura novit curia e il problema della prova delle leggi straniere*, cit., p. 80.

la questione dell'applicazione delle norme giuridiche da parte del giudice per dovere del proprio ufficio⁷⁵.

Ma una conclusione del tutto difforme con riferimento alle norme provenienti da fonti non scritte e comunque non soggette a pubblicazione, se le premesse in ordine all'attuazione dell'ordinamento e al ruolo del giudice sono valide, mal si giustifica. Il giudice continua a essere colui che deve attuare l'ordinamento e le altre fonti non soggette a pubblicazione, comunque fonti di diritto rimangono: è parimenti obbligato a conoscere tali fonti.

Il problema si sposta allora sul reperimento delle fonti. Non mi pare di poter scorgere alcuna ragione per sostenere che il giudice non sia obbligato a fare quanto possibile per reperire le fonti da applicare nel caso da giudicare.

Va da sé che verosimilmente⁷⁶ almeno una parte avrà tutto l'interesse a collaborare con il giudice per consentirgli di

⁷⁵ TARUFFO, *Prova giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali I, 2007, § 4: la conoscenza delle norme e la loro interpretazione, infatti, rientrano nel potere-dovere del giudice, il quale – in base al principio *iura novit curia* – provvede d'ufficio a procurarsi la conoscenza delle norme che deve applicare. Questo principio si applica a qualunque norma, e quindi non solo alle norme di diritto vigenti nell'ordinamento italiano, ma anche a norme straniere, consuetudinarie ed antiche. In questi casi è ben possibile che le parti forniscano al giudice elementi che gli consentano di conoscere le norme rilevanti, ma si tratta di una forma di collaborazione delle parti con il giudice, non di un'attività probatoria in senso proprio”.

acquisire ad esempio la conoscenza delle fonti normative non scritte; ma potrebbe avere pari interesse anche con riferimento alle fonti scritte: il giudice deve comunque attivarsi, in quanto con riguardo alle questioni di diritto non si pongono problemi di posizione nel processo, di posizione del giudice che debba attendere l'iniziativa di parte.

Non può essere poi negato rilievo alla circostanza che il giudice per ipotizzare di dover fare applicazione di norme che non siano quelle del diritto pubblicato nello Stato con carattere ufficiale, dovrà essere stato messo dalle parti in grado di percepire l'elemento di estraneità (o comunque di diversità per quel che concerne il diritto interno non scritto) che richieda l'applicazione di quelle norme⁷⁶.

Ma da un punto di vista teorico, nel momento in cui si verifica se le parti siano onerate di offrire la prova delle fonti normative, la risposta non può che essere negativa, spettando al giudice dare attuazione all'ordinamento: rimane irrilevante che le medesime parti abbiano allegato o meno l'esistenza di una norma che non appartenga a quelle delle pubblicazioni ufficiali

⁷⁶ Ma non sempre: si pensi all'esempio di giudizio contumaciale nel quale l'applicazione di una norma straniera comporterebbe il rigetto della domanda dell'attore.

⁷⁷ FRANCHI, *«Iura novit curias» e obbligo di decidere*, cit., p. 1292; contrario PUGLIATTI, *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 92, il quale ritiene invece che se il giudice riesca a individuare la norma straniera o la norma consuetudinaria internazionale allora potrà applicarle, ma che avrebbe comunque la facoltà di imporre alle parti l'onere di procurargliene la conoscenza.

interne, in quanto il giudice è comunque obbligato a conoscere tutto il diritto del quale possa doversi fare applicazione.

Altro, si ripete, è mettere in rilievo le implicazioni pratiche, ovverosia che senza sollecitazione di parte il giudice verosimilmente mai conoscerà l'esigenza di dover fare applicazione di quelle norme⁷⁸.

Ed altro ancora è conferire al giudice maggiori strumenti per poter accertare la fonte normativa non interna: *iura novit curia* è un enunciato la cui funzione è prescrittiva, non meramente descrittiva: il giudice deve conoscere, il che significa che deve indagare per conoscere, non che senz'altro già conosce⁷⁹.

⁷⁸ In maniera difforme FRANCHI, «*Iura novit curia*» e obbligo di decidere, cit., p. 1284 secondo il quale solo laddove la parte abbia offerto elementi per l'individuazione e il reperimento della legge straniera, sorge l'esigibilità dell'obbligo in capo al giudice di attivarsi, e ciò in particolar modo a tutela delle parti deboli, anche economicamente.

⁷⁹ Ad esempio per quanto concerne il diritto straniero l'art. 14 della l. d.i.p. (v. *infra* 3.2.2.) gli mette a disposizione un ventaglio di strumenti: FUMAGALLI, *Diritto straniero*, in *Enc. dir. (applicazione e limiti)*, Annali IV, Milano, 2011, p. 473 s. rileva come "L'equiparazione tra diritto italiano e diritto straniero quanto al trattamento processuale non comporta, peraltro, il riconoscimento del diritto straniero quale parte integrante del patrimonio di conoscenze giuridiche del giudice italiano, del quale si possa assumere una padronanza immediata e integrale. La stessa previsione, contenuta all'art. 14 comma 3 l. n. 218 del 1995, della possibilità che il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata dalle norme di conflitto rende evidente comunque la differente posizione (nel patrimonio di conoscenze da cui deve essere tratto il diritto applicabile) tra diritto straniero e diritto italiano, il cui mancato accertamento non è nemmeno ipotizzabile. E proprio in

La posizione giurisprudenziale si è spesso discostata dalla ricostruzione appena proposta⁸⁰: sulla base dei criteri “forma

relazione a tale circostanza (ossia all'impossibilità di pretendere che il giudice italiano abbia conoscenza diretta del diritto straniero) l'art. 14 riconosce al giudice un'ampia libertà di scelta tra una serie di strumenti utilizzabili per pienamente accertare il contenuto del diritto straniero: quelli indicati dalle convenzioni internazionali; la domanda al Ministero della giustizia; l'interpello di esperti o istituzioni specializzate; l'aiuto delle parti”. In materia di usi ricercherà nelle raccolte degli stessi: in MONTESANO, ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, I, 2001, p. 357 si mette in risalto come “nel principio *iura novit curia* rientra ovviamente il potere-dovere del giudice di applicare, e previamente, ove necessario, di acquisire conoscenza degli usi quali fonti di diritto”.

⁸⁰ Cass. civ., sez. II, 21 novembre 2000, n. 15014 (*ratio decidendi* formata con riferimento agli usi): “pur trattandosi di norme giuridiche, il giudice in tanto ha l'obbligo di ricercarle e di applicarle, malgrado la mancata cooperazione delle parti, in quanto egli abbia la concreta possibilità di conoscerle, ma senza dover ricorrere a fonti estranee alla sua scienza ufficiale e tanto meno a indagini personali involgenti l'esercizio di attività istruttorie non previste dalle leggi né richieste dalle parti. Detta possibilità di conoscenza è *in re ipsa* per quanto concerne gli atti normativi generali, come quelli inseriti nella Raccolta ufficiale delle leggi e dei decreti (art. 1, un. 1 e 2, e art. 10 disp. prel. citate), la cui pubblicazione, da un lato, dispensa da ogni prova e, dall'altro, esclude l'ignoranza. Uguale possibilità non sussiste per quelle norme giuridiche le quali, o perché non sono scritte (come gli usi), o perché, pur essendo scritte, non sono pubblicate (o lo sono solo localmente, come i regolamenti comunali contenuti in atti formalmente amministrativi e sottoposti al controllo dell'autorità

scritta” e “pubblicazione” il giudice sarebbe obbligato a scegliere per quali norme dover fare uso della scienza non ufficiale e a impiegare poteri istruttori nemmeno su istanza di parte, ma men che meno d’ufficio. La definizione di scienza ufficiale non è data e il presupposto concettuale è che si abbia a che fare in queste circostanze con fatti la cui conoscenza sia rimessa o all’averne per ventura già avuto conoscenza o all’iniziativa delle parti. La giurisprudenza sceglie la strada più agevole e non si preoccupa di rendere decisioni non conformi a diritto, non applicando le fonti normative che le è fatto obbligo applicare e affidando la propria inerzia alla motivazione che le parti non si sarebbero impegnate per consentire l’acquisizione al giudizio della norma, il cui depositario invero è il giudice. Nulla distingue una circostanza del genere rispetto a quella in cui il giudice faccia da arbitratore, decidendo sulla base della norma indicatagli dalla parte: in entrambe il giudice non applica il diritto.

La focalizzazione sulle esigenze pratiche, cui rispondere in simili circostanze, ha guidato anche la formulazione normativa del legislatore tedesco, tanto che potrebbe a prima lettura quasi ricavarne un argomento per sostenere la diversa tesi del potere, e non dovere, del giudice sopra l’accertamento della norma non pubblicata e non interna e della correlativa necessità di un impulso di parte quanto all’indicazione della norma applicabile. Secondo il § 293 ZPO il diritto straniero,

tutoria), o perché, pur essendo scritte e pubblicate, appartengono ad altri ordinamenti (leggi straniere), escludono che il giudice debba procurarsene la conoscenza ad ogni costo, fino ad addossarsi l’onere di sopperire all’inerzia della parte che le invoca senza provarle (cfr. Cass. n. 1742/1976 e, indirettamente, n. 859/1980)”.

consuetudinario e gli statuti debbono essere provati (*Beweis*), ma solo se sconosciuti al giudice e nell'accertamento il giudice non è limitato dalle richieste di prova e dalle prova dedotte (*Nachweis*) delle parti e allo stesso tempo può impiegare altre fonti di conoscenza e disporre quanto necessario allo scopo⁸¹.

Difatti sulla base dell'assunto che il giudice tedesco si è formato sul diritto tedesco, non sarebbe esigibile la sua conoscenza del diritto straniero: la norma deve essere provata ed egli può ricorrere a una consulenza tecnica (altrimenti vietatagli quando debba farsi applicazione del diritto tedesco in quanto *iura novit curia*)⁸². La disciplina è improntata all'impiego dei poteri istruttori officiosi del giudice: il giudice nel caso in cui non conosca il diritto straniero e consuetudinario deve accertarlo con tutti i mezzi. Tali poteri istruttori devono comunque essere impiegati quando nel caso da decidere offertogli, quanto agli elementi fattuali interamente ed esclusivamente dalle parti, emergano ragioni di applicazione di un diritto diverso da quello positivo tedesco: il giudice non è vincolato all'indicazione che provenga dalle parti della norma straniera o consuetudinaria da

⁸¹ „§ 293 - Fremdes Recht; Gewohnheitsrecht; Statuten. - Das in einem anderen Staat geltende Recht, die Gewohnheitsrechte und Statuten bedürfen des Beweises nur insofern, als sie dem Gericht unbekannt sind. Bei Ermittlung dieser Rechtsnormen ist das Gericht auf die von den Parteien beigebrachten Nachweise nicht beschränkt; es ist befugt, auch andere Erkenntnisquellen zu benutzen und zum Zwecke einer solchen Benutzung das Erforderliche anzuordnen“.

⁸² GRUNSKY, *Zivilprozessrecht*, München, 2003, p. 152, Rn. 170; PRÜTTING, §293 ZPO, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, 2008, III ed., Rn. 5.

applicare o della necessità di far applicazione della norma straniera o consuetudinaria⁸³.

In conclusione il giudice tedesco è obbligato a conoscere (individuare, interpretare e applicare) il diritto straniero nella stessa misura in cui è obbligato per quanto riguarda il diritto interno: infatti anche per quanto riguarda il diritto interno, com'è ovvio, il giudice tedesco può non aver mai padroneggiato una determinata norma, tuttavia deve comunque procurarsene la conoscenza⁸⁴.

L'unica differenza con riferimento al primo viene dalla maggiore difficoltà di ottenerne la conoscenza rispetto al

⁸³ OESTMANN, *Die Grenzen richterlicher Rechtskenntnis*, in: *Colloquia Academica*, Mainz, 1999, p. 37 ss., part. pp. 45-48.

⁸⁴ SCHÜTZE, R.A. § 293, in, WIECZORECK, SCHÜTZE (a cura di), *Zpo und Nebengesetze. Großkommentar*, II.2, 2010, III ed., p. 969, Rn. 3: „Der Grundsatz *iura novit curia* gilt trotz der missverständlichen Fassung des § 293 auch für die Anwendung ausländischen Rechts im deutschen Prozess. Das deutsche Gericht muss ausländisches Recht, soweit dies kollisionsrechtlich zur Anwendung kommt anwenden, ohne dass sich die Parteien hierauf berufen müssen. Das deutsche Kollisionsrecht ist insoweit zwingend“; *ivi*, p. 972, Rn. 14 „Das Gericht hat den Inhalt des kollisionsrechtlich zur Anwendung berufenen Rechts von Amts wegen zu ermitteln. Das folgt daraus, dass ausländisches Recht als Recht, nicht als Tatsache angewendet wird und der Grundsatz *iura novit curia* auch im Anwendungsbereich des § 293 ZPO gilt. Geständnis und Nichtbestreiten der Parteien binden das Gericht nicht und entheben es nicht von der Verpflichtung zur Ermittlung des Inhalts eines ausländischen Rechtssatzes“; SONNENBERGER, *Einleitung IPR*, in *Münchener Kommentar BGB*, Rn. 630. NAGEL, GOTTWALD, *Internationales Zivilprozessrecht*, 2002, II ed., § 10, Rn. 14.

secondo: il correttivo è l'impiego di una consulenza tecnica tramite la quale il giudice possa ricevere il quadro normativo rilevante.

3.2.2. *Diritto Straniero*

Con riferimento al diritto straniero dopo decenni di dibattiti e orientamenti contrastanti la l. 31 maggio 1995, n. 218 (l. d.i.p.) ha sancito all'art. 14 che il giudice deve attivarsi per la conoscenza della fonte straniera, applicando soltanto in caso di ricerche infruttuose altra norma di collegamento e in ultima istanza la legge italiana⁸⁵.

Prima dell'entrata in vigore di questa disposizione si contrapponevano le tesi di chi riteneva che dovesse valere, eseguite infruttuosamente le indagini, la regola *actore non probante reus absolvitur*⁸⁶, con rigetto dunque della domanda per non aver

⁸⁵ "Art. 14. Conoscenza della legge straniera applicabile. 1. L'accertamento della legge straniera è compiuto d'ufficio dal giudice. A tal fine questi può avvalersi, oltre che degli strumenti indicati dalle convenzioni internazionali, di informazioni acquisite per il tramite del Ministero di grazia e giustizia; può altresì interpellare esperti o istituzioni specializzate. 2. Qualora il giudice non riesca ad accertare la legge straniera indicata, neanche con l'aiuto delle parti, applica la legge richiamata mediante altri criteri di collegamento eventualmente previsti per la medesima ipotesi normativa. In mancanza si applica la legge italiana."

⁸⁶ SATTA, *Jura novit curia*, cit., 1955, p. 381.

l'attore soddisfatto l'onere della prova, la quale pare a primo sguardo iniqua; oppure la tesi, incredibilmente forse la più sostenuta, del rigetto per l'infondatezza in diritto⁸⁷ poiché nessuna norma avrebbe tutelato la situazione soggettiva; o ancora la tesi della *lex fori* quale norma di applicazione sussidiaria in forza di una generale presunzione di conformità, ovverosia di una "risibile finzione"⁸⁸.

Si è proposto anche di fare applicazione della regola secondo la quale alla parte incombe l'onere di allegare l'elemento di estraneità e l'onere di individuare la norma, oppure l'onere di provare che la legge da applicare non fosse quella italiana (mediante la prova dell'elemento di estraneità)⁸⁹ o addirittura che il silenzio delle parti che avrebbero potuto scegliere la legge applicabile in presenza di elementi di estraneità potrebbe essere interpretato come accettazione della *lex fori*⁹⁰. Così come si è rimesso alla parte l'onere di dare la prova della norma straniera, sulla base dell'assunto che quanto al diritto straniero non vi è la medesima necessità di garantire l'uniformità nell'interpretazione,

⁸⁷ MICHELI, «*Jura novit curia*», cit., p. 588, PUNZI, *Jura novit curia*, cit., p. 162.

⁸⁸ CAPPELLETTI, «*Jura novit curia*». *Impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato e metodo comparativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffré*, Milano, 1967, p. 155.

⁸⁹ V. i riferimenti in PUNZI, *Jura novit curia*, Milano, 1965, p. 147 s., censurata come soluzione che aveva l'unica qualità di essere la via più comoda.

⁹⁰ FRANCHI, «*Jura novit curia*» e *obbligo di decidere*, cit., p. 1284 s.

la quale unica sarebbe la giustificazione del principio *iura novit curia*⁹¹.

La giurisprudenza dal canto suo, pur oscillando, si era assestata sulla posizione dell'applicazione della *lex fori*, tanto che in un giudizio instaurato nel 1987 per il risarcimento dei danni conseguenti ad incidente stradale verificatosi in Iran nel 1985, ma conclusosi dopo l'entrata in vigore dell'art. 14 l. d.i.p. la cassazione statui che in difetto di allegazione di parte e di conseguente attivazione dell'obbligo di reperire il testo di legge, dovesse trovare applicazione la *lex fori*⁹².

⁹¹ SATTÀ, «*Iura novit curia*», in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 382; ID., *Commentario al codice di procedura civile*, 1959, I, p. 440. Pare potersi replicare che invece, se anche la *ratio* del principio fosse quella di garantire l'uniforme interpretazione del diritto, l'esigenza di uniforme interpretazione del diritto seppur straniero richiamato sussiste non meno, se non solo quantitativamente, che rispetto al diritto interno.

⁹² Cass. civ., sez. lav., 30 maggio 2001, n. 7365: "Ne consegue, contrariamente a quanto assume la società ricorrente, la non applicabilità alla materia trattata nel presente giudizio dell'art. 14 della medesima legge n. 218 del 1995, che stabilisce che la legge straniera deve essere accertata d'ufficio, anche se si può ritenere, come linea di tendenza non contestabile, che anche prima dell'entrata in vigore delle nuove norme di diritto privato a tale verifica il giudice fosse tenuto (cfr. in tal senso Cass., 12 novembre 1999 n. 12538) qualora da una delle parti fosse stata dedotta la diversità del diritto straniero rispetto a quello italiano (Cass., 9 agosto 1996 n. 7377). Peraltro, come questa Corte ha avuto modo più volte di affermare, nel periodo in cui erano ancora vigenti le disposizioni sulla legge in generale poi abrogate, ove il giudice non fosse stato in grado di avere diretta conoscenza del diritto straniero "alla stregua degli elementi acquisiti agli atti o per

propria nozione (Cass., 21 marzo 1980 n. 1906), era la parte, che deduceva la suddetta diversità e la conseguente violazione della normativa straniera, che doveva provvedere ad indicare quale fosse tale normativa (Cass., 29 gennaio 1993 n. 1127 e Cass., 1 aprile 1980 n. 2094), attivandosi a fornire tutta la documentazione necessaria per porre il giudice nella condizione "di trarre ragione del proprio convincimento in ordine all'applicazione della diversa disciplina" (Cass., 9 agosto 1996 n. 7377, sopra indicata)". Negli stessi termini cass. civ., sez. I, 9 gennaio 2004, n. 111: "La disposizione del citato art. 14 della legge n. 218 del 1995 di riforma del sistema di diritto internazionale privato è infatti applicabile soltanto con riferimento ai giudizi iniziati dopo la data di entrata in vigore della suddetta legge, come espressamente stabilito dall'art. 72 della legge n. 218 del 1995. Ne consegue che, per i giudizi iniziati in epoca precedente, continua a trovare applicazione il principio secondo cui, qualora una parte invochi in suo favore l'applicazione di una legge straniera, deducendone la diversità rispetto a quella italiana, deve provvedere ad indicare quale sia e deve attivarsi per fornire tutta la documentazione necessaria affinché il giudice sia posto nella condizione formare proprio convincimento in ordine all'applicazione della diversa disciplina: sicché, in difetto di tale allegazione, se il giudice non sia in grado di avere diretta conoscenza della normativa straniera sulla base degli elementi acquisiti agli atti o per propria nozione, egli deve fare riferimento alle leggi italiane (cfr., in argomento, Cass., 30 maggio 2001, n. 7365; e 12 novembre 1999, n. 12538)". Tuttavia *contra* in consapevole contrasto: Cass. civ., sez. I, 17 novembre 2003, n. 17388, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, p. 1042 ss.: "La norma di diritto straniero da applicarsi in base alle disposizioni preliminari al codice civile non può essere equiparata a un mero fatto ... il giudice è tenuto ad accertarne autonomamente e d'ufficio l'esistenza ... non è vincolato al divieto di utilizzazione del proprio sapere privato, dato

Al diritto straniero, secondo la l. d.i.p., dunque, è applicata la stessa disciplina cui soggiace il diritto italiano: l'iniziativa è ufficiosa, non viene in gioco il principio dispositivo, la mancata conoscenza non comporta mancato assolvimento dell'onere della prova. Trattandosi di diritto e non di fatto⁹³ il giudice non dipende dalle allegazioni delle parti (o da quanto emerga dalle risultanze processuali): il giudice deve verificare se vi siano nel caso da decidere elementi di estraneità⁹⁴.

che il principio *iura novit curia* riferito alla legge straniera applicabile, opera anche in relazione ai giudizi iniziati prima dell'entrata in vigore della legge n. 218 del 1995.

⁹³ Non vedo giustificazione pertanto in Cass. civ., sez. III Sent., 30 ottobre 2008, n. 26063 in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, 3, p. 661: l'accertamento della legge straniera che assicuri (o che escluda) la condizione di reciprocità costituirebbe un accertamento di fatto e quindi riservato al giudice di merito e soprattutto soggetto all'onere della prova e non al principio *iura novit curia*. Invece si tratta solo di indagare un testo di legge, quello che appunto contenga la condizione di reciprocità: la maggiore difficoltà della ricerca, non lo rende meno fonte del diritto e neanche l'obiezione che finché non è individuata non la si può considerare testo di legge è malposta, poiché in ogni attività di ricerca della fonte la ricerca è già questione di diritto. Nel senso qui avversato invece CARBONE, sub art. 14, in POCAR e altri (a cura di) *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 70 ss., cui sembra aderire FUMAGALLI, *Diritto straniero*, cit., p. 470, nota 9.

⁹⁴ *Ibidem*, il quale mette in rilievo anche come la scelta dell'accertamento ufficioso tuteli l'imperatività della norma in conformità alla dottrina dell'"effetto utile".

La scelta del legislatore di far applicazione in via residuale della legge italiana, in ipotesi di incapacità del giudice di determinare l'esatta portata della norma straniera che sarebbe applicabile, in forza di una sorta di presunzione di corrispondenza, è caratterizzata da un forte pragmatismo, ma lascia insoddisfatti: è difatti viziata da irrazionalità, non potendosi sostenere altro circa la norma straniera, se non che se si può presumere alcunché, è che essa sia differente dall'italiana (per quanto il concetto di presunzione non sia pertinente)⁹⁵. Sarebbe parsa preferibile altra soluzione, proposta da Cappelletti, secondo il quale "nell'impossibilità di accertare la norma richiamata dalle regole interne di conflitto, il giudice dovrebbe ricorrere alla soluzione offerta per quella data materia dall'ordinamento «più vicino», «più simile», «più imparentato» a quello richiamato". Sulla base della considerazione che la conoscenza umana rimane sempre verosimiglianza e che anche nell'ordinamento interno con riferimento alle norme scritte, il giudice dovrebbe interpretare la norma rinviata, eventualmente con il supporto dell'ermeneutica: il giudice dovrebbe in ipotesi fare applicazione dell'ermeneutica del paese di rinvio e quando anche questa non potesse soccorrere, dovrebbe appoggiarsi sulle spalle dei comparatisti per individuare la "soluzione di maggiore

⁹⁵ BROGGINI, *Sulla presunta prova della legge straniera*, in *Giur. it.*, 1958, I, c. 613: la presunzione, contrasta con l'esistenza del diritto internazionale privato stesso ed è istituto che ha a che vedere con i fatti da provare non con le norme; del resto difetterebbe una massima di comune esperienza da applicare (MICHELI, *Jura novit curia*, cit., p. 587).

probabilità” e individuare la regola in base alla quale rendere il diritto⁹⁶.

Dinanzi alla scelta operata dalla l. d.i.p. e alla luce delle suggestioni della proposta dottrinale appena riferita che si regge sul presupposto sconosciuto dal legislatore del valore della comparazione al fine di individuare e interpretare correttamente la fonte che debba consentire di rendere effettiva giustizia, potrebbe a livello problematico domandarsi se sia possibile perseguire una diversa soluzione, quantomeno per i casi nei quali l'irrazionalità della soluzione legislativa potesse far percepire una inaccettabile o casuale regolazione del conflitto d'interessi del caso concreto. È noto difatti che negli ordinamenti di *common law* in forza della regola del *forum non conveniens*, il giudice possa rifiutarsi di decidere del caso, ritenendo più adeguato altro giudice. La Corte di giustizia ha negato l'applicabilità nell'ambito

⁹⁶ CAPPELLETTI, *«Dura novit curia»*, cit., p. 155: “Il giudice, anche di fronte all'impossibilità di conoscere ed applicare la norma richiamata ed i procedimenti ermeneutici dell' ordinamento richiamato, sarà tuttavia pur sempre in grado di formarsi una qualche opinione - più o meno completa, più o meno corretta - di quest' ordinamento, delle sue affinità con altri ordinamenti, della sua partecipazione a date «famiglie giuridiche», della situazione culturale, economica, politica, sociale che ne sta alla base, ecc. ecc. Egli utilizzerà, pertanto, tutte le proprie conoscenze, acquisite e acquisibili, per arrivare ad una soluzione la quale abbia per lo meno un minimo di maggiore probabilità di essere corrispondente, o insomma di avvicinarsi maggiormente, a quella dell' ordinamento richiamato”. Certo servirebbe un sistema processuale che funzioni, specie quanto a tempi; ma è altra questione.

dell'Unione dell'istituto anglosassone con riferimento alla convenzione di Bruxelles (e si deve ritenere anche al reg. Ue n. 4472011 per quanto non applicabile *ratione temporis*)⁹⁷. Allo stesso tempo il reg. UE n. 2201/2003 in materia di responsabilità genitoriale all'art. 15 prevede che il giudice dello Stato membro possa chiedere il trasferimento della competenza a favore del giudice dello Stato più adatto a trattare il caso, considerato il legame del minore con lo Stato e qualora corrisponda all'interesse superiore del minore; seppur subordinando la modificazione di competenza all'accettazione di una delle parti⁹⁸.

Ebbene, guardando ai presupposti applicativi della dottrina del *forum non conveniens* questa prevede che «la sospensione del giudizio viene concessa sulla base del *forum non conveniens* soltanto se il giudice è convinto che esista un altro giudice, parimenti competente, che costituisce il foro adeguato per la controversia, ossia dinanzi al quale la controversia può essere giudicata in modo adeguato, avendo riguardo agli interessi

⁹⁷ C. giust. U.e., sent. 1 marzo, 2005, C-281/02, in *Int'l Lis*, 2006, 1, p.15 ss., con nota di LUPOI, M.A., *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?* secondo la quale la convenzione “precludes a court of a Contracting State from declining the jurisdiction conferred on it by Article 2 of that convention on the ground that a court of a non-Contracting State would be a more appropriate forum for the trial of the action even if the jurisdiction of no other Contracting State is in issue or the proceedings have no connecting factors to any other Contracting State”.

⁹⁸ MOSCONI, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, V ed., 2010, I, p. 46.

di tutte le parti e ai fini della giustizia»⁹⁹. Il criterio da impiegare per stabilire la preferenza è la verifica di fattori di collegamento di ordine pratico, economico, la sede, la residenza ma anche *la legge applicabile al caso*.

Peraltro in seguito all'entrata in vigore della convenzione, i giudici britannici hanno ritenuto che la dottrina potesse rimanere in piedi solo nei confronti di uno Stato non contraente¹⁰⁰ e la questione è rimasta dibattuta senza giungere a un'unità di visione neanche nei paesi interessati; si può aggiungere che ai sensi dell'art. 4 della convenzione essa possa trovare applicazione anche in ipotesi di convenuto non residente in uno Stato membro; tuttavia per ragioni di ordine sistematico e secondo la volontà del legislatore della convenzione, non si potrebbe ritenere la dottrina del *forum non conveniens* compatibile con la convenzione, pregiudicandone essa l'effetto utile (in particolare ai fini del riconoscimento e della circolazione delle decisioni e dell'interpretazione uniforme del diritto europeo) ed esponendo le parti a un rimando inane presso il diverso foro, il che sarebbe contrario alle esigenze cui intende far fronte la convenzione e l'art. 6 Cedu¹⁰¹. In conclusione rilevato che l'art. 2

⁹⁹ House of Lords, *Spiliada Maritime Corporation v. Cansulex Ltd*, 1986. Cfr. le Conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa 281/02. Il provvedimento della corte anglosassone è di sospensione a tempo indeterminato, potendo l'interessato riassumere in ogni momento la causa nel caso in cui non riesca a ottenere ascolto presso l'altro foro, non essendo difatti disposto alcun trasferimento dal tribunale adito originariamente a quello "più opportuno".

¹⁰⁰ Court of appeal, sentenza *Harrods* (1992, Ch. 72, CA).

¹⁰¹ Cfr. conclusioni dell'avvocato generale Léger.

della Convenzione di Bruxelles è applicabile ai casi di rapporto tra giudici di uno Stato contraente e quelli di uno Stato non contraente (non ai rapporti tra i giudici di più Stati contraenti)¹⁰², che tale articolo è derogabile solo alle condizioni indicate e che la dottrina del *forum non conveniens* è stata espressamente esclusa in sede di lavori preparatori, che la discrezionalità che la stessa dottrina attribuisce al giudice minerebbe la certezza del diritto, allora non potrebbe trovare applicazione¹⁰³, neanche si deve aggiungere nell'ipotesi in cui i costi del procedimento presso il foro non opportuno rischierebbero di vanificare la richiesta di giustizia.

Che in ipotesi di convenuto domiciliato in Stato membro e di conflitto con riferimento a Stati membri, la declinatoria di giurisdizione non può aversi, è dato pacifico anche nella giurisprudenza delle corti inglesi¹⁰⁴. E che la soluzione offerta dalla Corte sia corretta è altrettanto, sul piano del diritto

¹⁰² Peraltro in senso contrario prima Cass., sez. un., 26 luglio 2004, n. 13968, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2005, p. 1112 ss.: “la invocata Convenzione di Bruxelles è, nella presente fattispecie, inoperante, come ha esattamente osservato la sentenza impugnata, poiché sia la parte convenuta (che è di Bolzano), sia il terzo chiamato in causa (che è una società italiana) non sono stati citati in uno Stato diverso dal proprio”.

¹⁰³ C. giust. U.e., sent. 1 marzo, 2005, C-281/02, sulla quale ancora LUPOI, M.A., *op. loc. cit.*

¹⁰⁴ V., anche per i richiami, LUPOI, M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, p. 325 ss.; ID, *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, cit., nota 6 per indicazioni di giurisprudenza recente.

positivo, indubitabile. Tuttavia rimangono compresi quei i casi particolari nei quali la giurisdizione può entrare in crisi per inadeguatezza.

Un tale formalismo proprio nelle istituzioni europee, improntate a fattualità e pragmatismo (in quel caso i costi del processo diventavano intollerabili), si comprende forse per pari pragmatismo ma in diversa direzione, in chiave di principio di auto-conservazione leggendovi la volontà delle stesse di auto-legittimarsi e auto-affermarsi (l'applicazione dell'effetto utile all'istituzione stessa)¹⁰⁵: un principio di elementare ragionevolezza vuole che quando il male (la deroga di competenza) sia inferiore ai danni della cura (la trattazione da parte del giudice naturale) il male debba essere preferito. Una riprova sistematica che il male non è poi così intollerabile per l'ordinamento europeo discende dall'ordinamento stesso nel momento in cui nel regolamento sull'affidamento dei minori consente proprio di fare applicazione della dottrina dell'effetto utile prescrivendo il trasferimento del procedimento dinanzi al foro più adatto (su richiesta o su accettazione di una delle parti)¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Approvala la scelta LUPOI, M.A., *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, cit., § VI

¹⁰⁶ Ovviamente si può anche ritenere che il male peggiore sarebbe in ogni caso il depotenziamento del sistema giudiziario europeo (ma sentenze ingiuste porterebbero allo stesso risultato). La Corte non si è pronunciata poi sulla diversa questione relativa a se la regola della non applicabilità del *forum non conveniens* potesse tollerare eccezioni "in alcune circostanze". Per difetto di rilevanza nel caso *a quo* (litispendenza o connessione con un procedimento pendente davanti

Conclusivamente e tornando al problema posto dall'applicazione della legge italiana quale criterio residuale previsto dall'art. 14 l. d.i.p. non si vuole certo sostenere che si debba professare una *interpretatio abrogans* della disposizione (per quanto sia irragionevole il richiamo alla legge del foro e la Corte costituzionale potrebbe un giorno rilevare tale aspetto); a maggior ragione registrato l'atteggiamento di chiusura, positivamente corretto ed anche ragionevole, della Corte di giustizia. Piuttosto si potrebbe ammettere a livello di modello teorico, la cui eccezionale applicazione in determinati rarissimi casi potrebbe non essere esclusa *a priori*, allorché gli inconvenienti dell'applicazione della legge italiana si rivelassero tali da far ritenere che la decisione non sarebbe conforme al diritto posto per regolare la fattispecie (tralasciando la finzione di conformità dell'ordinamento italiano rispetto a quello straniero); a patto che sussista un criterio di collegamento giurisdizionale secondo la dottrina del *forum non conveniens* con

al giudice di uno Stato terzo, l'esistenza a favore di giudice di Stato terzo di una clausola di proroga o esistenza di un criterio esclusivo di collegamento: la pronuncia non arriva ad escludere "che il foro del domicilio o altri fori speciali possano essere messi fuori gioco qualora sussistano, rispetto a Stati terzi, situazioni che, nel contesto della Conv. o nel Reg. 44/2001, porterebbero appunto alla sua deroga, come nelle ipotesi di litispendenza, connessione, clausola di proroga e giurisdizione esclusiva" (LUPOLI, M.A.; *ivi*, § VII, VIII e in particolare richiami alla nota 58). Conclusivamente se vi sia criterio di collegamento per domicilio in Stato terzo, si deve ritenere che l'art. 4 del reg. Ue n. 4/2011 consenta in base alla *lex fori* l'applicabilità del *forum non conveniens* ove vigente.

l'altro Stato, allora potrebbe ipotizzarsi la declinatoria di giurisdizione, con effetto sospensivo, a favore del giudice più adeguato; e soprattutto a patto di superare la rigida disciplina che la stessa l. d.i.p. detta per la deroga di giurisdizione (art. 4, comma 2°). Un'ipotesi insomma nella quale l'eccezionalità del fatto conduca il giudice a ritenere che la regola normativa non è data per quale caso particolare. Ma non solo. Si pensi all'impiego in Germania, dove la dottrina del *forum non conveniens* è rifiutata, all'impiego estensivo della *perpetuatio fori* o all'istituto della *Rechtsschutzinteresse*¹⁰⁷. Non si tratta di una proposta, ma di un'ipotesi di riflessione.

3.2.3. *Diritto consuetudinario e antico*

Se la questione per quanto riguarda il diritto straniero è stata risolta dal legislatore, altrettanto non può dirsi per il diritto antico e consuetudinario, quantomeno con disposizione espressa.

Il criterio discretivo per l'applicazione del principio *iura novit curia* secondo l'orientamento dominante sarebbe dunque la pubblicazione o meno della fonte di diritto scritto: certo non si

¹⁰⁷ Cfr. REUS, *Judicial Discretion: A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany*, 16 Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev. 455, 1994, p. 491 e 498, che conclude in senso negativo ma che mostra ipotesi applicative improntate alla soddisfazione della medesima esigenza perseguita dalla dottrina del *forum non conveniens*.

può ritenere accettabile che il discrimine sia tracciato tra fonti soggette a pubblicazione nella Gazzetta ufficiale o nei bollettini ufficiali delle regioni e province autonome e altre fonti. Qualunque forma di pubblicazione, anche quella prevista per i regolamenti degli enti locali, dovrebbe essere reputata idonea a conferire il valore privilegiato di pubblicità¹⁰⁸.

Tuttavia per quel che concerne diritto consuetudinario e antico, ovviamente si tratta di fonti che non conoscono nell'ordinamento un sistema di pubblicazione legato all'emanazione della fonte normativa. Entrambi tuttavia devono essere conosciuti essendo obbligo del giudice conoscere e procurarsi la conoscenza delle norme.

Il diritto consuetudinario si distingue a seconda della vigenza nella materia nella quale deve spiegare efficacia di leggi o regolamenti (art. 8 disp. prel. c.c.)¹⁰⁹:

-- se esistono leggi o regolamenti nella materia è fonte di diritto, derogatoria o sussidiaria, nella misura in cui sia da quelle fonti richiamato ed allora in difetto di accertamento si applicheranno leggi e regolamenti scevri dall'integrazione/deroga al precetto che l'uso avrebbe apportato nel caso ricorrendo all'analogia¹¹⁰;

-- se non esistono leggi o regolamenti nella materia, l'uso è fonte di diritto che necessita di accertamento, che se senza successo comporterà il rigetto della domanda nel caso in cui solo

¹⁰⁸ PIZZORUSSO, *Jura novit curia*, cit., p. 2. Sulla pubblicazione: ID., *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, 1963.

¹⁰⁹ PUNZI, *Jura novit curia*, cit., p. 138 ss.

¹¹⁰ MICHELI, *Jura novit curia*, cit., p. 590.

la sussistenza dell'uso avrebbe condotto all'accoglimento della stessa¹¹¹.

Nessun dubbio ad ogni modo che l'uso (normativo¹¹²) sia fonte del diritto¹¹³; lo stesso è inquadrato nel sistema delle fonti, anzi l'intervento dell'ordinamento sul diritto non scritto è rivolto ad assegnargli una posizione nel sistema, ad assegnargli una veste formale¹¹⁴; nonché a disporre il valore privilegiato nell'attestarne l'esistenza che deve riconoscersi alle raccolte ufficiali, delle quali può, anzi deve, fare impiego anche il giudice: art. 9 disp. prel. c.c.¹¹⁵.

¹¹¹ PUNZI, *Jura novit curia*, cit., p. 141.

¹¹² Cfr. PAVONE LA ROSA, voce *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, § 8. Gli usi negoziali quali le clausole bancarie anatocistiche (v. Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095) non sono fonti di diritto.

¹¹³ BOBBIO, *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 467.

¹¹⁴ BARILE, *Diritto della coscienza e diritto della volontà*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 483.

¹¹⁵ PAVONE LA ROSA, voce *Usi normativi e usi negoziali*, cit., § 16: le norme non sono fatti e non ne seguono la disciplina, così l'uso normativo deve essere rilevato d'ufficio dal giudice e può essere censurato per cassazione quale violazione o falsa applicazione di legge. Fermo questo, la circostanza che la consuetudine non sia regolata in un testo scritto conduce il legislatore a dettare delle regole per l'accertamento ("prova", ma in diversa accezione) dell'esistenza dell'uso. Di contrario avviso, criticabile per le ragioni esposte nel testo (condizione di fonte di diritto dell'uso) Cass. civ., sez. III, 28 novembre 1988, n. 6408, secondo la quale: "Qualora il locatore, ai fini dell'individuazione delle riparazioni di piccola manutenzione a carico del conduttore ai sensi dell'art. 1609 c. c., deduca - in mancanza di

Il diritto antico invece è collegato alla successione fra soggetti giuridici statuali: il nuovo Stato può assimilare la precedente regolamentazione giuridica della fattispecie, può emanare norme di rinvio alle norme dello stato precedente che assolvano funzione sostitutiva, o può emanare norme di rinvio a leggi derogatorie rispetto alle nuove. Ipotizzato che la fattispecie debba essere regolata secondo il diritto antico, il mancato accertamento della norma comporta nel primo caso la verifica della tutelabilità della domanda nel nuovo ordinamento, nel secondo il rigetto della domanda perché sprovvista di copertura normativa (sempreché la fattispecie non possa essere tutelata da altra norma di diritto antico o da norma di diritto dell'ordinamento attuale), nel terzo caso l'applicazione della disciplina del nuovo ordinamento, quindi non derogata¹¹⁶.

Ad ogni modo, quanto all'atteggiamento che deve essere assunto dai soggetti del processo, non vi sono ragioni per mutare avviso: il giudice deve accertare l'esistenza del diritto, non esiste una norma che consenta di calibrare lo sforzo da profondere per reperire le fonti secondo il gradino che occupano nella gerarchia stesse¹¹⁷. In altre parole, quando la

patto fra le parti - l'applicabilità degli usi locali (che hanno efficacia normativa in quanto richiamati dalla norma citata), ha l'onere di dimostrarne l'esistenza, atteso che con riguardo alle norme giuridiche secondarie (quali gli usi locali), l'operatività del principio *jura novit curia* è condizionata alla produzione del testo normativo o ad un'esatta allegazione degli estremi essenziali per l'utile reperimento di esso".

¹¹⁶ PUNZI, *Jura novit curia*, cit., p. 141 ss.

¹¹⁷ Cfr. ANDRIOLI, *Prova*, cit., p. 68 nota 87: "Le considerazioni del MICHELI, *Jura novit curia*, cit., p. 600, intese a differenziare la posizione

norma è vincolante, vincola anche il giudice e questi deve cercarla e applicarla, eventualmente disponendo la richiesta di informazioni presso gli uffici della pubblica amministrazione (art. 213 c.p.c.)¹¹⁸, né si deve ritenere che sia rimesso necessariamente all'iniziativa della parte invocarne l'applicazione: quando il giudice conosca la norma potrà applicarla anche in difetto di istanza probatoria¹¹⁹. Di più: se si rimettesse all'iniziativa di parte l'applicazione o la non applicazione dell'uso si rimetterebbe alle stesse l'attuazione dell'ordinamento, del quale esse invece non possono disporre, come non può disporre il giudice.

Si è sostenuto allora che gli artt. 113 c.p.c. e 101 cost. sanciscono l'obbligo di attivarsi in capo al giudice per la ricerca della legge, affiancando a tali precetti il "principio di ragione giuridica, per il quale la doverosità del risultato postula

dell'obbligo di giudicare secondo diritto a seconda delle modalità di produzione delle norme da applicarsi, non tengono conto di ciò che *sul piano della conoscenza concreta* non c'è che una gradazione tra le leggi, le quali vigono indipendentemente dalla norma concreta che se ne abbia, e le altre norme la cui vigenza non è condizionata alla pubblicazione prevista nell'art. 76 Cost. Quanto all'accusa di astrattismo rivolta all'opinione qui sostenuta, non vorremmo che la formalizzazione della gradazioni di difficoltà finisse con il trasformarsi in una *relevatio ab onere judicandi* o in un incoraggiamento alla pigrizia".

¹¹⁸ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 208.

¹¹⁹ Invece, ANDRIOLI, *Prava*, cit., p. 65, quanto agli usi che non siano contenuti in raccolte, ritiene che debbano essere le parti a doversi dar carico dell'allegazione e della prova della ripetizione degli atti e della *opinio necessitatis*.

l'obbligatorietà nell'uso dei mezzi predisposti" che non viene escluso dalla difficoltà nel reperire la conoscenza del diritto da applicare. Così che affermare "che la ricerca, da parte del giudice, di queste norme prescinda dall'iniziativa delle parti e del pubblico ministero, significa non già negazione dell'applicazione del principio dispositivo, e utilizzazione del principio inquisitorio nel duplice significato in cui le due nozioni sono accolte dall'art. 115 ..., ma affermazione dell'inapplicabilità delle prove"¹²⁰.

3.2.4. *Regolamenti*

Si è già espresso sopra¹²¹ che la pubblicazione, rilevante ai fini di far ritenere l'obbligo di conoscenza e, correlativamente, l'assenza di un onere di indicazione o produzione del testo in capo alla parte della fonte, non può che essere ogni forma di pubblicazione di atti normativi atta a conferire agli stessi la caratteristica di pubblicità.

Quanto ai regolamenti governativi questi ugualmente dovrebbero essere conosciuti trattandosi di fonti soggette a pubblicazione; così anche per quanto concerne i regolamenti ministeriali purché ricorrano le caratteristiche di normatività e

¹²⁰ *Ibidem*. Escludeva con riferimento al diritto straniero un onere probatorio, invocando invece il dovere di collaborazione delle parti PATTI, *Prove*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 59 ss.

¹²¹ *Retro* 3.2.2.

generalità: i regolamenti che emanino atti amministrativi fuoriescono dall'ambito applicativo¹²².

¹²² Così si riconosce dopo qualche oscillazione nei decenni passati, natura normativa al massimale di legge per la copertura assicurativa obbligatoria per la responsabilità civile automobilistica: "In materia di assicurazione della responsabilità civile derivante dalla circolazione dei veicoli a motore e dei natanti, ove sorga controversia circa l'ammontare del massimale assicurativo previsto dalla legge per il veicolo condotto dal responsabile, è onere del danneggiato, e non dell'assicuratore, dimostrare a quale categoria appartenesse il veicolo suddetto, mentre - una volta fornita tale prova - il massimale minimo deve presumersi noto al giudice in virtù del principio "iura novit curia" (Cass. civ., sez. III, 1 ottobre 2009, n. 21057); dallo stesso presupposto verrebbe la sottrazione della difesa relativa al massimale alle preclusioni istruttorie e alla disciplina di cui all'art. 346 c.p.c.: cfr. Cass. civ., sez. III, 17 maggio 2011, n. 10811. Così deve esser conosciuto d'ufficio il d.m. sulla misura del tasso d'interesse: "Cass. civ., sez. lav., 3 agosto 2004, n. 14851: "In relazione ai criteri ed alle modalità per la corresponsione degli interessi legali e della rivalutazione monetaria per ritardato pagamento degli emolumenti di natura retributiva, pensionistica e assistenziale a favore dei dipendenti pubblici e privati delle pubbliche amministrazioni, al D.M. n. 352 del 1998 del Ministero del Bilancio, del Tesoro e della Programmazione Economica (recante disposizioni in proposito) deve attribuirsi natura regolamentare, atteso che del regolamento presenta le caratteristiche sostanziali e formali, a cominciare dalla denominazione; ne consegue che ad esso è applicabile il principio "iura novit curia" e che la violazione delle relative disposizioni è censurabile in sede di legittimità ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3". In ipotesi di decreti interministeriali senza esitazione Cass. pen., sez. III, 10 maggio 2007, n. 33767 "Ai fini

Invece, rimane vivo il problema relativo alle fonti di rango secondario, comunque sub-primario¹²³, quello della

della configurabilità del reato di cui all'art. 17 L. 2 febbraio 1974, n. 64 (che punisce la realizzazione in zona sismica di lavori in difetto di preventiva denuncia scritta e deposito degli elaborati progettuali presso l'ufficio competente) non è tema di prova la natura sismica o meno dell'area su cui insistono le opere edilizie realizzate, in quanto grava sul giudice, per il principio "iura novit curia", l'obbligo di conoscere ed applicare le norme secondarie (decreti interministeriali) che individuano le zone sismiche". Si nega invece la conoscibilità d'ufficio del decreto ministeriale, in quanto atto amministrativo, che, sulla base del d.lgs. 9 aprile 1948 n. 437, a causa del mancato funzionamento degli uffici giudiziari, stabilisce la proroga dei termini processuali previsti a pena di decadenza, come da ultimo v. Cass. civ., sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 26784: "Nel giudizio innanzi alla Corte di cassazione, il decreto del Ministro della Giustizia, che, attestando il periodo di mancato funzionamento di un pubblico ufficio, disponga la proroga dei termini per la notificazione del ricorso, deve essere prodotto nel rispetto delle regole che valgono per i documenti il cui deposito è ammissibile in sede di legittimità, ed in particolare della disposizione di cui all'art. 372 cod. proc. civ., il quale impone di notificare ai controinteressati l'elenco dei documenti prodotti, poiché esso ha natura di atto amministrativo meramente ricognitivo delle circostanze a cui la legge ricollega la proroga, come tale privo di valore normativo e perciò sottratto all'operatività del principio *iura novit curia*" (v. anche Cass. civ., sez. I, 20 agosto 2004, n. 16354).

¹²³ MODUGNO, *Fonti del diritto*, cit., § 11: la gerarchia delle fonti tradizionale è ridisegnata dall'intersezione tra ordinamenti, dal momento che gli statuti provinciali e comunali si trovano in un rapporto con la legge statale che non può essere definito di generale

disciplina della conoscenza dei regolamenti comunali, con grande frequenza in particolare dei regolamenti edilizi. Questi difatti, essendo pubblicati ufficialmente, come si è detto, dovrebbero essere conosciuti dal giudice, o meglio: il giudice dovrebbe attivare i propri poteri ufficiosi per apprenderne la conoscenza e non potrebbe ritenersi decaduta dalla prova la parte che non li abbia prodotti tempestivamente o soccombente la parte che non abbia adempiuto a tale asserito onere probatorio.

Al contrario si è a lungo affermato in giurisprudenza che in quanto fonti secondarie non soggette a pubblicazione se non locale, questi non potevano essere conosciuti d'ufficio. Emblematica è la motivazione (che richiama un indirizzo allora consolidato) di Cass. civ., sez. II, 7 giugno 2006, n. 13336¹²⁴: il

subordinazione, tanto che da tempo si ritiene preferibile la qualificazione quali fonti "sub primarie", anziché secondarie, in ragione del carattere non meramente attuativo, bensì «integrativo o meglio ancora di adattamento dei principi legislativi agli indirizzi politici locali» e perciò di fonte «sì subordinata alla legge ma non secondaria nel senso tradizionale» (citando TRAVI, *Violazione degli statuti comunali e provinciali e tutela del cittadino*, in *Regioni*, 1991, 5, 1303 ss.)

¹²⁴ Cass. civ. Sez. II, 7 giugno 2006, n. 13336: "è giurisprudenza di questa Corte (Cass. n. 10450/1996 e n. 7257/2002) che il piano regolatore di un comune costituisce norma di carattere secondario, soggetta a pubblicazione presso il Comune stesso, sicché il giudice non è tenuto a conoscerne né a ricercarne d'ufficio il contenuto, incombendo, per converso, sulla parte interessata un onere di allegazione anche in sede di giudizio per cassazione, non ostandovi il

presupposto della pronuncia è che si tratti di fonte normativa, tanto da non soffrire riguardo all'ingresso in giudizio i limiti alla produzione documentale dell'art. 372 c.p.c., mentre la disciplina deontologica che la corte ritiene di applicare è quella degli elementi di fatto, ritenendo di non dover reperire il testo d'ufficio¹²⁵.

Cass. civ., sez. V, 29 maggio 2006, n. 12786 e Cass. civ. Sez. I, 29 agosto 2006, n. 18661 tradiscono la medesima impostazione¹²⁶: la corte attiva la tagliola dell'autosufficienza del

divieto stabilito dall'art. 372 c.p.c., prima parte, norma che si pone viceversa come assolutamente ostativa alla produzione di qualsivoglia ulteriore certificazione o documentazione relativa al piano stesso, ad esempio certificazione relativa alla zona dove ricade il fabbricato in contestazione, che imporrebbe al giudice di legittimità un esame del merito dalla controversia, vietato a tale giudice come sopra si è detto”.

¹²⁵ V. seppur solo a livello di *obiter dictum* Cass. civ., sez. lav., 30 maggio 2001, n. 7365 richiamata *retro*.

¹²⁶ Cass. civ., sez. V, 29 maggio 2006, n. 12786: “il ricorrente nel ricorso per Cassazione non riporta il testo della delibera di cui assume l'illegittimità e secondo massima di questa Suprema Corte ai fini dell'ammissibilità del ricorso per Cassazione avverso la applicazione della Tassa sui rifiuti solidi urbani (TARSU) per violazione di regolamento comunale di un Comune, ove siano sollevate censure che comportino l'esame di detto regolamento, è necessario, per il principio di autosufficienza del ricorso, che le norme del regolamento invocate siano interamente trascritte o allegate, non operando, con riguardo alle norme giuridiche secondarie, il principio "iura novit curia", e non rientrando, pertanto, la conoscenza dei regolamenti comunali tra i doveri del giudice che, solo ove disponga di poteri istruttori, può acquisirne diretta conoscenza, indipendentemente

dall'attività svolta dalle parti (Fattispecie relativa al Regolamento del Comune di Forlì, approvato con delibera consiliare in data 30 giugno 1994, n. 248, per l'applicazione della TARSU) (Cass. 22648/04 e 23093/05)".

Cass. civ., sez. I, 29 agosto 2006, n. 18661: "Relativamente alle censure svolte con il secondo motivo in riferimento all'art. 13 del regolamento comunale menzionato in detto mezzo la doglianza è inammissibile per violazione del principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione (art. 366 c.p.c.) per il quale tale atto deve contenere in sé tutti gli elementi necessari a costituire le ragioni per cui si chiede la cassazione della sentenza di merito ed altresì a permettere la valutazione della fondatezza di tali ragioni ... va ribadita la giurisprudenza di questa Corte secondo la quale (Cass., n. 22648 del 2004; n. 1865 del 2000), qualora con il ricorso per Cassazione si sollevino censure che comportino l'esame di un regolamento comunale o provinciale, è necessario che le norme del regolamento invocate siano interamente trascritte o allegate, non operando, con riguardo alle norme giuridiche secondarie - rispetto al quale va tenuto distinto il caso delle fonti paraprimary o subprimary, quale lo statuto comunale - il principio *iura novit curia*, e non rientrando, pertanto, la conoscenza dei regolamenti comunali e provinciali tra i doveri del Giudice, che, solo ove disponga di poteri istruttori, può acquisirne diretta conoscenza, indipendentemente dall'attività svolta dalle parti".

Merita rilevare come solo nel secondo caso poi, per quanto si possa ricavare dal testo delle sentenze, era denunciata con chiarezza la violazione di articoli di regolamenti comunali, mentre nel primo con riferimento al primo si desume solo che il ricorrente si doleva dell'illegittimità di una delibera comunale per contrarietà a più norme e in riferimento a una asserita illegittima retroattività della stessa, non anche (come poi indicato in motivazione ma non nella descrizione dei motivi del ricorso) della contrarietà della delibera al regolamento

ricorso forte dell'argomento secondo il quale le fonti secondarie non devono essere conosciute, allo stesso tempo però dichiarando che il giudice può reperire la conoscenza delle stesse fonti, e ciò indipendentemente da ogni attività della parte, facendo impiego dei poteri istruttori d'ufficio, sebbene solo nei gradi di merito.

La corte ha fatto applicazione in entrambi i casi della regola, nient'affatto ragionevole e nient'affatto di diritto positivo, dell'autosufficienza del ricorso per cassazione, che avrebbe imposto la trascrizione nel testo del ricorso del testo normativo, lasciando intendere che nel caso in cui il provvedimento assunto come illegittimo fosse stato trascritto, allora astrattamente avrebbe potuto esaminare la questione.

Tale indirizzo non appare in alcun modo giustificabile¹²⁷. Se il giudice deve applicare il diritto gli spetta la conoscenza delle

comunale. Ad ogni modo la pronuncia rimane in ogni caso indicativa dell'indirizzo giurisprudenziale, per quanto il principio di diritto tanto più spiega efficacia persuasiva, quanto più sia aderente al fatto regolato (le corti dei precedenti sono corti che decidono su casi e l'efficacia vincolante della pronuncia riposa sulla soluzione del fatto, non sulla descrizione di fattispecie astratte).

¹²⁷ Metteva già in risalto la contraddittorietà CRISAFULLI, *Fonti del diritto (dir. cost.)*, cit., p. 935, nota 22, criticando Cass. civ., sez. I, 11 agosto 1961, n. 1977, ined.: "non mancano sentenze le quali pur confermando che i regolamenti comunali hanno contenuto di norme giuridiche e sono fonti del diritto oggettivo, hanno tuttavia escluso che valga per tali regolamenti il principio *iura novit curia*, incombendo invece alla parte interessata l'onere della prova di essi esibendoli in giudizio".

fonti generali e caratterizzate da normatività e quindi pubblicità: “è ... sorprendente e non merita di essere condiviso il diverso trattamento che i giudici fanno a sé stessi, quando statuiscano che, nel caso di norme giuridiche secondarie, è necessaria la produzione da parte dell’interessato del testo normativo o, almeno, l’esatta allegazione degli elementi essenziali per reperirlo”¹²⁸. Del resto se anche dell’onere di conoscenza delle norme si vuol gravare la parte, pare del tutto irragionevole sollevarne il giudice.

A maggior ragione non può essere negato l’obbligo di conoscenza dei regolamenti comunali a fronte della la nuova formulazione dell’art. 114 2° comma cost. secondo il quale comuni, province, città metropolitane e regioni sono enti autonomi con propri statuti. In particolare “I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà normativa secondo i principi fissati dalla Costituzione. La potestà normativa consiste nella potestà statutaria e in quella regolamentare.” (art. 4, l. 5 giugno 2003, n. 131 – legge attuativa). Agli enti locali è riconosciuta potestà normativa, ovverosia di darsi uno statuto e di emanare regolamenti, con attribuzione a questi ultimi di una riserva di competenza¹²⁹ che pare esonerarli, secondo alcuni, dalla subordinazione agli atti del

¹²⁸ VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., p. 624 nota 274.

¹²⁹ Art. 7 d.lgs. 18 agosto 2000, n. 267: “Il Comune e la Provincia adottano regolamenti nelle materie di propria competenza ed in particolare per l’organizzazione ed il funzionamento delle istituzioni e degli organismi di partecipazione, per il funzionamento degli organi e degli uffici e per l’esercizio delle funzioni”.

Governo e anche in parte agli stessi statuti¹³⁰: “la fonte regolamentare comunale diviene un indefettibile strumento per l’ente onde svolgere e perseguire compiutamente i propri fini istituzionali”¹³¹.

Considerato che uno dei predicati caratteristici della fonte normativa è la soggezione al principio *iura novit curia*, non si può continuare a negare che i regolamenti locali quando siano normativi (general) e non amministrativi, debbano essere conosciuti dal giudice¹³².

¹³⁰ Cfr. MODUGNO, *Fonti del diritto*, cit., § 11.

¹³¹ GIARDINO, *Regolamenti comunali*, in *Digesto disc. pubbl.*, 2008, § 6. La progressiva ridefinizione degli ambiti e delle funzioni delle fonti non statuali avallata dalla modifica costituzionale (nuovo art. 117 cost.) è espressione del processo di decentramento sempre maggiore della potestà legislativa tesa: “il diritto privato regionale è uscito dalla clandestinità” (meglio “il diritto privato delle Regioni”, quale contenitore descrittivo di disposizioni occasionali e non sistematiche che tuttavia prescrivono in ambito privatistico) e fronteggia l’ordinamento civile, per il tramite del giudizio di costituzionalità, in un rapporto di tensione tra limiti e materie (di attribuzione) verso una ricerca della definizione dei rapporti di autonomia nel rispetto del principio di eguaglianza: v. BENEDETTI, A., *Il diritto privato delle regioni*, cit., p. 87 ss.

¹³² CERRI, *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2011, p. 21 ss.: “Nella giurisprudenza e nei contributi della dottrina del nostro paese si afferma un insieme di caratteri e conseguenze giuridiche proprie degli atti o fatti fonte e delle prescrizioni che ne derivano: ... 7) il principio *iura novit curia*, che sottrae all’onere della prova la conoscenza della norma giuridica (ma non anche di ogni altro atto o fatto giuridico, sia pure riferibile ad una pubblica autorità)”.

Le sezioni unite della corte di cassazione si sono pronunciate all'indomani dell'attuazione della legge costituzionale del 2001¹³³: seppur con i limiti di una pronuncia cui si è voluti arrivare a tutti i costi in una vicenda di non particolare momento e per risolvere pregiudizialmente la sola questione del conferimento per mezzo dello statuto comunale a un funzionario dello stesso comune del potere di rappresentanza processuale e della necessità o meno dell'autorizzazione a stare in giudizio per il medesimo soggetto da parte della giunta comunale (limiti che impongono di aspettare successive pronunce per sapere davvero quale sarà l'orientamento della corte), la corte ha descritto con attenzione l'evoluzione legislativa, giungendo a pronunce i cui antecedenti logico-giuridici conducono ad attribuire il rango di fonte paraprimary o sub-primaria allo statuto comunale, in posizione di supremazia

¹³³ Cass. civ., sez. un., 16 giugno 2005, n. 12868: "se è certamente vero che l'esercizio della potestà regolamentare costituisce anch'esso espressione della autonomia dell'ente locale, in quanto attua la capacità dell'ente di porre autonomamente le regole della propria organizzazione e del funzionamento delle istituzioni, degli organi, degli uffici e degli organismi di partecipazione, ed ha trovato anch'esso riconoscimento costituzionale nel nuovo testo dell'art. 117 Cost., è tuttavia altrettanto vero che la disciplina delle materie che l'art. 7 del testo unico affida al regolamento deve avvenire nel rispetto dei principi fissati dalla legge e dello statuto: ciò vale a dire che il potere di autoorganizzazione attraverso lo strumento regolamentare deve svolgersi all'interno delle previsioni legislative e statutarie, così ponendosi un rapporto di subordinazione, pur se non disgiunto da un criterio di separazione delle competenze, tra statuto e regolamento".

rispetto al regolamento, seppur in una relazione fra i due istituti di competenze reciproche anche esclusive. Il potere normativo dello statuto e del regolamento, alla luce della ricostruzione della stessa corte non pare in alcun modo negabile; il che però ancora non basta, poiché le resistenze della giurisprudenza rispetto all'applicazione del principio *iura novit curia* parevano fondarsi sulla pretesa non conoscibilità per la "provincialità" della pubblicazione. Le attribuzioni, che la costituzione, e poi le leggi di attuazione, riserva a statuti e regolamenti, contribuiscono indubitabilmente per latitudine, qualità e anche forma, attesa la copertura costituzionale, a realizzare l'ordinamento: il giudice deve realizzare quell'ordinamento.

Regolamenti edilizi. Peraltro, per quanto concerne i regolamenti edilizi merita dar conto di un orientamento che deve ritenersi ormai consolidato e che conduce al risultato, che mi pare corretto, di fare applicazione del principio *iura novit curia*, gravando il giudice della conoscenza della norma e quindi di svolgere le indagini necessarie per poterla acquisire. Si sostiene difatti con riferimento ai regolamenti edilizi, nella parte in cui dettano norme integrative delle disposizioni del codice civile sulle distanze, allora devono essere conosciuti dal giudice a prescindere da qualsiasi attività allegatoria o produzione delle parti¹³⁴.

¹³⁴ Cass. civ., sez. II, 29 luglio 2009, n. 17692: "La giurisprudenza di questa corte insegna infatti che le norme dei regolamenti comunali edilizi e i piani regolatori sono, per effetto del richiamo contenuto negli artt. 872 e 873 c.c., integrative delle norme del codice civile in materia di distanze tra costruzioni, sicché il giudice deve applicare le richiamate norme locali indipendentemente da ogni attività assertiva o

Pare evidente tuttavia che non si tratta di un nuovo indirizzo giurisprudenziale venutosi a formare sopra la conoscenza dei regolamenti comunali: le sentenze difatti rimarcano la natura di fonte secondaria del regolamento comunale, al quale viene applicato tuttavia la disciplina delle fonti primarie, quanto all'obbligo e alle modalità di conoscenza, ovverosia la disciplina delle norme codicistiche che i regolamenti locali integrano ai fini delle distanze tra edifici.

3.2.5 *Contratti collettivi di lavoro*

Determinare se il contratto collettivo nazionale sia fonte di diritto o meno è questione che impegna da sessant'anni gli studiosi del diritto del lavoro e del diritto costituzionale¹³⁵.

La questione alla luce del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, dell'art. 369 c.p.c. 2° comma n. 6 e del nuovo art. 420 bis c.p.c., scarta dal percorso precedente e prende la strada indicata agli stessi contratti e accordi collettivi nazionali con gli artt. 63, u.c.,

probatoria delle parti, acquisendone conoscenza, o attraverso la sua scienza personale o attraverso la collaborazione delle parti, o attraverso la richiesta di informazioni ai comuni. (Cass. 4372/02)"; negli stessi termini Cass. civ., sez. II, 29 luglio 2009, n. 17692 e Cass. civ., sez. II, 15 giugno 2010, n. 14446.

¹³⁵ MODUGNO, *Le fonti normative nel Diritto del Lavoro*, in CATALDO BALDUCCI, MARIA LUISA SERRANO (a cura di), *Atti del Convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro*, url: <http://caspur-ciberpublishing.it>, 2011, p. 103 ss.

e 64 del d.lgs. n. 165 del 2001, nonché. 360, comma 1°, n. 3, e 420 bis c.p.c.), con il nuovo art. 366 1° comma, n. 5, c.p.c., (a pena di inammissibilità, specifica indicazione dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda): il ricorrente deve, a pena di improcedibilità, depositare gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda. L'obiettivo del legislatore sarebbe impegnare la corte di cassazione a fare esercizio di nomofilachia nell'interpretazione dei testi degli accordi collettivi e dei fatti che ricorrentemente sotto la previsione dei ccnl ricadano.

Il problema della doverosità della conoscenza è risolto dal legislatore prima e dalle sezioni unite poi, escludendola; ed imponendo alla parte, sia quando il ricorso sia su sentenza non definitiva, sia quando sia su sentenza definitiva, pena definizione del giudizio, il deposito del testo del contratto collettivo (nazionale), eccetto che per i contratti del pubblico impiego (pubblicati sulla Gazzetta ufficiale); riconoscendo il diritto al confronto in caso intenzione di impiegare una clausola o una norma differente¹³⁶.

Ne viene che i contratti collettivi del settore pubblico, prima e quelli del settore privato, poi, “sono stati equiparati agli atti normativi solo ai fini processuali dell'ammissibilità di un nuovo motivo di ricorso in cassazione ... senza che ne sia stata alterata, sul piano sostanziale, la natura di atti negoziali”¹³⁷.

¹³⁶ Cass., sez. un., 23 settembre 2010, n. 20075 annotata da GUARNIERI, *Giudizio di cassazione e onere di depositare il testo integrale del contratto o accordo collettivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 3, p. 726 ss.

¹³⁷ Cass., sez. un., 8 luglio 2008, n. 18621; in termini Cass., sez. un., 23 settembre 2010, n. 20075.

Dunque non vi è applicazione del principio *iura novit curia*, per quanto riguarda i contratti collettivi nazionali di lavoro del settore privato; mentre per quelli del settore pubblico invece vale il principio che il giudice può autonomamente reperire la fonte contrattuale in quanto pubblicata sulla Gazzetta ufficiale.

È pur vero che il processo deve risolvere conflitti pratici, è un'attività che si valuta per i risultati empirici. Ma dal punto di vista teorico la correlazione indefettibile conoscenza in capo alla *curia* e avvenuta pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, non può trovare un supporto argomentativo. Ad ogni modo, scendendo al livello delle esigenze pratiche richiamate da tale assunto della corte, rimane raccomandabile non omettere in ogni caso la produzione del contratto collettivo nazionale di lavoro, incombendo l'art. 374 3° comma c.p.c.¹³⁸.

3.2.6. Conclusioni

Conclusivamente sussiste per tutte le fonti che siano di diritto, caratterizzate da normatività e giuridicità, del resto secondo lo stesso insegnamento giurisprudenziale: poiché vale il principio *iura novit curia* alla stregua del quale il giudice deve applicare la legge e dare attuazione all'ordinamento; sussiste il dovere in capo al giudice di esserne a conoscenza, o di

¹³⁸ GUARNIERI, *Giudizio di cassazione e onere di depositare il testo integrale del contratto o accordo collettivo*, cit., p. 732: una sezione semplice potrebbe sempre in dissenso, rimettere di nuovo la decisione sulla questione alle sezioni unite.

procurarsene la conoscenza. Altra questione è quella attinente alla difficoltà della conoscenza stessa, che non ne sposta la doverosità.

Fanno eccezione i contratti collettivi del settore privato, nonostante la previsione della ricorribilità per cassazione, la quale risponde a esigenze particolari ed estroverse, rimangono fonti negoziali.

4. IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA: AMBITO E DISCIPLINA

4.1. *IURA NOVIT CURIA*: IL GIUDICE PROVVEDE ALLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA DELLA FATTISPECIE

Si è visto *retro* 3.1., esaminando il problema dei presupposti e delle modalità per il giudice di conoscenza del diritto oggettivo, come il principio *iura novit curia* non abbia alcunché a che vedere con il modo in cui i fatti o le prove entrano nel processo: nonostante il problema della conoscenza storicamente sia collegato alla prova della fonte (lo *ius commune* era patrimonio della corte, mentre lo *ius municipale* doveva essere provato da chi lo invocava), nell'ordinamento attuale il problema si sposta sull'individuazione della fonte e si articola nell'onere allegatorio, che si è ritenuto insussistente¹³⁹, e nelle modalità per

¹³⁹ Per quanto sia interesse della parte offrire al giudice quante più indicazioni in ordine all'esistenza e al contenuto della norma favorevole, la mancata indicazione non si traduce in un mancato assolvimento dell'onere idoneo a condurre *ex se* alla non applicazione della norma favorevole non invocata. Il problema rimane aperto con riferimento agli usi non raccolti: si può ritenere che il problema sia soltanto empirico di acquisizione della conoscenza, dal momento che rimarrebbe invariato l'obbligo astratto di conoscenza in capo al giudice annoverandosi anche gli usi non raccolti tra le fonti di diritto. Oppure che in giudizio altro modo non potrebbe esservi per ottenere l'applicazione dell'uso non raccolto se non invocandone

l'acquisizione della concreta conoscenza delle norme stesse, assunto comunque l'obbligo di conoscenza in capo al giudice. La funzione del potere giurisdizionale, deputato a dare attuazione all'ordinamento, e la conoscenza che il giudice deve avere della norma, in quanto soggetto dell'ordinamento, conducono ad affermare che il giudice conosce le norme e che quindi alle parti è rimessa la sola illustrazione delle situazioni soggettive delle quali intendono chiedere tutela.

Tuttavia con il brocardo *iura novit curia*, come si è detto, non si suole esprimere soltanto il dovere del giudice avente ad oggetto l'acquisizione della conoscenza del diritto oggettivo, delle norme¹⁴⁰.

Guardato il problema della conoscenza delle norme cui è tenuta la *curia* sotto la diversa prospettiva della sussunzione del caso sotto alla previsione normativa, quindi della individuazione, interpretazione e applicazione della norma al fatto, la questione cui si deve offrire soluzione è se il giudice sia vincolato all'illustrazione offerta delle parti quanto alla qualificazione della situazione soggettiva; e quindi se il giudice debba assumere detta qualificazione offerta dalle parti, limitandosi a non offrire la tutela richiesta, nel caso in cui ritenga che la qualificazione proposta non sia rispondente ai fatti. La quale questione

l'applicazione. La funzione del giudice nell'ordinamento mi porta a sostenere la prima delle due alternative.

¹⁴⁰ EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, cit., p. 131 ss., distingue i significati dell'espressione questione di diritto (*derecho*) nelle accezioni del brocardo (aggiungendo nell'ambito della più ampia riflessione il significato del "diritto" come risultato del diritto vivente elaborato dalle corti).

comprende anche quella del se il giudice, in assenza di qualificazione ed in presenza solo della richiesta di un provvedimento e della prospettazione dei fatti, possa ricondurre la domanda sotto una previsione normativa o debba rigettarla.

Il significato del principio è stato tradizionalmente così descritto: se il giudice deve conoscere tutte le norme, al giudice spetta anche individuarle e applicarle senza alcun vincolo rispetto alle indicazioni provenienti dalle parti. La qualificazione giuridica della domanda, ed anche quindi la riqualificazione giuridica della stessa, sono attribuzioni della funzione giurisdizionale: “la indicazione della norma astratta che si afferma applicabile nel caso concreto suole essere implicita nella domanda, e non è *necessario* che sia *espressa* perché il giudice conosce il diritto”¹⁴¹. Il giudice correlativamente non è vincolato alle indicazioni delle parti riguardo alla norma, neanche qualora le stesse dovessero per avventura convenire sull'applicazione di una determinata fattispecie astratta¹⁴²; così come non è in alcun

¹⁴¹ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 629.

¹⁴² *Ivi*, p. 726 anche in nota: riguardo alla determinazione e all'accertamento delle norme “l'attività del giudice non ha limiti (*iura novit curia*): e come si è già osservato, non le occorre alcuna speciale domanda della parte, né l'accordo delle parti può in alcun modo coartarla”, essendo dovere del giudice esaminare la domanda sotto ogni possibile aspetto giuridico; libertà che si spinge fino all'apprezzamento della qualità giuridica del fatto e al fondamento delle massime di comune esperienza. L'esistenza del potere-dovere di qualificazione e riqualificazione è attestata da un numero vastissimo di autori; sole per citarne alcuni: CARNELUTTI, *La prova civile*, 12 s.: “non può omettere una norma che non esista ... non può omettere una

norma che esista”; CALAMANDREI, *Il giudice e lo storico*, cit., p. 398 pur preoccupandosi del diritto oggettivo, chiaramente presuppone il dovere di riqualificazione: laddove parla delle parti che possano “frintendere” la norma e perciò non viene comunque meno il dovere di conoscenza del giudice; PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 192 s.: “Il principio della domanda concerne il monopolio della parte (privata o pubblica) nella individuazione del diritto fatto valere in giudizio, non l’individuazione o l’interpretazione della norma generale astratta sotto cui sussumere il diritto concreto fatto valere in giudizio. In questo la radicale contrapposizione tra principio della domanda che vede esaltato il monopolio delle parti e principio *iura novit curia* che vede invece esaltato il monopolio del giudice”. VERDE, *Diritto processuale civile. Parte generale*, Bologna, 2010, I, p. 95: “il giudice non è vincolato alle richieste della parti nell’individuazione e nell’interpretazione delle norme applicabili. A ben riflettere a fondamento di questa regola indiscussa dell’esperienza giuridica vi è l’esigenza giuridica di garantire il trattamento paritario dei soggetti nel processo, assicurando che colui che individua le norme non è il soggetto interessato (la parte), ma il soggetto imparziale (il giudice)”; RICCI, G.F., *Principi di diritto processuale generale*, III ed., Torino, 2001, p. 231, per quanto rilevi che non sia espressamente codificato; PUGLIATTI, *Conoscenza*, cit., p. 91; PUNZI, *Jura novit curia*, cit., p. 20, il quale rimarca come siano essenziali alla giurisdizione la “la autonomia e la libertà del giudice nella rilevazione della norma”. PIZZORUSSO, *Jura novit curia*, cit., p. 1: “il brocardo *iura novit curia* esprime la regola in base alla quale, anche nei processi ispirati al principio dispositivo ..., il giudice ha il potere-dovere di individuare, anche di sua iniziativa, e di applicare ai fatti dedotti ed accertati le norme giuridiche che, secondo il diritto vigente ed in base alle regole sull’efficacia della legge nello spazio e nel tempo, debbano disciplinare i fatti stessi”; DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p.

23 s.; MONTESANO, ARIETA, *Trattato di diritto processuale civile*, cit., p. 353. La letteratura spagnola richiama principalmente gli studi italiani e giunge alle medesime conclusioni in ordine all'obbligo qualificatorio del giudice: EZQUIAGA GANUZAS, *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, cit., p. 27; SENTIS MELENDO, *El juez y el derecho*, cit., p. 77 ss.; ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid, 2007, pp. 82-84, e per una rassegna delle posizioni dottrinarie spagnole pp. 48-58. La dottrina di lingua tedesca descrive il principio secondo il quale il giudice ha il dovere di (ri)qualificare giuridicamente la fattispecie negli stessi termini, rimarcando con particolare attenzione che vi sarebbe una strettissima connessione tra oggetto del processo e potere qualificatorio del giudice (assorbendo nell'oggetto del processo le questioni che nella giurisprudenza e nella dottrina italiane vengono ricondotte alla principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato): per tutti ROSENBERG (GOTTWALD/SCHWAB), *Zivilprozessrecht*, XVII ed., Monaco, 2010, p. 399, Rn. 9: „Der Beibringungsgrundsatz bezieht sich nicht auf die rechtliche Würdigung des Parteivorbringens (*iura novit Curia*). In der Rechtsanwendung ist das Gericht weder auf die von den Parteien geltend gemachten Anspruchsgrundlagen beschränkt noch können die Parteien die Subsumtion übereinstimmend beschränken (sog. Ausschaltungsbefugnis)“. Sul tema in generale: V. MEIER, I., *Iura novit curia. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zurigo, 1975, p. 61 ss; OESTMANN, P., *Die Grenzen richterlicher Rechtskenntnis*, in *Colloquia academica*, 1998, p. 39; per una proposta volta al riconoscimento degli accordi processuali che vincolino la cognizione sulla questione di diritto, sulla base dell'assunto che la disponibilità del diritto sostanziale avrebbe il potere di reagire a livello processuale limitando dunque il principio *iura novit curia*: BAUR, F.: *Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle*

modo vincolato al *nomen iuris* che le parti abbiano dato al contratto¹⁴³. Nonché, infine, al giudice, com'è noto, è vietato il *non liquet* e quindi non potrebbe limitarsi a non pronunciarsi perché non riconosce alcuna norma di diritto applicabile nella circostanza¹⁴⁴.

Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß, in BETTERMANN, K. A. (a cura di): *Festschrift für Eduard Bötticher*, Berlino, 1969, pp. 1-10; WÜRTHWEIN, M., *Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess*, Berlino, 1977, p. 63, 104 s., 117 s.158 s.s.; *contra* contestando che dal potere di rinunciare al diritto non si possono far derivare effetti processuali che non siano disposti dalla legge, poiché lo scopo del processo è al servizio del diritto sostanziale (del diritto soggettivo), non del diritto oggettivo che lo stesso attribuisce e che nella sentenza "giusta" (*Richtigkeit*) risiede la funzione pacificatrice del processo HÄSEMAYER, L., *Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse. Zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage*, in *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1972, p. 207 ss.

Correlato, ma diverso, è il problema della scelta effettuate dalle parti della legge di un ordinamento da applicare; in particolare la questione si pone con riferimento all'istituto del *trust*: contrattualmente le parti possono lasciar regolare il contratto dalla legge applicabile in un certo stato dove è positivamente disciplinato: non toglie valore al principio *iura novit curia*, perché la qualificazione giuridica rimane sempre in capo al giudice essendo quegli vincolato soltanto a giudicare secondo le norme prodotte da un altro ordinamento anziché dal proprio.

¹⁴³ MONTESANO, voce *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, § 1 con riferimento alle diverse tutele che possono essere offerte in ipotesi di contratto preliminare.

¹⁴⁴ Un forma surrettizia di *non liquet* sarebbe ammessa se si accettasse che "all'attore, il quale riproponga la domanda in epoca successiva,

Ne viene per corollario che le parti non hanno alcun obbligo di prova con riferimento alla questione di diritto, valendo al contrario una regola di "officialità"¹⁴⁵. Così ugualmente per corollario ne viene che l'errata qualificazione giuridica della parte non preclude l'accoglimento dell'azione in forza della sussunzione del caso sotto altra norma, purché entro i limiti del diritto fatto valere in giudizio¹⁴⁶.

Le applicazioni giurisprudenziali del principio mostrano proprio la ricorrenza dell'accostamento del principio *iura novit curia* alla regola della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato; quest'ultima sarebbe preservata dalla qualificazione dei medesimi fatti, seppur sotto altre nome. La regola che vien di sovente ribadita, salvo riempirla di contenuti tramite l'esame del caso concreto, assume due formulazioni:

a) "il giudice non è vincolato alla qualificazione prospettata dalla parte ed è libero di discostarsene nell'esercizio del potere-dovere di autonoma qualificazione discendente dal principio *iura novit curia*, purché la qualificazione da lui adottata non si risolva nella sostituzione dell'azione espressamente o

non si possa opporre il giudicato formatosi sulla precedente pronunzia": VERDE, *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 625.

¹⁴⁵ LIEBMAN, Sui poteri del giudice nella questione di diritto e in quella di fatto, in *La corte di cassazione*, 1925, II, c. 171 s.

¹⁴⁶ CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 727 in nota: "se l'attore ad un fatto giuridico regolato da norme speciali vuole applicate le norme generali, il giudice non rigetterà la domanda, me nei limiti dell'oggetto applicherà la norma speciale. ... Ma in ogni modo conviene che il fatto costitutivo resti lo stesso" pena il vizio di ultrapetizione.

virtualmente proposta con altra, fondata cioè su fatti diversi o su diversa *causa petendi*¹⁴⁷;

b) “sussiste vizio di “ultra” o “extra” petizione ex art. 112 cod. proc. civ. quando il giudice pronuncia oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, ovvero su questioni non formanti oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato; tale principio va peraltro posto in immediata correlazione con il principio *iura novit curia* di cui all'art. 113, c.p.c., rimanendo pertanto sempre salva la possibilità per il giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, e ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti”¹⁴⁸.

¹⁴⁷ Cass. civ., sez. III, 10 febbraio 2000, n. 1461: l'attore aveva proposto domanda di risarcimento del danno e in via subordinata domanda di arricchimento senza causa e il giudice ha riconosciuto il diritto alla restituzione di somme mutate.

¹⁴⁸ Cass. civ., sez. lav., 13 dicembre 2010, n. 25140: gli attori, lavoratori, avevano chiesto la statuizione dell'illegittimità della sospensione dal lavoro e del collocamento in cassa integrazione guadagni straordinaria deducendo nella motivazione e nelle conclusioni del ricorso la mancata precisazione dei motivi per i quali non veniva adottato il meccanismo della rotazione per la messa in cassa integrazione, il giudice (dell'impugnazione) ha riconosciuto la violazione dell'obbligo di indicazione dei criteri di scelta dei lavori destinati alla CIGS, dedotto solo in motivazione del ricorso, e ha

4.2. DISCIPLINA DELL'ATTIVITÀ UFFICIOSA DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA DEL FATTO

4.2.1. *Fondamento del principio iura novit curia*

Quanto esposto nel paragrafo precedente consente di giungere a una conclusione intermedia: al giudice è fatto obbligo di procedere alla qualificazione giuridica. Quantomeno per principio di effettività, nessuno pare dubitare che in linea generale il giudice possa, debba, riqualificare il fatto sotto altra norma ricorrendone i presupposti.

Tuttavia altro è enunciare il principio, sul quale vi è unanime accordo, altro è verificarne i limiti oggettivi di applicazione. Difatti, affermazione ricorrente in dottrina e in giurisprudenza è che il giudice, se ne ricorrono i presupposti, possa, debba, sempre riqualificare il caso, fermo il diritto fatto valere. Ovverosia la riqualificazione deve muoversi entro la cornice dei fatti costitutivi (stessa *causa petendi* intesa come elementi di fatto e di diritto a fondamento del diritto fatto valere in giudizio) per quanto riguarda i diritti eterodeterminati ed entro il diritto autodeterminato fatto valere, per quanto riguarda questa seconda categoria di diritti, e quindi entro il *petitum*. Ancora, lo stesso *petitum* deve essere interpretato dal giudice nell'esame della domanda, senza dover soffrire quegli alcun vincolo alla norma o al *nomen iuris* indicato dalla parte.

sancito l'illegittimità della sospensione dal lavoro e del collocamento in cassa integrazione guadagni straordinaria dei lavoratori.

Per delimitare l'estensione del potere-dovere di qualificazione giuridica del giudice e le regole di esercizio di tale potere, si deve innanzitutto determinare se esso riceva espressa disciplina positiva dall'ordinamento e se, in ipotesi, l'ambito di applicazione si sovrapponga e con quali conseguenze ad altri istituti.

Quale norma di codificazione del principio *iura novit curia* si è per lo più individuato l'art. 113 c.p.c. secondo il quale il giudice deve decidere secondo diritto e solo eccezionalmente secondo equità. Si è sostenuto anche che la giustificazione della cogenza del principio riposerebbe sul ruolo determinante del giudice, da questi assolto al fine di concretare l'ordine giuridico nella singola vicenda di vita: questa funzione sarebbe tale da escludere che le parti possano in qualche modo influire sulla qualificazione giuridica¹⁴⁹.

Cosicché, seppur è vero che in astratto si potrebbe pensare a un giudice arbitratore, che si limitasse a regolare fatto e norme fornitigli dalle parti, oppure a un giudice che decidesse secondo il criterio impartitogli dalle parti stesse, come è vero che si potrebbe anche pensare a un giudice al contrario libero di cercare la conoscenza dei fatti, l'ordinamento italiano ha individuato nel giudizio secondo diritto il criterio di giudizio cui deve attenersi il giudice, solo eccezionalmente sostituito dall'equità (art. 113 c.p.c.): se il giudice deve applicare come criterio di giudizio le norme di diritto, allora non si può che

¹⁴⁹ PUNZI, *Jura novit curia*, cit., p. 14; MICHELI, *Jura novit curia*, cit., p. 576 s., il quale mette l'accento sulla specificità della funzione statutale del giudice.

ritenere che egli debba applicarle indipendentemente dalle richieste delle parti e che sia libero nella rilevazione e determinazione della norma da applicare, al fine di rimanere fedele alla funzione giurisdizionale¹⁵⁰; che sia in altre parole vincolato al diritto come ne dipende la fondatezza della domanda fatta valere.

Si è anche richiamato il combinato disposto delle norme che impongono al giudice l'attività doverosa di applicazione delle norme, scaturente dall'obbligo di interpretazione delle norme, la cui violazione condurrebbe a ipotizzarne la responsabilità civile e penale¹⁵¹.

Così come si è richiamato l'art. 101 cost, laddove prescrive la soggezione del giudice soltanto alla legge; oppure l'art. 384 c.p.c. laddove assegna alla cassazione il potere di modificare in diritto la motivazione a dispositivo invariato¹⁵².

¹⁵⁰ PUNZI, *Jura novit curia*, cit., pp. 15-18.

¹⁵¹ VERDE, *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 5 e ID., *Prova (dir. proc. civ.)*, cit., p. 623, richiamando gli artt. 12 disp. prel. c.c., 328 c.p., 55 c.p.c. (allora vigente) e 112 c.p.c., 24 e 101 cost.; ora ID., *Diritto processuale civile*, cit., p. 91.

¹⁵² ANDRIOLI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 325: "che la qualificazione giuridica prospettata dall'attore non vincoli il giudice, risulta in termini inequivocabili dall'art. 101 cost. ... né è inopportuno soggiungere e precisare che la distinzione del titolo dalla qualificazione giuridica è data per presupposta dall'art. 384² cod. proc. civ., il quale consente alla Cassazione di correggere gli errori di diritto, che inficiano la motivazione, e non anche il dispositivo, delle sentenze di merito"; ma vedi prima p. 257, ove richiama anche l'art. 113 c.p.c. assieme all'art. 101 cost. a fondamento dell'obbligo di conoscenza

Diffusamente si è anche notato come nessuna invalidità disponga il legislatore per la mancata indicazione delle ragioni di diritto della domanda negli atti introduttivi del giudizio.

La ricerca di un indice normativo, per il quale si possa predicare che sia stato recepito sotto veste di diritto positivo il brocardo e che disponga la signoria del giudice sulla qualificazione giuridica, invero non restituisce un risultato appagante¹⁵³.

Tanto che non è mancato chi abbia ritenuto che il principio *iura novit curia* non sia da ritenersi coesistente rispetto alla logica del giudizio, ma debba più ampiamente riconnettersi all'esigenza di uniformità e di eguaglianza che devono soddisfare le pronunce giudiziali: non vi sarebbe alcuna differenza tra fatto storico e fatto normativo, figurando entrambi nella fattispecie costitutiva del diritto¹⁵⁴.

Mi pare che nessuna delle norme richiamate possa dirsi concludente per far ritenere che per diritto positivo *iura novit curia* ed al giudice compete così di riqualificare giuridicamente fatti, rapporti e domanda.

In particolare l'art. 113 c.p.c. quando indica che il giudice deve decidere secondo diritto non significa niente di più che il

della norma, che non può sussistere o non sussistere a seconda della difficoltà nel reperimento della fonte.

¹⁵³ Cfr. anche PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, cit., p. 1, POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 303.

¹⁵⁴ SATTA, *Iura novit curia*, cit., p. 380; ID., *Diritto processuale civile*, VI ed., Padova, 1959, p. 114 ss., ID., *Commentario al codice di procedura civile*, cit., p. 440.

principio di legalità: non esclude che sia conforme a diritto la decisione che non faccia impiego del principio *iura novit curia*.

Altro è prendere atto che tutte insieme queste norme sembrano presupporre proprio la vigenza del principio *iura novit curia* e l'obbligo del giudice di attuare il diritto tramite la qualificazione della fattispecie dedotta in giudizio.

Si potrebbe assumere che il giudice non abbia l'obbligo di cercare le fonti di legge per applicarle al caso; così *a fortiori* si giungerebbe e precludergli la riqualificazione giuridica della fattispecie, imponendogli l'alternativa secca del giudizio "falso/vero" in ordine all'esistenza del diritto fatto valere in giudizio alla stregua della norma invocata o comunque della fattispecie invocata. Il giudice quindi dovrebbe verificare, per avventura, soltanto che il caso sulla propria scrivania non rientrasse nella norma invocata e dovrebbe rigettare la domanda.

Una simile prospettiva nel nostro ordinamento, come negli altri ordinamenti di diritto continentale, non sarebbe accettabile. Senz'altro anche solo per ragioni storiche: il principio è talmente connaturato con questa cultura giuridica che non solo nessuno lo mette in dubbio, ma il legislatore non sente l'esigenza di disciplinarlo a chiare lettere e allo stesso tempo i repertori lo impiegano con naturalezza e senza sentire l'esigenza dell'ombrello positivo sotto cui ripararsi, salvo un fugace richiamo all'art. 113 c.p.c.

Nell'art. 113 c.p.c. si è soliti scorgere il principio di legalità calato nella disciplina del processo. Si può anche voler riconoscere in tale disposizione la regola, secondo la quale il giudice applica il diritto e riqualifica la fattispecie se necessario: a livello d'interpretazione la norma può essere arricchita di tale

significato. Invero, letteralmente prescrive soltanto che il giudice decida, salvo eccezioni, secondo diritto e non secondo equità. Decidere secondo diritto non significa necessariamente anche riqualificare, e questo mi pare incontestabile: l'alternativa, astratta, per il caso di decisione secondo diritto ma per un giudice in ipotesi privo del potere di (ri)qualificazione giuridica è il rigetto della domanda.

Così mi pare si possa concludere anche circa il richiamo all'art. 101 2° comma cost.: laddove separa il potere giudiziario dagli altri poteri dello Stato, non si preoccupa di assegnare al giudice un dovere riqualificatorio. Mi pare che non si possa pacificamente ricavare l'esistenza del principio *iura novit curia* dalla esistenza del principio di separazione dei poteri: hanno ad oggetto ambiti diversi e non contrapposti, l'uno l'applicazione delle norme, l'altro il rapporto fra poteri¹⁵⁵. Certo la formulazione letterale secondo la quale il giudice è soggetto soltanto alla legge è senz'altro compatibile con il significato del principio *iura novit curia* secondo cui il giudice deve applicare la legge: non solo non ne smentisce l'esistenza, anzi la suggerisce, potendo tale significato essere ravvisato a livello di corollario dell'art. 101 cost.. Ma così ancora non è risolta la questione del se il giudice debba riqualificare la domanda o limitarsi a rigettare la pretesa non assista dalla corretta ricostruzione giuridica.

Un significato più concludente nella ricerca di un dato di diritto positivo potrebbe aversi guardando all'art. 384 c.p.c., secondo il quarto comma del quale "Non sono soggette a

¹⁵⁵ Poteri che si intersecano ed entrano in collisione nel momento in cui viene emanata una norma interpretativa.

cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione¹⁵⁶: dal momento che l'effetto giuridico è conforme all'ordinamento, non vi sarebbe alcuna necessità di disporre la correzione della motivazione errata in diritto, qualora non si assumesse che tra le attribuzioni indefettibili del giudice vi sia il potere-dovere di riqualificare il rapporto controverso e che non possa egli limitarsi a respingere la domanda nel caso in cui la fattispecie giuridica invocata dall'attore non sia corretta.

Il risultato è suggestivo e si potrebbe anche ritenere definitivo, quale riprova dell'esistenza del potere-dovere del giudice di qualificare, anzi riqualificare, la fattispecie: tanto il giudice è tenuto a riqualificare correttamente senza vincolo rispetto a quanto dedotto dalle parti, che può intervenire anche sopra la qualificazione resa da altro giudice e anche se ciò non serve a far conseguire un diverso effetto giuridico.

Tuttavia la natura della norma, indissolubilmente legata alla funzione nomofilattica svolta dalla corte suprema, rende difficile interpretarla come espressione di un principio generale del sistema, potendo bene la ragione essere individuata anche esclusivamente sull'esigenza di formare validi precedenti giurisprudenziali di riferimento¹⁵⁶.

¹⁵⁶ Si aggiunga che a livello logico si potrebbe obiettare che l'esigenza di non consentire pronunce errate in diritto, laddove si possano correggere, rinverrebbe giustificazione nella impossibilità di rivedere comunque quell'effetto giuridico disposto dalla sentenza errata e quindi il male minore sarebbe la riqualificazione giudiziale. Tale esigenza invece non sorgerebbe nel caso in cui il giudice si limitasse a

In secondo luogo, qualora la disposizione per avventura dovesse essere soppressa (in ragione di una celta tecnica nelle intenzioni volta a alleggerire il carico della corte), cadrebbe anche il fondamento del principio *iura novit curia*. Il principio invece non è retto su basi così fragili.

Da questo complesso di disposizioni, alle quali si guardi con un approccio ermeneutico orientato alle conseguenze e improntato a una scelta di politica del diritto: la vigenza del principio *iura novit curia* è frutto di una scelta interpretativa fondata su un criterio valoriale, la quale allora deve essere verificata con procedimento inverso.

L'attività del giudice è diretta ad attuare la legge, imponendone l'osservanza nel caso concreto, con assoluta indipendenza da ciò che vogliano e sappiano le parti¹⁵⁷, rappresentando tale predominanza non un'eccezione alla regola del chiesto e pronunciato, ovverosia una tecnica processuale, ma l'attuazione di un sistema di tutela giurisdizionale legato

respingete la domanda qualificazione etroneamente in diritto, solo che si consentisse alla parte di far valere in successivo giudizio la stessa domanda sotto qualificazione giuridica differente (a queste condizioni non si potrebbe difatti obiettare che se il giudice respinge una domanda per etronea qualificazione, allora nega definitivamente tutela a quella situazione soggettiva). Non intendo ovviamente sostenere una tesi del genere, ma solo evidenziare che ogni argomento di stretto diritto positivo difficilmente può da solo riuscire a giustificare la vigenza del principio *iura novit curia*.

¹⁵⁷ LIEBMAN, *Sui poteri del giudice nella questione di diritto e in quella di fatto*, cit., c. 173.

all'attività di rendere il diritto¹⁵⁸: il giudice non può ritenersi vincolato all'iniziativa delle parti in ragione della propria collocazione nell'ordinamento giuridico attuale¹⁵⁹.

Ma ancora non basta per giungere a sostenere in maniera incontrovertibile (se non impiegando l'argomento dell'effettività) che il giudice debba riqualificare la domanda e non debba

¹⁵⁸ GRASSO, *Corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, 1973, p. 1262 s.

¹⁵⁹ Quella stessa opinione che ha professato la non coesistenzialità logica del principio *iura novit curia*, sostiene, del resto, che il principio sia vigente, anche se in ragione dell'esigenza di assicurare l'uniforme interpretazione del diritto: Cfr. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, I, Milano, 1959, p. 440. A tacer d'altro, impedire al giudice la riqualificazione giuridica sarebbe uno spreco di risorse. L'ordinamento è un tutt'uno, le norme assumono significato nella misura in cui l'una delimita (anche per integrazione) l'altra: il giudice quindi verosimilmente si troverebbe di fronte a un caso che non può inquadrare sotto una norma, poiché sussumibile a suo giudizio sotto altra. Nel caso in cui quella norma possa essere invocata, quindi a fatti in causa immutati, rigettare la domanda sarebbe ancor prima che contrario alla fedele amministrazione della giustizia, contrario alla efficiente amministrazione della stessa. Cfr. GRASSO, *La pronuncia d'ufficio. La pronuncia di merito*, Milano, 1967, p. 119: vi sono "interessi generali che possono essere invece soddisfatti col conferire al giudice la libera ricerca del diritto. Riterrei di dare il primo posto all'esigenza che il diritto sia applicato, ossia che l'ordinamento trovi in ogni caso attuazione: ciò che non avverrebbe se il giudice dovesse ignorare le norme non indicate dalle parti. Porrei al secondo posto l'esigenza che «tutti i possibili casi particolari identici siano decisi nello stesso modo, quindi con identica applicazione del diritto»".

semplicemente rigettare: sarebbe preservato il principio di legalità (o secondo l'altra opinione sarebbero l'eguaglianza di fronte alla legge e l'uniformità nell'interpretazione) anche laddove il giudice si limitasse a decidere, accertati i fatti, sulla validità del ragionamento giuridico dell'attore (o del convenuto in riconvenzione), accertata l'infondatezza dei fatti modificativi, impeditivi ed estintivi fatti valere dal convenuto. Qualora il giudice rigettasse perché la norma prospettata non copre il caso, l'attore potrebbe nuovamente agire sulla base di una diversa prospettazione¹⁶⁰.

Diviene decisivo allora, impiegare un criterio di politica del diritto. Il modello processuale si conforma, lentamente, all'ordinamento giuridico; o meno pretenziosamente, l'interprete, in assenza di un dato positivo certo, è tenuto a leggere gli istituti nel modo più conforme all'attuazione dei principi che informano l'ordinamento. Il modello statale, espressione di un modello sociale e culturale, reagisce a livello delle scelte di politica del diritto del legislatore e dell'interprete.

Il giudice dell'ordinamento continentale interventista dunque non si limita a pronunciare "falso" o "vero", ma deve contribuire a realizzare l'ordinamento dello Stato sociale, con una pronuncia che sia idonea a rispondere alla domanda di giustizia, non alla soluzione del singolo conflitto. La domanda

¹⁶⁰ Del resto è la soluzione, per grande approssimazione, accolta nei modelli *adversarial* anglosassoni: v. per una ricognizione: DAMAŠKA, *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven e Londra, 1986, part. p. 47 ss. e p. 71 ss. (traduzione italiana di GIUSSANI, ROTA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991).

giudiziale non si limita a chiedere se la ricostruzione giuridica operata è corretta, ma chiede invece tutela di una situazione soggettiva.

Sotto questa luce, impiegando quale criterio di giudizio del modello processuale una scala valoriale tarata sul diritto soggettivo, questa prospettiva consente di affermare che il giudice, il quale non si spingesse alla (ri)qualificazione giuridica della fattispecie, non solo sarebbe inefficiente, non solo sarebbe in tensione con le norme richiamate e reinterpretate sistematicamente secondo il modello ordinamentale, le quali tutte presuppongono la vigenza del principio *iura novit curia*, non solo sarebbe un giudice che finirebbe per imporre un onere troppo costoso alle parti non foss'altro a fronte della mutevolezza e della opinabilità di ogni tesi giuridica, ma sarebbe anche un giudice inidoneo a rendere giustizia, inadeguato a tutelare i diritti soggettivi secondo il programma normativo disegnato dalla forma-Stato¹⁶¹.

¹⁶¹ In termini analoghi ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia*, cit. p. 83 s., pone in relazione il principio *iura novit curia* e il modello di tutela giurisdizionale per giungere ad affermare la cogenza del principio: “¿Es razonable ... que el Estado, personificado en los organos de justicia, se niegue a reconocer un derecho subjectivo solo porque la parte que lo solicita no ha atinado a designar las normas, mediante las cuales el propio Estado ha establecido tal derecho?” (p. 84). Richiama però l'opinione di Satta sulla uniformità del giudizio, assicurata dalla riqualificazione giuridica, la quale non vedo particolarmente attinente rispetto alle questioni dalla domanda che Ormazabal Sánchez si pone.

Ma non solo. È per il tramite del principio *iura novit curia* al giudice è concesso dall'ordinamento, organizzato con struttura formale positivista, di esprimere il proprio ruolo creatore nel momento dell'interpretazione¹⁶².

4.2.2. *Delimitazione del principio iura novit curia*

La disciplina processuale del principio *iura novit curia*, individuandone il fondamento nella scelta valoriale conseguente al sistema ordinamentale e orientata alla tutela dei diritti soggettivi, è tracciata dalla relazione con gli istituti e le norme che condividono con quello la sfera d'interferenza con la questione di diritto e il giudizio di diritto.

A questo riguardo vengono in rilievo *in positivo*:

-- i limiti oggettivi di ambito applicativo del poterdovere giudiziale di (ri)qualificazione;

-- le modalità di esercizio del medesimo;

vengono in rilievo *in negativo* invece i limiti esterni che il principio *iura novit curia* deve soffrire.

4.2.2.1. Il principio *iura novit curia*, per quanto deputato a realizzare un fine primario dell'ordinamento, ovverosia

¹⁶² Cfr. retro 2.1. V. VOCINO, *Sulla c.d. attuazione della legge nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, II, p. 589 ss., CAPPELLETTI, *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico: (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, p. 138 ss.

l'emanazione di provvedimenti che rispondano all'esigenza di tutela dei diritti soggettivi riconosciuti agli individui, si muove all'interno dei confini della domanda.

I limiti oggettivi del principio *iura novit curia* sono compresi nella domanda giudiziale (e nella eventuale difesa che estenda l'oggetto del processo) e nelle regole che ne seguono per il giudice in punto di oggetto della decisione, per le stessi ragioni per le quali il principio della domanda è vigente. La delimitazione dell'ambito entro il quale la qualificazione giuridica può esprimersi, attiene allora alle questioni che rilevano in conseguenza della proposizione della domanda e ai fini della determinazione della stessa: la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, la modifica della domanda, il concorso di norme e il concorso di diritti, la riqualificazione del rimedio processuale; lambendo il problema delle declaratorie di nullità dei contratti a fronte di domande per l'annullamento.

I limiti oggettivi sono poi descritti anche dal confronto con istituti processuali che espressamente si occupano della disciplina della questione di diritto: vengono allora in discorso le questioni relative all'indicazione delle ragioni di diritto a sostegno della domanda e del potere della corte di cassazione di modificare la motivazione a dispositivo invariato della sentenza impugnata.

4.2.2.2. Il principio *iura novit curia* deve essere esercitato in conformità ai poteri-doveri del giudice in ordine alla direzione del procedimento e secondo modalità compatibili con il principio del contraddittorio.

4.2.2.3. Il principio *iura novit curia* vede compresa la propria attitudine espansiva dagli istituti di ordine processuale

che impediscono al giudice la qualificazione giuridica della fattispecie: principio di diritto reso dalla corte di cassazione, sentenze non definitive, motivi d'impugnazione (cap. 5).

4.3. LIMITI OGGETTIVI DELL'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

4.3.1. *Vincolo del giudice rispetto ai fatti e alla pretesa: corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato*

La qualificazione giuridica della domanda, che si è visto essere un potere-dovere del giudice in forza del principio *iura novit curia*, non può eccedere i confini della domanda stessa.

Vale il principio secondo il quale il giudice non può d'ufficio (salve le eccezioni) riconoscere tutela giurisdizionale¹⁶³.

¹⁶³ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., pp. 188-189, 196-200. Oggi le eccezioni, abrogata l'iniziativa ufficiosa per la dichiarazione di fallimento (sui profili pubblicistici ancora fortemente distinguibili nella materia, pur venuta meno l'iniziativa ufficiosa v. AULETTA, *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento» (specie del «creditore sedicente o non legittimato o rinunciatore»)* in *Fall.*, 2010 pp. 129-140, dissonante rispetto alla maggioranza della dottrina), si riconducono principalmente agli istituti di protezione, artt. 336 (330, 332), 346, 361 c.c., artt. 8 e 9 l. adoz., variamente correlati alla volontaria giurisdizione, nei quali secondo CONSOLO, *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1991, VII, p. 101ss, § 9, anche ove l'iniziativa non sia ufficiosa "l'azione del privato istante ... è semplice un mezzo cui

Il processo civile è rimesso all'iniziativa delle parti (art. 99 c.p.c.) e il giudice deve pronunciarsi su quanto dalle stesse chiesto (art. 112 c.p.c.) o dalle stesse eccepito (ancora art. 112 c.p.c.): il principio della domanda e il principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, arricchimento e cambio di angolo prospettico rispetto al primo, non descrivono qual è l'ambito del giudizio, ma le condizioni per aversi il giudizio e la regola secondo la quale la pronuncia deve aderire all'ambito del giudizio stesso.

Ne viene che l'oggetto della valutazione del giudice in applicazione del principio *iura novit curia* deve ricalcare l'ambito della domanda proposta e delle difese opposte. In ciò sta il portato della regola della qualificazione giuridica come attribuzione dell'ufficio, che egli deve interpretare la domanda e verificare quale copertura normativa abbiano i fatti esposti (*causa petendi*) e quale provvedimento (*petitum* processuale) soddisfi la pretesa (*petitum* sostanziale) fatta valere¹⁶⁴. Il giudice, sotto questa

l'ordinamento ricorre per ottenere l'osservanza del diritto oggettivo, in procedimenti che spesso — e forse impropriamente — si definiscono di volontaria giurisdizione esercitata in forma contenziosa”; diversamente secondo PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 189 s. le eccezioni sono ingiustificate, sacrificando i valori delle terzietà e imparzialità del giudice, potendosi raggiungere il medesimo risultato attribuendo al pubblico ministero l'iniziativa. Sulla questione v. la trattazione di GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., part. p. 183 ss., ove anche un'elencazione analitica delle allora eccezioni vigenti (p. 207 ss.).

¹⁶⁴ PROTO PISANI, *ivi*, p. 192 s., rileva che il principio della domanda riguarda l'individuazione del diritto fatto valere, mentre il principio

prospettiva, in altre parole non guarda a come le parti hanno qualificato la pretesa, ma a come avrebbero dovuto qualificarla: perciò è abilitato a interpretare la domanda e la fattispecie, che la parte intende tramite di essa tutelare, e a ricondurre il caso sotto la disposizione normativa che lo regola¹⁶⁵.

Allo stesso tempo ne viene che il giudizio di qualificazione è delimitato da limiti di estensione: da un lato il fatto posto a fondamento della situazione soggettiva, dall'altro il limite della pretesa. La determinazione del significato del principio *iura novit curia* si arresta dove comincia l'indagine volta a determinare cosa debba intendersi per *causa petendi* e per *petitum*, quando si abbia soltanto modifica della domanda (e non domanda nuova), ed entro quali limiti temporali possa sia ammissibile, le cui relative nozioni rappresentano dunque

iura novit curia l'individuazione o l'interpretazione della norma: l'un principio guarda alle parti, l'altro al giudice.

¹⁶⁵ Il problema è connesso, ma logicamente e cronologicamente precedente e meno ampio rispetto alla determinazione del diritto fatto valere in giudizio e dei limiti oggettivi del giudicato: l'interpretazione della domanda durante il giudizio, per quanto concerne gli istituti processuali per i quali sia rilevante la determinazione dell'oggetto del processo (come p.e. litispendenza, connessione e intervento), e poi la statuizione sulla domanda interpretata e qualificata consentono di individuare l'oggetto del processo (i limiti oggettivi assistiti dalla preclusione da dedotto e deducibile). MENCHINI, *Il giudicato civile*, Torino, 2002, p. 99, segnala come sia pacificamente riconosciuta l'interdipendenza tra gli istituti dei limiti oggettivi del giudicato, della *mutatio libelli*, della ultra o extra petizione e come la soluzione offerta per l'uno riverberi nella disciplina nella ricostruzione teorica dell'altro.

l'ambito entro il quale può legittimamente estendersi il giudizio di diritto¹⁶⁶.

¹⁶⁶ Il *petitum* è il bene della vita al quale aspira chi chiede la tutela giurisdizionale: CHIOVENDA, *Principii*, cit., p. 281: "bene garantito dalla legge di cui si chiede l'attuazione". Com'è noto, stabilire cosa debba intendersi per *causa petendi* è questione che impegna più seriamente. In via di approssimazione si può affermare che la *causa petendi* siano i fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio: *Ivi*, p. 629: "La dichiarazione di voler attuata una volontà concreta di legge comprende la designazione del bene a, cui si [i]a]spira e delle ragioni per cui si pretende garantito dalla legge (*petitum* e *causa petendi*)"; p. 283 "La *causa petendi* è il fatto costitutivo dell'azione ... La causa è un *fatto giuridico* perciò pure, quando si muta il fatto semplice o motivo, ma per dedurne lo stesso *fatto giuridico*, non vi è diversità d'azione; non v'è mutamento di domanda; perdura l'eccezione di cosa giudicata"; PROTO PISANI, *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, II, p. 1062 o meglio *causa petendi* sono gli "elementi di fatto e di diritto della fattispecie da cui deriva il diritto sostanziale dedotto in giudizio", così che "mutamento della *causa petendi* si ha quando si mutino gli elementi di diritto della fattispecie da cui deriva il diritto dedotto in giudizio; non si ha invece mutamento della *causa petendi* quando si mutino gli elementi di fatto da cui derivano gli elementi di diritto della fattispecie costitutiva del diritto dedotto in giudizio".

Sul tema è scaturito un dibattito estremamente ricco e partecipato presto diviso nel filone della individuazione, secondo il quale la *causa petendi* dovrebbe ravvisarsi nel rapporto giuridico affermato, così che il mutamento dei fatti potrebbe risultare irrilevante, e in quello della sostanziazione, secondo il quale rileverebbe l'allegazione dei fatti costitutivi, con conseguente irrilevanza della modifica del rapporto

giuridico: v. PROTO Pisani, *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968, p. 59 s. nota 100, ID., *Dell'esercizio dell'azione*, cit., p. 1061, nota 39, GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, cit., 31; Heinitz, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937, p. 132 s. Per un quadro riassuntivo delle posizioni sul tema v. CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., § 15, il quale prima precisa come i fatti connessi con il principio della domanda e quindi rimessi all'esclusiva iniziativa di parte siano soltanto quelli individuatori del diritto, mentre gli altri ben possano risultare dal processo tutte le volte che non sia messo in crisi il divieto di utilizzo della scienza privata del giudice, poi definisce un contenuto minimo di fatto costitutivo, come quei fatti che siano "produttivi di un effetto giuridico in base ad una prospettazione di parte che non vincola il giudice e funge solo quale ipotesi di qualificazione giuridica"; v. anche MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 125 s., ove si indica la tradizionale alternativa dogmatica nella determinazione del concetto di *causa petendi* in quella tra il fatto della vita (naturalistico) e il complesso di circostanze di fatto selezionate secondo la fattispecie legale astratta sotto cui sussumere il diritto fatto valere (indicando il rapporto giuridico). Sintetizzando le due tesi si è cercato di discernere le ipotesi nelle quali il fatto naturalistico può essere ricondotto a una pluralità di *causae petendi* ciascuna idonea a essere ricondotta sotto una diversa norma, dalle ipotesi nelle quali il fatto costituisce un'unica *causa petendi* in quanto può essere ricondotto attraverso criteri selettivi sotto un'unica norma, scartate le altre (MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 249 s.). Secondo CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., § 18 si deve porre attenzione alla centralità dell'effetto giuridico in quanto è solo con riferimento ad esso che il fatto storico-costitutivo spiega efficacia individuatrice, "in modo tale che quando più fatti generano un solo effetto in base alla fattispecie normativa essi si riuniscono in un unico fatto costitutivo", dovendosi dunque tralasciare la fattispecie legale di riferimento offerta e piuttosto

La giurisprudenza tende a impiegare un criterio semplificato per consentire al giudice di operare sulla qualificazione giuridica: laddove quegli non modifichi i fatti e non ne introduca di ulteriori, neanche secondari¹⁶⁷, è libero di ricostruirli nel modo che ritiene più opportuno e di sussumerli sotto la corrispondente norma. Al giudice restano quindi precluse la modifica della *causa petendi* e la modifica del *petitum*, ovverosia la sostituzione dell'azione¹⁶⁸. Sulla base di tali generiche enunciazioni si è ritenuto nelle pronunce seguenti che espressamente hanno richiamato il principio *iura novit curia*:

-- che il giudice possa riconoscere l'illegittimità della sospensione dal lavoro e del collocamento in cassa integrazione guadagni straordinaria dei lavoratori in forza della violazione dell'obbligo di indicazione dei criteri di scelta dei lavori destinati alla CIGS, dedotto solo in motivazione del ricorso, quando l'attore abbia dedotto (nella motivazione e) nelle conclusioni del ricorso la mancata precisazione dei motivi per i quali non veniva adottato il meccanismo della rotazione per la messa in cassa integrazione¹⁶⁹.

riconoscere che il fatto dedotto valorizza ogni ipotesi di sussunzione possibile con riferimento al bene preteso, e concludendo che quando l'episodio della vita sia suscettibile di essere sussunto sotto più norme, la cui fattispecie consideri fatti autonomi, si ha una pluralità di diritti.

¹⁶⁷ RICCI, G.F., *Principi di diritto processuale generale*, cit., p. 232

¹⁶⁸ Il divieto di modifica non attiene al *nomen* indicato dalla parte, ma alla situazione fattuale o alla posizione soggettiva che effettivamente la parte ha dedotto in giudizio per come il giudice la interpreti al di là del tenore letterale.

¹⁶⁹ Cass. 25140/2010, cit.

-- che il giudice possa ritenere che l'accordo per un canone di locazione di importo superiore a quanto indicato in contratto sia un elemento integrativo del negozio, anche quando la parte abbia chiesto l'accertamento con valore di giudicato del diritto a percepire il canone nella misura effettivamente pattuita facendo valere il contratto dissimulato¹⁷⁰;

-- che impugnato un licenziamento il giudice possa pronunciare l'annullabilità del recesso per difetto giusta causa, anche quando il ricorrente abbia invocato la nullità laddove il fatto costituente l'illegittimità del recesso sia stato fatto valere fin dal ricorso in primo grado¹⁷¹;

¹⁷⁰ Cass. civ., sez. III, 24 giugno 2003, n. 10009, in *Gius.*, 2003, 24, 2816: "In materia di procedimento civile, sussiste vizio di "ultra" o "extra" petizione ex art. 112 c.p.c. quando il giudice pronunzia oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, ovvero su questioni non formanti oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato; tale principio va peraltro posto in immediata correlazione con il principio "iura novit curia" di cui all'art. 113, 1° comma, c.p.c., rimanendo pertanto sempre salva la possibilità per il giudice di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, e ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti.

¹⁷¹ Cass. civ., sez. lavoro, 16 luglio 2002, n. 10316, in *Arch. Civ.*, 2003, p. 544: "È stato più volte ribadito da questa Corte che costituisce domanda nuova la deduzione di una nuova "causa petendi" la quale comporti attraverso la prospettazione di nuove circostanze il mutamento dei fatti costitutivi del diritto fatto valere in giudizio ed,

-- che proposta domanda di risarcimento del danno da illecito extracontrattuale o di arricchimento senza causa, il giudice possa accogliere la domanda di restituzione di somme mutate¹⁷²;

-- che proposta domanda di pagamento del corrispettivo per il godimento dell'area senza titolo, il giudice possa condannare al rimborso dei frutti civili, decidendo sulla base del *petitum* (il pagamento del corrispettivo) e della *causa petendi* (il possesso dell'area senza titolo) posti a fondamento della domanda originaria¹⁷³.

introducendo nel processo, un nuovo tema di indagine e di decisione, alteri l'oggetto sostanziale dell'azione ed i termini della controversie (cfr. tra le tante: Cass. 10 gennaio 2000 n. 456; Cass. 24 giugno 1995 n. 7201; Cass. 21 febbraio 1994 n. 1654). Conseguentemente ricorre la violazione dell'art. 112 c.p.c. allorché il giudice, integrando o sostituendo in tutto o in parte gli elementi della *causa petendi*, ponga a fondamento della pronuncia un fatto giuridico costitutivo diverso da quello dedotto dall'attore e dibattuto in giudizio (cfr. al riguardo Cass. 14 febbraio 1996 n. 1104)".

¹⁷² Cass. civ. Sez. III, 10 febbraio 2000, n. 1461, in *Rep. Foro it.*, 2000, voce *Procedimento civile*, 193: "Il giudice non è vincolato alla qualificazione prospettata dalla parte ed è libero di discostarsene nell'esercizio del potere-dovere di autonoma qualificazione discendente dal principio *iura novit curia*, purché la qualificazione da lui adottata non si risolva nella sostituzione dell'azione espressamente o virtualmente proposta con altra, fondata cioè su fatti diversi o su diversa *causa petendi*".

¹⁷³ Cass. civ., sez. II, 23 marzo 1995, n. 3370: "Nell'esercizio del potere di interpretazione e di qualificazione della domanda, il giudice del merito non è condizionato dalla formula adottata dalla parte: egli

Dall'esame dei casi appena riferiti emerge come la giurisprudenza si soffermi a identificare il bene della vita richiesto e a esaminare i fatti portati alla propria attenzione, per poi procedere con la massima libertà a riqualificare l'inquadramento giuridico¹⁷⁴.

deve tenere conto, piuttosto, del contenuto sostanziale della pretesa, desumibile dalla situazione dedotta in causa e dalle precisazioni formulate nel corso del giudizio, nonché del provvedimento richiesto in concreto, senza altri limiti che quello di rispettare il principio di corrispondenza della pronunzia alla richiesta e di non sostituire d'ufficio una diversa azione a quella formalmente proposta (Cass., Sez. Lav., 20 aprile 1990, n. 3289)".

¹⁷⁴ Al solo fine di indicare come le questioni relative al principio *iura novit curia* si ripropongano anche nei processi diversi da quello civile, può esser utile rilevare come nel diritto amministrativo, nei giudizi d'impugnazione dell'atto essi deve fare i conti con il limite derivante dai motivi che il ricorrente deve porre a fondamento del ricorso: se l'indicazione delle norme di legge che si assumono violate da parte dell'atto amministrativo non si devono ritenere vincolanti (SANDULLI, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963, p. 333 s.) tuttavia è innegabile che l'attività del giudice ne rimane fortemente orientata, anche a livello d'interpretazione della domanda, i cui contenuti saranno ricavabili proprio anche dall'allegazione delle norme stesse (PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, cit. p. 3; ROMANO, A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 343 ss. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 1999, p. 210: l'omessa indicazione delle norme violate non è sanzionata con la nullità, mentre la nullità è comminata quando il vizio non sia concretamente intellegibile con riferimento al provvedimento impugnato, mentre "ovviamente, poi, conformemente ai principi generali, qualsiasi errore

nella qualificazione del vizio (la designazione come eccesso di potere, anziché come violazione di legge, per esempio) non assume rilevanza decisiva, perché il giudice non è vincolato alla qualificazione del vizio proposta dalla parte”: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 ottobre 2011, n. 5521, T.A.R. Sicilia Palermo, sez. III, 1 giugno 2011, n. 1049, Cons. Stato, sez. V, 21 settembre 2011, n. 5323). Ovviamente nulla può il principio *iura novit curia* di fronte al difetto di specificità dei motivi di ricorso (Cons. Stato Sez. V, 2 febbraio 2012, n. 551).

Il potere del giudice tributario quando sia volto alla giurisdizione di impugnazione dei provvedimenti impositivi e assimilati (per i procedimenti a struttura non impugnatoria varranno le considerazioni, salva una maggiore necessità di individuazione normativa già dalla fase del ricorso, dovuta tuttavia piuttosto a problemi di diritto oggettivo, a fronte di un legislatore tributario straordinariamente ipertrofico) può risentire della modalità di redazione del ricorso articolata per motivi, anche se il potere di riqualificazione giuridica viene esercitato con la stessa latitudine del giudice civile e non solo sopra i motivi di ricorso, ma anche sopra la qualificazione delle violazioni contestate al contribuente (da ultimo Cass. civ., sez. V, 11 maggio 2012, n. 7393.).

Un’applicazione e allo stesso tempo una riprova della vigenza del principio *iura novit curia* si rinviene anche nel processo costituzionale: il diritto è allo stesso tempo l’oggetto del controllo che deve essere esercitato tramite il giudizio, il criterio di giudizio assunto a parametro e la circostanza che il giudice possa sollevare la questione d’ufficio implica che gli è sempre dovuta la conoscenza e la valutazione della questione di diritto. Nell’interpretazione del ricorso sarà in maniera determinante guidata dalla questione di diritto sollevata (quanto alle norme parametro) e dalla norma censurata di illegittimità o non conformità costituzionale (quanto alle norme oggetto di censura); cfr. PIZZORUSSO, *Iura novit curia*, cit. p. 3. Peraltro l’interpretazione che dà

la corte del proprio potere di riqualificazione è estremamente restrittiva: cfr. Corte cost. Sent., 15 aprile 2008, n. 102: secondo la quale in un giudizio di costituzionalità (in quella circostanza *principaliter*) la propria cognizione è limitata alle violazioni denunciate, ovverosia alla non conformità della norma censurata rispetto agli articoli della costituzione indicati dal ricorrente e alle disposizioni integrative dei parametri costituzionali stessi; lo spazio del principio *iura novit curia* è limitato alla verifica della compatibilità della norma denunciata rispetto alle norme parametro nelle quali risiede il “fondamento giustificativo della norma censurata”, anche se non siano state evocate nel ricorso.

Quanto al processo penale il cenno si limita a richiamare l'art. 521 c.p.p. che dispone che nella sentenza il giudice può dare al fatto una definizione giuridica diversa da quella enunciata nell'imputazione (Cass., sez. un., 19 giugno 1996, n. 205617) e che il principio *iura novit curia* si scontra, nei gradi del processo, con il divieto di *reformatio in peius* vigente nel diritto penale: il giudice non può infliggere una pena più grave in difetto d'impugnazione dell'accusa, ma non gli è preclusa la qualificazione giuridica. Alla diversa qualificazione giuridica può corrispondere una pena edittale superiore il che spiega effetti sui tempi di prescrizione. Proprio nel conflitto fra queste due regole, si è inserita la sentenza della corte europea dei diritti dell'uomo nel caso Drassich, la quale ha dichiarato la violazione dell'art. 6, §§ 1 e 3 della convenzione a fronte di una sentenza della terza via che aveva impedito all'imputato di essere informato e preparare le proprie difese (Corte eur. dir. uomo, 11 dicembre 2007 in *Foro it.*, 2008, c. 241 ss.). In seguito Cass pen., 12 novembre 2008, in *Foro it.*, 2009, c. 65 ss. ha riconosciuto l'applicabilità anche al processo penale dell'art. 384 3° comma c.p.c. (v. con riferimento al principio nel processo penale CAPONE, *Iura novit curia*, cit., *passim.*).

Mi pare si possano formulare delle riflessioni riguardo al rapporto fra potere-dovere di qualificazione giuridica del giudice e principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato.

La giurisprudenza ritiene che la *causa petendi* (fattispecie costitutiva) rimanga invariata quando i fatti in giudizio siano sufficienti a coprire tutti i fatti necessari perché possa essere integrata con quegli stessi fatti, che erano *causa petendi* per la l'altra fattispecie, la *causa petendi* di una norma, quale che sia, capace di attribuire il bene della vita richiesto: la *causa petendi* altro non è se non il raccoglitore che selezionata e “giuridicizza” i fatti rilevanti ai sensi di una data norma.

In forza del principio *iura novit curia* non ha alcun rilievo per il giudice (salva la precisazione *infra* 4.4.2.), quanto alla determinazione del *chiesto*, il fatto che sia invocata la norma che attribuisce il bene della vita: assumiamo dunque che non sia invocata alcuna norma e che il giudice possa eseguire una attività di interpretazione della domanda privo di condizionamenti. Allora egli individua la norma che può attribuire il bene della vita e valuta se i fatti storici (accadimenti) possano essere “giuridicizzati” (scomposti ed estrapolati in riferimento alla *causa petendi* di quella norma) e quindi aderire a tutti i fatti costitutivi di quella data norma inizialmente assunta. Per la giurisprudenza, così procedendo, il giudice rimane entro i confini della domanda proposta.

Nel caso in cui invece le norme o comunque le relazioni giuridiche siano state allegare e discusse in giudizio, qualora i fatti scomposti (accadimenti sezionati ai fini di essere “giuridicizzati” in una *causa petendi*) non siano idonei a integrare

quella fattispecie discussa e astrattamente idonea ad attribuire il bene della vita, si verificano le condizioni perché il giudice possa:

a -- rigettare la domanda;

b -- riqualificare la domanda e attribuire il bene della vita in forza di una diversa fattispecie;

c -- sottoporre alle parti la questione della diversa fattispecie nella quale potrebbe ritenere integrabile da quei fatti.

L'alternativa *a* è corretta solo nella misura in cui il fatto non possa essere ricondotto ad altra fattispecie: diversamente le alternative legittime si riducono a *b* e *c*.

Le alternative *b* e *c* son perseguibili nella misura in cui la diversa fattispecie non comporti nuovi fatti o nuova *causa petendi*. Ovverosia, laddove non debbano essere allegati e provati nuovi fatti individuatori del diritto, stante il divieto di domanda nuova.

Solo l'alternativa *c* è legittima giusta il disposto dell'art. 101 2° comma c.p.c.

Lo schema deve essere corretto aggiungendo un ulteriore elemento di complessità: il giudice può interpretare la domanda nel senso di verificare la rispondenza degli enunciati rispetto alla volontà. Rispetto ai diritti etero-determinati, tuttavia questo aspetto assume minor rilievo in quanto essi sono individuati per il tramite del fatto costitutivo dedotto in giudizio, così che tornano valide le considerazioni svolte con riguardo alla qualificazione della domanda, che presuppone sempre la qualificazione della *causa petendi*.

Con riferimento ai diritti autodeterminati sono necessari dei correttivi: il giudice non può discostarsi dal bene della vita chiesto, quindi non potrebbe mai riqualificare la domanda, ma dovrebbe limitarsi a verificare se siano in giudizio i fatti che

integrino la *causa petendi* della norma che assegna il bene della vita.

Tuttavia il giudice non essendo vincolato al *nomen iuris*, può interpretare la domanda e nella misura in cui il bene della vita chiesto sia espresso da un enunciato giuridico, si deve ammettere che la parte possa aver errato nel formulare l'enunciato.

Quindi si deve ammettere che, con riferimento ai diritti autodeterminati, dalla esegesi della pretesa in realtà si capisca che la parte non voleva ottenere l'accertamento dell'usufrutto sul bene, ma del diritto di abitazione. A queste condizioni la riqualificazione giuridica deve ritenersi consentita e quindi:

a -- se siano in atti i fatti (titolo di acquisto del diritto reale) che consentano di accogliere la pretesa il giudice potrà accoglierla senza violare la regola del chiesto e del pronunciato, tuttavia violando il principio del contraddittorio se la questione non è stata discussa;

b+c – sia che siano, sia che non siano in atti i fatti come sopra, il giudice potrà manifestare alle parti la volontà di ricondurre la questione sotto altra norma e le parti saranno abilitate nei limiti della modifica della domanda a dedurre e provare al riguardo; in ogni caso senza violare il principio della domanda (il diritto era già stato dedotto anche se nei termini sbagliati).

Questa soluzione, anche se logicamente coerente, con riguardo ai diritti autodeterminati può comportare grave violazione del diritto di difesa: il convenuto in particolare calibra le proprie difese ed assegna importanza alla questione sulla base

della domanda subita nella quale il diritto fatto valere enunciato è chiaramente altro.

La chiave di lettura del principio *iura novit curia* risiede allora nel comprendere quanto penetrante possa essere il potere di interpretare l'atto (gli atti) nei quali è formulata la domanda¹⁷⁵.

4.3.2. *Segue: concorso di diritti e concorso di norme*

Se l'identità di *causa petendi* e *petitum* è, secondo la giurisprudenza come visto *retro* 4.3.1., il presupposto per l'esercizio del potere giudiziale di qualificazione giuridica della situazione soggettiva fatta valere secondo l'una norma o l'altra norma, allora laddove il fatto naturalistico sia suscettibile di essere qualificato sotto due differenti norme, procurando il medesimo bene della vita, ma in forza di due *causae petendi* differenti (la pretesa alla restituzione del bene fondata sul rapporto obbligatorio o sul diritto reale), il potere giudiziale di qualificazione dovrà discernere quale azione si sia fatta valere; ovvero dovrà verificare se i fatti siano sussumibili in fattispecie distinte che prevedano effetti autonomi: in questo caso si ha concorso diritti, diversamente concorso di norme. Invero riguardo a questi istituti la prospettiva è offuscata dal

¹⁷⁵ Sul presupposto che la domanda giudiziale sia un atto normativo singolare e concreto idoneo a provocare l'esercizio della funzione pubblica giurisdizione CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., § 5 (e v. richiami in nota 31) predica l'applicabilità all'interpretazione dell'art. 1362 ss. sull'interpretazione dei contratti.

fatto che “noi non siamo ancora completamente liberi da reminiscenze romane, in questo caso fuor di luogo: e spesso ancora parliamo di azioni diverse, dove non si tratta che di diverse norme rispetto a un unico fatto”¹⁷⁶

Dal momento che il principio *iura novit curia* si muove nei binari della domanda diviene determinante, come si è detto, stabilire quale diritto si sia fatto valere. L'esempio appena sopra riportato mostra come principio l'applicazione del principio *iura novit curia* entri in crisi, o meglio rischi di mettere in crisi il rispetto del principio della domanda¹⁷⁷, tutte le volte in cui entra

¹⁷⁶ Chiovenda, *Principii*, cit., p. 286 *Istituzioni di diritto processuale civile*, III ed., Napoli, 1960, I, p. 317; ancora: “La specialità di queste azioni è che possono essere soddisfatte solo una volta, senza che ciò tolga la loro diversità in tal caso vi è mutamento di domanda se si passa dall'una all'altra; la decisione sull'una non fa cosa giudicata rispetto all'altra, salvo i diritti potestativi (*Redibitoria* e *quanti minoris* l'attore può promuovere un'azione e passare in quello stesso giudizio all'altra, senza mutamento di domanda. Può anche proporre le due azioni unitamente, l'una in via subordinata all'altra, o alternativamente. Concorso di sole norme si ha quando lo stesso atto può cadere sotto diverse norme, e si tratta di vedere quale è la norma applicabile, ciò che incombe in ogni caso di decidere al giudice, anche d'ufficio; la responsabilità è una sola, quella derivante dal fatto qualificato; e non può perseguirsi con due successivi giudizi, sol perché in uno si affermi la qualifica nell'altro no”.

¹⁷⁷ Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 193: “talvolta ai fini della individuazione del diritto fatto valere in giudizio è necessaria l'indicazione da parte dell'attore della relazione giuridica con il bene: ciò in particolare ... nelle ipotesi di concorso di diritti ...;

in conflitto con l'ipotesi della pluralità di diritti sorgenti da un unico fatto, ovvero sia appunto del concorso di diritti da contrapporre al concorso di norme¹⁷⁸.

entro questi limiti il principio *iura novit curia* ne esce ristretto a favore del principio della domanda”.

¹⁷⁸ Il tema è stato diffusamente studiato e le soluzioni sono dipendenti dalle premesse dogmatiche in ordine all'individuazione della domanda e al diritto oggetto del processo: v., anche per i riferimenti bibliografici, MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit. p. 163, ove si passano in rassegna le diverse posizioni su concorso di diritti, terminologia usata laddove per un'unica utilità economica dogmaticamente si ritenga di vantare più diritti alla stessa prestazione, oppure concorso di azioni, terminologia usata laddove sempre per una stessa utilità economica si ritenga di avere più azioni con stesso *petitum* e *causa petendi* diversa, nulla cambiando se non appunto la terminologia (secondo NEGRI, *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, 1988, §10 è invece preferibile parlare di concorso di diritti anziché di azioni: “la tendenza pragmatica dell'impostazione romana costituisce dunque un sostrato storico che ancora permea di sé il pensiero dei moderni, attenuando l'efficienza delle premesse teoriche, che finiscono talvolta col rimanere estrinseche alle conclusioni”). A seconda poi che si identifichi la domanda a) sulla base della fattispecie legale o sulla base del diritto potestativo alla modificazione, b) oppure sulla base del fatto storico o della scomposizione selettiva del fatto rispetto alle possibili fattispecie o sulla base della situazione soggettiva finale e non del diritto potestativo, allora le ipotesi di concorso di diritti saranno maggiori nel primo caso, rispetto a quante saranno le ipotesi di concorso di norme. Per l'identità dell'utilità procurata, l'estinzione dell'un diritto estingue l'altro, ma ad altri fini i due diritti

Nel caso di concorso di norme il problema è solo di qualificazione giuridica: unico è il bene, unico il fatto, unica la *causa petendi*, la quale necessita solo di essere qualificata alla stregua della norma che ne integra tutti i presupposti nel modo più soddisfacente per l'attore¹⁷⁹.

non interferiscono, salvo non vi sia un rigetto dell'una domanda fondato su un rapporto pregiudiziale.

Peraltro può aversi anche un'altra forma di concorso, v. Chiovenda richiamato due note prima di questa, c.d. alternativo/elettivo, quando le domande siano "volte a soddisfare un medesimo interesse economico in base alla deduzione di diritti con un contenuto diverso, si ha specie in presenza di inadempimenti contrattuali o vizi della cosa trasferita (artt. 1453, comma 1; 1492, comma 1; 1668, comma 1, c.c.). L'alternatività delle tutele predisposte consente una scelta, ma non il cumulativo godimento dei rimedi: la realizzazione dell'uno estingue l'altro; talora, per previsione di legge sostanziale, basta la scelta dell'uno (almeno nelle forme della domanda giudiziale) a precludere l'utilizzazione dell'altro" (CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., § 19).

¹⁷⁹ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, p. 249 s.: premesso che la *causa petendi* individui il diritto tramite la scomposizione dei fatti e la sussunzione degli stessi nella fattispecie costitutiva prevista dalle varie norme (v. *retro* 4.3.1., nota 163), si ha solo concorso di norme tutte le volte in cui impiegando dei criteri di selezione l'accadimento alla fine del processo selettivo possa essere ricondotto al fatto costitutivo di un'unica norma; diversamente quando l'accadimento rimane scomposto in più fatti ciascuno costitutivo esclusivamente di una diversa norma. Diversamente da questi CONSOLO, *Domanda giudiziale*, cit., § 19, sulla base della premessa che i fatti si devono aggregare invece secondo l'effetto giuridico, e non secondo la fattispecie costitutiva (v. *retro* 4.3.1., nota

Laddove si versi in un'ipotesi di concorso di diritti il principio *intra novit curia* spiega i propri effetti nei limiti del diritto fatto valere, entro la domanda stessa; il che di fatto si traduce in un vincolo al giudice quanto alla qualificazione giudica: da una parte difatti, i più ristretti limiti della domanda fatta valere, indirettamente ne comprimono il potere qualificatorio; dall'altra l'indicazione della relazione giuridica fra fatto e bene della vita preteso sarà determinante per il giudice per decidere se accordare la tutela, fermo comunque il dovere d'interpretare la domanda senza vincoli rispetto al *nomen iuris* impiegato dall'attore, giudice che dovrà in questo caso a maggior ragione

163), e che “diversi sono i beni della vita tutelati quando diversi fatti sono autonomamente capaci di integrare diversi paradigmi normativi - o anche, più volte ripetutamente quel medesimo paradigma -, ciascuno idoneo a sorreggere un effetto autonomo rispetto agli altri suscettibili di coesistere con esso”, ritiene che il contratto in forza del quale è riconosciuto a Tizio il diritto al pagamento di 100 e la cambiale che allo stesso è offerta in pagamento è offerta in pagamento per quei 100 rappresentino un'ipotesi di concorso di norme e non di diritti, in quanto la posizione soggettiva rimarrebbe la stessa (richiamando anche l'art. 66 della legge cambiaria), essendo i due rapporti, quello fondato sulla cambiale e quello fondato sul contratto legati da una preesistente relazione, e quindi la domanda sarebbe “comprensiva di tutti i titoli, o ragioni, deducibili; ne discende, in ultimo, che opererà il vincolo del giudicato”. LANCELOTTI, *Sul concorso delle azioni (Vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi Carnacini*, II, 1, Milano, 1984 p. 375 ss., rivaluta il concetto di azioni rispetto a quello di diritti e ne estende l'ambito rispetto a quello di norme, facendo leva sul concetto di fattispecie.

prestare attenzione alle modalità, e ai limiti derivante dalle modalità stesse, in cui si esercita il potere (v. *infra* 4.4.1.)¹⁸⁰.

L'ipotesi del concorso fra azione contrattuale e extracontrattuale è un'ipotesi di concorso di norme, nella quale dunque si fa applicazione del principio *iura novit curia*: il giudice qualifica il fatto come risarcimento del danno da inadempimento o da illecito extracontrattuale indipendentemente dalla prospettazione delle parti. Ma ciò il giudice può fare perché il fatto è ricondotto dal legislatore alternativamente all'una o all'altra norma: fatta valere in giudizio la domanda contrattuale da risarcimento del danno è dedotta in giudizio anche l'altra.

Ciò che muta è la ripartizione dell'onere probatorio del presupposto del risarcimento (l'inadempimento da una parte il illecito dall'altra), perciò la questione della qualificazione assume un valore di particolare importanza.

Il concorso fra le norme si può risolvere in forza del principio di specialità o di sussidiarietà: l'accadimento può essere ricondotto a entrambe le fattispecie, ma o il fatto costitutivo dell'una (azione contrattuale) contiene tutti gli elementi dell'altra più un elemento ulteriore (specialità) o gli elementi dell'una (azione contrattuale) si intersecano con quelli dell'altra, rimanendo tuttavia una sola l'azione che tutela specificamente l'interesse protetto. Ma sempre infine una sola norma deve essere applicata a quell'accadimento¹⁸¹: il principio *iura novit curia* in ciò spiega efficacia, che se il giudice ritenga che l'azione extracontrattuale fatta valere non sia fondata, mentre lo sia

¹⁸⁰ Così ad esempio nell'esempio citato in apertura di paragrafo.

¹⁸¹ MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, cit., p. 254 ss.

quella contrattuale non (espressamente) fatta valere, può accogliere la domanda comunque la domanda risarcitoria in forza del titolo contrattuale¹⁸².

Nello stesso senso si è ritenuto che in relazione ad un fatto, unico sia il diritto di credito che può esistere sincronicamente tra le parti, quindi unico il diritto, quindi ancora che la domanda per il risarcimento del danno cagionato da quel fatto non possa che essere, una indipendentemente dalla fattispecie legale sotto la quale sia sussunta¹⁸³.

4.3.3. *Segue: iura novit curia e rilievo ufficioso degli effetti giuridici*

La questione della rilevabilità d'ufficio della nullità lambisce il problema della (ri)qualificazione giuridica: è discusso difatti se sussista o meno il potere del giudice di pronunciare la nullità del contratto in forza di una causa rilevata d'ufficio,

¹⁸² Il fatto che sia ammesso il cumulo fra le azioni, non significa che si possa ottenere il risarcimento per entrambi i titoli, il che anzi è da escludere: SACCO, *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in (VISINTINI a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 155. In giurisprudenza da ultimo: Cass. civ., sez. III, 15 febbraio 2011, n. 3680, in *Corr. giur.*, 2011, 4, p. 467 ss., con nota di CARBONE, *Responsabilità dell'istituto scolastico per danni subiti dagli alunni*.

¹⁸³ CERINO CANOVA, *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, 1980, p. 191 s.

quando l'attore abbia agito per l'annullamento del contratto stesso e non per la sua attuazione.

Considerate le premesse cui si in via generale la giurisprudenza si affida (potere-dovere di riqualificazione secondo i fatti in giudizio e ferma la *causa petendi*), non sembrerebbero esservi in astratto dubbi sul fatto che al giudice spetti tale potere.

Tuttavia l'orientamento giurisprudenziale che è prevalso fino ad oggi sostiene che in assenza di istanza il giudice non possa pronunciarsi su una ragione che favorisca la pretesa dell'attore, non configurandosi il fatto che integra la fattispecie della nullità come un'eccezione ma come un rimedio rimesso all'impulso di chi ne deve beneficiare. Così da contrastare l'ampliamento di iniziative ufficiose e il soggettivismo giudiziario¹⁸⁴.

A tale orientamento si è contrapposto altro più recente, salvo qualche sporadico precedente, e minoritario¹⁸⁵, secondo il

¹⁸⁴ Cass. civ., sez. II, 17 maggio 2007, n. 11550, in *Foro it.*, 2007, parte I, col. 430 con nota di richiami; Cass. civ., sez. II, 27 aprile 2011, n. 9395; Cass. civ., sez. II, 6 ottobre 2006, n. 21632; Cass. civ., sez. II, 26 maggio 2006, n. 12627; Cass. civ., sez. lav., 14 ottobre 2005, n. 19903, in *Foro it.*, 2006, I, 2108, con nota di DI CIOMMO, *La rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed incertezze giurisprudenziali*.

¹⁸⁵ Cass. civ., sez. III, 22 marzo 2005, n. 6170, in *Foro it.*, 2006, I, 2108, con nota di Di CIOMMO, cit. ; Cass. civ., sez. III, 7 febbraio 2011 n. 2956, in *Foro it.*, 2011, parte I, col. 2403 con nota di richiami; Cass. civ., sez. III, 20 agosto 2009, n. 18540; Cass. civ., sez. III; 15

quale la lite viene avviata su istanza di parte, le domande di adempimento, di risoluzione e di annullamento presuppongono l'insussistenza della nullità, quindi il giudice può sempre autonomamente rilevare la nullità dovendosi tale questione ritenersi dedotta nella domanda.

Le sezioni unite sono state chiamate a risolvere il contrasto e la causa è in attesa di decisione¹⁸⁶.

Premesso che pare fondata la tesi della rilevanza officiosa della nullità del contratto, sia per esigenze sistematiche, altrimenti il giudice assumerebbe la validità del contratto che sia nullo in ipotesi di reiezione della domanda di annullamento o risoluzione, il che per l'ordinamento non è accettabile; sia perché oggetto del processo, qualora si sia di questo avviso, è l'esistenza o inesistenza della situazione soggettiva (rapporto giuridico) che trova titolo in quel contratto¹⁸⁷; ciò premesso, mi pare che il

settembre 2008, n. 23674; Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2006, n. 8612; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2006, n. 11356.

¹⁸⁶ Cass. civ., sez. I; ord. 28 novembre 2011, n. 25151, in *Form it.*, 2012, parte I, col. 80.

¹⁸⁷ Intorno alle impugnative negoziali si è invero sviluppato un esteso e partecipato dibattito originato dalla difformità di opinioni in ordine alla tutela costitutiva e incentrato sull'oggetto del processo e i limiti oggettivi del giudicato. Cfr. per una rassegna degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 133 ss.: qualora la determinazione dell'oggetto del processo delle azioni d'impugnativa negoziale sia ricondotta al diritto potestativo alla modifica (individuato dall'accadimento materiale o dalla tipologia di vizio azionata), o anche alla situazione soggettiva individuata per il tramite del petitum, niente impedirebbe di promuovere un successivo

giudizio per l'accertamento della nullità. La tesi però è stata variamente contestata sul fondamento che la pronuncia in ogni caso regola gli assetti sostanziali relativi al bene della vita, particolarmente da PAGNI, *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998, p. 288 ss. secondo la quale il potere all'annullamento deve essere arretrato a livello del fatto costitutivo della fattispecie impeditiva dell'efficacia negoziale, così che il giudice, nel momento in cui pronuncia sull'impugnativa negoziale non costituisce, ma accerta l'effetto giuridico annullamento, da ciò essendo ulteriormente confermato che l'oggetto del processo è la situazione soggettiva e non il diritto potestativo.

La causa di nullità appartiene a livello di eccezione alla fattispecie costitutiva del diritto scaturente dal contratto, al pari della causa di annullamento: quindi non solo nei limiti oggettivi del primo giudizio è dedotta anche la nullità, ma è anche in quel giudizio accertata la validità del negozio dalla pronuncia di inesistenza della causa di annullamento, così che il primo giudicato sull'inesistenza della causa di annullamento dovrebbe precludere la successiva proposizione dell'azione di nullità, pena disconoscere il bene della vita riconosciuto dal primo giudicato: cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 194: "la pronuncia di rigetto ... trattandosi di impugnativa di negozio costitutivo (esempio: contratto), dichiara l'esistenza degli effetti da esso prodotti". Il fatto che la nullità non sia stata chiesta, e il fatto che il giudice non potrebbe disporre l'annullamento per incapacità se fosse chiesto l'annullamento per dolo non sposta in nulla la soluzione del problema: per entrambi gli aspetti la risposta risiede nel modo di produzione degli effetti giuridici, nel primo caso senza, nel secondo con, l'intermediazione del potere di parte. Tanto che è pacifico che in ipotesi di manutenzione del contratto, la nullità sia senz'altro rilevabile, ma non perché si deve verificare la validità del contratto, bensì e prima perché è un effetto giuridico che se è già prodotto e

principio *iura novit curia* potrebbe essere applicato per dirimere la questione solo a condizione che si ritenesse che sia dovere del giudice accertare la nullità in ogni circostanza nella quale essa emerga, salvo il giudicato, in forza del comando di legge; in altre parole se si assumesse che ogni volta che il giudice rileva un effetto giuridico, allora in quella circostanza il giudice fa impiego del dovere di qualificazione della fattispecie.

Se così fosse allora nel principio *iura novit curia* dovrebbe anche rinvenirsi il fondamento della regola secondo la quale le eccezioni sono normalmente rilevabili d'ufficio (salvo non siano date e a istanza di parte e salvo che non sottendano un potere capace di azione una tutela costitutiva, o anzi, meglio, che non siano scrivibili allo schema di produzione degli effetti giuridici norma-fatto-potere sull'an-effetto¹⁸⁸).

Rilevato che il disposto prescrittivo del principio *iura novit curia* è limitato alla porzione della cognizione giudiziale che ha ad oggetto la questione di diritto e non l'intera fattispecie giuridica.

che il giudice deve rilevare. A conclusioni difformi si giunge se si ritiene che sia il fatto giuridico che fonda l'impugnativa a individuare l'oggetto del processo: cfr. da ultimo ATTARDI, *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 534 s., MONTESANO, *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 22 s.

Cfr. sulla questione specifica della pronuncia di nullità in ipotesi di impugnativa negoziale per diverso titolo: ORIANI, *Eccezione*, in *Digesto disc. priv.*, IV ed., Torino, 1991, VII, p. 289 e citazioni alle note 103 e 104; MASSETANI, *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1945.

¹⁸⁸ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 173 ss.

Nel caso in cui si potesse dimostrare che la soluzione della questione di diritto comporta un effetto giuridico sostanziale, assunto che merita di essere ulteriormente indagato, allora vi potrebbero essere le basi per affrontare, sotto una diversa prospettiva, il problema della pronuncia di nullità laddove sia esercitata un'azione d'annullamento e di rivedere *funditus* il problema della rilevabilità d'ufficio delle eccezioni.

4.3.4. *Segue: qualificazione giuridica delle eccezioni*

Ancora entro il tema della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato è il potere-dovere di qualificazione giuridica del giudice sopra le eccezioni.

Il carattere puntuale del fatto estintivo, modificativo ed impeditivo non consente al convenuto di modificare il fatto alla base dell'eccezione: sempre una modifica dell'eccezione si verifica¹⁸⁹.

Tuttavia altro è il potere di qualificazione del giudice che deve interpretare il potere processuale speso con l'eccezione per capire quale potere effettivamente si è voluto spendere indipendentemente dal nome utilizzato e poi ricondurlo sotto la previsione normativa che produce l'effetto giuridico conseguente alla spendita del potere.

In questa seconda attività il giudice rimane libero di qualificare, così che potrà ritenere che l'eccezione spesa qualificata dal convenuto tra quelle quinquennali sia invece una

¹⁸⁹ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 102.

prescrizione decennale. Mentre non potrà ritenere che, invocata la prescrizione estintiva, il convenuto intendesse invocare la prescrizione presuntiva. La seconda infatti presuppone il pagamento quale fatto costitutivo ulteriore dell'eccezione¹⁹⁰: il potere del giudice di riqualificazione si svolge entro l'ambito della domanda svolta e delle difese opposte.

4.3.5. *Segue: questione di mutamento di rito (qualificazione giuridica dell'"azione")*

Con qualificazione giuridica dell'azione si intendono quelle ipotesi nelle quali il giudice, ricevuta un'istanza intestata secondo una certa disposizione processuale, la quale disciplini un dato procedimento, si trovi nell'alternativa tra dichiararlo inammissibile oppure riqualificarlo ed esaminarlo come se fosse stato introdotto un diverso procedimento che abbia i necessari requisiti o comunque che possa integrarli in forza di sanatoria. È un problema di rito.

La questione in questi termini non ha diretta connessione con il potere del giudice di qualificare la domanda o l'azione: la questione di diritto sulla quale agisce il principio *iura novit curia* è la questione relativa all'interpretazione e applicazione della norma di diritto sostanziale sotto la quale sussumere il caso.

¹⁹⁰ Di recente richiamando la non applicabilità del principio *iura novit curia*, cfr. Cass. civ., sez. II, 21 febbraio 2005, n. 3443, in *Rep. Foro it.*, 2005, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 93 e Cass. civ., sez. II, 31 ottobre 2011, n. 22649, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 86.

Nulla vieta comunque l'impiego dell'espressione *iura novit curia* con riferimento a questioni processuali quali la scelta dello strumento procedurale. In queste circostanze tuttavia il valore che si persegue non è l'attuazione dell'ordinamento, ma la aspirazione a che il giudizio si concluda con un provvedimento di merito.

In particolare con riferimento ai provvedimenti di urgenza possono porsi delle condizioni di criticità dovute alla violazione del canone di sussidiarietà: "Il rigore delle conseguenze che derivano da una violazione della regola di sussidiarietà trova tuttavia un efficace temperamento nell'orientamento giurisprudenziale che consente al giudice di correggere la qualificazione data dal ricorrente all'azione cautelare proposta e ciò in applicazione del principio *iura novit curia*"¹⁹¹.

Considerata la natura dell'azione proposta, verificato che essa è una azione di enunciazione, il ricorso ex art. 700 c.p.c. per l'emaneazione di un provvedimento d'urgenza può esser riqualficato dal giudice a prescindere dalla qualificazione che dello stesso abbia dato la parte¹⁹².

Tale prospettiva, nella misura in cui si discorre di riqualficazione dell'*azione*, sembra risentire della forma mentale secondo la quale si pensa alla *actio* data, anziché al diritto

¹⁹¹ TOMMASEO, voce *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, XXXVII, § 7.

¹⁹² *Ibidem*, ove richiama anche Cass. 20 marzo 1969, n. 860. Per la riqualficazione d'un ricorso d'urgenza in una domanda per i provvedimenti interdittali possessori: Cass. 6 novembre 1972, n. 3336.

soggettivo da attuare: è tuttavia giustificata dalla diversità anche procedurale degli strumenti processuali offerti dal legislatore.

Diversi sono i casi nei quali il giudice non procede alla riqualificazione dell'azione a livello di modulo procedurale proposto, ma a livello di tutela accordata, riconoscendo la fondatezza di un diritto fondato sui fatti dedotti in giudizio che integrino altra fattispecie, in ipotesi contenuta in quella invocata. Casi che rientrano nella riqualificazione giuridica della domanda e del diritto fatto valere.

Si possono fare gli esempi della domanda che riconosca il diritto alla reintegrazione nell'esercizio di fatto del passaggio sul fondo medesimo a fronte della domanda di reintegrazione nel possesso pieno di un terreno¹⁹³.

Oppure quando il giudice riconosca la domanda di manutenzione a fronte della domanda di reintegrazione del possesso. Il giudice ha di fronte il fatto: può qualificarlo come turbativa o come spoglio, facendone scaturire la pronuncia consequenziale senza limite all'allegazione in diritto della parte¹⁹⁴

4.4. MODALITÀ DI ESERCIZIO DEL POTERE-DOVERE DI QUALIFICAZIONE GIURIDICA

¹⁹³ Cass. civ. Sez. II, 6 novembre 2006, n. 23626

¹⁹⁴ Cass. 17 giugno 1991, n. 6844: la domanda di reintegrazione nel possesso comprende quella di manutenzione, costituendo la semplice turbativa un *minus* rispetto alla privazione totale del possesso.

4.4.1. *Il contraddittorio quale modalità di esercizio del potere di qualificazione giuridica del giudice*

Il potere del giudice di qualificare giuridicamente la fattispecie concreta sottoposta al proprio giudizio, si è visto, è garanzia irrinunciabile di attuazione dell'ordinamento.

Ad un potere così decisivo deve tuttavia corrispondere il contrappeso della garanzia del contraddittorio¹⁹⁵, nel significato

¹⁹⁵ Il dibattito che ha avuto ad oggetto il principio del contraddittorio è stato intenso ed espressione di modi di intendere il processo differenti ed ha condotto al riconoscimento costituzionale del principio e alle modifiche degli artt. 384 e 101 c.p.c. Il principio, per come formulato e nella derivazione dall'art. 38 c.p.c. 1865, rispondeva a una visione formale e liberale del contraddittorio (PROTO PISANI, *Principio del contraddittorio*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario del c.p.c.*, Torino, 1973, I, 2, p. 1085 ss.); CALAMANDREI, *Istituzioni*, 1943, p. 185 s.: "la struttura del processo a parti contrapposte «Parteiprozess» lo chiama la dottrina tedesca, quale si ritrova in tutte le legislazioni moderne, è non soltanto una naturale conseguenza del principio della domanda (art. 99 C.p.c.; cfr. art. 2907 C.c.) e della bilateralità dell'azione ..., ma è tecnicamente il congegno psicologico meglio appropriato a garantire, specialmente nella fase di cognizione, la esatta applicazione della legge, e quindi il soddisfacimento dell'interesse pubblico della giustizia. 11 contraddittorio tra le parti, anche se è mosso da un contrasto di interessi individuali, serve sempre a moltiplicare nel giudice i mezzi di indagine e di controllo per l'accertamento della verità: la quale non appare mai in tutta la sua interezza se è esaminata da un solo punto di vista, ma ha bisogno, per esser compiutamente conosciuta, di essere illuminata sotto diversi

aspetti, e con frutto tanto maggiore, quanto più essi sono lontani tra loro e disparati. L'esistenza di un contrasto polemico tra i contraddittori permette al giudice di ricostruire, mercé loro, la verità a tre dimensioni; se non ci fossero due parti, il giudice non potrebbe essere imparziale”.

L'entrata in servizio della Corte costituzionale ha contribuito a cambiare la qualità del principio: dall'affermazione della tutela nella fase iniziale del processo, quale diritto di partecipare al processo, in particolar modo attento alla fase iniziale dello stesso, al riconoscimento di un valore immanente da preservare durante tutto lo svolgimento del processo (PROTO PISANI, *Principio del contraddittorio*, cit., p. 1086; TROCKER, *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974, p. 370, p. 646 s., guardando all'elaborazione della dottrina tedesca, evidenzia gli aspetti della garanzia di partecipazione effettiva, del diritto d'influire concretamente sulla decisione, agendo per il mezzo degli strumenti processuali, presentare istanze secondo il linguaggio della Corte costituzionale tedesca, sul convincimento del giudice).

La tesi di DENTI, *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, 271 ss. secondo la quale il contraddittorio deve essere letto alla luce dell'art. 24 cost., oltre l'instaurazione del rapporto e quindi con riferimento questioni rilevabili d'ufficio (proponendo a presidio la categoria delle nullità costituzionali), si riduce tuttavia alle sole questioni sulle quali può cadere direttamente la decisione pregiudiziali (v. *infra* 5.). In contrasto FERRI, *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinate*, XLIX, Città di Castello, 1984, p., predica il contraddittorio, come preventiva difesa delle parti su ogni questione, non limitata a quelle decidibili o comunque decise, perché altrimenti una parte del convincimento del giudice sarebbe sottratto alle parti; in particolare con riferimento alla questione di diritto l'interpretazione, individuazione e applicazione, eventualmente anche della norma straniera, sono aspetti che debbono essere discussi con le parti,

eventualmente qualora ne sorga l'esigenza a seguito delle allegazioni della controparte; la violazione comporterebbe una nullità tutte le volte in cui verta su un elemento decisivo per la decisione

V. anche GRASSO, *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, 607 ss, il quale legge il principio del contraddittorio in senso formale e al fine di dare tutela alle esigenze protette dall'interpretazione del contraddittorio in senso materiale, richiama il principio di reciproca collaborazione del giudice con le parti al fine di garantire la leale condotta nel processo e la giustizia del provvedimento. COMOGLIO, *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv.*, e ancora egli in COMOGLIO, FERRI, TARUFFO, *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006, p. 74 ss. insiste in maniera particolare sulle condizioni di parità che debbono essere garantite dal contraddittorio al fine di influire sul convincimento del giudice, sia dal punto di vista tecnico (termini, notificazioni: giustizia procedurale), sia dal punto di vista della trattazione delle questioni rilevabili d'ufficio.

Contro quest'impostazione, CHIARLONI, *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss., ID., *La sentenza "della terza via" in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, p 1363 ss., ID., *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, p 1 ss.: pur qualificando il principio di reciproca collaborazione del giudice al fine della giustizia del provvedimento e del contraddittorio come "una componente ispiratrice importante delle moderne discipline processuali"; sostiene tuttavia un orientamento restrittivo quanto all'applicazione del principio del contraddittorio: disegna "la nullità della sentenza della terza via come il frutto di una fattispecie complessa dove non basta che il giudice abbia rilevato d'ufficio una questione senza sottoporla al previo contraddittorio delle parti, ma occorre in più che la risoluzione della questione abbia determinato, grazie alle particolarità del caso

evoluto che ha assunto dopo il dibattito dottrinario e gli interventi legislativi. Il contraddittorio, oltre a essere garantito in sé dall' art. 111 cost., è il mezzo di realizzazione di diritti costituzionalmente riconosciuti: consente la realizzazione dell'art. 24 secondo cost. e per il tramite di quello la tutela dei principi degli artt. 2 e 2 cost.¹⁹⁶.

Quanto all'applicazione del principio *iura novit curia*, l'ambito di applicazione dello stesso è un punto critico nel quale maggiormente è a rischio la garanzia del contraddittorio¹⁹⁷; l'esercizio del potere di (ri)qualificazione giuridica in difetto di ascolto delle ragioni delle parti lede il diritto delle stesse di portare le proprie motivazioni per orientare il convincimento del giudice: vero che il giudice è signore sulla questione di diritto, ma non meno vero che non solo il giudice possa dal confronto con le parti arrivare alla soluzione giuridica migliore, ma anche che dalla partecipazione le parti possano per il tramite della questione di diritto contribuire a rilevare la realtà esteriore e quindi difendersi rispetto ai fatti¹⁹⁸. A maggior ragione laddove si consideri che l'applicazione del diritto non è mai un'attività

concreto, l'apertura a sviluppi della lite fino a quel momento non presi in considerazione dalle parti" (La sentenza "della terza via" in Cassazione, cit., p. 1366). Contra V. LUISO, *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 65 ss.

Sull'evoluzione del principio secondo una prospettiva storica: PICARDI, "Audiatur et altera pars". Le matrici storico-culturali del contraddittorio, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 7-22.

¹⁹⁶ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 210 s.

¹⁹⁷ COMOGLIO, *op. loc. ult. cit.*, p. 78.

¹⁹⁸ TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 650.

meramente esecutiva, ma comporta un'opera interpretativa, un ruolo sempre marginalmente o marcatamente creatore dell'interprete, non dovendo quegli svolgere un'attività di mera ricerca e constatazione di un precetto già formato: se si vuole conferire alle parti un potere effettivo sullo svolgimento della controversia nel senso di condizionare il convincimento del giudice si deve consentire loro di intervenire nel "momento di interpretazione e formazione di una direttiva generale e spesso generica, esposto «all'immane e indispensabile influenza della sensibilità, della mentalità, del carattere, delle esperienze, della cultura ..., delle tendenze ed aspirazioni etiche, politiche e sociali» del magistrato"¹⁹⁹.

Si prospetta quindi una lesione del diritto della parte di interloquire e così del proprio diritto di difesa; ma la signoria del giudice è allo stesso modo arbitrio e lesione del diritto alla tutela dei propri diritti soggettivi, quando il giudice non consenta alle parti di svolgere le difese necessarie che avrebbe potuto svolgere se la questione fosse stata decisa al principio del processo (quantomeno modifica delle domande, eccezioni, allegazioni e prove) che si rendano necessarie a seguito del mutamento di prospettiva da parte del giudice in ordine alla qualificazione giuridica. Si verifica in questi casi allora una lesione del diritto costituzionale alla tutela della situazione soggettiva (e ovviamente la lesione della stessa)²⁰⁰.

¹⁹⁹ TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 676.

²⁰⁰ COMOGLIO, «Terza via» e processo «giusto», in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 755 ss. V. poi *infra* in questo paragrafo.

Il legislatore ha progressivamente introdotto nel codice di procedura civile²⁰¹ disposizioni che tendono a valorizzare la collaborazione del giudice con le parti e volte a tutelare proprio il diritto delle stesse di essere ascoltate e a scongiurare il

²⁰¹ Il legislatore ha introdotto con la l. cost. 2/1999 del dettato costituzionale il principio del contraddittorio all'art. 111 cost.; quindi sulla spinta della nuova copertura costituzionale, di pronunce giurisprudenziali che hanno esteso sempre il significato del principio del contraddittorio, tra le quali Cass. 21 novembre 2001, n. 14637 (che ha provocato gli opposti pareri di Luiso e Chiarloni), Cass. civ., sez. III, 5 agosto 2005, n. 16577, Cass. civ., sez. III, 31 ottobre 2005, n. 21108, Cass. civ., sez. II, 9 giugno 2008, n. 15194, in *Mass. Giur. it.*, 2008 e del dibattito dottrinale riferito, ha introdotto con il d.lgs. 40/2006 una nuova formulazione dell'art. 384 c.p.c., obbligando il giudice di cassazione a sollevare le questioni rilevabili d'ufficio, non ancora rilevate, sulle quali intenda, si immagina, fondare la decisione e con la l. n. 69/2009 ha riscritto l'art. 101 c.p.c. imponendo al giudice che intenda rilevare una questione d'ufficio di provocare il contraddittorio delle parti e se fuori dai termini di applicazione dell'art. 183 c.p.c., provocare uno scambio di memorie scritte.

Da ultimo sono intervenute a tutela del contraddittorio: Cass. civ. , sez. III, 27 aprile 2010, n. 10062 in *Giur. it.*, 2011, 3, p. 614 ss., mentre con tenore meno garantista Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, con nota di CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 3, p. 352 ss., e Cass. civ., sez. III, 23 agosto 2011, n. 17495.

fenomeno delle sentenze cc.dd. della “terza via”²⁰²: qualora intenda rilevare un questione d’ufficio il giudice è tenuto a provocare il contraddittorio delle parti, disponendo uno scambio di memorie (artt. 183, 384, 101 c.p.c.) e a pena di nullità dell’omissione (art. 101 c.p.c.).

Mi pare non possano esservi dubbi in ordine alla suscettibilità delle questioni di diritto a essere ricondotte alle questioni previste dalle norme²⁰³ sulla base della ricostruzione di

²⁰² Art. 183 4° comma c.p.c.: “Nell’udienza di trattazione ovvero in quella eventualmente fissata ai sensi del terzo comma, il giudice richiede alle parti, sulla base dei fatti allegati, i chiarimenti necessari e indica le questioni rilevabili d’ufficio delle quali ritiene opportuna la trattazione”. Art. 101 2° comma c.p.c.: “Se ritiene di porre a fondamento della decisione una questione rilevata d’ufficio, il giudice riserva la decisione, assegnando alle parti, a pena di nullità, un termine, non inferiore a venti e non superiore a quaranta giorni dalla comunicazione, per il deposito in cancelleria di memorie contenenti osservazioni sulla medesima questione”. Art. 384 4° comma c.p.c.: “Se ritiene di porre a fondamento della sua decisione una questione rilevata d’ufficio, la Corte riserva la decisione, assegnando con ordinanza al pubblico ministero e alle parti un termine non inferiore a venti e non superiore a sessanta giorni dalla comunicazione per il deposito in cancelleria di osservazioni sulla medesima questione”.

²⁰³ BALENA, *art. 101*, in BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino, p. 30 secondo il quale questioni nuove per l’applicazione dell’art. 101 c.p.c. sono quelle idonee a definire il giudizio, non quelle in cui il giudice dopo che le parti abbiano dibattuto qualifichi giuridicamente la fattispecie in maniera originale e differente.

principio *iura novit curia*, in ordine alla sussistenza dell'obbligo di provocare il contraddittorio. Difatti, i valori costituzionali che ambedue i principi sono deputati a realizzare e la circostanza che tra le norme, l'applicazione delle quali l'ordinamento fa obbligo al giudice, figura anche la tutela del contraddittorio inducono a ritenere che la modalità di esercizio del potere-dovere di qualificazione giuridica del giudice sia regolata dal principio del contraddittorio²⁰⁴. Anzi il principio *iura novit curia* applicato nelle modalità disposte da un effettivo e dialogante principio del contraddittorio diviene espressione di democraticità del processo, impedendo la deriva autoritaria dello stesso²⁰⁵.

²⁰⁴ Del resto quanto all'art. 384 c.p.c. le ipotesi che si possono immaginare di applicazione dell'istituto riguardano proprio principalmente la qualificazione giuridica.

²⁰⁵ TROCKER, *Processo civile e costituzione*, cit., p. 670. Per questo deve essere con vigore respinta la tesi di Cass. civ., sez. un., 30 settembre 2009, n. 20935, con nota di CONSOLO, *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via*, cit., secondo la quale "per effetto del solo mancato rilievo officioso (e della conseguente, mancata segnalazione tempestiva alle parti) di questioni di puro diritto non sembra seriamente ipotizzabile, pur a fronte della violazione di un dovere "funzionale" del giudicante, la consumazione di altro vizio "processuale" diverso dall'*error iuris in iudicando* (ovvero ancora *in iudicando de iure procedendo*), la cui denuncia in sede di legittimità consentirebbe la cassazione della sentenza se (e solo se) tale *error iuris* risulti in concreto predicabile perché in concreto consumatosi. Di conseguenza, saranno le sole questioni di fatto ovvero miste, di fatto e di diritto, a legittimare la parte soccombente (a prescindere dalla censura di erroneità della soluzione) a dolersi del *decisum* sostenendo che la violazione di quel dovere di indicazione ha vulnerato la facoltà

Un fugace sguardo alle norme corrispondenti di altri ordinamenti, consente di apprezzare quale ruolo altri legislatori europei disegnino per i propri giudici e le parti dei processi giurisdizionali:

– il §. 139 della ZPO tedesca disciplina le modalità di conduzione del procedimento da parte del giudice (*der aktive Richter*) prescrivendo che deve discorrere con le parti su ogni aspetto che sia rilevante per decidere e deve porre loro quesiti; deve segnalare le questioni rilevabili d'ufficio; può decidere in base a aspetti che la parte abbia trascurato o sui quali abbia sorvolato soltanto dopo aver provocato il contraddittorio sul punto; a garanzia dell'adempimento dell'obbligo è fatto al

di chiedere prove (o, in ipotesi, di ottenere una eventuale rimessione in termini)". Per le ragioni espresse nel testo il giudice ha sempre comunque l'obbligo di sollevare la questione, anche se di puro diritto, e se non lo faccia la sentenza deve seguire il regime di nullità pari alle altre, non potendosi distinguere le questioni di puro diritto dalle altre: v. *infra* 5.4.3. Invece parzialmente adesivo l'annotatore, secondo il quale si deve effettuare una "precisazione per ciò che concerne le questioni di diritto che imporranno non solo diversi effetti decisorii ma previamente una diversa qualificazione della fattispecie. Se è vero, infatti, che nella maggior parte dei casi la mancata significazione alle parti potrà risultare davvero lesiva solo a fronte di questioni di fatto o miste (rispetto alle quali assai più di frequente la violazione del contraddittorio risulterà davvero, secondo il detto *test* retrospettivo, "nociva") la mera ricorrenza di una questione di puro diritto non può *ex se* a priori determinare la "innocuità" della violazione del contraddittorio. Quantomeno nei casi in cui il giudice addivenga solitariamente ad una *diversa qualificazione giuridica* dei fatti di causa (ad es. del contratto) mai in precedenza prospettata".

giudice obbligo di riaprire la trattazione quando debba provocare il contraddittorio con le parti su una questione che avrebbe dovuto essere trattata ai sensi del § 139 e che non sia invece stata trattata (§ 156)²⁰⁶, Sussiste dunque chiaramente un obbligo per il giudice di discorrere con precisione con le parti, non solo per evitare decisioni a sorpresa, ma per inquadrare giuridicamente il caso²⁰⁷

²⁰⁶ §. 139 ZPO: „Materielle Prozessleitung. (1) Das Gericht hat das Sach- und Streitverhältnis, soweit erforderlich, mit den Parteien nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern und Fragen zu stellen. Es hat dahin zu wirken, dass die Parteien sich rechtzeitig und vollständig über alle erheblichen Tatsachen erklären, insbesondere ungenügende Angaben zu den geltend gemachten Tatsachen ergänzen, die Beweismittel bezeichnen und die sachdienlichen Anträge stellen. (2) Auf einen Gesichtspunkt, den eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es darauf hingewiesen und Gelegenheit zur Äußerung dazu gegeben hat. Dasselbe gilt für einen Gesichtspunkt, den das Gericht anders beurteilt als beide Parteien. (3) Das Gericht hat auf die Bedenken aufmerksam zu machen, die hinsichtlich der von Amts wegen zu berücksichtigenden Punkte bestehen ...“. § 156 ZPO: „Wiedereröffnung der Verhandlung ... (2) Das Gericht hat die Wiedereröffnung insbesondere anzuordnen, wenn 1. das Gericht einen entscheidungserheblichen und rügbaren Verfahrensfehler (§ 295), insbesondere eine Verletzung der Hinweis- und Aufklärungspflicht (§ 139) oder eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, feststellt, ...“.

²⁰⁷ Cfr. LEIPOLD, commento al § 139, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, XXII ed., Tübingen, p. 242 ss. metti in evidenza

- il § 182a della ZPO austriaca ha una formulazione letterale simile e parla espressamente di discussione tra il giudice e le parti in ordine alle questioni giuridiche, prescrivendo la trattazione espressa di una questione non affrontata *ex professo* affinché questa possa costituire fondamento della decisione²⁰⁸;

- l'art. 16 del c.p.c. francese secondo il quale il giudice deve sempre garantire il contraddittorio e non può fondare le proprie decisioni su questioni di diritto senza prima invitare le parti a presentare osservazioni.²⁰⁹

come non vi sia alcuna contraddizione tra principio della domanda, principio dispositivo (in senso stretto) e ruolo attivo del giudice: anzi lo scopo è quello di consentire alle parti di spendere i propri poteri nel processo; GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, cit., p. 401 ss. rimarca come il giudice debba svolgere questa funzione concretamente.

²⁰⁸ § 182a ZPO: "Das Gericht hat das Sach- und Rechtsvorbringen der Parteien mit diesen zu erörtern. Außer in Nebenansprüchen darf das Gericht seine Entscheidung auf rechtliche Gesichtspunkte, die eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, nur stützen, wenn es diese mit den Parteien erörtert (§ 182) und ihnen Gelegenheit zur Äußerung gegeben hat."

²⁰⁹ Art. 16 cpc: "Le juge doit, en toutes circonstances, faire observer et observer lui-même le principe de la contradiction. Il ne peut retenir, dans sa décision, les moyens, les explications et les documents invoqués ou produits par les parties que si celles-ci ont été à même d'en débattre contradictoirement. Il ne peut fonder sa décision sur les moyens de droit qu'il a relevés d'office sans avoir au préalable invité les parties à présenter leurs observations". V. per un cenno alla lettura del principio che se ne dà in Francia FABIANI, *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice, obbligo di sollevare il contraddittorio delle parti e nullità della sentenza*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 3180.

Nulla ha disposto tuttavia il legislatore né in ordine ai poteri che le parti possano esercitare in seguito al rilievo officioso della questione, né in ordine alla disciplina delle impugnazioni del vizio. Alla luce dei principi costituzionali contenuti negli artt. 2, 3, 24, 111 cost. deve ritenersi da una parte che l'esercizio dei poteri di cui al principio *iura novit curia* oltre la prima udienza comporti la rimessione in termini delle parti per l'esercizio dei poteri di modifica della domanda, eccezione, allegazione e prova conseguenti²¹⁰.

Stabilita la necessità dei rimedi, resta da vedere quando effettivamente il giudice debba provocare il contraddittorio delle parti sulle questioni di diritto che intenda rilevare. Sembra

Quanto al diritto spagnolo esso non conosce una norma analoga; tuttavia dalla stessa norma dalla quale si estrapola la vigenza del principio *iura novit curia* (lec spagnola, art. 218. ... "El tribunal ... resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes") si fanno discendere anche i limiti per il giudice rispetto alla domanda e si richiama per l'esercizio delle attività di chiarimento anche in diritto la norma relativa alla prima udienza (art. 414.1.II lec) e, nonostante resistenze, altra norma disciplinante la fase decisoria secondo la quale il tribunale non informato sul caso può ascoltare le parti (art. 433 lec): cfr. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia*, cit., p. 109 ss.

²¹⁰ PROTO PISANI, *Appunti su questioni rilevabili d'ufficio e principio del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 301: quanto alle impugnazioni la parte può dolersi solo del vizio con automatica devoluzione della domanda in appello o con cassazione della sentenza e rinvio al giudice di appello se non decidibile nel merito; oppure della soluzione data alla questione decisa a sorpresa con rinnovazione dei poteri se richiesto oppure con cassazione con rinvio.

ragionevole, richiamando quanto si è visto a inizio paragrafo, ritenere tutte le volte in cui il giudice intenda prospettare una diversa qualificazione giuridica dei fatti accertati²¹¹.

Altra questione è stabilire quando poi il giudice possa spingersi nel ridefinire la qualificazione in relazione ai limiti principio della domanda, al divieto di introdurre domande nuove, al concorso di azioni ed è quella che è stata affrontata *retro* 4.3.1. e 4.3.2.

Mettendo in relazione quanto si è detto in ordine al rapporto tra potere di qualificazione giuridica e regola del chiesto e pronunciato con il principio del contraddittorio, si deve determinare in che misura il giudice possa alla fine del giudizio convocare le parti e sottoporre loro la diversa ricostruzione giuridica che ritiene si attagli al caso di specie.

In realtà i termini della questione non variano rispetto a quella già esaminata: si tratta di valutare comunque il rispetto della regola del chiesto e del pronunciato, la quale incontra il limite della domanda proposta e la regola processuale dell'ammissibilità della *emendatio*, ma non della *mutatio libelli*.

Stando alla lettura giurisprudenziale del potere-dovere di qualificazione giuridica e del principio della corrispondenza del chiesto con il pronunciato, il giudice, come si è visto, può agire nei confini della domanda fatta valere: il limite quanto ai diritti

²¹¹ FABIANI, E., *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice*, cit., c. 3181: “attribuire rilevanza ai fini della decisione ad un qualcosa che non ha costituito oggetto di preventivo contraddittorio fra le parti, seppur appartenente al materiale di causa” oppure se abbia deciso “incentrando la decisione sul nesso causale a fronte di un contraddittorio in corso di causa incentrato sulla colpa”.

eterodeterminati è quello dei fatti che integrano la *causa petendi* (fatti costitutivi di una data norma) rispetto al bene della vita; quanto ai diritti autodeterminati il bene della vita chiesto, con il correttivo dell'interpretazione dell'enunciato proposto dalla parte.

Conclusivamente come sono ammesse per le parti in prima udienza nuove difese e allegazioni nei limiti della *causa petendi* e del bene della vita per i diritti eterodeterminati e nei limiti dell'interpretazione dell'enunciato sul bene della vita per quanto riguarda i diritti autodeterminati, così è vincolato il giudice a impiegare i medesimi criteri non solo quando eserciti il proprio potere di direzione del procedimento tempestivamente, ma anche quando intenda sottoporre alle parti una diversa qualificazione giuridica abilitandole a spendere i corrispondenti poteri.

4.4.2. *Potere di riqualificazione e allegazioni giuridiche delle parti*

Si rileva che l'altra faccia della medaglia del principio *iura novit curia* secondo il quale il giudice qualifica la fattispecie sia che le parti sono dispensate nel processo dalla conoscenza del diritto²¹².

Ovviamente la semplificazione esaspera il concetto secondo il quale la questione delle qualificazione giuridica è affare del giudice e mette in ombra il rilievo che la qualificazione giuridica assume in ipotesi di concorso di diritti; anzi un

²¹² MEIER, *Iura novit curia*, cit., p. 135 ss.

modello processuale collaborativo incoraggia esattamente il contrario.

Per quanto poi l'obbligo di indicare gli "elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda" (art. 163 c.p.c.) o gli "elementi di diritto sui quali si fonda la domanda" (art. 414 c.p.c.) sia codificato. Tuttavia la mancata indicazione non è sanzionata a pena di nullità: per le ragioni già esposte ovvero sia per l'essenza stessa del principio *iura novit curia*: sia perché prescrivere da una parte l'obbligo di indicare le norme di diritto a pena di nullità e dall'altra consentire al giudice sussumere i fatti sotto altra norma parrebbe in contraddizione, salvo non voler prescrivere a pena di nullità l'obbligo, impensabile, di indicare la norma corretta, sia perché la tutela giurisdizionale dei diritti è compito del giudice ed a questi è rimessa l'attuazione dell'ordinamento²¹³.

Semmai la questione va vista sotto un angolo visuale differente (a parte l'ovvia constatazione che una migliore e completa esposizione delle ragioni abilita a confidare in un esito migliore rispetto a una cattiva esposizione): vero che non vi è un obbligo (normalmente²¹⁴) sanzionato per le parti di indicare la

²¹³ A maggior ragione se si segua la tesi secondo la quale nell'art. 163 n. 3 c.p.c. sarebbe codificato il requisito del titolo e dell'oggetto del diritto fatto valere mentre il n. 4 richiamerebbe soltanto le allegazioni: cfr. CERINO CANOVA, *Contenuto della citazione*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, II, p. 278, RICCI, G.F., *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 865

²¹⁴ Cfr. Pretura di Napoli, 7 febbraio 1980, in *Foro it.*, 1981, c. 532 ss., con nota di SANTULLI, «*Iura novit curia*» e *processo del lavoro*, così

norma nella quale troverebbe fondamento la propria pretesa o resistenza, ma vero anche che quando le parti abbiano indicato le disposizioni normative (anche *per relationem* per mezzo degli istituti giuridici) che tutelerebbero la propria posizione soggettive, il giudice non possa semplicemente ignorarle per il significato classificatorio che hanno, primo strumento dell'interpretazione della richiesta di giustizia.

Difatti le norme giuridiche descrivono i fatti dai quali conseguono effetti giuridici: allora l'indicazione della norma nell'atto introduttivo da una parte è in grado di segnalare l'effetto giuridico perseguito dall'attore, dall'altro consente di distinguere nell'esposizione dei fatti quelli costitutivi da quelli semplici²¹⁵.

massimata: "Va dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo nelle controversie di lavoro, qualora sia omessa l'indicazione degli elementi di diritto di cui all'art. 414, n. 4, seconda parte, cod. proc. civ., anche se il resistente si sia costituito": secondo quel giudice nel rito del lavoro improntato a preclusioni collegate alla fase iniziale il ricorso introduttivo deve indicare con chiarezza le ragioni della domanda per consentire al convenuto di difendersi diversamente non raggiungendo lo scopo (art. 156 2° comma c.p.c.); rivelandosi necessario dunque indicare le norme e la "costruzione giuridica fatta valere e non essendo sufficiente esporre i fatti".

²¹⁵ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., p. 326. Di più, chi contesti che possa davvero anche solo logicamente scindersi tra giudizio di fatto e giudizio di diritto, sostiene che le allegazioni di parte possono esprimere significato giuridico solo nella misura in cui quelle di fatto siano poste in relazione con quelle di diritto, le quali sono organizzate

L'applicazione del principio *iura novit curia* non priva di significato le allegazioni in diritto e i riferimenti normativi fatti valere dalle parti, anzi queste consentono di determinare il diritto fatto valere in giudizio, assolvono a una funzione persuasiva e rimangono il primo strumento interpretativo del giudice, costringendo di fatto il giudice che voglia riqualificare la fattispecie a motivare il dissenso²¹⁶.

Allo stesso tempo però, anche il riconoscimento della domanda effettuato dal convenuto vincola il giudice, in quanto

secondo il linguaggio giuridico e hanno come referente il linguaggio normativo: cfr. NASI, *Giudizio di fatto*, cit., § 5.

²¹⁶ Può anche darsi poi che per una qualche ragione una parte abbia interesse a vedere riconosciuto il proprio diritto secondo una determinata qualificazione giuridica (magari perché da ciò è condizionata sospensivamente l'efficacia di un contratto di garanzia). Quanto detto sul principio *iura novit curia* e sulla signoria del giudice sopra la questione di diritto, impedisce di immaginare che sia possibile vincolate il giudice ad accogliere la domanda secondo una determinata prospettazione giuridica: non è questione che abbia a che vedere con gli accordi processuali in quanto le parti non sarebbero d'accordo, né si tratterebbe di delimitare l'oggetto del processo, semmai di allargarlo ridefinendo la situazione soggettiva sostanziale e quindi di conseguenza l'oggetto del processo. Si potrebbe tuttavia a livello teorico ipotizzare che il diritto fatto valere in giudizio in quel caso sia il bene della vita del quale è elemento integrante anche la qualificazione giuridica: il bene della vita sarebbe allora la pronuncia di esistenza o inesistenza del diritto qualificato come chiesto dall'attore, con la conseguenza che l'alternativa non sarebbe la riqualificazione, ma la reiezione della domanda: v. ORMAZABAL SÁNCHEZ, *Iura novit curia*, cit., p. 90.

questi deve comunque verificare che ricorrano i presupposti legali per la dichiarazione giudiziale dell'effetto giuridico qualificando la fattispecie²¹⁷.

Sotto altro profilo, attinente ancora all'offerta di elementi di diritto al magistrato, è dibattuto, per quanto tendenzialmente escluso, che la questione di diritto (sul diritto nazionale) possa formare oggetto di consulenza tecnica (parere)²¹⁸.

Invero, non vedo nella *ratio* del principio *iura novit curia* alcun ostacolo, rimanendo la decisione, com'è ovvio, poi sempre di titolarità del giudice. Si potrebbe contrapporre l'argomento dell'esigenza di poter fare affidamento sul fatto che il magistrato per la delicatezza della funzione non necessiti di integrazioni quanto alla conoscenza e interpretazione del diritto: ma è talmente evidente come siano errate le premesse di un tale argomento che può essere facilmente accantonato. Dunque un impiego del consulente tecnico sulla questione di diritto pur con estrema moderazione non troverebbe dal punto di vista tecnico-giuridico alcun ostacolo (quanto all'opportunità politica, quella è altra questione), a parte la regolazione delle spese che farebbero capo alla fine al soccombente, o peggio alla pari al vincitore,

²¹⁷ PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002, § 2., nota 13.

²¹⁸ GIUDICEANDREA, N., *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, § 7: dato che *iura novit curia*, non possono essere proposti al consulente quesiti giuridici, attuando così una delega della giurisdizione, priva *de iure*, di ogni effetto. Non si tratterebbe affatti di una delega di giurisdizione. Favorevole SAPIENZA, *Il principio*, cit., p. 67.

assai scontenti di dover pagare per una prestazione che il giudice dovrebbe istituzionalmente rendere.

5. IL PROBLEMA DELLA QUALIFICAZIONE GIURIDICA: LIMITI ESTERNI

5.1. PREMESSA

Il principio *iura novit curia*, osservato ancora nell'accezione di potere-dovere di qualificazione giuridica da parte del giudice, deve confrontarsi con le disposizioni e gli istituti con i quali condivide l'ambito di efficacia: l'interrogativo da sciogliere è se dal confronto con il sistema processuale ne esca ridimensionato.

Già si è visto²¹⁹ come neanche si ponga la questione dell'applicabilità del principio *iura novit curia* in ipotesi nelle quali si configurerebbe un concorso di azioni: il principio si estende entro i limiti della domanda, non oltre, quindi in quei casi non risulta integrato il presupposto applicativo..

Laddove invece vi siano i presupposti applicativi sussistendo l'identità del diritto, poiché la riqualificazione calerebbe sulla fattispecie a fatti invariati e ferma la *causa petendi*²²⁰, si deve verificare se essa potrebbe essere in effetti impedita nella misura in cui lo spiegarsi del processo conduca progressivamente al sopravvenire di fattispecie preclusive; altre parole se le preclusioni che si formano nel processo siano idonee a impedire l'espansione del principio *iura novit curia*.

Siccome il principio *iura novit curia* è destinato ad operare esclusivamente con riferimento alla questione di diritto, si deve

²¹⁹ *Retro* 4.3.2.

²²⁰ *Retro* 4.3.1.

verificare se nel processo possano verificarsi delle fattispecie preclusive aventi ad oggetto la sola qualificazione giuridica della fattispecie.

L'indagine per la delimitazione dell'estensione oggettiva del principio *iura novit curia* deve discostarsi dall'esame del principio stesso e muoversi verso l'osservazione dell'elemento logico sul quale il principio agisce, la questione di diritto, per determinare sulla base di quali presupposti e con quale forma essa, risolta dal giudice del merito, sarebbe suscettibile di essere isolata in una statuizione giudiziale circoscritta all'attività di individuazione e di interpretazione della norma:

Preclusione su questioni in astratto può formarsi o in forza del passaggio da un grado all'altro del giudizio, in ragione dell'effetto devolutivo parziale e non totale delle impugnazioni o in forza dell'emanazione del principio diritto verso il giudice di rinvio, o nella stessa fase processuale in forza delle sentenze non definitive. Si deve verificare se tutti quegli istituti che sono suscettibili di creare delle preclusioni, possano avere ad oggetto la sola questione di diritto isolata.

Qualora la questione di diritto potesse essere oggetto di autonomo accertamento, dovrebbe ammettersi anche che la decisione finale sia astrattamente frazionabile in autonomi accertamenti in diritto. Se ciò fosse vero, si dovrebbe determinare in quale misura la frazionabilità della decisione sul punto di diritto reagisca a livello delle impugnazioni, ovvero se gli accertamenti in diritto siano questioni capaci di imporre alla parte di proporre "motivi specifici" perché il giudice del successivo grado possa e debba riesaminarli.

Si deve dunque determinare:

a) se anche la questione di diritto possa essere isolata in una sentenza non definitiva, dal che ne verrebbe che siccome in mancanza d'impugnazione (o riserva d'impugnazione) la decisione sulla questione non possa essere rivista, allora sarebbe provato l'assunto;

b) se nel passaggio da un grado all'altro del giudizio la mancata censura diretta o indiretta sulla qualificazione giuridica (sulla questione di diritto) contenuta in sentenza, possa far consolidare sulla stessa il giudicato (interno, comunque formale).;

c) se il principio di diritto pronunciato dalla corte di cassazione resista alla qualificazione giuridica del giudice di rinvio;

Assumendo che la soluzione della questione di diritto possa essere isolata in una pronuncia (non definitiva ma suscettibile di divenire immutabile), allora si deve anche assumere che in un sistema impugnatorio, nel quale non opera l'effetto devolutivo totale, possa venire a essere precluso il riesame della questione di diritto decisa nella sentenza non definitiva non impugnata, o confermata; e quindi ancora si deve assumere che possa essere precluso il riesame anche della questione di diritto decisa unitamente alla sentenza definitiva ma non devoluta nel grado d'impugnazione.

Difatti, se la questione di diritto è la frazione della cognizione del giudice in ordine a ogni questione rilevante per il decidere limitata all'attività di individuazione, interpretazione e applicazione ipotetica della norma, viene di tutta evidenza negare che possa costituire l'oggetto del provvedimento che assegna il bene della vita. Ma negato ciò, si dipana l'alternativa

tra negare che la questione di diritto sia suscettibile di alcuna valenza autonoma se isolata rispetto all'accertamento del fatto, oppure ammettere che la questione di diritto sia suscettibile di autonoma rilevanza; in quest'ultimo caso se la questione di diritto possedga rilevanza autonoma solo se isolata in un provvedimento che non risolva la controversia, oppure anche se risolta unitamente alla decisione della controversia.

Il che altro non è se non verificare se il principio *iura novit curia* goda nei gradi d'impugnazione (o nelle fasi del processo) sempre dello stesso raggio d'azione. La risposta al problema pena risultare assunta sulla base di una scelta di valore e immotivata richiede uno sforzo dimostrativo articolato: si deve verificare per struttura e funzione la forma processuale nella quale possa essere racchiusa una decisione limitata alla questione di diritto, nonché sufficientemente stabile da resistere alla forza espansiva del principio *iura novit curia*.

5.2. SENTENZE NON DEFINITIVE SU QUESTIONI DI DIRITTO

L'ordinamento conosce un istituto deputato a consentire di emanare provvedimenti sopra questioni, ovverosia sopra la porzione della fattispecie giuridica che non involge l'effetto ma solo i fatti rilevanti per la medesima: la sentenza non definitiva²²¹, la quale in difetto di impugnazione (immediata o

²²¹ Al contrario gli artt. 277, comma 2°, 278, commi 1° e 2° e 279, comma 2°, n. 5 c.p.c. disciplinano sentenze che non chiudono il

riservata) è suscettibile di acquisire la stabilità del giudicato formale, precludendo al giudice dei gradi successivi di riesaminare la questione giungendo a risultati difformi²²².

giudizio ma che tuttavia pronunciano sia sui fatti rilevanti sia sugli effetti della fattispecie.

²²² L'istituto della sentenza non definitiva è stato oggetto di un dibattito intenso. Superata dalla novella del 1950 la disputa in ordine alla forma del provvedimento, le dispute (cfr. per la ricostruzione delle contrapposte tesi DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio delle fattispecie preliminari*, cit., p. 70 ss.; CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p. 680 ss.; BIANCHI, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova, 2000, p. 140 ss.) si sono appuntate (e tutt'ora proseguono):

a) sulla suscettibilità delle questioni pregiudiziali ex art. 34 c.p.c. ad essere oggetto di sentenza non definitiva (GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 273; MONTANARI, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 393 nota 1; CERINO CANOVA, *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 257 ss.; ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1973, p. 199 ss.; DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 227; MONTESANO, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 599, VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995, p. 156, FAZZALARI, *Istituzioni di diritto processuale*, cit., p. 122, MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 231, RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996, p. 122 ss., CALIFANO, *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996, p. 56). La *querelle* ("il nome della pregiudiziale e della preliminare") muove dalla esigenza di sciogliere il contenuto delle etichette codicistiche

“pregiudiziale” (art. 34 e art. 187, comma 2° c.p.c., circoscrivendo l'analisi al rito ordinario) e “preliminare” (art. 187, comma 2° c.p.c.): invero, la questione è pregiudiziale o preliminare secondo la sua precedenza rispetto al fenomeno processuale che viene regolato (il dibattito sorge dalla formulazione del testo di legge, per l'ansia di regolare nel medesimo modo due istituti differenti ma identificati con lo stesso nome dal legislatore e di regolare in modo differente due concetti che possono sovrapporsi – fatti-diritti e meri fatti – ma identificati con nomi differenti secondo gli istituti con i quali si rapportano. Le norme infatti regolano due istituti differenti: l'art. 34 c.p.c. detta la disciplina volta a regolare quando l'accertamento sulle fattispecie pregiudiziali acquista autorità di cosa giudicata, l'art. 187, comma 2° c.p.c. invece detta la disciplina endoprocessuale volta a regolare quando la causa può essere rimessa in decisione sulla base della conoscenza delle fattispecie pregiudiziali e preliminari; in quest'ultima ipotesi la disciplina dell'efficacia è dettata in altro luogo del codice di rito, agli artt. 310 e 129 disp. att., non all'art. 34). Pregiudiziale deve intendersi l'esame delle questioni che si collocano come più antecedenti rispetto al risultato dell'attività decisoria da espletare, invece preliminare l'esame delle questioni che si collocano in posizione antecedente ma meno antecedente delle pregiudiziali al risultato dell'attività decisoria (PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 115). Ai fini dell'indagine sulla suscettibilità della questione di diritto ad essere oggetto di sentenza non definitiva è necessario sciogliere il nodo terminologico, ma non è necessario diffondersi sul punto della teoria della pregiudizialità (cfr. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato*, cit., p. 87 ss.).

b) sulla idoneità della sentenza non definitiva a pronunciarsi su questioni non preliminari (MONTESANO, *Sentenza parziale su questione di merito, non preliminare, di domanda indivisibile*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 331 al fine di circoscrivere l'efficacia della sentenza non definitiva mette in

5.2.1. “*Questione preliminare*”

All'esito del copioso dibattito protrattosi per oltre cinquant'anni, ritengo si possa sostenere che “preliminare” ai sensi dell'applicazione dell'art. 187, comma 2°, ovvero *idonea alla rimessione in fase decisoria*, deve intendersi una questione:

guardia sulla suscettibilità di ogni questione anche non idonea a definire il giudizio a costituire oggetto di sentenza non definitiva argomentando dal richiamo dell'art. 279, comma 2°, n. 4 c.p.c. al n. 3 che consentirebbe di decidere una qualsiasi questione anche non preliminare (in quanto disciplinate solo dal n. 2 dello stesso articolo). La tesi non ha incontrato particolari favori per più ragioni non ultimo il dato testuale che indica i presupposti processuali per l'applicabilità della disciplina delle questioni preliminari nei requisiti di cui all'art. 187, comma 2° c.p.c. tra i quali l'idoneità a decidere la controversia: il concetto di questione preliminare rilevante viene dettato nell'art. 187 c.p.c. e poi viene richiamato dall'art. 279 c.p.c. (non il contrario); cfr. anche RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 123.

c) sulla suscettibilità delle sole fattispecie modificative, impeditive, estintive ad essere oggetto di sentenza non definitiva GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, cit., p. 258 ss.; VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995, p. 156; CALIFANO, *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, cit., p. 48.; CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, cit., p. 680.

d) sull'efficacia da attribuire a tali sentenze: MONTANARI, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, cit.; cfr. *infra* nota 33.

- la quale inerisca alla fattispecie del diritto fatto valere (ovvero che sia preliminare nel senso che di essa sia un elemento logicamente determinante atteggiandosi quale fatto costitutivo, modificativo, impeditivo, estintivo);

- la quale appaia astrattamente idonea a definire il giudizio (perché fra tutti gli elementi determinanti sia un fatto costitutivo inesistente o un fatto modificativo, impeditivo, estintivo esistente)²²³;

²²³ Vi è anche chi sostiene che per essere preliminare la questione deve non solo essere astrattamente idonea a definire il giudizio ma anche idonea a consentire un risparmio di attività istruttoria (CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, cit., p. 683, riprendendo ATTARDI, *In tema di questioni pregiudiziali e giudicato*, in AA.VV., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1973, p. 194 ss., e GARBAGNATI, *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1987, p. 75). Il rilievo secondo il quale la questione di prescrizione è preliminare sempre ma può essere idonea a definire il giudizio solo se possa astrattamente applicarsi a tutti i crediti dedotti in giudizio e quindi l'idoneità a definire non è un "accidente" capace di rivelare una questione preliminare, non mi pare invincibile: da una parte poiché si può ritenere che una questione sia *preliminare ai fini dell'applicazione dell'art. 187, comma 2° c.p.c.* (è l'art. 187 c.p.c. che riempie di contenuto l'attributo "preliminare"); dall'altra poiché il giudice delibererà in questo caso che la questione non è astrattamente idonea a definire il giudizio ma non perché non consente di risparmiare attività istruttoria, bensì perché non consente di definire il giudizio. Il requisito del risparmio di attività istruttoria per l'accertamento di altre questioni sembra attenere al comma 1° dell'art. 187 c.p.c. piuttosto che non al comma 2°, rimanendo quindi estranea alla definizione di questione preliminare l'idoneità al risparmio di attività istruttoria. Già DENTI,

- per pronunciarsi sulla quale sia irrilevante assumere altri mezzi di prova²²⁴;
- la quale il giudice abbia deliberato fondata²²⁵.

5.2.2. *Preliminarietà della questione di diritto*

Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 218 sosteneva che la preliminarità-idoneità a definire versa nell'ambito della *quaestio iuris*, mentre la maturità-idoneità a non assumere altri mezzi di prova versa nell'ambito della *quaestio facti*: il secondo giudizio verte esclusivamente sulla sufficienza delle prove, mentre il primo "prescinde dall'accertamento dei fatti che possono anche essere assunti ipoteticamente, nella mera prospettazione delle parti". In altre parole, se non è necessaria ulteriore attività istruttoria per l'accertamento degli altri fatti rilevanti senz'altro potrà rimettersi la causa in decisione, ma non perché ciò sia uno dei requisiti per l'applicazione dell'art. 187, comma 2°, bensì perché diversamente si dovrebbe fare applicazione del primo comma. Quanto precede rileva al fine di verificare la portata preclusiva della decisione sulla questione di diritto al momento in cui viene resa unitamente alla sentenza definitiva: se si allarga il novero dei requisiti affinché una decisione su questioni di diritto venga a essere resa, cedono allo stesso modo gli argomenti di ordine sistematico che inducono a ritenere che la soluzione della questione di diritto in sentenza definitiva sia suscettibile di creare una preclusione nel successivo grado.

²²⁴ La non necessità dello svolgimento di attività istruttoria rileva in ordine alla questione preliminare medesima non alle altre questioni che rimarrebbero assorbite dalla decisione sulla preliminare.

²²⁵ Cfr. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 116.

Si tratta di determinare se la questione di diritto sia suscettibile di essere configurata come questione preliminare idonea ad azionare il meccanismo processuale per cui il giudice istruttore ritenga di rimettere (o trattenerne) la causa in decisione, facendo applicazione dell'art. 187, comma 2° c.p.c. (e di determinare di conseguenza se possa costituire oggetto di una sentenza *ex art. 279, comma 2°, n. 4 c.p.c.*) e se possa avere efficacia di accertamento idonea all'intangibilità sulla questione decisa.

A titolo di esempio, può decidersi con sentenza non definitiva in punto di interpretazione della norma della tutelabilità della clausola-oro? Della tutelabilità del contratto privo di forma scritta? Della configurazione della prescrizione biennale? Oppure in punto di individuazione della norma, può decidersi della meritevolezza del contratto? O della configurazione della prescrizione quinquennale o decennale? O della risarcibilità del danno patito dal titolare di interesse legittimo?

Ricostruita la preliminarità rilevante per la rimessione della causa in decisione nei termini sopraesposti, pare potersi sostenere che le questioni di diritto possano essere decise con sentenza non definitiva. Difatti, volendo riproporre la medesima schematizzazione si può affermare che le questioni di diritto:

- essendo proprie di ogni fattispecie, siano proprie anche di ogni fattispecie preliminare: la cognizione relativa a ogni fattispecie è scomponibile in una frazione in fatto e in una frazione in diritto e non fanno eccezione le fattispecie preliminari;

- siano idonee a determinare la definizione del giudizio se la soluzione delle medesime conduce a negare la sussistenza del fatto costitutivo o ad affermare la sussistenza del fatto modificativo, impeditivo, estintivo²²⁶.

Del resto, la maggior parte degli studi che hanno affrontato l'argomento se non hanno ammesso esplicitamente che una sentenza non definitiva potesse avere ad oggetto anche solo una questione di diritto, lo hanno assunto per dato pacifico²²⁷.

Anche chi nega che le fattispecie costitutive possano essere ritenute fattispecie preliminari ai sensi dell'art. 187 c.p.c., ammette in modo pacifico che la questione di diritto relativa alle

²²⁶ Cfr. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p. 217: "se l'idoneità di una questione a definire il giudizio (concetto questo sul quale riposa quello di preliminarità della questione stessa), si misura dalla sua potenziale capacità di definire l'oggetto del giudizio, allora anche le questioni di diritto possono essere idonee a definire il giudizio");

- addirittura ben possano sfuggire quasi per definizione dalla necessità dall'acquisizione di materiale istruttorio;

- siano oggetto di valutazione prognostica del giudice.

²²⁷ DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, cit., p. 217; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 269; MONTESANO, *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, cit., p. 598; LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, Milano, 1981, p. 50; GIONFRIDA, *Estinzione del processo dopo sentenza non definitiva e prescrizione*, cit., p. 559; POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., pp. 137 ss., 195, 301 ss.; DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p. 226.

fattispecie modificative impeditive estintive possa essere isolata in una pronuncia non definitiva²²⁸.

Si è anche sostenuto che contenuto minimo suscettibile di costituire sentenza non definitiva sia la fattispecie per intero esaminata: la sentenza non definitiva potrebbe isolare quale contenuto minimo la soluzione della questione di diritto unitamente alla soluzione della questione di fatto decidendo la singola fattispecie nel suo complesso: la questione preliminare non potrebbe essere la sola questione di diritto (la negazione in astratto che il contratto meriti tutela *ex art. 1322 c.c.*), perché non ne scaturirebbero effetti giuridici, ma dovrebbe necessariamente essere l'intera fattispecie costitutiva, in fatto e diritto, della tutelabilità concreta di quel determinato negozio (che l'istruttore pronostica non tutelabile); il collegio sarebbe sempre investito della valutazione dell'intera fattispecie costitutiva e dovrebbe pronunciarsi sulla medesima in fatto e in diritto, pena ipotizzare due differenti livelli di profondità della cognizione tra sentenza definitiva e sentenza non definitiva e pena contravvenire all'eccezionalità dell'enunciazione del principio di diritto²²⁹.

²²⁸ GARBAGNATI, *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, cit., p. 261; CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, p. 682; VERDE, *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995, p. 156.

²²⁹ RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 127 ss. e p. 230 ss. Mi pare che invece non vi siano indici dai quali desumere che la pronuncia non definitiva debba giungere a disporre un effetto giuridico, bene potendo limitarsi ad accertare un effetto giuridico ipotetico, per come assunto il fatto; anzi, mi pare si possa ritenere che la sentenza non definitiva aspiri solo a individuare un punto sul quale non approfondire

Oppure si è sostenuto che la sentenza non definitiva non potrebbe isolare la soluzione di una questione di diritto ma solo la soluzione di una questione di fatto²³⁰.

Mi pare vi siano fondate ragioni per respingere le tesi appena indicate²³¹ e per quanto le argomentazioni fin qui svolte in punto di suscettibilità della questione di diritto ad essere oggetto di sentenza non definitiva difatti mi paiano coerenti e concludenti, difettano, al pari delle obiezioni, di un chiaro sostegno positivo: il dato testuale degli artt. 187 e 279 c.p.c. non conforta e allo stesso tempo non nega la tesi dell'ammissibilità.

ulteriore attività, e non aspiri invece a incidere in modo diretto sulle situazioni giuridiche soggettive.

²³⁰ CHIARLONI, Il ricorso incidentale del resistente vittorioso: profili sistematici e rapporti con il c.d. ordine logico della pregiudizialità, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1968, p. 521 ss: dinanzi a una questione di diritto idonea a definire il giudizio, il giudice non applica la regola dell'art. 187, comma 2°, bensì quella dell'art. 187, comma 1°, alla quale può seguire o la sentenza definitiva o ordinanza per il prosieguo dell'istruttoria. Diversamente "significherebbe ammettere la possibilità di pronunciare nel corso di giudizio di merito una sorta di principio di diritto che risolve le questioni inerenti all'interpretazione delle norme applicabili prima ancora che vengano accertati i fatti cui le norme dovranno essere applicate ... si tratta di una tesi inaccettabile". Recupera la stessa impostazione CALIFANO, L'impugnazione della sentenza non definitiva, cit., p. 49. Sembra però potersi replicare da una parte che i fatti possono bene essere assunti in via ipotetica, da altra parte che l'idoneità per la rimessione in decisione attiene all'idoneità a consentire la definizione del giudizio.

²³¹ Cfr. le note immediatamente precedenti.

5.3. PRINCIPIO DI DIRITTO E QUESTIONE DI DIRITTO

Lo sguardo dell'interprete che cerchi un termine di paragone nel sistema processuale per verificare se le questioni di diritto siano idonee a costituire oggetto di sentenza non definitiva si volge²³², verso l'istituto del principio di diritto enunciato dalla corte di cassazione²³³: l'art. 384 c.p.c., disciplina

²³² Già DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, cit., p. 217 ss.

²³³ REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950 p. 693 ss. applica le categorie del sillogismo giudiziale per descrivere il dispiegarsi degli effetti dell'enunciazione del principio di diritto (il giudice debba valutare la validità di un contratto di locazione in cui sia inserita una clausola-oro, l'ammissibilità della quale per l'ordinamento sia anche l'unico punto controverso: tale è il fatto e dunque la premessa minore del sillogismo; la funzione della premessa maggiore sarà svolta dalla questione di diritto sulla validità della clausola-oro. La conclusione sarà il risultato congruo: ovvero, se la clausola-oro è ammissibile per l'ordinamento allora il contratto è valido); si tratterebbe di un sillogismo cui difetterebbe la premessa minore, ma per il quale sarebbe risolta la premessa maggiore contenente la *regula juris*; e tale da essere *lex specialis* per le parti tutte le volte in cui quella questione di diritto (identificata per il tramite del rapporto giuridico cui si applica) verrà in considerazione fra le parti il rapporto giuridico al quale si applica e in relazione a qualsiasi diritto fatto valere. I limiti oggettivi e soggettivi dell'efficacia dell'accertamento andrebbero individuati alla

la circostanza, omologa a quella del giudice di merito che si pronunci su una questione di diritto, della sentenza resa dal giudice di cassazione che si limiti (come ha da essere di regola) al profilo di diritto, con statuizione vincolante per il giudice del giudizio di rinvio²³⁴.

stregua dei limiti quali si sarebbero configurati con l'accertamento pieno

²³⁴ Istituto oggetto di particolare attenzione da parte del legislatore, che lo ha reso destinatario di una pluralità di interventi in rapida successione: art. 363, art. 366-*bis*, art. 374, art. 384 c.p.c. dopo il d.lgs. n. 40/2006, la l. n. 69/2009 abrogato l'art. 366-*bis* c.p.c., ha dettato l'art. 360-*bis* c.p.c.. Ma, di fatto, ai fini che qui rilevano preme solo rilevare che l'ordinamento sembra avere forte interesse alla valorizzazione del principio di diritto come elemento ordinatore della produzione giudiziale. Rimane, tuttavia, un'indecisione di fondo nel legislatore tanto che in dottrina ci si chiede se si debba ridurre l'istituto alla "regola del caso" (avvicinandolo alla decisione in fase di merito della sola questione di diritto) in maniera tale che la regola una volta entrata e ripetuta nel circuito delle decisioni giurisprudenziali diverrebbe diritto vivente (cfr. per i richiami SILVESTRI, sub *art. 384 c.p.c.*, in CARPI, TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, VI ed., Padova, 2009, p. 1275); oppure se, EVANGELISTA - CANZIO, *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 287, l'enunciazione assurga a regola di giudizio "idonea a servire da criterio di decisione per soluzioni successive di casi identici o simili". Per un esame in chiave comparatistica v. GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008, p. 124 ss.

5.3.1. *Disciplina del principio di diritto: limite esterno al principio iura novit curia*

Nel confronto fra l'art. 384 c.p.c. e l'art. 393 c.p.c. risiede la determinazione del valore vincolante del principio di diritto²³⁵.

L'art. 384 c.p.c. definisce il vincolo che l'emaneazione del principio di diritto svolge nei confronti dei giudici del processo stabilendo che il giudice del rinvio dovrà applicare l'enunciato della Corte: in altre parole la norma assegna una *efficacia endoprocessuale* che si impone in maniera imperativa nel prosieguo del giudizio con la precisazione che "il principio di diritto risolve una questione di merito ma lascia intatto il potere del giudice di decidere *an vera sint exposita*, se cioè sussistono fatti che

²³⁵ Il principio di diritto è oggi formula letterale che identifica tre fenomeni: il principio di diritto rivolto al giudice del rinvio (vincolante), quello rivolto ai soggetti dell'ordinamento (persuasivo), quello delle sezioni unite (vincolante procedimentale) rivolto alle sezioni semplici (così CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, c. 1387 ss.). Le intervenute ultime riforme (in particolare la più recente di fatto non modifica in alcun modo l'assetto dell'istituto) hanno modificato la rilevanza e non l'efficacia del principio di diritto: cfr. DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p.180 e i richiami in nota 175. Ma soprattutto mi pare non abbiano inciso sulla parte del principio di diritto (vincolante) che travalica il giudizio rescindente di cassazione e si rivolge al giudice del rinvio. Istituto che soffre erosione *in parte qua* dal punto di vista quantitativo dinanzi all'aumento dei poteri di decisione nel merito della Corte di cassazione (CAPONI, *op. loc. ult. cit.*).

permettono in concreto di applicare quel principio di diritto. Mediante la ricostruzione processuale dei fatti il giudice può quindi pervenire alla conclusione di non ritenere applicabile il principio di diritto ad una decisione che è necessariamente determinata dall'accertamento dei fatti della causa²³⁶. Per una caratteristica strutturale, ovverosia il difetto dell'applicazione definitiva della norma al fatto, in quanto il fatto può essere ancora non accertato e non compete alla corte provvedere²³⁷, il principio di diritto non potrà avere effetto alcuno se i fatti sono ricostruiti in maniera diversa da come prospettati al momento in cui la cassazione ne ha avuto cognizione²³⁸.

²³⁶ MICHELI, *L'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione e il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 32.

²³⁷ La stessa norma consente alla corte di rendere immediatamente sentenza di merito se non sono necessari ulteriori accertamenti di fatto (per tutti v. CAPONI, *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, in *Foro it.*, 2007, V, col. 129 ss.).

²³⁸ Nei limiti in cui questo sia possibile e con l'avvertimento che la cassazione in forza dell'art. 360 n. 3 c.p.c. comporta (alla luce del testo riformato dell'art. 384 c.p.c.) tendenzialmente la fissazione degli elementi di fatto costituenti l'antecedente logico dell'enunciazione del principio di diritto: cfr. per una disamina analitica e ampi richiami di giurisprudenza GAMBINERI, *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, cit., p. 139 ss., p. 251 ss., p. 276 ss., part. p. 233 ss. Sarà l'analisi del caso specifico che consentirà di verificare se la pronuncia della cassazione abbia esaurito ogni margine di operatività in punto di fatto al giudice del rinvio e se le interposte impugnazioni abbiano o meno salvato dal giudicato interno le questioni rilevanti per il decidere. Per esempio in caso di cassazione della sentenza di inesistenza per erronea

Tanto riguarda l'aspetto endoprocessuale, ma altrettanto deve dirsi per quanto riguarda l'aspetto extraprocessuale²³⁹: in caso di estinzione quel principio di diritto in forza dell'art. 393 c.p.c. sarà ugualmente vincolante per il giudice di fronte al quale si proponga di nuova la domanda, ma solo se i fatti saranno ricostruiti negli stessi termini. E, si aggiunga, il principio di diritto troverà applicazione solo nel caso in cui il processo giunga alla sentenza di merito.

L'enunciazione del principio di diritto varrà solo in via ipotetica²⁴⁰, mediante un *dictum* "definitivo, ma ipotetico"²⁴¹, e che contiene un "dato normativo dal quale né le parti, né alcun altro giudice potranno prescindere, e del quale anzi non potranno più utilmente discutere, e cioè il dato della norma giuridica concretamente applicabile in ipotesi ... una *lex specialis*, dettata come comando ancora ipotetico, ma in ipotesi

applicazione alla questione preliminare di norme di legge (GAMBINERI, *ivi*, p. 260, la quale richiama Chiovenda).

²³⁹ ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, cit., vol. I, p. 917: parla di una "diversità di ambiente" rispetto al giudizio di rinvio, che rende ancor più ipotetico il *dictum* del principio di diritto nel caso del nuovo processo, in quanto il giudice non è costretto dai limiti che l'art. 394 c.p.c. impone al giudizio di rinvio. GAMBINERI, *Op. cit.*, p. 288: "il nuovo giudice, a differenza del giudice del rinvio, non è vincolato dal precedente giudizio in punto di fatto essendo libero nella ricostruzione della fattispecie concreta".

²⁴⁰ Ipotetico è il verificarsi delle condizioni; il carattere dell'efficacia è comunque vincolante, non è sminuito.

²⁴¹ MICHELI, *L'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione e il giudicato sul punto di diritto*, cit., p. 33.

concreto²⁴². Il punto logico di approdo è stato per la maggior parte degli autori comune: riconoscere l'extraprocessualità come condizionata al verificarsi del giudizio sul fatto negli stessi termini ipotizzati²⁴³.

²⁴² REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, cit., p. 699. Fermo quanto *retro* nota 21: nelle ipotesi nelle quali la premessa del sillogismo giudiziale non possa ritenersi fissa quanto ai fatti, il principio di diritto svolgerà efficacia solo se il fatto sarà ricostruito alla medesima maniera per come era stato assunto nella decisione rescindente. Qui è sufficiente rilevare come talora ciò sia possibile.

²⁴³ Rileva verificare come nonostante i diversi orientamenti dottrinali, le differenze si sono attestate piuttosto sul piano terminologico. REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, cit., p. 699 ha elaborato il concetto di *giudicato sul punto diritto* secondo il quale la pronuncia incontrerebbe gli stessi limiti, oggettivi e soggettivi (anche verso gli eredi e aventi causa), tanto che la *regula iuris* (la società può aversi anche senza forma scritta), si applicherà a tutti gli effetti e per qualsiasi diritto fatto valere dalle parti in un futuro giudizio dove si discuta di quella società (avrebbe efficacia di accertamento pieno di cosa giudicata sostanziale, salvo una diversa ricostruzione del fatto). MICHELLI, *op. ult. cit.*, p. 35 parla di un giudicato *sui generis*, per il quale "non trovano applicazione quelle regole, proprie della cosa giudicata che postulano il carattere definitivo della pronuncia del giudice, contrastando invece con la natura di comando ipotetico, proprio del principio in esame" (non troverebbero applicazione le disposizioni sull'effetto sospensivo della prescrizione e, almeno in parte, quelle sulla successione a titolo particolare nel diritto controverso). SEGNI, *Della tutela giurisdizionale dei diritti*, in *Commentario al codice civile Scialoja e Branca*, Roma-Bologna, 1960, p. 326 richiama il concetto di preclusione, comunque riconoscendo la portata vincolante della

Questo genere di efficacia che non è di giudicato sostanziale poiché difetta l'applicazione del principio di diritto alla fattispecie concreta, ma neanche esclusivamente endoprocessuale, è stata battezzata come *panprocessuale* da una consolidata dottrina²⁴⁴ e delimitata secondo questi criteri²⁴⁵:

a) riversa i suoi effetti solo sull'ambito processuale (efficacia strumentale), al contrario del giudicato sostanziale il quale prima regola i beni della vita, di conseguenza le posizioni nel processo: per questa ragione l'efficacia, rimane confinata nell'ambito del proprio oggetto ed è limitata alla proposizione in giudizio dello stesso diritto;

b) non è idonea a sospendere i tempi della prescrizione: l'art. 2945 comma 2° c.c. richiede una *sentenza che definisce il giudizio*. Né ad allungarne i tempi: l'art. 2953 c.c. parla di *sentenza di condanna passata in giudicato*, e quindi una sentenza di accoglimento;

certezza individuata con l'enunciazione del principio di diritto. ANDRIOLI, *Il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 281 ss. parla di un giudicato condizionato, cui non si applicano tutte le regole del giudicato sostanziale (confrontandolo per contrasto con il giudicato sulla questione di giurisdizione).

²⁴⁴ Il termine si riferisce a una forma di efficacia di preclusione esterna con contenuto imperativo che non integra i requisiti del giudicato sostanziale: CHIOVENDA, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, rist. 1935, p. 346 ss., ID., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, p. 269 ss.; REDENTI, *Il giudicato sul punto di diritto*, cit., p. 691 ss.; MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit. p. 267 ss. cui si rinvia anche per i richiami.

²⁴⁵ MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 315 ss.

c) non preclude l'esame di altre questioni incompatibili o pregiudiziali che invece sarebbero impedito se l'accertamento fosse con autorità di cosa giudicata: l'efficacia si limita alla fattispecie della quale la questione di diritto è una frazione²⁴⁶;

d) non è idonea a resistere allo *ius superveniens*²⁴⁷, né alla sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma sulla quale si fonda l'enunciazione del principio di diritto: la situazione giuridica sostanziale non è ancora definita, quindi non vi sono esigenze di certezza che possano prevalere.

*o*o*o

Il solo esame della disciplina del principio di diritto reso ai sensi dell'art. 384 c.p.c. restituisce un primo risultato parziale: il principio di diritto è un limite esterno al principio *iura novit curia*.

5.3.2. *Sentenze non definitive su questioni di diritto e principio di diritto: comparazione*

L'accertamento consacrato dalla sentenza non definitiva su questione preliminare di diritto, per quanto interessa qui, ma ugualmente ovviamente per ogni questione preliminare di

²⁴⁶ Del resto non può esservi rischio di giudicati contraddittori, poiché, di nuovo, non si stabilisce circa l'attribuzione di un diritto sostanziale.

²⁴⁷ Sulla regolazione dello *ius superveniens* cfr. CAPONI, *Lo ius superveniens nel corso del processo civile si deve applicare immediatamente anche se interviene tra la deliberazione e la pubblicazione della sentenza*, in *Foro it.*, 1998, I, col. 1078; più ampiamente ID., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991, *passim*.

merito, è strumentale ed ipotetico quanto lo è l'accertamento del principio di diritto. Strumentale in quanto si pronuncia solo sulla fattispecie senza sancire effetti giuridici ed ipotetico in quanto espresso per come assunto il fatto (*quoad factum*), per come si assume che possa essere rilevante la decisione della questione: nel caso in cui il fatto venga (e possa) essere diversamente ricostruito nel prosieguo del giudizio, l'accertamento sul profilo di diritto perde ogni efficacia.

Entrambi i giudizi (del giudice di merito e del giudice di legittimità) svolgono la propria efficacia endoprocessuale in termini di preclusione al riesame.

Per quanto attiene all'efficacia extraprocessuale, già in dottrina è stata proposta la comparazione fra la sentenza non definitiva che decida su questione di diritto e la sentenza di cassazione che enunci il principio di diritto: a dimostrazione della tesi che le sentenze non definitive su questioni preliminari hanno efficacia extraprocessuale (art. 310 c.p.c.) si è invocata la stretta correlazione che corre tra il principio di diritto e le decisioni sul solo profilo di diritto dei giudici di merito²⁴⁸.

²⁴⁸ GIONFRIDA, *op. cit.*, p. 559 sembra assumere pacifica l'ammissibilità di una pronuncia su questione di diritto con sentenza non definitiva: "nulla autorizza ad attribuire una efficacia più estesa alla sentenza non definitiva del giudice di merito emessa nel processo estinto, la quale abbia risolto una questione di diritto o di fatto". Ovvero l'autore ammette implicitamente la possibilità che si abbia sentenza non definitiva su questione di merito, dichiarando che l'efficacia di una sentenza non definitiva di merito, che risolve una questione di diritto, non può estendersi oltre a quella del principio di diritto della cassazione. Così anche DENTI, *Sentenze non definitive su questioni*

Si deve ritenere che l'efficacia extraprocessuale propria delle sentenze non definitive (che si pronuncino su questioni diverse da fatti-diritti da accertare con autorità di cosa giudicata ex art. 34 c.p.c.) sia la medesima efficacia panprocessuale che assiste l'enunciazione del principio di diritto individuando il referente positivo nel combinato disposto degli artt. 310 e 129 disp. att. c.p.c.²⁴⁹: in ipotesi di estinzione del processo, la

preliminari di merito e cosa giudicata, cit., p. 220 ss., il quale poi però si spinge ad assegnare un'efficacia extraprocessuale estremamente lata alle sentenze non definitive ammettendo che possano spiegare effetti anche nel secondo processo, ove sia fatto valere un *petitum* diverso. Salvo precisare che in caso di sentenza non definitiva resa solo sulla questione di diritto, nel secondo processo avrebbe efficacia solo ai fini dello stesso *petitum*, in virtù di una "diversa rilevanza del fatto giuridico oggetto della pronuncia parziale".

²⁴⁹ In riferimento alla tesi di cui alla nota precedente che sembra conferire un'efficacia esorbitante alle sentenze non definitive si può ritenere che la questione finisca per ridursi ad aspetti meramente terminologici: si indica come giudicato ciò che giudicato in realtà non è, richiamando la medesima disciplina individuata dall'espressione "efficacia panprocessuale". DENTI, *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, cit., p. 225, esemplifica: "Il caso della decisione che esclude la validità del contratto per contrarietà a norme imperative è diverso da quello della decisione che afferma la risarcibilità del danno per lesione di interessi legittimi. ... Nel primo infatti si tratta di un fatto giuridico che ha un'autonoma efficacia costituiva nell'ambito delle due fattispecie, dedotte nei due successivi giudizi, mentre nel secondo si tratta di un elemento dotato di mera rilevanza nella fattispecie rispetto alla quale la questione preliminare era stata decisa. La possibilità di invocare la pronuncia ai fini

statuizione contenuta nella sentenza non definitiva che si pronuncerà su questioni che non assumono autorità di giudicato rimane efficace in virtù dell'art. 310 comma 2° c.p.c. limitatamente al futuro giudizio con oggetto lo stesso diritto; e coerentemente l'art. 129 comma 3° disp. att. consente che si possa proseguire il giudizio, impugnando la sentenza non definitiva anche una volta che sia intervenuta l'estinzione del processo in seno al quale era stata resa la sentenza non definitiva (con ciò implicitamente disponendo il perdurare di effetti in capo alla decisione sulla questione preliminare di merito qualora questa raggiunga i requisiti del giudicato formale)²⁵⁰.

dell'accoglimento di un diverso *petitum* (...) dipende, dunque, dal ruolo che la soluzione della questione gioca nella costruzione della fattispecie”.

²⁵⁰ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 125 ss. e MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 273. A maggior ragione dopo la riforma del 2006 (estensione¹ dell'art. 129 disp. att. alle sentenze su questioni ora non più suscettibili di impugnazione immediata) esce rafforzata tale teoria: conferme si rinvencono sia nel senso che la sentenza di merito su questione è idonea a sopravvivere all'estinzione sia che l'efficacia della sentenza sia quella descritta come panprocessuale. ORIANI, *Il ricorso per cassazione avverso sentenza non definitiva pronunciata nel procedimento di appello estinto (sul nuovo testo dell'art. 133 disp. att. c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, V, p. 1109 ss.; DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p. 172.

Tuttavia la tesi non può certo dirsi pacifica. Cfr. anche per i riferimenti bibliografici MONTANARI, *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 393 ss.; per la bibliografia CARBONARA, *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, cit., p. 693 nota 51. Volendo schematizzare: a) una prima corrente,

La questione preliminare di diritto risolta in sentenza non definitiva (in difetto di riforma a seguito di impugnazione e salvo sospensione del processo su istanza concorde delle parti) si pone come un dato non riesaminabile per il prosieguo del giudizio così come per il giudice del giudizio successivo all'estinzione.

5.4. CONCLUSIONI SU PRINCIPIO DI DIRITTO E QUESTIONI DI DIRITTO: LIMITI AL PRINCIPIO *IURA NOVI CURIA*

che riconosce solo efficacia endoprocessuale alle sentenze non definitive, addirittura negando che possano ritenersi sentenze di merito (Montesano, Garbagnati, Vaccarella): gli unici effetti potrebbero essere di aiuto logico o di *auctoritas* nei confronti del secondo giudice; b) una seconda corrente, che al contrario riconosce autorità pari a quella di cosa giudicata, nonostante le posizioni degli autori siano articolate: tra chi sostiene che si formi giudicato anche sulla questione decisa in sentenza definitiva (Taruffo, Pugliese, Denti) e chi invece richiede che la questione debba essere esaustiva del contenuto decisorio di una sentenza (Attardi, Cerino Canova); divergendo anche quanto alla profondità dell'estensione extraprocessuale (alcuni la limitano alla riproposizione dello stesso *petitum*, altri estendono anche a *petitum* diverso); c) infine una corrente di mezzo: attribuisce efficacia extraprocessuale solo nel caso di riproposizione, in seguito a estinzione, della stessa domanda; il fondamento teorico verrebbe dal verificarsi di una preclusione su questioni, che tramite l'art. 310, comma 2° c.p.c. svolge effetti fuori dal processo (Gionfrida, Micheli, Andrioli, Liebman).§

5.4.1. *Conferma della suscettibilità della questione di diritto a essere isolata in una sentenza non definitiva: limite al principio iura novit curia*

Sulla base di queste premesse e richiamato quanto esaminato²⁵¹ in fatto di astratta idoneità della questione di diritto a definire il giudizio, deve ritenersi che una questione di diritto sia suscettibile di essere risolta in una sentenza non definitiva al pari di come l'ordinamento consente la decisione sopra una isolata questione di diritto per mezzo dell'enunciazione del principio di diritto. Le due fattispecie presentano caratteristiche analoghe

- a) per *oggetto*, trattandosi di attività *in iure*,
- b) per *struttura*, trattandosi di decidere solo una porzione della fattispecie assumendo in via ipotetica la restante porzione e l'effetto giuridico,
- c) per *funzione*, trattandosi di porre un punto fermo sopra un aspetto della controversia;
- d) ma soprattutto presentano caratteristiche analoghe in punto di *efficacia* dell'accertamento per i giudizi diversi da quello in cui sia stata resa la sentenza non definitiva (nel giudizio pendente l'efficacia è regolata dall'art. 340 c.p.c. e dalla natura stessa dell'istituto). L'efficacia dell'accertamento rappresenta senz'altro il nodo più delicato da sciogliere in quanto ritenendo che l'efficacia della decisione esorbiti dalla nozione dell'efficacia panprocessuale si potrebbero rinvenire ottime ragioni per negare

²⁵¹ *Retro* 5.2.2.

che possa isolarsi la decisione sopra una questione di diritto in una sentenza non definitiva²⁵².

La sentenza non definitiva quindi potrà isolare una questione di diritto *anche* perché esiste l'istituto dell'enunciazione del principio di diritto. Non sono mancate voce discordi: per vero, si sono perfino invertiti i termini dell'argomentazione: dalla comparazione tra l'enunciazione del principio di diritto e della sentenza non definitiva su questione di diritto potrebbero ricavarsi ragioni per affermare che una sentenza non definitiva possa avere come elemento minimo la fattispecie costitutiva o

²⁵² V. due note indietro rispetto a questa sulle differenti correnti dottrinarie in fatto di efficacia della sentenza non definitiva fuori dal giudizio nel quale è stata resa. Precisa DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p. 208, in ordine all'efficacia del principio di diritto enunciato nel giudizio di cassazione rispetto all'efficacia della sentenza non definitiva su questione di diritto:

a) che con l'estinzione del giudizio la pronuncia della cassazione conserva l'efficacia extraprocessuale mentre la sentenza non definitiva la acquista: pur essendo il rilievo corretto, si tratta forse solo di una distinzione terminologica dovuta alla natura rescindente del giudizio cui deve seguire un grado/fase di giudizio rescissorio allorché emanato il principio di diritto, non comportando alcun profilo di differenziazione in punto di efficacia extraprocessuale;

b) che (sulle orme di Montesano) nel giudizio di rinvio si potrebbe non fare applicazione del principio di diritto qualora il giudice rilevi altri profili di non meritevolezza del contratto: mi pare che lo stesso abbia a dirsi anche per la sentenza non definitiva (dipende dall'estensione del *decisum* della sentenza non definitiva).

m.i.e. nell'intero e non le singole questioni rilevanti alla stregua della stessa²⁵³.

Invero, in via generale può dirsi che dagli artt. 384 e 393 c.p.c. non si possa ricavare niente più di quanto gli stessi dispongano: a) il principio di diritto enunciato all'esito del giudizio di cassazione ha efficacia vincolante nel giudizio di rinvio e in un eventuale giudizio a seguito di estinzione, senza che da ciò possa farsi derivare né un argomento analogico, a fronte della peculiarità dell'istituto del giudizio di cassazione; b) non vale parimenti un argomento *a contrariis* a mente del quale siccome per il giudizio di merito non è prevista un provvedimento analogo allora non è ammissibile isolare la soluzione della questione di diritto in una pronuncia; c) invece si può rilevare che essendo la questione di diritto una questione preliminare al pari delle altre nessuna esigenza poteva spingere il legislatore a dettare una disciplina apposita nei gradi di merito; d) inoltre, è evidente come il giudizio di legittimità per sua stessa natura sia rivolto alle norme e come pertanto esclusivamente di decisione su questione di diritto le norme dispongono; e) la possibilità di riformare la motivazione laddove il dispositivo sia conforme a diritto è, ancora, una previsione improntata ad eccezionalità e pertanto niente se ne può far discendere²⁵⁴.

*o*o*o

Le conseguenze sono di immediata evidenza: se il principio *iura novit curia* esprime il potere del giudice sopra la qualificazione giuridica della situazione soggettiva fatta valere,

²⁵³ È la tesi di Rascio.

²⁵⁴ RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 232.

allo stesso modo il giudicato formatosi sulla questione di diritto impedisce al giudice di esprimere quel potere. Dunque le sentenze definitive su questioni di diritto sono un limite esterno rispetto al principio *iura novit curia*.

Quanto al principio di diritto emanato dalla corte di cassazione, l'esame della disciplina ha rilevato che rappresenta anch'esso un limite esterno all'ambito di efficacia del principio *iura novit curia*²⁵⁵.

5.4.2. *La sentenza non definitiva su questione di diritto non ha efficacia extraprocessuale nella successiva pretesa a un diverso bene della vita: non costituisce quindi un limite al principio iura novit curia*

Secondo una tesi la pronuncia sulla questione di diritto sarebbe suscettibile di assumere efficacia anche in differente processo fra gli stessi soggetti ove sia richiesto un differente effetto giuridico, per la realizzazione del quale si atteggi quale questione preliminare la soluzione della medesima questione di diritto relativa al rapporto fondamentale (a patto che nel precedente giudizio si sia svolto il contraddittorio e vi siano state effettive discussione e decisione sulla questione)²⁵⁶.

²⁵⁵ *Retro* 5.3.1.

²⁵⁶ DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p. 201 e part. p. 225, "è stato visto, però, che le sentenze non definitive su questioni di diritto sono idonee a esplicitare un'efficacia più ampia: infatti, nella misura in cui accettano il complesso normativo applicabile al rapporto fondamentale, possono vincolare il giudice del processo in cui siano

Si tratterebbe di un ulteriore limite esterno al principio *iura novit curia* che si ricaverebbe argomentando dall'efficacia extraprocessuale dell'accertamento contenuto nella sentenza non definitiva sopra una questione di diritto.

Tale limite alla qualificazione giuridica da parte del giudice del secondo processo, secondo tale ricostruzione, sarebbe proprio di tutte le questioni decise in motivazione. Siccome difatti il giudicato si formerebbe anche sulle questioni decise in motivazione, in quanto antecedenti logici decisivi della sentenza dal momento che "il giudicato opera, nei limiti oggettivi della questione decisa, ai fini della medesima lite nuovamente instaurata"²⁵⁷; ammettendo il giudicato sulle questioni decise in motivazione non potrebbe di conseguenza escludersi efficacia di giudicato alle decisioni contenute in sentenze non definitive.

La tesi ha il merito di ricondurre nel sistema l'orientamento giurisprudenziale che arretra i limiti oggettivi del

richiesti effetti giuridici diversi, che traggano origine da quel rapporto, ferma restando la sussistenza di imprescindibili condizioni"; aderendo alla tesi di una corrente dottrina che nasce da DENTI, *Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 569; ID., *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, cit. p. 227 e Gionfrida e viene sviluppata poi da TARUFFO, *Collateral Estoppel e giudicato sulle questioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 272 ss. e PUGLIESE, *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 872 ss. (cfr. DALFINO, *op. cit.*, pp. 137 e 163 con riferimenti bibliografici).

²⁵⁷ TARUFFO, *Op. ult. cit.*, p. 287, richiamato da DALFINO, *Op. cit.*, p. 163.

giudicato agli antecedenti logici necessari del diritto deciso. Tuttavia mi pare che giunga al risultato di sovrapporre limiti oggettivi del giudicato e giudicato formale, di attribuire efficacia non meramente strumentale alla decisione sulla questione di diritto²⁵⁸, ma soprattutto di pregiudicare il diritto di difesa. Le difese vengono calibrate dalle parti in giudizio avuto riguardo al bene della vita conteso: si può non avere interesse a contraddire in un certo giudizio o a profondere maggiori energie perché si ha la percezione di cosa è in gioco²⁵⁹. Al contrario aprendo all'efficacia vincolante degli accertamenti su questioni che sarebbero escluse dai limiti oggettivi del giudicato secondo la teoria della pregiudizialità tecnica si costringe la parte a reagire onde evitare che per un diverso bene della vita, in un successivo giudizio le proprie ragioni possano venire a essere pregiudicate²⁶⁰.

²⁵⁸ MENCHINI, *Il giudicato civile*, cit., p. 315 per il quale l'operare della efficacia panprocessuale è rigidamente condizionata dalla identità oggettiva e soggettiva delle azioni proposte.

²⁵⁹ V. *retro* 4.3.1.

²⁶⁰ MONTESANO, *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 26, con atteggiamento di cautela di fronte all'arretramento dei limiti oggettivi del giudicato e alle tesi sul giudicato implicito inteso di ogni presupposto logico e giuridico scrive: "L'impossibilità di intendere il giudicato nel modo accennato poc'anzi non dovrebbe più essere posta in dubbio dopo la Costituzione repubblicana che condanna ogni preclusione alla difesa di diritti che non siano ancora stati fatti valere in giudizio (art. 2907 c.c., 99 c.p.c.) e perciò impedisce che le questioni risolte ai fini di una

data azione lo siano anche per qualche altra proponibile ma non proposta dalle stesse parti”.

Paiono astrattamente sostenibili invece differenti valutazioni intorno all'indirizzo giurisprudenziale che estende il giudicato alle questioni di diritto decise in ambito tributario (DALFINO, *op. cit.*, p. 123 ss., il quale analizza Cass.civ., sez. un., 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, 2007, I, c. 493 con nota di CAPONI): la qualificazione di elementi della fattispecie impositiva effettuata in riferimento a diverso periodo d'imposta è idonea secondo la giurisprudenza delle sezioni unite a spiegare efficacia anche in differente giudizio su diverso periodo d'imposta. In ipotesi del genere, nelle quali vengono in considerazione rapporti di durata cui entrambe le parti ben sanno di essere assoggettate, si rinvencono ragioni sistematiche che non solo in ragione del valore dell'economia processuale inducono a ritenere non violato il diritto di difesa della controparte. Anzi “l'accertamento giudiziale su un elemento fondamentale di un rapporto proietta il proprio vincolo, a situazione normativa e fattuale immutata, anche in successivi giudizi relativi a diversi rapporti, ma legati da un nesso di identità contenutistica e funzionale con quello accertato e destinati a sorgere tra le stesse parti sulla base di fatti costitutivi che si ripetono nel corso del tempo” (Caponi). Ma solo per quanto concerne i rapporti di durata e i rapporti che si fondano su fatti costitutivi che si ripetono nel tempo in modo identico: e ciò perché il bene della vita è il medesimo (seppur sorgente di periodo in periodo) e le parti sono consapevoli di cosa è in gioco nel processo (accertamento che spiegherà efficacia per tutti i rapporti relativi al medesimo bene – in senso lato -); diversamente sarebbe leso il diritto di difesa.

Astrattamente, poiché la relazione questione di diritto/giudicato/annualità d'imposta deve essere rimeditata alla luce di Corte giust. 3 settembre 2009, C-2/08, *Olimpiclub* (in *Guida al diritto*, 2009, 37, p. 66 con nota di Castellaneta): se si tratta di fare retta

5.4.3. *Questioni di puro diritto*

applicazione (contro pratiche abusive o elusive) delle norme comunitarie in materia d'IVA allora l'accertamento passato in giudicato relativo ad un certo anno d'imposta deve ritenersi non vincolante nel giudizio con oggetto le pretese contributive relative ad anni differenti. Prima di dare per inevitabile la riaffermazione dell'orientamento fondato sull'autonomia dell'accertamento relativo ad ogni periodo d'imposta, si deve indagare se il canone ermeneutico debba estendersi a ogni ipotesi o essere confinato a quelle in cui venga in ragione la normativa comunitaria (per quanto sia comunque pervasiva in ambito tributario), nonché tenere presente che in ogni caso il mutamento del quadro normativo spiega effetti sulle successive *tranches* del rapporto e che gli effetti di pronunce come quella richiamata possono assimilarsi a norme sopravvenute interpretative retroattive con la conseguenza che in assenza di fonti idonee a produrre tali effetti giuridici non viene a essere modificata in nulla il quadro (almeno dogmatico) relativo al giudicato sui rapporti di durata e al vincolo promanante dall'accertamento su diversi rapporti d'imposta (cfr. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali, Relazione al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile*, testo provvisorio, 2009, p. 125 ss.).

Tuttavia, mi pare si possa affermare, guardare al giudicato sulle questioni di diritto risolte in confronto ai rapporti di durata in realtà significa guardare ad altro più ampio problema: si tratta in realtà di discorrere del giudicato sulla situazione soggettiva nella relazione fra l'efficacia del giudicato nel tempo e i limiti oggettivi del medesimo.

Ogni questione di diritto compresa la questione che risolve una questione di puro diritto è suscettibile di essere isolata in una sentenza non definitiva.

Ammettendo che la sentenza non definitiva sia idonea a spiegare effetti in un giudizio con oggetto una differente domanda²⁶¹ (pur connessa legata da rapporto di dipendenza rispetto alla medesima questione di diritto) si finirebbe invece giocoforza con l'escludere che l'accertamento possa attestarsi al piano dell'esclusivo riconoscimento delle norme²⁶². Non accedendo a tale teoria, non vi sono ragioni per rivedere i risultati parziali raggiunti²⁶³: la sentenza non definitiva su questioni di diritto rappresentano un limite all'efficacia del principio *iura novit curia*.

²⁶¹ *Retro* 5.4.2.

²⁶² DALFINO, *Questioni di diritto e giudicato*, cit., p. 226, precisa che “la soluzione della questione di diritto non può consistere in un mero quesito giuridico, nell'esclusivo e asettico esame della norma, nell'interpretazione del suo significato astratto, ma deve necessariamente rivolgersi all'individuazione della portata della norma in relazione al fatto concreto, in vista della soddisfazione di una determinata situazione sostanziale ritenuta meritevole dall'ordinamento”.

²⁶³ L'impossibilità di prevedere il successivo “reimpiego” dell'accertamento impone di individuare degli argini a tutela del diritto di difesa del soccombente su questione. Al contrario laddove si acceda alla teoria tradizionale dell'efficacia panprocessuale non si frappone alcun ostacolo di incertezza (il fatto cui si riferisce la decisione è senz'altro uno di quelli rilevanti per il diritto fatto valere in giudizio e il bene della vita è conosciuto dal soccombente).

Considerato che anche una questione di puro diritto (per rimanere all'esemplificazione tradizionale, l'ammissibilità della "clausola oro") è idonea a definire il giudizio, non mi pare possano ravvisarsi ragioni per negare *in nuce* al giudice di rimettere la causa in decisione sulla base della deliberazione del carattere di preliminarità *ex art.* 187, comma 2° anche in ordine a un'attività di sola interpretazione di una norma. La valutazione in diritto in ogni caso è sempre effettuata assumendo in via ipotetica quei fatti rilevanti, per la qualificazione dei quali possa venire in ragione l'esigenza di decidere in mero diritto. Quel che rileva, invece, in punto di suscettibilità ad essere isolata in una questione di diritto o meno è se la questione astrattamente idonea a definire il giudizio possa esserlo deliberata in concreto: a tal fine la norma deve essere valutata nella sua potenziale portata regolatrice circa i fatti come assunti al momento della rimessione in fase decisoria, rimessione che potrà aversi solo se la questione di diritto abbia ad oggetto una norma che il giudice ritiene applicabile ai fatti del giudizio e la cui interpretazione/applicazione pronostica risolutiva (nel senso dell'inesistenza del diritto azionato) del giudizio²⁶⁴.

²⁶⁴ Neanche si può dubitare che difetterebbe l'interesse ad una pronuncia del genere come si può sostenere per l'introduzione in via principale di una domanda sull'accertamento di norme: l'interesse ad agire promana dal giudizio sul diritto fatto valere e si riverbera sulla frazione di procedimento isolata in sentenza non definitiva.

5.6. RIFLESSI DEL GIUDICATO INTERNO SUL PUNTO DI DIRITTO NELLE IMPUGNAZIONI: LIMITE ESTERNO AL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

5.6.1. *Devoluzione della questione di diritto e giudicato interno*

Se una questione di diritto può essere isolata in una sentenza non definitiva, essere oggetto di impugnazione, svolgere efficacia preclusiva per il prosieguo del giudizio, nonché acquisire la stabilità del giudicato formale, allora la soluzione della questione di diritto contenuta nella sentenza che definisce il giudizio è suscettibile di giudicato interno in difetto di appello sul punto, in forza del principio dell'effetto devolutivo limitato e dell'onere dei motivi specifici d'impugnazione?²⁶⁵ Lo stesso

²⁶⁵ LIEBMAN, *Parte o capo di sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 56, sostiene che alla soluzione della medesima questione in sentenza non definitiva e in sentenza definitiva non possa attribuirsi la medesima efficacia in quanto nella seconda ipotesi verrebbe a perdere il colore decisorio che invece assume nel momento in cui è isolata. La tesi tuttavia non ha ottenuto adesioni sia perché assegnare la medesima efficacia alla stessa questione quando risolta unitamente alla definizione del procedimento e quando risolta come tappa intermedia non solo sembra coerente ma è anche consentito dall'argomento *a fortiori*, sia perché la norma dell'art. 342 c.p.c. imponendo la proposizione di motivi specifici d'impugnazione per la cognizione del giudice di secondo grado conduce a opinare che la statuizione della singola questione assuma rilievo autonomo (come l'art. 346 c.p.c. laddove le eccezioni non accolte siano anche le eccezioni respinte del soccombente teorico).

potrebbe predicarsi, anzi a maggior ragione, con riferimento al ricorso per cassazione laddove non sia censurata espressamente la soluzione della questione di diritto o laddove, ovviamente, fosse calato il giudicato interno fra giudizio di primo grado e giudizio d'appello?

Se la nozione di parte di sentenza fosse chiara e determinabile con una certa sicurezza allora potrebbe soccorrere nell'offrire risposta al quesito risolvendolo nel senso che ciò che può essere parte di sentenza può essere coperto dal giudicato interno (per ragioni di coerenza in quanto suscettibile di giudicato formale se non impugnato). E allora si tratterebbe di indagare cosa è parte di sentenza e si potrebbe quindi sostenere che parte di sentenza è ciò che può essere oggetto di sentenza non definitiva o quantomeno che la suscettibilità ad essere oggetto di sentenza non definitiva è un indice significativo²⁶⁶.

Invece la nozione non è assolutamente agevole²⁶⁷.

²⁶⁶ RASCIO, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, cit., p. 108 sostiene che si debbano ritenere parti di sentenza "non solo la decisione di ognuna fra le domande cumulate, bensì ciascuna delle questioni pregiudiziali di rito e preliminari di merito risolte dal giudice". POLI, *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, cit., p. 181 ss., part. p. 195 ritiene che la parte di sentenza si distingue per autonomia, ovvero perché la decisione riguarda un elemento di fatto o di diritto che non sia fondamento anche di altre decisioni; e decisività, ovvero perché è in grado di condurre a una decisione diversa in fase di impugnazione. Cfr. anche BIANCHI, *I limiti oggettivi dell'appello civile*, cit., p. 135.

²⁶⁷ PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*, cit., p. 463: "la nozione di 'parte della sentenza' non è una nozione con significato univoco, perché talvolta corrisponde in maniera piena ad una

Assumendo che la risposta del tenore che parte di sentenza sia *ogni questione risolta e ogni capo di domanda cumulato* sia una risposta in via tendenziale e di approssimazione una risposta soddisfacente, e che possa quindi offrire una base di appoggio non troppo vacillante, allora si può sostenere che la questione di diritto risolta in sentenza definitiva, in quanto suscettibile di essere isolata in una sentenza non definitiva, sia idonea a precludere il riesame del giudice dell'impugnazione in difetto di

domanda, cioè ad un diritto fatto valere in giudizio, talvolta corrisponde ad una parte della domanda, attraverso cui è stato fatto valere in giudizio un diritto complesso, a volte corrisponde alle singole questioni risolte nella sentenza". Del resto "riempire" l'art. 329 c.p.c. che disegna il sistema complessivo del gravame (esprimendo un concetto legato a doppio filo con il concetto di effetto devolutivo limitato) a mezzo di un diverso istituto che potrebbe invece essere cancellato dall'ordinamento non rispondendo a nessuna insopprimibile esigenza sistematica, è una soluzione che lascia in una certa misura insoddisfatti (POLI, *op. cit.*, p. 163); vi è da dire tuttavia che anche in quel caso la validità teorica, pur risultandone indebolita, della ricostruzione di ciò che potrebbe essere oggetto di sentenza definitiva se l'istituto fosse vigente, non verrebbe meno.

La dottrina, per identificare la nozione di parte di sentenza, si è divisa su varie posizioni: ha interpretato la parte di sentenza come un capo di domanda, scontrandosi però con il progressivo ampliamento dei limiti oggettivi del giudicato o con la difficoltà nello stabilire il pregiudizio minimo per aversi soccombenza; oppure ha equiparato soluzione di questione e parte di sentenza, incorrendo nel diverso problema di dare tutela all'appellato in caso di cumulo di domande respinte; oppure sono state proposte nozioni diverse per appello e cassazione.

devoluzione diretta o indiretta sul punto²⁶⁸. Ne verrebbe che sarebbe verificato anche il terzo limite esterno rispetto all'ambito del principio *iura novit curia*, l'immanenza del quale non vale a superare il giudicato interno²⁶⁹.

Ma ai fini dell'indagine sopra il libero operare o meno del principio *iura novit curia* nelle impugnazioni la definizione di parte di sentenza non è necessitata: è sufficiente assumere: a) la nozione di questione di diritto secondo cui essa riguarda individuazione, interpretazione e applicazione della norma; b) che investito dell'impugnazione un elemento della questione di diritto, si è investita l'intera questione questioni di diritto²⁷⁰.

²⁶⁸ La definizione di Rascio pare buona, adattata, s'intende, a un concetto di questioni tale che è questione ogni elemento della fattispecie suscettibile di essere oggetto di sentenza non definitiva: quindi anche la decisione su questione di diritto o su fatto, diversamente da come l'autore sostiene. POLI, *op. cit.*, p. 159 ss. sposa la teoria della parte di sentenza quale decisione di questione. Tuttavia, ai fini di queste riflessioni non pare decisivo individuare l'esatto oggetto della parte di sentenza come si vedrà di seguito. Per la ricostruzione delle teorie in ordine al concetto di parte di sentenza cfr. *ibidem*; RASCIO, *L'oggetto dell'appello civile*, cit., p. 108 ss., ID., *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Dir e giur.*, 2008, II, p. 180.

²⁶⁹ Cfr. POLI, *op. cit.*, p. 159 s., secondo il quale il principio non opera in grado di gravame dal momento che ha sfogato la propria forza espansiva in primo grado.

²⁷⁰ Mi pare che neanche si riuscisse a con certezza ad asserire che ciò che è suscettibile di formare oggetto di sentenza non definitiva, è anche suscettibile di giudicato interno, nondimeno si potrebbe affermare che la cognizione del giudice d'appello sopra la questione di diritto sarebbe rimessa all'esercizio del potere di parte di devolvet tale

Invero, la constatazione che la statuizione sulla questione di diritto può essere isolata in una autonoma decisione, l'effetto devolutivo limitato dell'appello e l'onere dei motivi specifici d'impugnazione della sentenza così come cassazione i motivi di ricorso per cassazione paiono idonei già da soli, senza indagare l'esatto concetto di parte di sentenza, a rispondere al quesito in ordine ai poteri del giudice di appello sopra la *quaestio iuris* ed a stabilire se la statuizione sulla questione di diritto sia sottratta alle preclusioni endoprocessuali: il giudice dell'appello ha facoltà di riesaminare il rapporto controverso solo sulla base dei motivi indicati dalle parti come censura della sentenza (artt. 342 e 346 c.p.c.)²⁷¹. A maggior ragione per quanto concerne

questione al giudice superiore: sarebbero necessari una serie di necessari correttivi devoluzione diretta, devoluzione indiretta e condizionamento (la guida dell'interprete sono gli artt. 342, 336, 346, 360 c.p.c.).

²⁷¹ Cass. civ. Sez. Unite, 9 novembre 2011, n. 23299 (non ex professo sulla questione: la rimessione era avvenuta per altra questione di diritto): la corte pretende un appello in rapporto dialettico con la sentenza impugnata: altrimenti “ne consegue che deve ritenersi passato in giudicato il capo della sentenza di primo grado in merito al quale l'atto d'appello si limiti a manifestare generiche perplessità, senza svolgere alcuna argomentazione idonea a confutarne il fondamento”; Cass. civ. Sez. III, 31 maggio 2006, n. 12984: “La specificità dei motivi di appello esige che alle argomentazioni svolte nella sentenza impugnata vengano contrapposte quelle dell'appellante, volte ad incrinare il fondamento logico giuridico delle prime, ragioni per cui alla parte volitiva” (in termini Cass. civ. Sez. III Sent., 18 aprile 2007, n. 9244.). Sul rapporto tra motivi di impugnazione e estensione della cognizione del giudice, v. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto*

l'impugnazione per cassazione a motivi limitati e di, tendenzialmente, sola legittimità (art. 360 c.p.c.). A esser devoluta sarà la questione di diritto impugnata²⁷².

Ammettere ciò non significa ovviamente che soltanto laddove la questione sia colpita dai motivi di impugnazione allora il giudice debba/possa procedere a riqualificare giuridicamente la fattispecie.

È di tutta evidenza come nell'ipotesi in cui venga ad essere impugnato il fatto, necessariamente la riforma del medesimo consentirà al giudice dell'impugnazione di rivalutare in diritto la fattispecie²⁷³: la qualificazione in diritto rimane difatti

processuale civile, cit., p. 483 ss., in sintesi BALENA – ORIANI – PROTO PISANI – RASCIO, *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1436, nota a Cass., sez. un., 23 dicembre 2005, n. 28498.

²⁷² POLI, *op. cit.*, p. 346 ss.; nel caso di *ius superveniens* questo potrà applicarsi solo nella misura in cui sia stata devoluta la questione alla quale avrebbe dovuto applicarsi *Ibidem*, p. 337 ss.

²⁷³ Cfr. la analitica ricostruzione di POLI, *op. cit.*, p. 328 ss., rispetto al quale sento di dissentire con riferimento alla parcellizzazione delle questioni in ogni singolo sotto-elemento: la questione di diritto sarebbe scomposta in individuazione, interpretazione, effetto giuridico, qualificazione. Mi pare che la questione di diritto seppur logicamente scomponibile sia sempre una e ogni aspetto sia stremante legato all'altro: se impugno l'interpretazione il giudice dovrebbe limitarsi a decidere su quella anche se la norma individuata non è palesemente corretta. Altro è se il giudice non può esaminare la questione di fatto o di diritto perché gli è precluso dal giudicato, altro è se la può esaminare solo in parte, costringendolo in questo caso sì a svolgere un'attività di non attuazione del diritto.

una qualificazione *quoad factum* tale che mutata la ricostruzione del fatto di riferimento potrà/dovrà mutare anche la soluzione in diritto. Ma solo nella misura in cui il fatto effettivamente muti (limite del condizionamento).

Ancora, ricostruito il fatto e qualificato in diritto in primo grado, impugnata in appello la ricostruzione del fatto, riformata in appello la ricostruzione del fatto e conseguentemente la qualificazione in diritto, laddove in cassazione si ottenesse la cassazione della ricostruzione del fatto (*ex art. 360 n. 5 c.p.c.*) e laddove nel giudizio di rinvio il fatto fosse ricostruito alla stregua del primo grado, allora il giudicato interno riviverebbe nel contenuto cristallizzato nella pronuncia di primo grado a causa della mancata impugnazione del profilo di diritto a mezzo del gravame, la decisione sulla questione di diritto “congelata” tornerebbe a spiegare efficacia vincolante/preclusiva per il giudice di rinvio.

Se i motivi di gravame investono direttamente la questione di diritto o investono il fatto cui la medesima pertiene (art. 336 c.p.c.) la questione di diritto è devoluta. Se la questione per la quale è rilevante la qualificazione giuridica o l'interpretazione delle norme viene devoluta (e quindi se è devoluta una parte di sentenza, qualunque sia la sua estensione, che importi il riesame della *quaestio iuris* perché il motivo d'impugnazione la aggredisce direttamente o perché ne aggredisce un elemento pregiudiziale), allora la riqualificazione in diritto in ipotesi di riforma (nei limiti del condizionamento) sarà sempre possibile purché venga ad essere devoluto a mezzo dei

motivi il fatto cui la medesima accede, oppure qualora sia direttamente devoluta la questione di diritto²⁷⁴.

Conclusivamente, la questione di diritto può essere isolata in una sentenza non definitiva ed essere considerata unità minima di decisione, con la conseguenza che in difetto di aggressione del punto di diritto mediante l'impugnazione la questione potrà essere preclusa dall'analisi del giudice superiore.

La decisione della questione di diritto si impone sia al giudice dell'impugnazione, sia al giudice del rinvio (o ancor meglio al giudice del successivo giudizio dopo l'estinzione a seguito della cassazione rescindente ed emanazione del principio di diritto) solo se i fatti saranno da costoro ricostruiti alla stessa stregua di come assunti dal giudice che si è pronunciato in precedenza sulla questione di diritto e sempre che non sia devoluta alla loro cognizione una questione con essa connessa, ovvero sia il fatto che la decisione in punto di diritto qualifica o una questione pregiudiziale.

5.6.2. *Giudicato interno sulla questione di diritto e qualificazione giuridica*

All'esito della ricostruzione è possibile rispondere al quesito: se l'impugnazione verte sulla qualificazione giuridica, il

²⁷⁴ Per una ricostruzione analitica delle ipotesi di devoluzione o meno della decisione sopra le questioni di diritto in grado d'appello imperniata sui concetti di autonomia e decisività della soluzione di primo grado, cfr. POLI, *op. cit.*, p. 328 ss.

giudice potrà scegliere di applicare il diritto come se fosse la prima decisione sulla questione oppure vedrà limitate le proprie facoltà giurisdizionali dall'indicazione dei motivi specifici delle parti potendo incidere sulla decisione solo nei limiti delle questioni di diritto devolute?

La soluzione deve essere cercata con riferimento al modo di operare del principio *iura novit curia*²⁷⁵, e quindi a fronte dei fatti che ne impediscono l'efficacia.

Peraltro espressamente in giurisprudenza si è riconosciuto che sul rapporto fra *iura novit curia* e questione di diritto in grado d'impugnazione si inseriscano i motivi d'impugnazione, salvo verificare come si atteggiino: nella circostanza della quale si riferisce, è stato sufficiente che i motivi avessero investito la questione di diritto per provocarne il riesame senza chiedere la necessità di sviluppare un argomento se non la mera negazione che potessero derivare dalle norme applicate gli effetti statuiti²⁷⁶: si è anche correttamente è stato ritenuto che solo nella misura in cui si devolva la questione questa possa essere esaminata

Verificata la disciplina del giudicato interno per mancata devoluzione della questione di diritto nelle impugnazioni, si

²⁷⁵ Il quale, secondo POLI, *op. cit.*, p. 303 ss., non è assoluto, bensì regolato da leggi processuali. Di conseguenza la riqualificazione si può avere solo quando la parte di sentenza (nel senso di questione) sia stata devoluta; pena dover ammettere che la corte d'appello possa procedere a un libero riesame delle questioni pregiudiziali, a rilevare d'ufficio i fatti c.m.i.e. anche in difetto d'impugnazione, a un rivalutazione i giudizio sui mezzi di prova

²⁷⁶ Cass. civ. Sez. lavoro, 25 marzo 2010, n. 7190

ricava per differenza l'ambito applicativo del principio *iura novit curia*: il potere di qualificazione giuridica è impedito tutte le volte in cui cada il giudicato interno su una questione di diritto perché non sia stata evoluta e il fatto al quale essa acceda non sia stato devoluto. In questo secondo caso si deve peraltro applicare il correttivo del condizionamento: soltanto se il fatto viene ricostruito diversamente la questione di diritto può essere riesaminata, diversamente la cognizione sulla stessa deve considerarsi preclusa.

Ne residua ad ogni modo un margine di applicazione anche in ipotesi di giudicato interno: quando la corte di cassazione corregge la motivazione in diritto del dispositivo che viene lasciato invariato (art. 384 comma 4° c.p.c.)²⁷⁷. Ma il caso è affatto particolare e legato a esigenze pubblicistiche che sfuggono a razionalizzazione con riferimento alla disciplina delle impugnazioni.

Il principio *iura novit curia*, nei limiti della devoluzione della questione²⁷⁸, spiega sia in cassazione, sia in appello in

²⁷⁷ Cfr. anche NAPPI, *op. cit.*, p. 210.

²⁷⁸ Secondo DALFINO, *op. cit.*, p. 222, "deve ritenersi impedita al giudice dell'impugnazione la prospettazione di differenti ragioni argomentazioni o ragioni giuridiche rispetto a quelle del primo grado, laddove questa comporti l'apertura a nuove prospettive, non considerate dalle parti, tali da determinare un diverso esito del giudizio, se non, addirittura, la sostituzione dell'azione proposta con una diversa, perché fondata su una diversa *causa petendi*". Invece RASCIO, *L'oggetto del giudizio di appello*, cit., p. 182, ritiene che la singola questione (di fatto o di diritto) devoluta direttamente sia idonea a

modo pieno i propri effetti. E allora se il motivo di impugnazione censura la soluzione della *quaestio iuris*, entro questi limiti può espandersi di nuovo il principio *iura novit curia*.

Diversamente soffrirà il limite esterno del giudicato interno formatosi in occasione del giudizio d'impugnazione.

devolvere direttamente l'intera fattispecie c.m.i.e. cui essa afferisce, purché ovviamente si garantisca il contraddittorio.

CONCLUSIONI

1. Il principio secondo cui al giudice sono note le norme di diritto, *iura novit curia*, tradizionalmente esprime due aspetti dell'attività del giudice rispetto alle norme stesse, la conoscenza e la qualificazione giuridica: in entrambe le direzioni il principio descrive l'attività del giudice con riferimento alla questione di diritto.

2. Lo studio del principio ha preso le mosse dal dato pacificamente assunto non solo nelle trattazioni che hanno riguardato il tema, ma anche nel comune sapere giuridico, della duplicità di significati del brocardo.

3. Nell'esame dell'ambito sul quale incide la regola portata dal brocardo, si è visto, l'interprete entra immediatamente in tensione con l'esigenza di scomporre aspetti e concetti che trovano significato e misura nella coesistenza dell'uno accanto all'altro: in particolare, la distinzione fra giudizio sul fatto e giudizio sul diritto, preliminare rispetto allo studio della dell'atteggiamento del giudice rispetto alle norme, non è nient'affatto agevole quando effettivamente si tenti di delinearne con precisione i confini.

3.1. Difatti l'attività con la quale viene reso il giudizio sopra al caso è un'attività che non si verifica al modo del sillogismo, per cui si confrontano fatto e norma e se ne ricava l'effetto giuridico: il fatto e la norma infatti non sono già pronti, devono essere individuati tra i molteplici fatti della vita narrati e tra la pluralità di norme. Anzi l'attività dell'interprete si muove con andamento circolare: si assume inizialmente che il fatto

possa essere ricondotto alla previsione di una determinata norma individuata tramite un primo giudizio induttivo e ipotetico; si selezionano i fatti che paiano idonei a integrare gli elementi contraddistintivi della fattispecie normativa, scegliendoli tra tutti quelli sui quali deve calare il giudizio; si procede poi per successive approssimazioni alle operazioni progressive di sussunzione. Il giudizio è sempre un progredire di analisi sul fatto e analisi sul diritto, le une vincolate alle altre.

3.2. Tuttavia se è vero che la separazione tra giudizio di fatto e giudizio di diritto non potrebbe in alcun modo consentire di ricostruire l'attività decisionale del giudice, si è comunque notato come lo stesso sistema del giudizio di legittimità dinanzi alla corte di cassazione sia costruito attorno alla distinzione fra le due questioni di fatto e di diritto.

La stessa esigenza classificatoria che si impone nella costruzione dei rimedi contro le decisioni giudiziali, può essere impiegata per verificare in maniera statica le porzioni di giudizio che possono dirsi di diritto e quelle che possono dirsi di fatto, impiegando come strumento logico di supporto il fatto assunto ipoteticamente e provvisoriamente al solo fine di procedere alla qualificazione con analisi sillogistica, possibile una volta che si sia risolto il problema della scelta delle premesse.

Su queste basi allora si possono analiticamente individuare gli elementi della questione di diritto: la qualificazione giuridica, che può essere isolata per come assunto ipoteticamente il fatto, l'individuazione e l'interpretazione della norma da applicare appunto al fatto assunto.

3.3. Su tale ambito spiega efficacia il principio *iura novit curia*: in tale ambito il giudice può-deve esercitare il proprio

potere, svincolato dai limiti impostigli dalle parti e dal sistema processuale.

Individuata la questione di diritto, si è potuto procedere nella esame delle applicazioni del principio.

4. Il problema della conoscenza della norma non abbraccia tutti gli elementi costitutivi della questione di diritto: si limita alla individuazione delle disposizioni rivelatrice delle norme e delle norme non rivelate nelle disposizioni, e intese come principi o consuetudine o fonti non scritte. Il giudice in quanto soggetto dell'ordinamento e ancor più in quanto collocato nell'ordinamento nella posizione del potere giurisdizionale è istituzionalmente deputato alla realizzazione dell'ordinamento, ragione per la quale egli ha l'obbligo della ricerca della norma e non conosce limite che provenga dal potere di parte.

4.1. La questione sulla sussistenza della doverosità della conoscenza si è posta per il diritto straniero, per il diritto antico, per quello consuetudinario e per i regolamenti. Considerata la posizione del giudice nell'ordinamento, considerato che anche quelle appena richiamate sono fonti di diritto, in realtà non esiste alcuna opzione: il giudice è obbligato a conoscerle, oltretutto anche a procurarsene la conoscenza. Le stesse opzioni interpretative giurisprudenziali che avevano invocato l'applicazione della regola della disponibilità delle prove, allo stesso tempo ammettevano perfino la ricerca ufficiosa da parte del giudice, rivelando nella contraddittorietà l'erroneità dell'assunto.

Il problema viene allora, ferma la doverosità della conoscenza, spostato sul reperimento delle fonti: si tratta di un problema pratico e non teorico.

4.2. In particolare si è visto con riferimento al diritto straniero che esso viene espressamente regolamentato, riconoscendo la doverosità della conoscenza da parte del giudice. Appare tuttavia insoddisfacente la scelta di applicazione residuale della legge italiana: si è proposta una riflessione che prenda quale spunto la dottrina del *forum non conveniens* per sopperire in casi eccezionali agli effetti distorsivi dell'applicazione della *lex fori*. Quanto al diritto consuetudinario e antico si è verificata la sussistenza della obbligatorietà della conoscenza e dell'inconferenza del richiamo a una disciplina probatoria (peraltro anche per quel riguarda la consuetudine non raccolta il problema di prova è malposto, trattandosi di una questione attinente al reperimento della fonte e non alla prova). Ugualmente con riferimento ai regolamenti locali, peraltro assistiti da un sistema di pubblicità e in ragione della potestà normativa scaturente dalla riforma costituzionale del 2001. Quanto ai contratti collettivi nazionali, la ricorribilità in cassazione recentemente disposta non ne ha mutato la natura negoziale, essendo rimessa alle parti la produzione in giudizio, a differenza di quanto vale per il settore pubblico ove sono recepiti in legge.

5. Quanto al problema della qualificazione giuridica esso a livello generale è circoscritto a due aspetti: se il giudice sia vincolato alle qualificazioni giuridiche prospettate dalle parti, comportando l'errore di qualificazione della parte il rigetto della

domanda o se egli possa o debba riqualificare giuridicamente la fattispecie dedotta.

Allo stesso tempo, coerentemente con la ricostruzione generale del principio in esame e della funzione giurisdizionale, l'applicazione del principio non è in alcun modo limitata dal divieto di uso della scienza privata del giudice, anzi ne rappresenta specularmente l'opposto.

5.1. La rassegna di autori e giurisprudenza univocamente fa emergere la scelta dell'ordinamento per l'obbligo in capo al giudice di qualificare la fattispecie. Il fondamento del potere-dovere deve rinvenirsi in una serie di disposizioni, delle quali nessuna può dirsi necessariamente concludente (in particolare artt. 113 e 384 c.p.c., 101 cost.) ma che prese complessivamente, sulla base del riconoscimento della funzione istituzionale propria del potere giudiziario di realizzare l'ordinamento e del modello di Stato interventista proprio dei paesi di *civil law*, che postula un giudice che non sia un mero risolutore di conflitti, hanno consentito di rinvenire un fondamento teorico alla vigenza, indiscutibile per principio di effettività, del principio.

5.2. La disciplina processuale del principio *iura novit curia* è tracciata dalla relazione con gli istituti e le norme che condividono con quello la sfera d'interferenza con la questione di diritto e il giudizio di diritto, le modalità di svolgimento ed i limiti esterni all'applicazione.

5.3. Quanto alla delimitazione dell'estensione oggettiva del potere-dovere si è visto come il potere di qualificazione giuridica si muova nei limiti della domanda di parte: i limiti interni del potere giudiziale quindi si definiscono secondo la corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato, l'oggetto del

processo, le nozioni di titolo, di effetto giuridico di bene della vita, il diverso rilievo dei fatti principali con riferimento ai diritti etero-determinati e ai diritti auto-determinati, la distinzione tra concorso di norme e concorso di diritti.

Fermi i confini imposti dal principio della domanda, il giudice non guarda tuttavia a come le parti hanno qualificato la domanda, ma a come avrebbero dovuto qualificarla. La giurisprudenza identifica il bene della vita richiesto e esamina i fatti portati alla propria attenzione, per poi procedere con la massima libertà a riqualificare l'inquadramento giuridico, ferma la *causa petendi* individuata nel fatto costitutivo della fattispecie: a bene della vita invariato e *causa petendi* invariata, fermi i fatti di causa, la giurisprudenza ritiene di poter riqualificare senza alcun vincolo.

Si sono viste ancora in punto di disciplina le interazioni del principio *iura novit curia* con la questione della riqualificazione delle eccezioni e del rilievo ufficioso della questione di nullità nell'azione promossa per ottenere l'annullamento del contratto, evidenziando come il principio possa trovare applicazione fin tanto che rimanga nei confini del principio della domanda e della corrispondenza del chiesto con il pronunciato. Con riferimento in particolare al concorso di diritti e ai diritti autodeterminati, è emerso come questione di particolare rilievo sia quella del potere correlato e compreso nell'altro d'interpretazione della domanda da parte del giudice: difatti l'individuazione del diritto fatto valere in giudizio con riferimento ai diritti autodeterminati e alle ipotesi riconducibili al concorso di diritti passa necessariamente dalle prospettazioni giuridiche delle parti, intermini di qualificazione del rapporto o per il tramite del richiamo a disposizioni di legge.

Certo che il giudice non è vincolato al *nomen iuris* scelto dalle parti, tuttavia di massima delicatezza è il potere dello stesso di procedere a interpretare la domanda per verificare l'eventuale errore della parte nell'indicazione della figura giuridica.

5.4. In queste situazioni in particolare, ma in ogni circostanza nella quale il giudice faccia impiego del proprio potere di qualificazione giuridica emerge di importanza determinante il rispetto del principio del contraddittorio, quale modalità di esercizio del potere-dovere di qualificazione, nella nozione evolutasi dal codice del '65 ad oggi passando per il tramite dei principi costituzionali (art. 2, 3, 24 cost.) e delle recenti disposizioni legislative artt. 183, 384, 101 c.p.c., 111 cost.): il giudice deve provocare il contraddittorio con le parti per consentire alle stesse di realizzare il proprio diritto di difesa, nel senso di attiva partecipazione al processo e di presentare istanze e al fine di scongiurare il fenomeno delle sentenze a sorpresa. In particolare interpretate le domande e qualificati i fatti nei limiti delle preclusioni e della *emendatio libelli* il giudice deve consentire alle parti di discorrere della questione di diritto e rimetterle intermini per l'esercizio dei poteri corrispondenti.

Come corollario del principio del contraddittorio ed aspetto dello svolgimento del potere-dovere di qualificazione, si è rimarcato come le qualificazioni giuridiche delle parti, se pure non sono vincolanti, allo stesso tempo non possono neanche essere neutre o irrilevanti per il giudice, costituendo un segnale della necessità di provocare il contraddittorio e un indice per l'interpretazione della domanda giudiziale.

6. Infine quanto ai limiti esterni del potere dover di qualificazione giuridica essi si non individuati in quegli istituti di origine processuale che siano idonei a precludere al giudice la decisione sulla questione di diritto, sortendo quindi un effetto di vincolo nei confronti dello stesso in ordine alla questione di diritto. Si sono rivenuti nel principio di diritto, nelle sentenze non definitive sulle questioni di diritto e nelle preclusioni da giudicato interno, che si verificano nel passaggio tra un grado e l'altro del processo.

Mentre per il primo non è stato necessario altro se non verificare le norme di diritto positivo, per le seconde due è stato necessario dare un supporto positivo alla tesi assunta secondo la quale una questione di diritto possa essere isolata in una sentenza non definitiva. In forza del confronto *a)* tra contenuto delle sentenze su questioni di merito e contenuto delle sentenze in esse ricomprese su questioni di diritto, *b)* fra ipotizzate proprietà di oggetto, di efficacia, strutturali e funzionali della sentenza non definitiva su questione di diritto e proprietà di oggetto e di efficacia, strutturali e funzionali della pronuncia che contiene il principio di diritto reso dalla cassazione, si è potuto riconoscere la vigenza suscettibilità della questione di diritto ad essere isolata in una sentenza non definitiva.

Se una sentenza non definitiva può avere ad oggetto una sentenza non definitiva, e quindi essere preclusa alla cognizione del giudice nel prosieguo del giudizio, allora anche la soluzione della questione di diritto contenuta nella sentenza definitiva può essere suscettibile di essere isolata e fissata in forza del giudicato interno, tutte le volte in cui non sia stata devoluta nel grado d'impugnazione.

Difatti, rilevato che il sistema delle impugnazioni è contraddistinto dall'effetto devolutivo parziale, dai motivi specifici d'impugnazione e dai motivi di ricorso per cassazione, qualora la questione di diritto non sia stata investita dal potere d'impugnazione essa rimarrà intangibile per il prosieguo del giudizio. Si è visto che la questione di diritto viene devoluta alla cognizione del giudice superiore e quindi sottratta alla preclusione quando sia investita dall'impugnazione:

a) direttamente, quando il motivo d'impugnazione si duole di interpretazione o individuazione della norma o della qualificazione giuridica;

b) indirettamente per il tramite del fatto, cui la questione di diritto accede (il fatto qualificato nella soluzione della questione di diritto); e in questo caso allora, se non sia stata impugnata la soluzione della questione di diritto, essa è riqualificabile nei limiti del condizionamento. Ovverosia soltanto se il fatto sia ricostruito nel giudizio d'impugnazione diversamente rispetto al precedente grado, allora la questione di diritto può essere riesaminata; diversamente deve ritenersi preclusa alla cognizione del giudice superiore.

Ne è venuta la conferma che il principio *iura novit curia* in effetti incontra un ostacolo alla sua forza espansiva per effetto degli istituti che disciplinano insieme a quello le questioni di diritto. In particolare se la questione di diritto non sia investita direttamente o indirettamente dall'impugnazione allora il principio *iura novit curia* dovrà arrestarsi ai limiti della qualificazione giuridica; diversamente se investita dall'impugnazione, il principio *iura novit curia* potrà espandersi

anche in grado d'impugnazione, in ragione della signoria del giudice sopra alle questioni di diritto.

7. Il principio *iura novit curia* è il presupposto di un'altra indagine che si dischiude, quella della verifica della capacità normativa proveniente dalla sovrapposizione del momento della conoscenza della norma e di quello della qualificazione giuridica: il giudice per il mezzo della propria attività interpretativa non si limita a cercare la norma posta, si spinge a cercare il significato normativo che si concretizza nel momento dell'interpretazione della norma, nel quale può rendere disposizione, tramite il provvedimento, anche la norma sociale, culturale, economica non (quantomeno ancora) scritta, nella quale recepisce la normatività dei fatti della vita e delle esigenze di individuale regolazione che proviene da quel caso in particolare.

Attraverso la mano dell'interprete in ultima analisi l'attività di individuazione del diritto oggettivo muta in attività creatrice del diritto soggettivo del caso concreto e del diritto oggettivo dei casi futuri: il punto di equilibrio del sistema si crea quando l'interprete individua tramite questa attività l'esatta volontà dell'ordinamento, che anzi diversamente non sarebbe davvero attuata con un'applicazione formale della disposizione positiva. Tale potere in un sistema di diritto positivo con al vertice una costituzione rigida e un'aspirazione sociale della forma statuale deve essere verificato secondo referenti costituzionali e controllato per il tramite del contenitore formale e garantista del processo, tracciando dei limiti compatibili con la propulsività della forza creatrice e predisporre controlli e rimedi adeguati.

BIBLIOGRAFIA

- ANDRIOLI, V., *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979
- ANDRIOLI, V., *Il principio di diritto enunciato dalla Corte di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1952, p. 281 ss.
- ANDRIOLI, V., *Prova*, in *Studi sulle prove civili*, Milano, 2008, p. 3 s., già in *Novissimo digesto italiano*, 1967, XIV, p. 260 ss.
- ARENS, P., *Die Grundprinzipien des Zivilprozessrechts*, in GILLES (a cura di), *Humane Justiz*, Athenäum-Verl., 1977
- ATTARDI, A., *In tema di limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1990, p. 534 s.
- ATTARDI, A., *In tema di questioni pregiudiziali e giudicate*, in *Studi in memoria di E. Guicciardi*, Padova, 1973, p. 199 ss.
- ATTARDI, A., *La cosa giudicata*, in *Jus*, 1961, p. 1 e p. 184
- ATTARDI, A., *Per una critica del concetto di preclusione*, in *Jus*, 1959, p. 1
- AUGENTI, G.P., *L'onere della prova*, 1932
- AULETTA, F., *L'iniziativa per la dichiarazione di fallimento» (specie del «creditore sedicente o non legittimato o rinunciante»)* in *Fall.*, 2010 pp. 129-140
- BALENA, G., – ORIANI, R., – PROTO PISANI, A., – RASCIO, N., *Oggetto del giudizio di appello e riparto degli oneri probatori: una recente (e non accettabile) pronuncia delle sezioni unite*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 1436
- BALENA, G., *art. 101*, in BALENA, CAPONI, CHIZZINI, MENCHINI, *La riforma della giustizia civile. Commento alle disposizioni della legge sul processo civile n. 69/2009*, Torino
- BALENA G., *Nuova pronuncia delle sezioni unite sulla specificità dei motivi di appello: punti fermi e dubbi residui*, in *Foro it.*, 2000, I, col. 1607
- BARILE, P., *Diritto della coscienza e diritto della volontà*, in *Riv. dir. int.*, 1956, p. 483
- BAUR, F.: *Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozeß*, in BEITTERMANN, K. A. (a cura di): *Festschrift für Eduard Bötticher*, Berlino, 1969, pp. 1–10;
- BENEDETTI, A., *Il diritto privato delle regioni*, Bologna, 2008
- BETHGE, H., sub § 90, in MAUNZ, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Beck, 2010
- BIANCHI, L., *I limiti oggettivi dell'appello civile*, Padova, 2000
- BOBBIO, N., *Consuetudine*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 467
- BREHM, W., *Einleitung*, in Stein, Jonas, Berger, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, XXII ed., Tübingen, 2003
- BRILLI, C., *In tema di nullità insanabili non dedotte in appello e di formazione del giudicato interno*, in *Foro it.*, 1991, I, col. 102
- BROGGINI, G., *Die Maxime "iura novit curia" und das ausländische Recht. Ein Beitrag zur Präzisierung des § 293 ZPO*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1956, p. 481
- BROGGINI, G., *Sulla presunta prova della legge straniera*, in *Giur. it.*, 1958, I, c. 613
- CAHN, A., *Prozessuale Dispositionsfreiheit und zwingendes materielles Recht*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1998, pp. 35–71.
- CALAMANDREI, P., *Il giudice e lo storico*, in *Riv. dir. proc.*, 1939, pp. 105-128, ora in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965, p. 398
- CALAMANDREI, P., *La genesi logica della sentenza civile*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1965

- CALAMANDREI, P., *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1924, I, c in *Studi sul processo civile*, II, Padova, 1930, p. 256
- CALAMANDREI, P., *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in *Opere giuridiche*, VIII, Napoli, 1979, p. 171
- CALASSO, F., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951
- CALIFANO, G.P., *L'impugnazione della sentenza non definitiva*, Napoli, 1996
- CAPONE, A., *Iura novit curia*, Padova, 2010
- CAPONI, R., *Corti europee e giudicati nazionali*, in "Corti europee e giudici nazionali" - *Atti del XXVII Convegno nazionale dell'associazione fra gli studiosi del processo civile*, Bologna, 2011
- CAPONI, R., *Il nuovo giudizio di cassazione civile: la decisione nel merito*, in *Foro it.*, 2007, V, col. 129 ss.
- CAPONI, R., *Il nuovo giudizio di cassazione civile: quesito di diritto, principio di diritto, massima giurisprudenziale*, in *Foro it.*, 2007, c. 1387 ss.
- CAPONI, R., *Limiti oggettivi del giudicato nei rapporti complessi*, in *Foro it.*, 2002, I, col. 2764
- CAPONI, R., *Lo ius superveniens nel corso del processo civile si deve applicare immediatamente anche se interviene tra la deliberazione e la pubblicazione della sentenza*, in *Foro it.*, 1998, I, col. 1078
- CAPONI, R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991
- CAPONI, R., *Quanto sono normativi i fatti della vita: il rapporto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, pp. 159 – 174
- CAPONI, R., PROVO PISANI, A., *Il caso E.: brevi riflessioni dalla prospettiva del processo civile*, in *Foro it.*, 2009, c. 984 ss.
- CAPPELLETTI, M., *«Iura novit curia». Impossibilità di conoscere il diritto straniero richiamato dalle norme di diritto internazionale privato e metodo comparativo*, in *Scritti in memoria di Antonino Giuffrè*, Milano, 1967, p. 155
- CAPPELLETTI, M., *L'attività e i poteri del giudice costituzionale in rapporto con il loro fine generico: (natura tendenzialmente discrezionale del provvedimento di attuazione della norma costituzionale)*, in *Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei*, Padova, 1957, p. 138 ss.
- CARBONARA, F., *Questioni di merito e idoneità al giudicato*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, p.680 ss.
- CARBONE, P.L., *Responsabilità dell'istituto scolastico per danni subiti dagli alunni*, in *Corr. giur.*, 2011, 4, p. 467 ss.
- CARBONE, *sub art. 14*, in POCAR e altri (a cura di) *Commentario del nuovo diritto internazionale privato*, Padova, 1996, p. 70 ss
- CERINO CANOVA, A., *Contenuto della citazione*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, II, p. 278
- CERINO CANOVA, A., *La domanda giudiziale e il suo contenuto*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, 1980, p. 191 s.
- CERINO CANOVA, A., *Sul contenuto delle sentenze non definitive di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 257 ss
- CERRI, A., *Prolegomeni ad un corso sulle fonti del diritto*, Torino, 2011
- CHIENG, B., *General principles of law as applied by international courts and tribunals*, Cambridge, 2006
- CHIARLONI, S., *Efficienza della giustizia, formalismo delle garanzie e sentenze della terza via*, in *Giur. it.*, 2011, p 1 ss.
- CHIARLONI, S., *Il ricorso incidentale del resistente vittorioso: profili sistematici e rapporti con il c.d. ordine logico della pregiudizialità*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, p. 521 ss.
- CHIARLONI, S., *La sentenza "della terza via" in Cassazione: un altro caso di formalismo delle garanzie?*, in *Giur. it.*, 2002, p 1363 ss.
- CHIARLONI, S., *Questioni rilevabili d'ufficio, diritto di difesa e «formalismo delle garanzie»*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1987, 569 ss.
- CHIOVENDA, G., *Cosa giudicata e preclusione*, in *Saggi di diritto processuale civile*, III, Milano, 1993, p. 269 ss.

- CHIOVENDA, G., *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, rist. 1935, p. 346 ss.
- CHIOVENDA, G., *Principii di Diritto Processuale Civile*, III ed., Napoli, 1923
- COING, H., *Europäisches Privatrecht. Alteres Gemeines Recht*, Monaco, 1985
- COMOGLIO, P., «Terza via e processo «giusto», in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 755 ss
- COMOGLIO, P., *Contraddittorio*, in *Dig. disc. priv.*
- COMOGLIO, P., FERRI, C., TARUFFO, M., *Lezioni sul processo civile*, Bologna, 2006
- CONSOLO C., *Le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2004
- CONSOLO, C., *Domanda giudiziale*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, 1991, VII, p. 101ss,
- CONSOLO, C., *Il cumulo condizionale di domande*, 2 voll., Padova, 1985
- CONSOLO, C., *Le sezioni unite sulla causalità del vizio nelle sentenze della terza via: a proposito della nullità, indubbia ma peculiare poiché sanabile allorché emerge l'assenza in concreto di scopo del contraddittorio eliso*, in *Corr. giur.*, 2010, 3, p. 352 ss.
- COPI, I.M., COHEN, C., *Introduzione alla logica*, Bologna, 2009
- CRISAFULLI, V., *Disposizione (e norma)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1964, XIII
- CRISAFULLI, V., *Fonti del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 935
- DALFINO, D., *Questioni di diritto e giudicato. Contributo allo studio delle fattispecie preliminari*, Torino, 2008
- DAMAŠKA, M.R., *The faces of justice and state authority. A comparative approach to the legal process*, New Haven e Londra, 1986 (traduzione italiana di GIUSSANI, ROTA, *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo*, Bologna, 1991)
- DENTI, V., *Ancora sull'efficacia della decisione di questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 569
- DENTI, V., *Questioni rilevabili d'ufficio e contraddittorio*, in *Riv. dir. proc.*, 1968, p. 223
- DENTI, V., *Sentenze non definitive su questioni preliminari di merito e cosa giudicata*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, p. 218
- DI CIOMMO, F., *La rilevanza d'ufficio delle nullità negoziali tra (artificiosi) limiti processuali ed inverteggere giurisprudenziali*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 2108 ss.
- EVANGELISTA, S., - CANZIO, G., *Corte di cassazione e diritto vivente*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 287
- EZQUIAGA GANUZAS, J., *Iura novit curia y aplicación judicial del derecho*, Valladolid, 2000
- FABIANI, E., *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003
- FABIANI, E., *Rilievo d'ufficio di «questioni» da parte del giudice*, in *Foro it.*, 2006, c. 3181
- FAZZALARI, E., *Istituzioni di diritto processuale*, VIII ed., Milano, 1996
- FERRAND, F., *Cassation française et révision allemande*, Univ. di Francia, 1993
- FERRI, C., *Contraddittorio e poteri decisori del giudice*, in *Studi Urbinati*, XLIX, Città di Castello, 1984
- FOERST, G., § 253, § 286, in, *Hans-Joachim Musielak: Kommentar zur Zivilprozessordnung*, VII ed., Monaco, 2009
- FRANCHI, G., «*Iura novit curia*» e obbligo di decidere, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, p. 1292 ss.
- FUMAGALLI, L., *Diritto straniero*, in *Enc. dir. (applicazione e limiti)*, Annali IV, Milano, 2011, p. 470
- GAMBA, C., *Diritto societario e ruolo del giudice*, Padova, 2008
- GAMBINERI, B., *Giudizio di rinvio e preclusione di questioni*, Milano, 2008
- GARBAGNATI, L., *Questioni preliminari di merito e questioni pregiudiziali*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, p. 273
- GARBAGNATI, L., *Questioni pregiudiziali (dir. proc. civ.)*, *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1987 p. 75
- GIARDINO, *Regolamenti comunali*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2008
- GIUDICEANDREA, N., *Consulente tecnico (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, IX, 1961

- GOTIWALD, P., *Die Revisionsinstanz als Tatsacheninstanz*, Duncker Humblot, 1975.
- GRASSO, E., *Corrispondenza tra chiesto e pronunciato*, in ALLORIO (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, I, Torino, 1973, p. 1262 s.
- GRASSO, E., *La collaborazione nel processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 607 ss.
- GRASSO, E., *La pronuncia d'ufficio. La pronuncia di merito*, Milano, 1967.
- GROSSI, P., *Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2001, p. 497 ss.
- GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, VI ed., Roma, 2011.
- GRUNSKY, W., *Zivilprozessrecht*, Monaco, 2003.
- GUARNIERI, G., *Giudizio di cassazione e onere di depositare il testo integrale del contratto o accordo collettivo*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 3, p. 726 ss.
- HABSCHIED, W. J., *Der Streitgegenstand im Zivilprozess und im Streitverfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit*, Bielefeld: 1956.
- HARTENSTEIN, O., *Die Privatautonomie im internationalen Privatrecht als Störung des europäischen Entscheidungseinklangs*, Mohr Siebeck, 2000.
- HÄSEMAYER, L., *Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse. zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 85 (2), 1972, pp. 207–228.
- HEINITZ, *I limiti oggettivi della cosa giudicata*, Padova, 1937.
- HERB, A., *Europäisches Gemeinschaftsrecht und nationaler Zivilprozess*, Mohr Siebeck, 2007.
- KATSUTA, A., *Iura novit curia und "Fundatam intentionem habere"*, in *Hitotsubashi journal of law and politics*, 1985, p. 1 ss.
- KAUFMAN, H., *Zur Geschichte des aktionrechtlichen Denkens*, in *Juristische Zeitung*, 1964, p. 487.
- KOLLMANN, A., *Begriffs- und Problemgeschichte des Verhältnisses von formellem und materiellem Recht*, Berlin, 1996.
- LAMES, P., *Rechtsfortbildung als Prozesszweck*, Tübingen, 1993.
- LANCELLOTTI, F., *Sul concorso delle azioni (Vicende dottrinali ed autonomia di nozione)*, in *Studi Carnacini*, II, 1, Milano, 1984 p. 375 ss.
- LEIPOLD, D., *Beweisregeln und gesetzliche Vermutungen, insbesondere bei Verweisungen zwischen verschiedenen Rechtsgebieten*, Duncker & Humblot, 1966.
- LEIPOLD, D., *Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 93 (3), 1966, pp. 237–261.
- LEIPOLD, D., *vor § 128, § 128, § 139, § 273; § 282, § 288, § 322*, in STEIN, JONAS, BERGER, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, XXII ed., Tübingen, 2008.
- LEVIN, J., *How judges reason*, Lang, 1992.
- LIEBMAN, E.T., *Manuale di diritto processuale civile. Principi*, V ed., Milano, 1992.
- LIEBMAN, E.T., *Parte o capo di sentenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1964, p. 56.
- LIEBMAN, E.T., *Sui poteri del giudice nella questione di diritto e in quella di fatto*, in *La corte di cassazione*, 1925, c. 172.
- LUISO, F. P., *Poteri di ufficio del giudice e contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2011, pp. 65.
- LUPOI, M.A., *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, p. 325.
- LUPOI, M.A., *Del caso Owusu: l'ultima spiaggia del forum non conveniens in Europa?*, in *Int'LLis*, 2006, 1, p. 15.
- MASSETANI, G., *Ingiustificate limitazioni alla rilevabilità d'ufficio della nullità del contratto*, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1945.
- MAULTZSCH, F., *Streitentscheidung und Normbildung durch den Zivilprozess*, Mohr Siebeck, 2010.
- MAZZARELLA, F., *Analisi del giudizio civile di cassazione*, Padova, 2000.

- MAZZARELLA, F., *Appunti a proposito di "principio di diritto" e "cassazione sostitutiva"*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1963, p. 1502
- MIEDER, S., *Ius non scriptum - Traditionen privater Rechtssetzung*, Mohr Siebeck, 2009
- MEIER, I., *Iura novit curia. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht*, Zurigo, 1975, p. 61 ss
- MENCHINI, S., *Il giudicato civile*, Torino, 2002
- MENCHINI, S., *Regiudicata civile*, in *Dig. disc. priv.*, XVI, Torino, 1997, p. 404 s.
- MENCHINI, S., *I limiti oggettivi del giudicato*, Milano, 1987
- MENESTRINA F., *La pregiudiziale nel processo civile*, Milano, rist. 1963
- MICHELI, G.A., «*Iura novit curia*», in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 577 ss.
- MICHELI, G.A., *L'enunciazione del principio di diritto da parte della Corte di cassazione e il giudicato sul punto di diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 1955, p. 32.
- MODUGNO, F., *Le fonti normative nel Diritto del Lavoro*, in CATALDO BALDUCCI, MARIA LUISA SERRANO (a cura di), *Atti del Convegno nazionale Nuovi assetti delle fonti del Diritto del Lavoro*, url: <http://casput-ciberpublishing.it>, 2011, p. 103 ss.
- MODUGNO, F., *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010, § 11, B1.
- MONTANARI, M., *L'efficacia delle sentenze non definitive su questioni preliminari di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1986, p. 393
- MONTESANO, M., ARIETA, G., *Trattato di diritto processuale civile*, Padova, 2001
- MONTESANO, M., *Limiti oggettivi di giudicati su negozi invalidi*, in *Riv. dir. proc.*, 1991, p. 22
- MONTESANO, M., *Questioni preliminari e sentenze parziali di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1979, p. 599
- MONTESANO, M., *Sentenza parziale su questione di merito, non preliminare, di domanda indivisibile*, in *Riv. dir. proc.*, 1970, p. 331
- MONTESANO, M., *Sentenze endoprocessuali nei giudizi civili di merito*, in *Riv. dir. proc.*, 1971, p. 26
- MONTESANO, M., *Obbligo a contrarre*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979
- MOSCONI, F., CAMPIGLIO, C., *Diritto internazionale privato e processuale. Parte generale e obbligazioni*, V ed., 2010, I, p. 46
- NAGEL, H., GOTTWALD, P., *Internationales Zivilprozessrecht*, II ed., 2002
- NAPPI, A., *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2006
- NASI, A., *Giudizio di fatto (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967
- NEGRI, G., *Concorso delle azioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv.*, 1988
- NIKISCH, A., *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Tübingen, 1935
- NIKISCH, A., *Zivilprozessrecht*, Tübingen, 1952
- OESTMANN, P., *Die Grenzen richterlicher Rechtskenntnis*, in: *Colloquia Academica*, Mainz, 1999, p. 37 ss.
- ORIANI, R., *Il ricorso per cassazione avverso sentenza non definitiva pronunciata nel procedimento di appello estinto (sul nuovo testo dell'art. 133 disp. att. c.p.c.)*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, V, p. 1109 ss.
- ORIANI, R., *Eccezione*, in *Digesto disc. priv.*, IV ed., Torino, 1991, VII, p. 289
- ORMAZABAL SÁNCHEZ, G., *Iura novit curia. La vinculación del juez a la calificación jurídica de la demanda*, Madrid, 2007
- PAGNI, I., *Le azioni di impugnativa negoziale. Contributo allo studio della tutela costitutiva*, Milano, 1998
- PANZAROLA, A., *Cessazione della materia del contendere (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, agg. VI, Milano, 2002
- PAOLI, U.E., *Studi sul processo attico*, Padova, 1933

- PATTI, S., *Prove*, in *Comm. Scialoja Branca*, Bologna-Roma, 1987, p. 59 ss.
- PAVONE LA ROSA, A., *Usi normativi e usi negoziali*, in *Enc. dir.*, IX, 1961
- PERTILE, A., *Storia del diritto italiano*, VI, 2, Torino, 1902, p. 208.
- PETERS, F., JACOBY, F., §§ 194-225, in *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, XIII ed., Berlin, 2009
- PICARDI, N., "Audiatur et altera pars". *Le matrici storico-culturali del contraddittorio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2003, pp. 7-22.
- PIZZORUSSO, A., *Fonti (sistema costituzionale delle)*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1991
- PIZZORUSSO, A., *Fonti del diritto*, in SCIALOJA, BRANCA (diretto da), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 2011
- PIZZORUSSO, A., *Jura novit curia - I) Ordinamento italiano*, in *Enc. giur.*, Roma, 1988, p. 1
- PIZZORUSSO, A., *La pubblicazione degli atti normativi*, Milano, 1963
- PIZZORUSSO, A., *Sulla distinzione tra accertamento dei fatti e applicazione delle norme giuridiche*, in *Studi in onore di Tito Carnacini*, III, Milano, 1984, p. 629
- POLI, R., *I limiti oggettivi delle impugnazioni ordinarie*, Padova, 2002
- PROTO PISANI, A., *Appunti su questioni rilevabili d'ufficio e principio del contraddittorio*, in *Foro it.*, 2010, V, c. 301
- PROTO PISANI, A., *Dell'esercizio dell'azione*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, II, p. 1062
- PROTO PISANI, A., *La trascrizione delle domande giudiziali*, Napoli, 1968
- PROTO PISANI, A., *Lezioni di diritto processuale civile*, V ed., Napoli, 2006, p. 192
- PROTO PISANI, A., *Principio del contraddittorio*, in ALLORIO (diretto da) *Commentario del c.p.c.*, Torino, 1973, I, 2, p. 1085 ss
- PROTO PISANI, A., *Il codice di procedura civile del 1940 fra pubblico e privato*, in *Foro it.*, 2000, V, col. 73
- PROTO PISANI, A., *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, *Foro it.*, 2000, V, col. 241
- PROTO PISANI, A., *In tema di motivi specifici di impugnazione*, in *Foro it.*, 2000, I, col. 215
- PROTO PISANI, A., *Lavoro (controversie individuali in materia di)*, voce in *Digesto disc. Priv., Sez. civile*, Torino, 1993, X, p. 390
- PROTO PISANI, A., *Note sulla struttura dell'appello civile e suoi riflessi in cassazione*, *Foro it.*, 1991, I, col. 112
- PROTO PISANI, A., *Nuove prove in appello e funzione del processo*, in *Foro it.*, I, 2005 col. 1699
- PROTO PISANI, A., *Pregiudizialità e ragionevole durata del processo civile*, in *Foro it.*, 1981, c. 1058
- PROTO PISANI, A., *Opposizione di terzo ordinaria : art. 404, 1. comma c.p.c.*, Napoli, 1965
- PRUTTING, H., § 293 ZPO, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung* I, III ed., 2008
- PUGLIATTI, S., *Conoscenza*, in *Enc. dir.*, IX, 1961, p. 92
- PUGLIESE, A., *Giudicato civile (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XVIII, Milano, 1969, p. 872 ss.
- PUNZI, C., *Jura novit curia*, Milano, 1965
- PUNZI, C., *Il processo civile*, Torino, 2010
- RASCIO, N., *L'oggetto del giudizio di appello*, in *Dir e giur.*, 2008, II, p. 180
- RASCIO, N., *L'oggetto dell'appello civile*, Napoli, 1996
- RAUSCHER, T., *Einleitung*, in *Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung*, III ed., 2008
- REDENTI, E., *Il giudicato sul punto di diritto*, in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Padova, 1950 p. 693 ss.
- REICHOLD, K., § 253, § 308, § 322, in *Heinz Thomas: Zivilprozessordnung FamFG : Verfahren in*

- Familienachen* : GVG, Einführungsgesetz, EG-Zivilverfahrensrecht : Kommentar, XXX ed., Monaco, 2009
- REUS, A., *Judicial Discretion: A Comparative View of the Doctrine of Forum Non Conveniens in the United States, the United Kingdom, and Germany*, 16 LOY. L.A. INT'L & COMP. L. REV. 455, 1994, p. 455
- RICCI, G.F., *Ancora sulla natura e sugli effetti del lodo arbitrale*, in *Riv. arbitrato*, 2011, 2, p. 182 ss.
- RICCI, G.F., *Diritto processuale civile*. 3 voll., II ed., Torino, 2008
- RICCI, G.F., *Principi di diritto processuale generale*, III ed., Torino, 2001
- RICCI, G.F., *L'allegazione dei fatti nel nuovo processo civile*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1992, p. 865
- ROGOZ, T., *Ausländisches Recht im deutschen und englischen Zivilprozess*, Mohr Siebeck, 2008
- ROMANO, A., *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958
- ROSENBERG, A., (GOTTWALD/SCHWAB), *Zivilprozessrecht*, XVII ed., Monaco, 2010
- ROSENBERG, A., *Veränderung des rechtlichen Gesichtspunkts im Zivilprozeß*. In: *Zeitschrift für Zivilprozeß* 49, 1925, pp. 38-73
- ROTH, H., § 253, in *Stein, Jonas, Berger, Kommentar zur Zivilprozessordnung*, XXII ed., Tübingen, 2008
- SACCO, R., *Concorso delle azioni contrattuali ed extracontrattuali*, in (VISINTINI a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 155
- SANDULLI, A.M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato e ai giudici sottordinati*, Napoli, 1963
- SANTARELLI, U., *Recezione (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 547 ss.
- SANTULLI, R., «Jura novit curia» e processo del lavoro, in *Foro it.*, 1981, c. 532 ss.
- SAPIENZA, C., *Il principio «jura novit curia» e il problema della prova delle leggi straniere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, I, p. 42.
- SATTA, S., *Commentario al codice di procedura civile*, Milano, 1959
- SATTA, S., *Jura novit curia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1955, p. 381
- SATTA, S., PUNZI, C., *Diritto processuale civile*, XIII ed., 2000
- SCHILKEN, E., *Zivilprozessrecht*, Monaco, 2010
- SCHÜTZE, R., *Feststellung und Revisibilität europäischen Rechts im deutschen Zivilprozess. ora in Ausgewählte Probleme des internationalen Zivilprozessrechts*, in GRUNSKY (a cura di), *Wege zu einem europäischen Zivilprozessrecht*, Mohr, 1992, pp. 93-100.
- SCHÜTZE, R.A. § 293, in WIECZORECK, SCHÜTZE (a cura di), *Zpo und Nebengesetz. Großkommentar*, II.2, III ed., 2010
- SCHWAB, K.H., *Der Streitgegenstand im Zivilprozess*, Monaco, 1954
- SENTIS MELENDO, S., *El juez y el derecho*, Buenos Aires, 1957, p.16 e nota 7.
- SILVESTRI, E., sub *art. 384 c.p.c.*, in CARPI, TARUFFO (a cura di), *Commentario breve al codice di procedura civile*, VI ed., Padova, 2009, p. 1275
- SONNENBERGER, H. J. *Einleitung IPR*, in *Münchener Kommentar BGB*, 2010
- STEIN, P., *I Fondamenti del diritto europeo. Profili sostanziali e processuali dell'evoluzione dei sistemi giuridici*, a cura di DE VITA, PANFORTI, VARANO, rist., 1998
- TARUFFO, M., *Collateral Estoppel e giudicato sulle questioni*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, p. 272 ss.
- TARUFFO, M., *Giudizio (teoria generale)*, in *Enc. giur.*, Roma, XV, 1989, p. 2 s
- TARUFFO, M., *Il vertice ambiguo*, Bologna, 1991
- TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992

- TARUFFO, M., *Note in tema di giudizio di fatto*, in *Riv. dir. civ.*, 1971, I, 33 ss.
- TARUFFO, M., *Prova giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali I, 2007
- TEUBNER, G., '*And if I by Beelzebub Cast Out Devils, ...*': *An Essay on the Diabolics of Network Failure*, in *German Law Journal*, 2009, 10, pp. 115-136
- TOMMASEO, F., *Provvedimenti d'urgenza*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988
- TRAVI, A., K.H., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 1999
- TRAVI, A., *Violazione degli statuti comunali e provinciali e tutela del cittadino*, in *Regioni*, 1991, 5, 1303 ss.
- TROCKER, N., *Processo civile e costituzione*, Milano, 1974
- VELO DALBRENTA, D., *Brocardica: una introduzione allo studio e all'uso dei brocardi*, Milano, 2007
- VELO DALBRENTA, D., *Rilevanza dei brocardi nel discorso forense*, in CAVALLA (a cura di), *Retorica processo verità. Principi di filosofia forense*, Milano, II ed., 2010
- VERDE, G., *Diritto processuale civile*, 3 voll., Bologna, 2010
- VERDE, G., *Domanda (principio della)*, in *Enc. giur.*, XII, Roma, 1989, p. 5
- VERDE, G., *Il nuovo processo di cognizione*, Napoli, 1995
- VERDE, G., *Prova (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, p. 623.
- VISALLI, N., *La logica del giudice e la funzione uniformatrice della cassazione*, in *Riv. dir. civ.*, 1998, pp. 705-752
- VOCINO, C., *Sulla c.d. attuazione della legge nel processo di cognizione*, in *Studi in onore di Enrico Redenti*, Milano, 1951, II, p. 589 ss.,
- VOLKKOMMER, M., *Einleitung, vor § 322; § 322*, in Zöller, Geimer Greger, *Zivilprozessordnung*, Colonia, 2009
- WIECZOREK, B., § 128; § 139, § 253; § 260; § 264; § 268; § 272; § 282; § 308; § 322, in *Zivilprozessordnung und Nebengesetze*, Berlino
- WINDSCHEID, B., MÜLLER, T., *Die Actio des römischen Zivilrechts. Vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1969, rist.
- WURTHWEIN, M., *Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess*, Berlino, 1977,
- ZEUNER, A., *Die objektiven Grenzen der Rechtskraft im Rahmen rechtlicher Sinnzusammenhänge*, Tübingen, 1959
- ZUCCONI GALLI FONSECA, E., *Ai confini dell'arbitrabilità: le delibere assembleari sul bilancio*, in *Giur. comm.*, 2011, 6, p. 1451