



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in studi Giuridici Comparati ed Europei

XXVII ciclo

Tesi di Dottorato

**La cessazione della materia del contendere:
profili di diritto interno e comparato**

Relatore

Prof. Marino Marinelli

Dottoranda

Francesca Sassani

Anno accademico 2013 - 2014



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Candidata: Francesca Sassani

**La cessazione della materia del contendere:
profili di diritto interno e comparato**

Relatore Prof. Marino Marinelli

Anno accademico 2013 - 2014

Indirizzo specialistico in Diritto sostanziale e processuale del lavoro

XXVII ciclo

Esame finale: 18.04.2015

Commissione esaminatrice:

Prof. Augusto Chizzini (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)

Prof. Alberto Romano (Università degli Studi di Parma)

Prof. Valerio Tavormina (Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano)

INDICE

	Pag.
ABSTRACT	1
CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE	3
CAPITOLO PRIMO	
ORIGINI, SVILUPPO E CONSOLIDAMENTO DELLA CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE NELL'ORDINAMENTO PROCESSUALE ITALIANO	9
1. La chiusura del giudizio per avvenuta cessazione della materia del contendere nell'Italia unita: giurisprudenza civile e amministrativa a confronto. I problemi strutturali sollevati dal sopraggiungere del fatto estintivo nel contenzioso tra privati e pubblico potere	9
2. La cessazione della materia del contendere nell'elaborazione giurisprudenziale civile formatasi a cavallo dei due secoli: l'estemporaneità nell'utilizzo della formula conforta la sensazione secondo cui il giudice civile prendesse a prestito un'unità concettuale già nota (legittimando l'utilizzo della stessa con l'eloquenza della locuzione)	13
3. La formula nell'opinione della dottrina processualcivile del primo Novecento: il ricordo delle sentenze di non luogo a procedere allo stato degli atti ha determinato un sentimento di distacco (se non proprio di avversione) nei confronti dell'impiego di una formula terminativa del giudizio non prevista dal legislatore.	25
4. (segue) Analisi del fatto sopravvenuto nelle opinioni dei grandi Maestri della scienza del processo civile e considerazione della problematica nel dibattito giuspolitico antecedente l'emanazione del codice di rito del 1940	27
5. La mancata tipizzazione legislativa non ha intralciato la vitalità dell'istituto: il formale riconoscimento ad opera delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U., sent. n. 92/1954) e le pronunce coeve. Inaugurazione di un periodo di grande utilizzo della formula, invero non ancora conclusosi	46
6. La fase di elaborazione del concetto: la delineazione dei caratteri propri dell'istituto per mano della giurisprudenza italiana	53

<i>6.1. Ipotesi: la casistica in tema di cessazione della materia del contendere, solitamente definita eterogenea, può essere ordinata in due categorie. Utilità della distinzione e necessità logica della stessa.</i>	56
<i>6.2. Considerazioni riepilogative sul campo d'applicazione della formula e sulla necessità di suddividere le ipotesi di cessazione in due categorie: le ipotesi di autocomposizione della lite e le ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio</i>	70
<i>6.3. Analisi della disciplina della cessazione della materia del contendere, che è unitaria per entrambe le sottocategorie di fatti di cessazione ed è interamente incardinata sul requisito dell'accordo</i>	76
<i>6.4. Prime considerazioni sul perimetro applicativo dell'istituto e sull'essenza dello stesso: il potere dispositivo quale minaccia alla libertà del giudice e quale risorsa. Il sopravvenire di fatti che non comportano la cessazione della materia del contendere e prime osservazioni critiche sui limiti della soluzione congegnata dalla giurisprudenza in tema di fatto sopravvenuto</i>	90
7. Analisi dell'elaborazione dottrinale in materia	95
<i>7.1. Esame delle opinioni che negano la necessità dell'istituto</i>	97
<i>7.2. Le tesi intermedie</i>	102
<i>7.3. Interpretazioni dottrinali che riconoscono l'esistenza di un problema irrisolto e quindi l'utilità della formula</i>	110
 CAPITOLO SECONDO	 117
 PROFILI DI DIRITTO INTERNO E COMPARATO	 117
 I SEZIONE:	
IL SOPRAGGIUNGERE DI UN FATTO CON PORTATA ESTINTIVA DELLA FATTISPECIE SOSTANZIALE DEDOTTA IN GIUDIZIO NEL SISTEMA PROCESSUALE ITALIANO. LA CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE QUALE FORMULA TIPICA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E TRIBUTARIO	118
 1. La cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo: caratteristiche dell'istituto e rapporti con la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere.	118
<i>1.1. L'intervento legislativo. La legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge T.A.R.)</i>	127

INDICE

<i>1.2. La cessazione della materia del contendere quale sentenza di merito nel codice del processo amministrativo. In generale: il fatto sopravvenuto nell'impianto del nuovo codice</i>	133
2. La cessazione della materia del contendere nel processo tributario	142
<i>2.1. La cessazione della materia del contendere prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 546/1992</i>	144
<i>2.2. L'articolo 46, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546: ambito d'applicazione, natura del provvedimento e questioni procedurali</i>	149
II SEZIONE: PROFILI COMPARATIVI. IL FATTO SOPRAVVENUTO NELL'ORDINAMENTO TEDESCO, AUSTRIACO E FRANCESE	164
<i>1. Die Erledigung der Hauptsache nell'ordinamento tedesco</i>	164
<i>1.1. Il par. 91a ZPO e la übereinstimmende Erledigungserklärung: somiglianze con la cessazione della materia del contendere come configurata dalla prassi civile italiana</i>	170
<i>1.2. Il mancato accordo pone fuori gioco il rimedio previsto dal Gesetzgeber. Die einseitige Erledigungserklärung</i>	178
<i>1.3. La dichiarazione unilaterale nella dottrina tedesca. La Klageänderungstheorie</i>	181
<i>1.4. La Zwischenstreitstheorie</i>	191
<i>1.5. Altre teorie minoritarie</i>	189
2. La problematica relativa al fatto sopravvenuto nell'ordinamento austriaco. Introduzione al problema (e alla soluzione)	192
<i>2.1. Die Klageseinschränkung auf die Kosten. Nozione e presupposti</i>	196
3. Il fatto di cessazione quale causa di <i>extinction de l'action</i> nell'ordinamento francese	205
<i>3.1. Extinction de l'action et extinction de l'instance ex art. 384 c.p.c.</i>	207
<i>3.2. Fattispecie</i>	209

<i>3.3. Natura del provvedimento e considerazioni d'insieme</i>	220
CAPITOLO TERZO	
CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE	225
1. Alcuni punti fermi in merito alla problematica relativa al fatto sopravvenuto	225
2. Analisi dei risultati dell'indagine comparatistica	229
3. (segue) Lo sviluppo processuale successivo all'intervenire dell'evento: possibilità	240
4. La soluzione apprestata dalla giurisprudenza civile demanda all'accordo intervenuto tra le parti il compito di neutralizzare gli inconvenienti riconducibili al fatto sopravvenuto. Nell'eventualità in cui non si perfezioni l'accordo emerge la necessità di offrire una soluzione alternativa, la quale si pone in termini diversi a seconda che il fatto appartenga alle ipotesi di autocomposizione della lite oppure alla categoria di casi nei quali l'evento determini la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta a titolo della domanda	244
5. I fatti comportanti l'autocomposizione della lite: per le ipotesi di riconoscimento del diritto e di rinuncia all'azione si ritiene che la soluzione auspicabile sia quella in grado di preservare l'autonomia e la libertà decisionale dell'organo giudicante	246
6. (segue) In caso di transazione non accompagnata dall'accordo tra le parti, il giudice dovrà decidere sulla domanda proposta tenendo conto del fatto impeditivo (in caso di transazione semplice) o novativo (in caso di transazione novativa)	253
7. In ipotesi di fatti comportanti la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, la soluzione potrebbe essere nel senso di onerare l'attore di porre in essere una riduzione della propria domanda	255
BIBLIOGRAFIA	265

ABSTRACT

Sotto il nome di cessazione della materia del contendere è nota quella particolare tipologia di pronuncia, di origine pretoria, cui si fa ricorso quando sopravvenga, pendente il giudizio, un accadimento dotato dell'attitudine a eliminare la ragione del contrasto insorto tra le parti. Nel presente lavoro, si è inteso calare la locuzione "cessazione della materia del contendere" nel più ampio contesto relativo allo studio della problematica riconducibile al fatto sopravvenuto. La formula, infatti, non rappresenta che la sintesi della soluzione congegnata dalla giurisprudenza civile per fronteggiare simile eventualità. Tale più ampia prospettiva d'indagine ha consentito di ravvisare dinamiche e questioni comuni anche in altre branche processuali (quali il sistema processuale amministrativo e tributario) o in altri ordinamenti giuridici (in particolare l'ordinamento tedesco, austriaco e francese); ciò ha reso fecondo, e allo stesso tempo familiare, lo studio del fatto sopravvenuto al di fuori del processo civile italiano.

L'analisi ha consentito di mettere in luce alcuni profili di grande rilievo: anzitutto, quanto all'ambito applicativo della formula, si è inteso operare una bipartizione fondamentale tra le ipotesi in cui il sopraggiungere del fatto determini la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta a titolo della domanda (comportandone così la sopravvenuta infondatezza o inammissibilità) e quelle in cui l'evento non rappresenti altro che la concreta manifestazione dell'avvenuta autocomposizione della lite. L'indagine ha messo in luce come il ricorso alla formula di cessata materia del contendere sia avvenuto sulla base di esigenze diverse: ragioni di schietta giustizia per il primo gruppo di ipotesi (la giurisprudenza non reputava, semplicemente, giusto che la parte sostanzialmente vincitrice risultasse soccombente dal punto di vista processuale) e ragioni di opportunità per l'altra categoria di fattispecie (il ricorso alla formula *de qua* è stato suggerito dalla volontà di arginare il potere dispositivo delle parti, al fine di salvaguardare la libertà di apprezzamento e giudizio del giudice). Una volta ricostruito il perimetro applicativo si sono indagati i caratteri dell'istituto: la soluzione congegnata dalla giurisprudenza civile risulta essere completamente imperniata sul requisito dell'accordo. Più precisamente, all'incontro delle volontà delle parti viene riconosciuta una duplice valenza e una duplice sfera di efficacia: l'accordo relativo al sopraggiungere dell'evento può

determinare, in alcuni casi, la sopravvenuta carenza di interesse ad agire e, in altri casi, l'estinzione radicale del processo. In quest'ultima eventualità, l'accordo va inteso quale esercizio congiunto del potere dispositivo riconosciuto alle parti, al quale la giurisprudenza ricollega la conseguenza di porre nel nulla il giudizio e la pregressa attività processuale, ad eccezione delle sentenze già passate in giudicato.

In definitiva, la soluzione predisposta dalla giurisprudenza civile relativamente alla problematica del fatto sopravvenuto consiste nell'attribuire una particolare efficacia – dispositiva del processo oppure modificativa dei caratteri propri del fatto – all'accordo tra le parti, il che potrà avvenire solamente allorché il fatto sopravvenuto possessa la qualità di elemento risolutore della controversia dedotta in giudizio. Non sempre, però, l'avvento del fatto sortisce l'effetto di acquietare le parti: può darsi che l'accordo non si formi perché il convenuto non concordi sulle conseguenze giuridiche riconducibili all'evento oppure perché l'attore ambisca a ottenere una pronuncia di merito quanto alla domanda spiegata. Il permanere del dissenso tra le parti preclude una terminazione anzitempo del processo per avvenuta cessazione della materia del contendere. Preso atto dei limiti della soluzione giurisprudenziale, ci si è soffermati sull'ipotesi di mancato accordo, analizzando l'efficacia e l'incidenza, sul processo in corso, dei diversi fatti sopravvenuti. La soluzione proposta si presenta diversificata a seconda della tipologia di fatto sopravvenuto: per le ipotesi di autocomposizione della lite si ritiene che la soluzione auspicabile sia quella in grado di preservare l'autonomia e la libertà decisionale dell'organo giudicante, mentre, per le ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta a titolo della domanda, la soluzione potrebbe essere nel senso di onerare l'attore di porre in essere una riduzione della propria domanda. Pertanto, qualora il fatto sopravvenuto non comporti la riappacificazione tra gli originari contendenti, oppure, semplicemente, la parte ambisca a ottenere una pronuncia di merito idonea al giudicato, si ritiene che l'attore possa adeguare la situazione processuale alla mutata realtà sostanziale mediante una riduzione della domanda al substrato di mero accertamento (proprio di tutte le tipologie di domanda giudiziale). Così facendo, la domanda – ridotta – conserverebbe la propria efficacia propulsiva, in grado di condurre il processo sino a una sentenza di merito favorevole all'attore.

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

La cessazione della materia del contendere è una formula terminativa del processo di origine pretoria, che rappresenta la risposta offerta dalla prassi alla problematica relativa alle conseguenze da ricollegare al sopraggiungere, sul processo pendente, di un fatto avente un'incidenza diretta sull'oggetto del procedimento. A tale modalità di definizione del giudizio si fa ricorso quando sopravvenga, pendente il giudizio, un accadimento, dotato dell'attitudine a eliminare la ragione del contrasto insorto tra le parti. Più precisamente, con questa formula si descrive l'ipotesi in cui, nel corso del processo, sopraggiunga – e quindi giunga in un momento successivo alla litispendenza – un fatto che faccia venire “oggettivamente meno la necessità di affermare la concreta volontà giurisdizionale”, per dirla con la giurisprudenza italiana.

Già da queste poche righe traspare come la locuzione “cessazione della materia del contendere” (d'ora in poi c.m.c.) sia in grado di evocare tanto la soluzione al problema apprestata dalla giurisprudenza, quanto il problema stesso. In altri termini, la problematica è quella del fatto sopravvenuto, della considerazione da riservare allo stesso e delle implicazioni riconnesse all'irrompere dell'evento sul processo in corso.

Occorre tracciare alcune coordinate del fenomeno, così come dell'indagine. Si è detto che indagare il tema della c.m.c. equivale a confrontarsi con la tematica del fatto sopravvenuto e, quindi, a interrogarsi sulle sorti del giudizio in conseguenza del sopraggiungere dell'evento. Il solo dato della proposizione dell'interrogativo presuppone l'idoneità del processo a considerare e tenere in debito conto questa sopravvenienza, vale a dire una concezione del processo quale struttura parzialmente aperta, sensibile ai mutamenti di fatto o di diritto intervenienti successivamente alla sua rituale instaurazione. Questa concezione - capace di scongiurare la mortificazione della funzione giurisdizionale e tendente, all'opposto, a svilupparne massimamente le potenzialità - venne elaborata dai giuristi romani dell'età classica. È Gaio che ci narra (4 – 114) della controversia tra sabiniani e proculiani incentrata sul *quomodo* di atteggiarsi del processo in conseguenza del sopraggiungere - ossia di giungere in un momento successivo alla *litis contestatio* - di fatti capaci di incidere direttamente sull'oggetto della lite. Il contrasto tra queste due grandi scuole di pensatori aveva preso le mosse da

un giudizio avente a oggetto un rapporto di credito, pendente il quale era sopravvenuto l'adempimento integrale e spontaneo da parte del debitore convenuto. I sabiniani ebbero la meglio e, assieme alla formula *omnia iudicia absolutoria esse*, venne sancito il principio della sensibilità del processo ai fatti sopravvenuti, successivamente consacrato nell'opera dell'Imperatore Giustiniano e, per tale via, generalizzato¹.

Da questa brevissima ricognizione storica emerge come quella sottostante alla c.m.c. sia una problematica avvertita in ogni tempo e, lo si vedrà, in ogni spazio, inteso quest'ultimo tanto come luogo geografico, quanto come branca del diritto processuale. Con riguardo al primo profilo, saranno oggetto d'indagine le soluzioni al problema approntate in ordinamenti affini a quello italiano, quali il sistema tedesco, francese e austriaco. Quanto al secondo profilo, verranno analizzati i luoghi in cui il legislatore italiano è intervenuto a consacrare l'esistenza della formula, ossia l'ordinamento processuale di diritto amministrativo e quello di diritto tributario². La circostanza che tale formula, frutto della spinta creatrice giurisprudenziale, non abbia ancora trovato formale riconoscimento da parte del legislatore processuale civile, lascia impregiudicato il quesito vertente sulla sussistenza o meno della necessità di ricorrere a una simile terminazione processuale, in luogo di quelle previste dal sistema di diritto positivo. In altri termini, viene fatto di domandarsi se vi sia effettivamente un vuoto legislativo da colmare, tale per cui la funzione di adeguamento della realtà processuale al mutato (in virtù del sopraggiungere del fatto) contesto di diritto sostanziale debba essere

¹ Cfr. G. DE STEFANO, *Considerazioni generali sulla cessazione della materia del contendere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 38-39, ove viene riportata nel dettaglio la celebre controversia, corredata da puntuali riferimenti bibliografici. È interessante sottolineare come la medesima fattispecie abbia animato il dibattito giuridico altresì nell'età di diritto comune. Gli interpreti vissuti in questo periodo storico si sono confrontati proprio sulle possibili conseguenze da ricollegare all'adempimento del convenuto prestatore in corso di causa. In particolare, si è dibattuto sull'opportunità di farne derivare la cancellazione della domanda attrice. La soluzione venne formulata in questi termini: una volta sopraggiunto l'evento, le parti, in accordo tra loro, potevano liberamente rinunciare alla sentenza, addirittura senza che fosse consentito al giudice vagliare il reale avvento del fatto di cessazione. Viceversa, se l'istanza veniva presentata unilateralmente per volere del solo convenuto, appariva indispensabile un accertamento giudiziale finalizzato a stabilire l'esatta portata dell'evento sopravvenuto. Al ricorrere di tale eventualità, quindi, la liberazione del convenuto era subordinata ad un positivo scrutinio, da parte del giudice, dell'integrale soddisfacimento delle pretese dell'attore. A riguardo si confronti M. EL-GAYAR, *Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichtsprozess*, Berlin, 1998, 13-14.

² A seguito del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 15, un'altra disposizione normativa parla espressamente di cessazione della materia del contendere: ci si riferisce all'art. 182-ter, 5° comma l. fall. (successivamente modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 179), ai sensi del quale l'avvenuta transazione fiscale, e per l'effetto, la chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'art. 181 l.fall., determina la cessazione della materia del contendere nelle liti vertenti sui tributi oggetto di accordo.

demandata a schemi processuali normativamente ignoti, oppure il fatto possa essere adeguatamente recepito mediante l'impiego di moduli processuali tipici.

Per tentare di offrire una risposta soddisfacente a tale interrogativo, si ritiene indispensabile, anzitutto, ripercorrere l'evoluzione storica della formula, al fine di capire quali esigenze abbiano suggerito di ricorrere a una terminazione del giudizio senza alcuna decisione sulla domanda proposta. Da questo punto di vista, si può anticipare come le prime pronunce dichiarative della cessazione della materia del contendere non intendessero muoversi sul terreno dei principi generali bensì, con spirito pragmatico, mirassero unicamente alla soluzione di situazioni particolari, fornendo al giudice uno strumento idoneo a dare atto dell'intervenuto mutamento della fattispecie sostanziale dedotta nel processo. L'atteggiamento della giurisprudenza nei confronti di questo istituto cambierà solo a partire dagli anni '50 del secolo scorso, con una prima fase di elaborazione del concetto, il cui principio può essere fatto coincidere, convenzionalmente, con la celebre pronuncia n. 92/1954 della Cassazione a Sezioni Unite. A questo momento seguirà un periodo di grande utilizzo della formula, invero non ancora conclusosi. Quanto all'ambito di applicazione della formula, è affermazione nota quella per cui la casistica in tema di c.m.c. appare quanto mai vasta ed eterogenea. L'indagine avrà cura di passare in rassegna i diversi fatti di cessazione, nell'ambizione di perseguire uno scopo di razionalizzazione. Per il momento, al solo fine di muovere i primi passi in tema di cessazione della materia del contendere, è sufficiente dare conto delle categorie di accadimenti utilizzate dalla prassi civile. Per opinione della giurisprudenza, una chiusura in termini di c.m.c. s'impone al sopraggiungere delle seguenti ipotesi: integrale adempimento o, più in generale, completo soddisfacimento della pretesa dell'attore; mero riconoscimento da parte del convenuto del diritto contro sé medesimo vantato dall'attore; transazione stipulata tra le parti dopo l'inizio del processo; la successione di leggi; morte della parte in un giudizio avente ad oggetto diritti o situazioni giuridiche intrasmissibili; rinuncia all'azione; lo scioglimento consensuale del contratto di cui è stata chiesta la risoluzione per inadempimento³. La casistica è di gran lunga più ampia e variegata; quelle poc'anzi riportate rappresentano solamente le griglie concettuali predisposte dalla prassi civile, che verranno utilizzate e completate nel prosieguo della trattazione.

³ Cass., S.U. n. 1048/2000.

Ad ogni modo, quel che occorre fare, in queste pagine introduttive, è fissare alcuni punti fermi in tema di c.m.c. e illustrare le scelte di fondo della presente indagine, che dai primi sono state condizionate. Il primo punto fermo è che la c.m.c., come plasmata dall'elaborazione giurisprudenziale, rappresenta un'unità concettuale autonoma, che vive di vita propria nelle aule di giustizia italiane. Il secondo è che una terminazione del processo in ragione dell'avvenuta c.m.c. è in grado di comportare alcuni vantaggi per le parti: vantaggi sintetizzabili nell'innegabile risparmio, di tempi e di costi, riconducibile a una chiusura anzitempo del processo, e vantaggi contingenti⁴. Un altro punto altrettanto fermo riguarda i limiti della soluzione congegnata dalla giurisprudenza: una chiusura del giudizio per cessata materia del contendere può verificarsi solamente alloraquando le parti "concordino nel giudizio storico non meno che nella valutazione delle conseguenze giuridiche" delle vicende sopraggiunte. Solamente se accompagnato dall'accordo tra le parti, il fatto sopravvenuto può comportare una chiusura del giudizio in questi termini; solo in questo caso l'evento potrà essere considerato un *fatto di cessazione*. In altri termini, la soluzione di matrice

⁴ Con riferimento a questi ultimi, l'ultima espressione degli stessi è rappresentata dalla Circolare del Ministero della Giustizia di data 18 ottobre 2013. In tale documento, rivolto ai vertici della piramide giudiziaria, viene offerta risposta all'interrogativo posto da alcuni uffici giudiziari, i quali si interrogavano circa l'assoggettamento o meno al pagamento dell'imposta di registro dei provvedimenti dichiarativi della cessazione della materia del contendere. La Direzione Generale, su parere conforme della Direzione Centrale Normativa dell'Agenzia delle Entrate, ha ritenuto che i provvedimenti dichiarativi dell'avvenuta c.m.c. non fossero da ricomprendere tra gli atti di cui all'art. 37 del D.P.R. n. 131 del 26 aprile 1986 con la conseguente esenzione dalle formalità di registrazione. A parere dell'Agenzia delle Entrate, tali provvedimenti non rivelano un contenuto "definitorio" analogo a quello previsto dall'articolo 8 della tariffa allegata al Testo Unico sull'imposta di registro e pertanto non sono soggetti all'obbligo di registrazione. L'adozione di una declaratoria di c.m.c., ribadisce l'Agenzia delle Entrate, fa venire meno la necessità di una decisione sulla domanda originariamente proposta e non ha, pertanto, efficacia di giudicato sostanziale. Per supportare tale conclusione, si è fatto ricorso alla citazione di una pronuncia della Suprema Corte a Sezioni Unite nella quale si afferma che "la cessata materia del contendere costituisce un'ipotesi di estinzione del processo – creata dalla prassi giurisprudenziale e applicata in ogni fase e grado del giudizio – da pronunciare con sentenza, d'ufficio o su istanza di parte, ogni qualvolta non si possa fare luogo alla definizione del giudizio per rinuncia agli atti o per rinuncia della pretesa sostanziale, per il venir meno dell'interesse delle parti alla naturale definizione del giudizio, che determina il venir meno delle pronunce emesse nei precedenti gradi e non passate in giudicato e proprio perché accerta solo il venir meno dell'interesse non ha alcuna idoneità ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere" (Cass., S.U., 1048/2000). Da ciò la conseguenza per cui alla pronuncia giudiziale di cessata materia del contendere andrebbe attribuita natura meramente processuale; infatti, questa decisione non incide sulla posizione giuridica delle parti processuali in quanto non decide, nel merito, il giudizio. Sulla base di tali argomentazioni, la Direzione Generale ha ritenuto che i provvedimenti dichiarativi della c.m.c. non debbano essere assoggettati all'obbligo della registrazione, con vantaggi economici evidenti per le parti in causa. Si noti che prima di tale comunicazione, la prassi invalsa in alcuni fori voleva che le sentenze dichiarative della cessazione della materia del contendere fossero catalogate alla stregua d'ipotesi di estinzione del processo, con conseguente risparmio fiscale.

pretoria presuppone l'accordo tra le parti e dunque l'avvenuta riconciliazione tra le stesse.

Ebbene, se corrisponde al vero che in talune ipotesi il sopraggiungere del fatto di cessazione riesce nell'impresa di cancellare l'elemento di conflittualità che aveva determinato la crisi della cooperazione tra le parti, può capitare che non sia così; può darsi che le parti non trovino un'intesa e che quindi, nonostante la sopravvenienza del fatto, la parte conservi un interesse, giuridicamente apprezzabile e rilevante, all'utilizzo dello strumento giurisdizionale fino al proprio scopo e alla propria essenza, ossia fino all'accertamento incontrovertibile. Al ricorrere di tale eventualità, il fatto di cessazione dismette le vesti di elemento risolutore della controversia e assume quelle di elemento che abbisogna di essere recepito in maniera adeguata. In altre parole, il fatto passa da elemento risolutore a elemento in grado di mutare il quadro di riferimento, innestando dei profili di problematicità. Da questa prospettiva si scorge la delicatezza della situazione che potrebbe venirsi a creare in seguito alla sopravvenienza e si comprende la necessità di porre in essere una riflessione approfondita del fenomeno.

È questo, per sommi capi, il programma d'indagine. Occorre, a questo punto, approfondire la conoscenza del fenomeno in questione, partendo dall'analisi della nascita e del primo sviluppo storico della c.m.c. Si è detto, infatti, che la c.m.c. è un prodotto di ragion pratica; in considerazione di ciò, occorre procedere a indagare le origini della formula, ripercorrendo il medesimo cammino percorso dalla prassi giudiziaria civile e soffermandosi sulle ragioni che hanno condotto all'introduzione di una simile pronuncia.

CAPITOLO PRIMO
ORIGINI, SVILUPPO E CONSOLIDAMENTO DELLA CESSAZIONE
DELLA MATERIA DEL CONTENDERE NELL'ORDINAMENTO
PROCESSUALE ITALIANO

1. La chiusura del giudizio per avvenuta cessazione della materia del contendere nell'Italia unita: giurisprudenza civile e amministrativa a confronto. I problemi strutturali sollevati dal sopraggiungere del fatto estintivo nel contenzioso tra privati e pubblico potere

La cessazione della materia del contendere, quale formula terminativa del processo, ha fatto il proprio ingresso nelle aule di giustizia italiane sul finire del diciannovesimo secolo, tanto nel contesto del giudizio amministrativo che in quello del processo civile. Nella primissima fase di comparsa e di utilizzo della formula, il rapporto tra le due elaborazioni appare molto stretto; tale circostanza suggerisce di prediligere una prospettiva d'indagine in grado di evidenziare la relazione e le influenze esistenti tra elaborazione giurisprudenziale civile e amministrativa. Cominciando dall'analisi della scaturigine della formula nel contenzioso tra privati e pubblico potere, occorre ripercorrere il primo sviluppo storico della declaratoria, sino al consolidamento e all'affermazione della stessa nel processo amministrativo.

Una delle prime pronunce con cui il giudice amministrativo ha definito il giudizio per cessata materia del contendere risale al 1897, a soli due lustri di distanza dalla stessa istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato. Fin dalle sue stesse origini, dunque, il giudice amministrativo ha fatto ricorso a simile dichiarazione, ponendo termine al processo secondo uno schema ignoto al sistema positivamente dato.

Più in generale, si può affermare come, sin dal principio, il giudice amministrativo si sia posto il problema relativo all'irrompere, sulla scena processuale, di un fatto sopravvenuto. Si è detto infatti come la scelta di terminare il giudizio per cessata materia del contendere non rappresenti altro che la soluzione congegnata dalla prassi per far fronte a simile eventualità. La spiegazione di questo atteggiamento solerte, di pronta considerazione della problematica relativa alle sopravvenienze, va ricercata nelle caratteristiche proprie di questo tipo di contenzioso. Occorre pertanto focalizzare

l'attenzione su queste ultime, perché, solamente tenendole bene a mente, risulterà chiaro come l'argomento in esame sia parso, sin da subito, un problema di capitale importanza, capace di intrecciare tra loro i profili più particolari e al tempo stesso più controversi della struttura del processo amministrativo.

Il giudizio amministrativo è un giudizio di tipo annullatorio, promosso da un privato cittadino nei confronti dell'Amministrazione pubblica, al fine di contestare la legittimità dell'operato di quest'ultima; esso si instaura tramite l'impugnazione dell'atto amministrativo ritenuto non conforme alle leggi o ai principi chiamati a ispirare lo svolgimento dell'attività pubblica. Da questa generica definizione già traspaiono le peculiarità che, più delle altre, rilevano ai fini dello studio del fatto sopravvenuto. Anzitutto la condizione processuale della P.A.: questa è parte necessaria in un giudizio vertente sulla legittimità del proprio stesso operato e, secondo un insegnamento condiviso, conserva i propri poteri di autotutela, idonei ad incidere sull'atto impugnato, anche successivamente alla proposizione del ricorso da parte dell'amministrato¹. Quanto poi all'atto impugnato, molto si è dibattuto sulla perfetta coincidenza di quest'ultimo con l'oggetto del processo amministrativo. La soluzione che tradizionalmente veniva offerta risolveva completamente l'oggetto del processo amministrativo nell'impugnazione dell'atto, negando che il rapporto sostanziale intercorrente tra le due parti processuali potesse assurgere a oggetto di cognizione da parte del giudice. Ebbene, se questo era il quadro di riferimento, emerge la delicatezza dell'ipotesi di intervenuto annullamento, in via di autotutela, dell'atto oggetto del ricorso: al ricorrere di questa eventualità – fatto sopravvenuto per eccellenza nel contesto amministrativo - risultava d'un tratto totalmente eliso l'oggetto del processo. È questo il motivo della forte preoccupazione mostrata degli interpreti in relazione alle sorti del giudizio. Occorreva far fronte a una situazione, del tutto anomala, di totale eliminazione dell'oggetto del processo. Si consideri poi come le problematiche, già di grande rilievo, riconnesse ai

¹ Questo aspetto pare non essere mai stato posto in dubbio dagli interpreti. Sulla concordia tra dottrina e giurisprudenza si confronti C. GALTIERI, *La cessazione della materia del contendere davanti ai Tribunali amministrativi regionali*, in *Cons. St.*, 1974, II, 1187; G. BORSI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, 307 ss. Tradizionalmente, l'attribuzione di tale potere veniva giustificata guardando alla funzione stessa della giustizia amministrativa: si riteneva, infatti, che lo scopo ultimo del sindacato giurisdizionale fosse quello di garantire la legittimità dell'atto amministrativo, cosicché veniva favorita qualunque attività della P.A. volta a conseguire questo obiettivo. Da ciò discendeva l'ulteriore prescrizione secondo cui il privato avrebbe dovuto notificare il ricorso all'Autorità che aveva emesso l'atto impugnato, in modo da consentire alla stessa di provvedere nel modo più semplice e conveniente, revocando o modificando il provvedimento, al fine di renderlo immune dalle censure avanzate dal ricorrente.

punti sinora esposti risultassero acuite a cagione di circostanze intrinseche alla stessa struttura del rito. Il processo amministrativo, infatti, era un tipo di contenzioso largamente informato al principio officioso, in cui risultava difficile ravvisare un vero e proprio esercizio dell'azione da parte del ricorrente; eccezion fatta per l'atto introduttivo del processo e i pochi adempimenti successivi, non era dato rinvenire alcun impulso di parte successivo alla proposizione del ricorso. Pertanto, stante l'impossibilità di individuare un vero e proprio principio dispositivo, molto delicato appariva il ruolo del giudice in conseguenza del sopraggiungere del fatto di cessazione, così come, del resto, impellente appariva la necessità di munirlo di un tipo di pronuncia funzionale a regolare questa situazione. Infatti, in virtù del sopraggiunto annullamento dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione pubblica, non vi era più alcun atto da annullare, sicché il giudice amministrativo non avrebbe potuto far altro che rigettare il ricorso per infondatezza, nonostante proprio l'intervento della P.A. avesse dimostrato, implicitamente, l'originaria fondatezza delle censure addotte dal ricorrente. Da quanto esposto traspare il contesto nel quale la c.m.c. è sorta e si è sviluppata, così come emergono le problematiche che la stessa è stata chiamata a fronteggiare nel processo amministrativo². Non meraviglia dunque che la giurisprudenza amministrativa si sia

² Si avrà modo di appurare come nettamente diversa fosse la situazione nel contesto civile, al punto da indurre alcuni autorevoli autori a concludere che l'istituto in questione sarebbe prerogativa solamente del processo amministrativo. Per un approfondimento si veda A. LUGO, *Sulle pronunce di cessazione della materia del contendere, nota a Corte dei Conti, 21 febbraio 1957*, in *Giust. civ.* 1957, 144-147. Secondo l'A., le differenze intercorrenti tra il processo civile e quello amministrativo sarebbero inconciliabili; infatti, nel primo, al sopraggiungere di un fatto che renda inutile una decisione sulla domanda, corrisponde un preciso onere dell'attore di dichiararlo, rinunciando a quella domanda, modificandola o restringendola al solo punto delle spese. Diversamente, nel processo amministrativo, la cessazione della materia del contendere avrebbe pieno diritto di cittadinanza proprio sulla base della constatazione che, mancando qui qualunque impulso di parte, eccettuando la proposizione del ricorso e i pochi adempimenti successivi, non si potrebbe parlare propriamente di esercizio dell'azione. Quindi, in capo al ricorrente non potrebbe sorgere alcun obbligo, né nel senso di esercitare nuove o diverse attività, né onerandolo della comunicazione del fatto di cessazione. Del resto, secondo l'A., sarebbe del tutto fuori luogo e duplicemente ingiusto imporre al privato la strada della rinuncia al ricorso, in quanto, per un verso, egli andrebbe incontro inevitabilmente al carico delle spese ai sensi dell'art. 46 R.D. 17 agosto 1907 n. 642, mentre, per altro verso, egli potrebbe avere un preciso interesse, giuridicamente rilevante, a ottenere un chiarimento sulla portata dell'atto sopravvenuto e una fissazione dei suoi effetti. In conclusione, per lo Studioso, la cessazione della materia del contendere sarebbe chiamata a fronteggiare tutte queste esigenze, che sono proprie solamente del giudizio amministrativo. Da ciò l'affermazione per cui non vi sarebbe spazio per la formula nell'ambito civile. Soccorre a giustificare questi rilievi, C. GALTIERI, *op. cit.*, 1187, il quale osserva come la tesi di Lugo poggi sulla concezione dell'oggetto del processo amministrativo quale giudizio vertente unicamente sulla legittimità dell'atto che, in quanto tale, si differenzia notevolmente dall'oggetto del giudizio civile. Infatti, mentre il giudice civile conosce del rapporto intercorrente tra attore e convenuto, il giudice amministrativo viene considerato tradizionalmente giudice dell'atto poiché, in sede di giurisdizione generale di legittimità, non assume rilevanza il rapporto intercorrente tra privato ricorrente e P.A., ma solamente l'atto o il provvedimento impugnato. Più

adoperata, sin dal principio, al fine di disciplinare le conseguenze dell'irrompere del fatto sopravvenuto sul processo in corso. Ciò è avvenuto, tra l'altro, con una straordinaria visione d'insieme: l'analisi delle implicazioni riconnesse al sopraggiungere dell'evento è stata condotta ad ampio spettro, considerando tanto i fatti sopravvenuti con portata elidente dell'oggetto del processo, che quelli idonei a incidere sulle circostanze di fatto e di diritto addotte dal ricorrente a sostegno della propria pretesa. In questo contesto processuale, dunque, l'iniziale utilizzo dell'istituto è stato accompagnato da una riflessione sulle diverse tipologie di sopravvenienze. Il giudice amministrativo ha investito molto sulla c.m.c. quale possibile soluzione al problema, adoperandosi, senza perdere tempo, al fine di legittimare l'impiego di questa formula terminativa atipica. Già nella fase di primo utilizzo, infatti, si può registrare una spinta verso la definizione dei contorni della c.m.c., al fine di poterle conferire un posto a pieno titolo all'interno degli schemi procedurali propri del processo amministrativo (si avrà modo di appurare tra breve come questo non sia avvenuto in ambito civile, in cui le prime pronunce dichiarative della c.m.c. appaiono caratterizzate in termini di spontaneità ed estemporaneità). Già nella sentenza del 1897 il Consiglio di Stato ha offerto una nozione dell'istituto: secondo la IV Sezione, nell'ipotesi in cui, in pendenza del ricorso, "l'Amministrazione accordi quel che era l'obbietto cui mirava il ricorso stesso", l'organo giudicante deve dichiarare cessata la materia del contendere³. Inoltre, già in questa sentenza, veniva prestata una particolare attenzione al rapporto con la figura contermine della sopravvenuta carenza di interesse al ricorso. Infatti – e questo è un dato che preme evidenziare sin d'ora - la problematica relativa al fatto sopravvenuto è stata affrontata tramite il ricorso a due figure: la cessazione della materia del contendere da un lato e la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso dall'altro. Nella

articolata appare la posizione assunta da G. DE STEFANO, *Sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, Riv. trim. dir. proc., 1961, 582-583, che ammette la configurabilità dell'istituto in esame in qualunque tipo di processo, salvo poi ravvisare differenti meccanismi di funzionamento a seconda che un fatto di cessazione intervenga nel giudizio civile o in quello amministrativo. Secondo De Stefano, pur nella comunanza terminologica, si tratterebbe di istituti differenti perché diversi sono i poteri attribuiti ai due organi giudicanti, civile e amministrativo. Per l'A., la peculiare natura - sostanzialmente inquisitoria - del giudizio amministrativo, consentirebbe un rilievo *ex officio* del fatto di cessazione, una volta acquisito agli atti di causa, ed anche in difetto di esplicita deduzione al riguardo. Diversamente, il principio dispositivo che regge il processo civile porta con sé l'inammissibilità di un potere officioso del giudice che, prendendo atto del fatto sopravvenuto, determini la conclusione del processo senza alcuna decisione sul suo oggetto. Per un approfondimento dell'opinione dello Studioso quanto alla c.m.c. in ambito civile si rinvia alle osservazioni che verranno svolte *infra*, cap. I, par. 5,3.

³ Cfr. Cons. St., IV Sezione, 14 maggio 1897, n. 187.

pronuncia n. 187 del 14 maggio 1897 si legge che, qualora il fatto sopravvenuto determini la soddisfazione dell'interesse del ricorrente, si configura un'ipotesi di cessazione della materia del contendere, con la conseguenza per cui, in questo caso, la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso non rappresenterà altro che un mero effetto legato al venir meno dell'oggetto del processo. In realtà, il rapporto tra queste due figure non è sempre stato chiaro e ben delineato; anzi, proprio l'individuazione della linea di demarcazione tra le due figure ha rappresentato motivo di accesi contrasti affiorati tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, e sopiti definitivamente solo a seguito dell'introduzione del nuovo codice del processo amministrativo. Nel prosieguo dell'indagine si avrà modo di approfondire come, al sopravvenire di fatti identici, la prassi abbia escluso la configurabilità della cessazione della materia del contendere in favore della sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere e viceversa. Sulla fase di primo tratteggio dei caratteri della c.m.c. nel processo amministrativo ci si soffermerà analiticamente di seguito, quando si passerà a esaminare, in maniera approfondita, la problematica relativa alle sopravvenienze nel contesto del giudizio amministrativo; per adesso, ai fini del presente paragrafo, si intendeva solamente mettere in luce la scaturigine della formula nel contenzioso tra privati e pubblico potere. Ebbene, dalle pagine che precedono è emerso come il Consiglio di Stato ponesse termine al processo per cessata materia del contendere ogni qual volta, lite pendente, sopraggiungesse un fatto dotato dell'attitudine a elidere l'oggetto del processo. Occorre, a questo punto, volgere lo sguardo al processo civile.

2. La cessazione della materia del contendere nell'elaborazione giurisprudenziale civile formatasi a cavallo dei due secoli: l'estemporaneità nell'utilizzo della formula conforta la sensazione secondo cui il giudice civile prendesse a prestito un'unità concettuale già nota (legittimando l'utilizzo della stessa con l'eloquenza della locuzione)

Di “venir meno dell'oggetto del processo” parlava anche la prassi civile per giustificare il primo, timido impiego della formula. Ne parlava in senso più figurato che reale, come adesso si cercherà di dimostrare. L'avvento del fatto di cessazione civilistico, infatti, non determinava gli stessi problemi “strutturali” del fatto

sopravvenuto nel contenzioso amministrativo; comportava, semmai, la sopravvenuta infondatezza o inammissibilità della domanda, in alcuni casi, e un po' d'imbarazzo per l'organo giudicante negli altri. Procedendo con ordine, occorre anzitutto riportare le fattispecie nelle quali è apparsa, inizialmente, la cessazione della materia del contendere in ambito civile: la giurisprudenza ha fatto ricorso alla formula quando, in pendenza di giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili, spirava una delle parti; nell'ipotesi in cui l'attore dichiarava di rinunciare a qualunque tutela giudiziale rispetto a una determinata situazione giuridica soggettiva; oppure quando le parti raggiungevano stragiudizialmente un accordo e, producendo in giudizio il documento contenente l'intervenuta transazione, pretendevano di porre termine al giudizio, manifestando l'esigenza che venisse travolta tutta la pregressa attività processuale, nell'ipotesi in cui il processo pendesse in fase di gravame. Dunque, la giurisprudenza civile discorreva di venir meno dell'oggetto del giudizio, quando, in realtà, l'unica cosa che veniva meno era la possibilità, per l'attore, di ottenere una sentenza a lui favorevole. Il richiamo alla definizione di matrice amministrativistica si dimostrava fallace; idoneo semmai a suffragare la sensazione per cui il giudice civile prendesse a prestito un'unità concettuale già esistente nel contesto amministrativo, e la impiegasse per fronteggiare situazioni diverse, legittimandone l'utilizzo facendo leva sull'eloquenza tanto della locuzione, che della definizione amministrativistica. Su questo aspetto si tornerà di seguito. Occorre adesso concentrarsi sul primo impiego della formula in ambito civile, focalizzando l'attenzione su quella che è stata considerata l'archetipo della moderna elaborazione in tema di cessazione della materia del contendere: ci si riferisce all'ipotesi di transazione intervenuta tra le parti in corso di causa. In primo luogo si può rilevare come l'avvenuta stipula dell'accordo e la successiva produzione in giudizio dello stesso non fossero (non sempre per lo meno) sufficienti a determinare una chiusura del giudizio per c.m.c.; occorre che le parti dessero vita a una convenzione di rinuncia. In altre parole, la transazione veniva considerata come una concausa di c.m.c., uno degli elementi in grado di determinare la c.m.c.⁴. Dunque, a seguito dell'avvenuta

⁴ Per porre termine al processo la transazione doveva essere accompagnata da una convenzione di rinuncia intervenuta tra le parti; Cfr. App. Genova, 4 maggio 1928, in *Temi gen.*, 1928, 212. Questa idea per cui la transazione, di per sé stessa, non fosse in grado di determinare la fine del processo era presente anche in Trib. Santamaria Capua Vetere, 11 febbraio 1930, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, 138-148, con nota di A. QUARTULLI, *Verbale di amichevole componimento e prima parte dell'art. 445 c.p.c. IVI, ivi*. Nel risolvere una questione giuridica attinente al rapporto tra il verbale di conciliazione giudiziale e la

transazione, lo strumento per adattare la realtà processuale all'intervenuta modificazione della realtà sostanziale era rappresentato da una rinuncia alla tutela giurisdizionale. Solo a seguito dell'avvenuta rinuncia il processo avrebbe potuto trovare il proprio epilogo mediante una sentenza di c.m.c.⁵. Pertanto, la terminazione del processo per c.m.c. non si poneva quale conseguenza automatica, né soprattutto immediata, dell'avvenuta transazione; per far sì che l'intervenuta transazione determinasse la fine della vicenda processuale non bastava la produzione in giudizio dell'accordo, ma occorreva il perfezionamento di un autonomo atto di rinuncia, distinto dall'accordo transattivo, seppur da questo condizionato.

In realtà, il legame tra la figura della transazione e la rinuncia, agli atti oppure all'azione, non era chiaro al tempo, così come non lo è nemmeno oggi: questo confuso intreccio tra istituti rimarrà una caratteristica riscontrabile anche oggigià relativamente alle ipotesi di c.m.c. per autocomposizione della lite. Infatti, se da un punto di vista teorico veniva espressa a chiare lettere la necessità che la transazione fosse accompagnata da un rituale atto di rinuncia, nella pratica risultava difficile sostenere

sentenza definitiva in relazione all'applicazione del divieto di cumulo del petitorio col possessorio, il Tribunale si è soffermato sulle differenze intercorrenti tra verbale di conciliazione e transazione: diversamente dal verbale di amichevole componimento, la transazione non raggiunge l'effetto di porre immediata fine al rapporto processuale. Inoltre, nella transazione è connaturata l'idea delle reciproche concessioni, mentre la conciliazione giudiziale può basarsi unicamente sulla sottomissione di una parte alle pretese dell'altra. Ancora, era presente l'opinione che concepiva il verbale di conciliazione come un surrogato della sentenza, equivalente a quest'ultima dal punto di vista sostanziale. Ciò era possibile ravvisando un carattere di giustizia che doveva permeare e improntare la conciliazione. Quartulli, op. cit., riporta come tale opinione fosse basata su due osservazioni fondamentali: anzitutto che l'attività conciliativa fosse devoluta ad organi della magistratura, di guisa che, se la funzione deve corrispondere all'organo, è fuori dubbio che l'impiego del giudice nella funzione conciliativa significhi che la composizione della lite perseguita mediante la conciliazione sia solamente quella giusta. Quanto al secondo argomento, si rilevava come, in ipotesi di fallimento del tentativo di conciliazione, fosse lo stesso magistrato a dover decidere la lite, sicché una diversità di atteggiamenti nelle due attività, di conciliazione e di decisione, avrebbe dato luogo a "un'anomalia inconcepibile". In altri termini, l'attività conciliativa doveva mirare alla giusta composizione della lite. Da questa prospettiva, verbale di conciliazione e sentenza rappresentavano manifestazioni di un'unica attività, l'attività giurisdizionale. Accedendo a questa ricostruzione, il componimento amichevole appariva come una sentenza, più economica e più celere, chiesta e accettata dalle parti. Pertanto, entrambi gli atti rappresentavano il risultato dell'attività del giudice, volta a comporre in maniera giusta la lite; attività che esaurisce il rapporto processuale e l'ufficio del giudice. Di questo avviso anche F. CARNELUTTI, che basava la differenza tra transazione e conciliazione anche sulla natura in senso lato giurisdizionale del verbale di conciliazione. In *Lezioni di diritto processuale civile*, II, n. 83, si ritrova l'affermazione per cui "conciliazione e decisione finiscono quasi sempre per confondersi, nel senso che la decisione è una conciliazione imposta alle parti e la conciliazione è una decisione accettata da esse".

⁵ Un argomento letterale sul quale basare la rilevanza solamente indiretta della transazione rispetto al processo pendente si poteva trarre dall'art. 220 del regolamento generale giudiziario, secondo cui "la cancellazione della causa dal ruolo di spedizione avrà luogo se le parti, e per esse i loro procuratori, dichiarino che la medesima fu transatta, o che, per esservi trattati per accordo, se ne voglia sospendere la decisione".

L'inidoneità della sola transazione a porre termine al processo dato che la giurisprudenza finiva per presumere la volontà di rinunciare al processo dalla produzione in giudizio dell'accordo transattivo. Proprio alla produzione in giudizio dell'accordo transattivo veniva ricollegata un'importante conseguenza: quella di consentire una valutazione meno rigorosa della sussistenza dei presupposti necessari per la configurabilità di un atto di rinuncia (agli atti o all'azione a seconda del contenuto dell'accordo transattivo)⁶. In altri termini, una volta che l'accordo transattivo fosse stato portato a conoscenza del giudice, la volontà di rinunciare definitivamente all'utilizzo dello strumento processuale poteva essere desunta da una gamma quanto mai vasta di comportamenti posti in essere dalle parti. La prassi, quindi, utilizzava diversi istituti, tutti riconducibili allo schema della rinuncia, in base a criteri alquanto sibillini: accanto alla rinuncia agli atti, figura tipica di estinzione del giudizio, vi era la rinuncia all'azione, comportante un impedimento alla riproposizione della domanda, e la figura del riconoscimento dell'inconsistenza dell'azione proposta, che aveva una propria autonomia rispetto alla rinuncia all'azione. Nel primo caso, il processo terminava con una formula neutra, di avvenuta estinzione, mentre, nell'ultimo, terminava con una sentenza di merito che accertava la soccombenza della parte dichiarante. Il quadro si faceva più incerto in caso di rinuncia all'azione. Per opinione della giurisprudenza la rinuncia all'azione aveva come effetto quello di impedire all'attore rinunciante di riproporre la medesima domanda in un successivo ed eventuale giudizio ("dopo la rinuncia all'azione l'attore non può più chiedere l'accoglimento della domanda"). Più nel dettaglio, la rinuncia all'azione appariva come un atto processuale costituente un limite al potere del giudice: dopo una simile dichiarazione di volontà, l'organo giudicante non aveva più bisogno di svolgere alcuna attività, perché trovava nella dichiarazione medesima il contenuto della propria sentenza⁷. Sentenza che poteva essere, ieri come oggi, alcune volte di cessazione della materia del contendere, altre di rigetto nel merito⁸.

⁶ Si noti come, ancora oggi, sia presente l'idea per cui la mancanza di interesse alla prosecuzione del processo possa dare luogo, assieme ad altri comportamenti, a una volontà di rinunciare al processo. Questo modo di procedere (tale per cui a determinati comportamenti si ricollegava il perfezionamento di un atto di rinuncia) non avveniva solamente in ipotesi di transazione. Anche al ricorrere di altre eventualità la giurisprudenza tendeva a configurare un'ipotesi di rinuncia all'azione o tendeva a considerare perfezionata la fattispecie della rinuncia agli atti, nonostante l'assenza dei requisiti richiesti dalla legge: ciò avveniva valorizzando tutta una serie di circostanze (in particolare guardando alla posizione processuale della parte e ai motivi alla base della rinuncia).

⁷ Cass., 20 luglio 1938, in *Giur. it.*, 1938, I, 1131-1132, si occupa dell'efficacia della rinuncia all'azione effettuata dal cedente nei confronti del cessionario. Per opinione della Cassazione, la rinuncia effettuata

Quello volto a qualificare il comportamento della parte alla stregua di un atto di rinuncia agli atti, all'azione, oppure quale atto di riconoscimento dell'inconsistenza dell'azione proposta, era un compito delicato, riservato all'apprezzamento del giudice di merito e incensurabile in Cassazione⁹. Di conseguenza, anche se il dato normativo allora vigente non considerava rilevati i motivi che avevano indotto le parti a scegliere la via della rinuncia, si consentiva nondimeno al giudice di conoscere i motivi stessi, e, a seconda delle circostanze del caso concreto, di calibrare l'efficacia della rinuncia stessa. Ad esempio, in una controversia decisa dalla Cassazione di Firenze nel 1923 venne riqualficata come rinuncia all'azione una rinuncia espressamente riferita agli atti del giudizio¹⁰. Nel caso di specie, l'attore, dopo aver deferito all'avversario il giuramento decisorio e dopo che questo fosse stato ritualmente prestato, dichiarava di rinunciare agli atti del giudizio con contestuale pagamento delle spese del giudizio. La causa era giunta a uno stadio per cui, per la decisione definitiva, non occorreva che una sentenza puramente di forma, una sentenza cioè che desse atto del giuramento prestato e, per

dal dante causa è efficace anche nei confronti del cessionario, il quale si vede dunque preclusa la possibilità di chiedere l'accoglimento di una domanda giudiziale volta a tutelare il diritto in questione. Quando una successione a titolo particolare si verifica lite pendente, il rapporto processuale rimane qual'era prima e perciò tutti gli effetti sostanziali e processuali della domanda, tutte le situazioni giuridiche processuali verificatesi e le preclusioni compiute riguardano anche il soggetto succeduto in causa: così, come non è più consentito all'attore-cedente che ha rinunciato all'azione di insistere per l'accoglimento della propria domanda, lo stesso limite vale anche nei confronti del cessionario.

Figura affine alla rinuncia all'azione – in alcune sentenze addirittura sovrapponibile – è il recesso dalla domanda; anche questo atto processuale abbisogna di una sentenza (di c.m.c. o di rigetto nel merito) che lo recepisca. Cfr. Cass. 11 giugno, n. 1744, in *Mass. Foro it.*, 1941, 432, ribadisce che il recesso dalla domanda non determina, di per sé, la cessazione del rapporto processuale. In senso conforme, Cass., 19 gennaio 1940, n. 223 in *Mass. Foro it.*, 1940, 39.

⁸ Per Cass., 20 luglio 1938, in *Giur. it.*, 1938, I, 1131-1132, la rinuncia all'azione comporta una sentenza di rigetto nel merito: "la rinuncia all'azione, del tutto distinta da quella agli atti del giudizio e consistente nel riconoscimento da parte dell'attore della giuridica inconsistenza della sua pretesa, non fa cessare il rapporto processuale, ma ha il suo immancabile effetto sul contenuto della sentenza del giudice, il quale deve limitarsi a darne atto dichiarando infondata l'azione". Corollario di questa impostazione era che, ai fini della validità della rinuncia all'azione, non occorreva l'osservanza delle forme prescritte per gli atti di disposizione: la rinuncia "è un atto processuale e come tale è valida se manifestata secondo le forme del diritto processuale (...) per la precipua ragione che la ripercussione della rinuncia all'azione sul diritto sostanziale si produce non come conseguenza della rinuncia in sé stessa, ma a seguito della sentenza del giudice che è dichiarazione di diritto".

⁹ A tal fine, il giudice godeva di un certo margine di discrezionalità nella qualificazione. Nel caso sottoposto a Cass., 28 aprile, 1941, n. 1246, in *Mass. Foro it.*, 1941, 308, il giudice di merito aveva escluso che si fosse perfezionata la fattispecie di estinzione del processo per rinuncia a seguito di uno scambio di corrispondenza tra le parti. Nel dettaglio, oltre all'esame del contenuto delle lettere, il giudice aveva valutato le circostanze che avevano accompagnato e seguito lo scambio di corrispondenza e il comportamento processuale dell'attore. A seguito di questa valutazione, il giudice aveva qualificato le dichiarazioni di parte non alla stregua di una rinuncia agli atti, ma come riconoscimento, da parte dell'attore, dell'inconsistenza dell'azione proposta, il che ha comportato una definizione della lite con una sentenza di rigetto nel merito.

¹⁰ Cass. Firenze, 8 ottobre 1923, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 3 ss.

l'effetto, pronunciasse la condanna dell'attore. Proprio la valutazione delle circostanze del caso concreto spinse la Cassazione a ritenere che l'attore avesse posto in essere una rinuncia di portata assai più ampia, capace di oltrepassare il tenore letterale della dichiarazione: la posizione processuale dell'attore risultava, infatti, irrimediabilmente pregiudicata dagli avvenimenti di causa, il che consentiva di riqualificare come rinuncia all'azione l'atto abdicativo originariamente riferito agli atti del giudizio¹¹. La Cassazione procedeva quindi a confermare la sentenza impugnata, che aveva dichiarato cessata la materia del contendere “dicendo cosa esatta, senza peccare di *ultrapetita*, essendo la formula stessa la conseguenza delle deduzioni della parte e rispondente alla sostanza delle cose”¹².

Un'altra conseguenza di questa facoltà riconosciuta al giudice di “interpretare” gli atti posti in essere dalle parti era che, così facendo, la giurisprudenza tendeva a ravvisare l'atto di rinuncia in una gamma abbastanza vasta di comportamenti posti in essere dalle parti, “qualificati” dalla situazione processuale nella quale avevano a intervenire o dai rapporti intercorrenti, in quel dato momento, tra le parti¹³.

Ebbene, tornando alla transazione, si è detto che questa, di per sé stessa, non fosse in grado di determinare una terminazione anzitempo del giudizio per cessata materia del contendere: occorre l'intervento contestuale di una rinuncia all'azione, rinuncia che, quindi, risultava essere una causa autentica di c.m.c., intesa come ipotesi di chiusura del giudizio senza alcuna pronuncia sulla domanda proposta. Tuttavia, il

¹¹ In altre parole la Cassazione ha ritenuto che, data la situazione processuale in cui il giudizio si trovava al momento della rinuncia, quest'ultima non potesse essere una semplice rinuncia agli atti, ma una vera e propria rinuncia all'azione, efficace in quanto tale, senza bisogno di accettazione della controparte. La sentenza è annotata da P. CALAMANDREI, *ivi*, il quale, prendendo le mosse dalla fattispecie esaminata dalla Corte, giungeva a confezionare alcune considerazioni in tema di rinuncia all'azione, dall'angolo visuale del raffronto con la rinuncia agli atti del giudizio. Secondo l'A., la differenza pratica tra rinuncia agli atti e rinuncia all'azione, chiara finché si considera il giudizio di prime cure, diventava più nebulosa quando si aveva a che fare con rinunce processuali intervenute nel giudizio di secondo grado. Secondo l'A., si poteva affermare, con un certo grado di sicurezza, che configurasse una vera e propria rinuncia all'azione la figura della rinuncia al diritto di impugnare una sentenza prevista dall'art. 465 c.p.c. abrogato: “poiché dalla pronuncia di primo grado nasce nel soccombente un diritto di appello, cioè il diritto a ottenere una seconda decisione nella stessa controversia e ad impedire così che la prima decisione passi in giudicato, l'attore soccombente che rinunci all'appello lascia con ciò che si formi il giudicato sulla inesistenza dell'azione, la quale quindi non può più essere riproposta né in quello né in altri futuri giudizi”. La rinuncia al diritto di appellare non rappresentava altro che una delle forme della rinuncia all'azione, qualora fosse intervenuta una volta esaurito il giudizio di primo grado.

¹² Cass. Firenze, 8 ottobre 1923, *cit.*, 7.

¹³ Cosa che tende invero a fare anche oggi, seppur in un mutato contesto normativo. In questo filone si inserisce la pronuncia della Corte d'Appello di Milano del 27 luglio 1926, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, 52-56, secondo cui la convenzione di rinuncia, frutto della volontà delle parti e avente come possibile effetto la rinuncia agli atti, all'azione o al gravame, è libera da qualsivoglia vincolo di forma.

fatto che la rinuncia fosse determinata dall'avvenuta transazione non era senza conseguenze per la giurisprudenza di quel tempo, che, anzi, ne aveva tratto un importante corollario. Nel dettaglio, si sosteneva che il venir meno dell'accordo negoziale alla base della rinuncia fosse in grado di privare di efficacia la rinuncia stessa, con conseguente reviviscenza del processo. Questo valeva tanto per il giudizio di primo grado, quanto per l'appello e l'istanza di revocazione, giacché, si riteneva che il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, per effetto della rinuncia, presupponesse la validità e la permanente efficacia di questa¹⁴. Controversa appariva l'applicabilità di questo principio in sede di legittimità, in considerazione delle particolarità di tale giudizio. Della rinuncia al ricorso per cassazione si occupavano gli articoli 550, 551 e 552 del codice abrogato, i quali attribuivano all'organo giudicante una parte essenziale per il perfezionamento di questo atto, a differenza delle fasi di merito, in cui la rinuncia risultava soggetta unicamente alla libera disposizione dei privati. La spiegazione di ciò risiedeva nella particolare considerazione che la normativa allora vigente riservava al ricorso per cassazione, inteso come un istituto nell'interesse della legge (e solo secondariamente in contemplazione del soggetto privato). Dunque, pendente il giudizio di legittimità, l'atto di rinuncia doveva osservare precisi vincoli formali e temporali; sul ricorso per rinuncia decideva la Cassazione con sentenza di rito, avverso la quale non era concesso alcun mezzo di impugnazione¹⁵. Proprio questo profilo si riteneva potesse ostare all'applicazione del principio suesposto: infatti, si era in presenza di una sentenza della Cassazione, che non era soggetta né a revocazione, né a opposizione. Ad ogni modo, un'autorevole interpretazione riteneva che il disposto di legge non precludesse la considerazione della successiva modificazione della situazione di fatto, bensì demandasse la verifica relativa al venir meno del presupposto fondamentale della pronuncia (cioè il negozio giuridico privato) alla Cassazione stessa.

¹⁴ Per un approfondimento, L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, IV, 660 - 665, che accoglieva con favore simile prassi giurisprudenziale, in grado, secondo l'A., di favorire il componimento amichevole, tutelando la parte da eventuali inconvenienti pratici: se viene meno il negozio transattivo alla base della volontà di rinunciare, è logico che la manifestazione della medesima, fatta con l'istanza di rinuncia, perda le condizioni di validità giuridica. Il punto costituirà oggetto di esame *infra* cap. III, quando si cercherà di offrire una soluzione soddisfacente all'ipotesi di transazione semplice intervenuta in corso di causa (a cui sia seguita una chiusura del giudizio per c.m.c.), rimasta poi inadempita dalla parte originariamente convenuta e successivamente risolta.

¹⁵ Cass., Napoli, 17 novembre 1906, in *Giur. it.*, 1907, I, 1, 524. Quanto alle spese giudiziali, la relativa pronuncia non rappresentava un obbligo inevitabile per il giudice, in quanto l'art. 550 ult. capoverso c.p.c. lasciava alle parti la facoltà di regolare autonomamente i loro rapporti in ipotesi di sopravvenuta transazione.

In definitiva, il superamento del negozio giuridico privato non poteva costituire motivo d'istanza di revocazione o di opposizione, perché spettava unicamente alla Cassazione il compito di accertare il venir meno dell'accordo transattivo e, in caso di esito affermativo, riprendere l'esame sul ricorso originario, ponendo nel nulla tanto la rinuncia che la relativa ammissione¹⁶. Quindi, nonostante non fosse possibile contestare la validità della rinuncia una volta che il giudice avesse preso atto della stessa e proceduto ad attuarne gli effetti, vi era un caso in cui la giurisprudenza ammetteva la possibilità che la rinuncia stessa venisse meno, con conseguente reviviscenza del ricorso originario, in precedenza rinunciato: si trattava dell'ipotesi in cui la rinuncia si ponesse quale conseguenza dell'avvenuta transazione, e la transazione stessa venisse successivamente annullata¹⁷. Questo rappresentava l'unico caso in cui la parte avrebbe potuto impugnare la validità della rinuncia dopo che ne fosse stata pronunciata l'ammissione.

Tornando all'ambito applicativo della formula di c.m.c., si può rilevare come, seppur per ragioni diverse, quelle riportate rappresentassero tutte situazioni di imbarazzo per l'organo giudicante. In questa primissima fase di utilizzo della declaratoria non vi è traccia di una discussione teorica riguardante questa pronuncia, così come, più in generale, non è dato registrare alcuna attenzione per la problematica relativa al fatto sopraggiunto. La c.m.c. è una formula che, *ex nihilo*, ha cominciato ad apparire in determinate situazioni, facendosi conoscere all'esperienza pratica senza che il relativo impiego risultasse accompagnato da alcuna giustificazione, che, anzi, verrà confezionata solo in un momento (non di poco) successivo. Si parlava di venir meno dell'oggetto del processo senza aggiungere altro, consapevoli della forza evocativa della locuzione. In questa fase, la c.m.c. altro non era che un *non liquet*, determinato da

¹⁶ MORTARA, *Commentario*, cit., 665.

¹⁷ Cass., Palermo, 19 luglio 1904, in *Giur. it.*, 1904, I, 1, 1135; Cass., Napoli, 5 aprile 1906, in *Giur. it.*, 1906, I, 1, 709. Dalla data del passaggio in giudicato della sentenza che disponeva l'invalidità dell'atto negoziale risorgeva la controversia, nello stato in cui si trovava il giorno della rinuncia. A riguardo era indispensabile un'istanza privata, non potendo la Corte riprendere d'ufficio la cognizione dopo che aveva proceduto ad ammettere la rinuncia. Non era chiaro, tuttavia, se la reviviscenza del ricorso (e con esso del giudizio) potesse conseguire unicamente all'annullamento della transazione a causa di un vizio tale da rendere *ab origine* invalida la volontà di rinunciare oppure potesse conseguire anche alla risoluzione del contratto transattivo per inadempimento. Nella prima eventualità, la reviviscenza della controversia sarebbe dipesa dal passaggio in giudicato della sentenza di annullamento del negozio transattivo; Cass. di Roma, 20 maggio 1905, in *Giur. it.*, 1905, I, 1, 776. In senso conforme, MORTARA, *Commentario*, cit., IV, 660-665; lo Studioso reputava conforme alla logica che si ripristinasse il processo una volta venuta meno l'efficacia legale del provvedimento di ammissione della rinuncia.

ragioni differenti a seconda della tipologia di fatto sopraggiunto: il giudice non voleva pronunciarsi sulla domanda originaria per non decretarne il rigetto (in ipotesi di fatti comportanti la sopravvenuta estinzione del diritto dedotto in giudizio) oppure perché mal tollerava l'idea di doversi attenere al volere della parti (in ipotesi di rinuncia all'azione o di riconoscimento del diritto. Sul punto di tornerà approfonditamente tra poco)¹⁸. Certo, vi erano istituti astrattamente idonei a recepire la sopravvenienza di un fatto giuridicamente rilevante sul processo in corso, quali l'estinzione per rinuncia agli atti o per inattività e la modificazione della domanda, ma l'attivazione di questi era estranea alla potestà del giudice e dipendeva dalla volontà delle parti. L'unica soluzione nelle mani del giudice era dunque la sentenza (di contenuto necessariamente negativo in ipotesi di sopravvenuta estinzione del diritto dedotto in giudizio e piegata alla volontà delle parti in ipotesi di atti unilaterali comportanti la sottomissione alle pretese della controparte). Ebbene, proprio a questa situazione di imbarazzo la giurisprudenza civile decise di far fronte mediante l'impiego della formula di cessata materia del contendere, vale a dire di una formula neutra, mediante la quale il giudice poteva, di fatto, esimersi dal decidere sulla domanda originaria. Alla luce di quanto emerso si può dunque affermare che le prime pronunce dichiarative della cessazione della materia del contendere non mirassero alla soluzione di questioni teoriche generali, ma avessero come obiettivo la soluzione di situazioni particolari¹⁹. A differenza delle decisioni del giudice amministrativo in cui era presente una considerazione del fenomeno delle sopravvenienze e una definizione della c.m.c., che valeva come una giustificazione dell'utilizzo della stessa, nell'elaborazione civilistica l'utilizzo della locuzione era sporadico ed estemporaneo. E' dato rinvenire sentenze che dichiarano cessata la materia del contendere *sic et simpliciter*, senza curarsi né di approfondire le ragioni che potevano condurre all'impiego di una simile formula di chiusura del processo non tipizzata dal legislatore, né di considerarne le possibili implicazioni. La sensazione, dunque - basata proprio sulla circostanza che in nessuna delle sentenze reperite vi è traccia di una spiegazione, seppur fugace, dell'utilizzo di simile formula - è che il

¹⁸ Già in Cass. Genova, 11 agosto 1848, in *Giur. degli stati sardi, 1848-1849*, col. 430, all'ipotesi di desistenza dall'azione (antenata della rinuncia all'azione) veniva ricollegata l'efficacia di impedire la riproposizione dell'azione desistita, ma non quella di determinare la compilazione di una sentenza di rigetto nel merito.

¹⁹ Di questo avviso anche C. GALTIERI, *La cessazione della materia del contendere davanti ai Tribunali amministrativi regionali*, in *Cons. St.*, 1974, II, 1187.

giudice civile utilizzasse un'unità concettuale già esistente: come se la dichiarazione di cessata materia del contendere venisse presa a prestito, forse proprio dal contenzioso amministrativo, per uscire da situazioni di *impasse*.

Alla luce di quanto detto, occorre procedere a fissare alcuni punti fermi in merito al significato attribuito alla locuzione "cessazione della materia del contendere" dalla giurisprudenza formatasi sul codice di procedura civile del 1865. Si è avuto modo di rilevare come, nonostante l'assenza di una riflessione, ma anche solo di una giustificazione, seppur embrionale, dell'utilizzo di questa formula sconosciuta al codice di rito, la giurisprudenza dichiarava la cessazione della materia del contendere sia in conseguenza del sopraggiungere di eventi con portata estintiva della fattispecie giuridica azionata in giudizio, che in virtù dell'intervenuta autocomposizione della lite, sia che questa fosse avvenuta mediante reciproche concessioni, sia che tale risultato fosse dipeso dalla sottomissione unilaterale di una parte alle pretese dell'altra. Nel primo caso la declaratoria si sostituiva a una sentenza di rigetto nel merito (che sarebbe apparsa ingiusta in considerazione della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della proposizione della domanda); mentre, nel secondo caso, la dichiarazione di c.m.c. costituiva lo strumento, nelle mani del giudice, per affermare l'autorità e la libertà decisionale dell'organo giudicante nei confronti dell'ingerenza delle parti. Per fronteggiare entrambe queste situazioni, la prassi si determinò a impiegare la formula di cessata materia del contendere. È evidente come, con il medesimo tratto di penna, si derogò anche alla disciplina positiva, ammettendo che il processo potesse terminare con una decisione ignota al sistema di diritto processuale normativamente dato. Vero è che, in questa prima fase, laddove è intervenuta, la formula non ha fatto altro che risolvere situazioni verificatesi in conseguenza di fatti di cessazione poco problematici, quali la morte dell'interdicendo, della persona del coniuge pendente il giudizio di separazione o l'avvenuta transazione, immancabilmente accompagnata da un atto di rinuncia. L'impiego risultava quindi circoscritto a quelle ipotesi in cui il fatto sopravvenuto avesse eliminato radicalmente la stessa possibilità di contendere ancora su una materia venuta irreversibilmente meno (si pensi alla morte del coniuge o della persona dell'interdicendo), oppure fosse la manifestazione tangibile della ritrovata armonia tra gli originari contendenti (transazione). Questo timido utilizzo ha celato, o forse solamente edulcorato, la deroga alla disciplina legislativa; deroga che comunque vi è

stata²⁰. Quel che occorre sottolineare di questa primissima fase di utilizzo della formula è che, in tale contesto, la scelta effettuata dalla giurisprudenza non appare né troppo

²⁰ Al ricorrere di altre ipotesi, maggiormente problematiche, quali, ad esempio, l'adempimento di quanto preteso dall'attore effettuato dal convenuto in corso di causa, la giurisprudenza si rifiutò di dichiarare cessata la materia del contendere, preferendo definire in rito il giudizio per sopravvenuta carenza di interesse ad agire. Si noti come la cessazione della materia del contendere e la sopravvenuta carenza di interesse ad agire fossero, in questa fase, legate da un rapporto di alterità, che si trasformerà poi in una relazione di perfetta equivalenza. In questo senso, Cass., 10 gennaio 1928, n. 33, in *Foro it. Rep.*, 1928, voce Responsabilità civile, n. 543 e in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, 122-129. Il caso sottoposto all'attenzione della Corte era il seguente: il soggetto danneggiato conveniva in giudizio il danneggiante al fine di ottenere la condanna al risarcimento dei danni patiti. Il danneggiante eccepiva che, per il danno patito, l'attore risultava essere assicurato e, pendente il giudizio, aveva provveduto a riscuotere l'indennità di assicurazione. In conseguenza di ciò, la Corte ritenne la domanda attrice priva di interesse ad agire ex art. 36 codice abrogato, nonostante l'assicuratore non si fosse ancora costituito per far valere il diritto di surroga concessogli dall'art. 418 dell'allora vigente codice del commercio. Secondo la Corte, "il principio generale consacrato dall'art. 36 c.p.c. dichiara che per proporre una domanda in giudizio e per contraddirvi è necessario avervi interesse" e "tale interesse non può più riconoscersi a chi di un danno sia stato di già indennizzato, sia pur non direttamente dal danneggiante, ma da altra persona avente interesse a soddisfare il risarcimento come indubbiamente è l'assicuratore del danno". In considerazione del fatto che l'indennità percepita corrispondeva all'intero ammontare del danno doveva quindi escludersi, totalmente, l'interesse giustificante l'azione del risarcimento.

Un'altra ipotesi peculiare è quella decisa dal Tribunale di Santamaria Capua Vetere con la pronuncia dell'11 febbraio 1930, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, 138-148: in un giudizio possessorio introdotto con un'azione di spoglio da A, il convenuto B, proprietario del fondo servente, riconosceva la fondatezza della pretesa di A e, nel verbale di conciliazione all'uopo redatto, si obbligava a reintegrare l'attore nella servitù di passaggio, eliminando gli ostacoli materialmente frapposti per impedirne l'esercizio, nonché a rimborsare lo stesso delle spese giudiziali sostenute e a risarcirlo dei danni sofferti. Il procedimento possessorio trovava quindi il proprio epilogo nel verbale di conciliazione. A distanza di poco tempo, B proponeva l'*actio negatoria servitutis* nei confronti di A, forte del fatto che il divieto stabilito dall'allora vigente art. 445 c.p.c. - che sanciva il divieto del cumulo del petitorio col possessorio - fosse superato dalla sollecita conclusione della vertenza possessoria, avvenuta per mezzo dell'accordo conciliativo, tra l'altro non rispettato (e quindi non eseguito) proprio dallo stesso B. Alla luce del comportamento successivo, si poteva desumere che il convenuto nel giudizio possessorio (B) avesse accondisceso a una conclusione bonaria del procedimento al solo scopo di impedire l'applicazione della norma che, sancendo il divieto del cumulo del petitorio con il possessorio, esprimeva il favore nei confronti dell'espletamento, in via preliminare, del giudizio possessorio. Forte di questo argomento, A si opponeva all'ammissibilità dell'*actio negatoria servitutis* adducendo che B non aveva ancora dato piena esecuzione ai patti convenuti con il verbale di conciliazione. In accoglimento delle difese di A sentenziava il Tribunale, secondo cui il divieto del cumulo del petitorio col possessorio sussisterebbe anche quando la causa possessoria fosse stata definita con verbale di conciliazione e il convenuto non avesse ancora dato esecuzione ai patti in esso racchiusi; "finché sussiste un titolo eseguibile, di valore equipollente a quello di una sentenza, la posizione del soggetto spogliato può dirsi tutelata". Secondo il Tribunale, la fattispecie rientrava nel perimetro applicativo del divieto legislativo di cui all'allora vigente art. 445 c.p.c., secondo cui il giudizio possessorio, finché non sia stata pronunciata sentenza e questa non sia stata interamente eseguita, impedisce al convenuto di promuovere il giudizio petitorio. Tale divieto era posto nei confronti del convenuto soccombente; dunque, non vi poteva essere differenza di trattamento tra chi avesse riconosciuto il proprio torto con verbale di conciliazione e chi tale torto fosse stato costretto a subire a mezzo della sentenza del magistrato. Si rinvia *infra* cap. III per l'esame della problematicità di questa fattispecie anche oggigiorno, stante l'idoneità del comportamento remissivo del convenuto-spogliante a determinare la fine del giudizio per cessata materia del contendere. In assenza di definitività del comportamento concretamente posto in essere e di una pronuncia suscettibile di essere eseguita, l'attore spogliato si potrebbe trovare in balia dell'arbitrio dello spogliante.

meditata, né troppo convinta²¹. La formula viene utilizzata per risolvere situazioni di difficoltà, d'imbarazzo. L'impiego pare essere il frutto di una scelta dettata dalle circostanze del caso concreto. In questa prima fase, la c.m.c. è un prodotto spontaneo, il riflesso incondizionato della giurisprudenza rispetto al sopraggiungere di taluni fatti di cessazione. Non vi era alcuno schema dietro all'utilizzo della formula, anzi, vi era, semmai, un po' di confusione in tema di c.m.c. e un po' di disagio nei confronti del fatto sopravvenuto²². Emerge dunque l'estemporaneità che ha governato il primo impiego della formula. Occorre, a questo punto, proseguire nello studio e guardare alle *posizioni* della dottrina, vigente il codice post-unitario, riguardo al sopraggiungere del fatto di cessazione, ma soprattutto alle *reazioni* rispetto alla neonata prassi della cessazione della materia del contendere.

²¹ Al ricorrere di medesime fattispecie, la cessazione della materia del contendere veniva dichiarata in un caso e non nell'altro, cronologicamente successivo. Ad esempio nella sentenza 30 giugno 1927, in *Riv. dir. proc.* 1928, 189-195, la Cassazione, in una causa di interdizione, dichiarava cessata la materia del contendere a causa della morte sopravvenuta dell'interdicendo. La Corte precisava che simile pronuncia pone nel nulla le sentenze pronunciate anteriormente, che quindi non possono acquistare autorità di cosa giudicata. Questo poiché "l'irrevocabilità della sentenza, che induce il valore della cosa giudicata quale presunzione di verità legale, è quella che è rappresentata dal fatto che la sentenza non può essere più impugnata o che l'impugnativa fu respinta, ma non da quell'irrevocabilità che derivi dal fatto, di contenuto giuridico affatto diverso, cioè che la sentenza sia stata impugnata ma non possa, tuttavia essere né confermata, né revocata perché, a cagione di una condizione di diritto sopraggiunta che ha estinto l'azione, il magistrato superiore si trova nella impossibilità di decidere se l'impugnativa era o non era fondata". In questa fattispecie la terminazione per c.m.c. è uno sbocco obbligato: il processo non poteva proseguire per intervenuta estinzione dell'azione e la declaratoria in questione appariva idonea a constatare l'impossibilità di ogni ulteriore discussione sul merito della causa. A meno di dieci anni di distanza, la Cassazione, chiamata a sindacare la legittimità di una sentenza emessa in una causa di separazione personale, si è rifiutata di decretare la cessazione della materia del contendere nonostante il sopraggiungere della notizia della morte di uno dei coniugi separandi durante la pendenza del giudizio. La Corte rigettava l'istanza volta alla dichiarazione di c.m.c., proposta contestualmente alla produzione in udienza del certificato di morte, sul presupposto che "la morte di alcuna delle parti o il mutamento della sua condizione giuridica avvenuta dopo la notificazione del ricorso non precludono alla cassazione l'esame del ricorso medesimo, giacché l'attività giurisdizionale della cassazione è legittimamente messa in moto in base al ricorso"; di simili eventi "non può tenersi conto dalla Corte di Cassazione la cui attività è esercitata in virtù del solo ricorso ed il cui compito si restringe ad esaminare se la sentenza d'appello in relazione al momento in cui è stata emessa fosse o no affetta da taluni di quei vizi dall'art. 517 c.p.c. specificati come motivo di cassazione". Cfr. Cass. 20 marzo 1933, in *Riv. dir. proc.* 1934, 144-162.

²² Quando accadeva, la giurisprudenza civile si limitava ad adottare la formula senza cimentarsi in alcuno sforzo ricostruttivo e, quindi, senza supportarne l'impiego tramite l'elaborazione di uno studio sull'incidenza del fatto sopravvenuto. Si avrà modo di rilevare infatti come la prima reale riflessione in tema di sopravvenienze avverrà solamente a distanza di alcuni anni. A riguardo si rinvia *infra* Cap. I, par. 3. Con riferimento all'imbarazzo della giurisprudenza nei confronti del fatto sopravvenuto, si consulti Cass., 22 febbraio 1934, reperibile in *Riv. dir. proc.*, 1937, 81-86 con nota critica di A. COSTA, *Soppravvenuta cessazione del vincolo familiare nella lite per alimenti: rilievo d'ufficio o ad istanza di parte?*, *ivi*.

3. *La formula nell'opinione della dottrina processualcivilistica del primo Novecento: il ricordo delle sentenze di non luogo a procedere allo stato degli atti ha determinato un sentimento di distacco (se non proprio di avversione) nei confronti dell'impiego di una formula terminativa del giudizio non prevista dal legislatore.*

L'indagine delle opinioni espresse dalla dottrina nei primi lustri del '900 in merito alla cessazione della materia del contendere non può prescindere da una serie di considerazioni. L'attenzione prestata dagli Studiosi del processo civile è stata definita scarsa, soprattutto nel raffronto con l'approccio adottato dall'elaborazione dottrinale processualamministrativistica. Quest'ultima, infatti - e lo si vedrà meglio oltre - ha dimostrato grande solerzia nel supportare il *modus procedendi* della giurisprudenza amministrativa, e ciò in virtù di tutte quelle ragioni, cui già si è fatto cenno e che verranno riprese e approfondite di seguito. Procedendo con ordine, occorre entrare nel vivo dell'argomento oggetto di questo paragrafo, non senza tentare di contestualizzare i dati storici reperiti. Si è detto che la reazione della dottrina processualcivilistica rispetto alla neonata c.m.c. è stata tiepida, dominata da cautela e da scarso entusiasmo. Per comprenderne le ragioni, occorre spostare l'attenzione qualche anno addietro, fino a incontrare il fenomeno, anch'esso di matrice pretoria, delle *sentenze di non luogo a procedere allo stato degli atti*. Questa prassi, invalsa nei tribunali di merito a cavallo del 20° secolo, attribuiva al giudice la facoltà, una volta compiuto l'esame nel merito della pretesa, di emettere una sentenza con cui dare conto dell'insufficienza delle prove addotte a sostegno della domanda, senza però rigettare quest'ultima nel merito²³. Altrimenti detto, con simile tipo di pronuncia, l'organo giurisdizionale pronunciava l'assoluzione del convenuto in via meramente provvisoria, concedendo all'attore la possibilità di insistere nella riproposizione della medesima domanda, previa adduzione di nuovi mezzi di prova. Va da sé che, con l'emissione di questa particolare sentenza, il magistrato veniva meno alla sua funzione di organo destinato alla definizione delle liti, assumendo le qualità e le mansioni di tutore dell'attore, poiché si rifiutava di

²³ In Corte App. Firenze, 29 gennaio 1927, in *Riv. dir. proc.*, 1927, 338-349, si legge che "quando manchi la prova di un fatto allegato da una delle parti a sostegno della sua domanda, ben può l'autorità giudiziaria, riscontrando qualche elemento presunzionale a favore di essa, pronunciare il rigetto con la formula allo stato degli atti". Si noti come tale prassi non sia mai riuscita a permeare la giurisprudenza di legittimità. Per ulteriori dettagli, si confronti N. PAJARDI, *Riflessioni sulla efficacia della sentenza pronunciata allo stato degli atti, nota a Pret. Milano, 16 dicembre 1958*, in *Riv. dir. proc.* 1958, 123-129, il quale, nel ribadire la fermezza dell'opposizione della Suprema Corte nei confronti di questo tipo di pronuncia, ne sottolinea la costanza esemplare.

pregiudicarne le pretese, pur riconoscendole difettose di prova²⁴. Senza indugiare oltre sull'affascinante tematica delle sentenze di non luogo a procedere allo stato degli atti, queste brevi note introduttive volevano dare conto della presenza, nell'analisi scientifica di quel tempo, di un elemento di avversione per l'impiego, nel processo civile, di una formula, quale quella dichiarativa della c.m.c., non prevista dall'ordinamento positivo e che evocava in molti il ricordo proprio di tale deprecabile prassi. Quest'ipotesi ricostruttiva è in grado di assumere maggiore consistenza se si considera un'altra critica che la dottrina era adusa muovere alle sentenze di non luogo a procedere allo stato degli atti: l'obiezione investiva il profilo relativo alla *tipicità* degli atti giurisdizionali, vale a dire un aspetto capace di rappresentare un solido argomento anche nell'analisi relativa alla legittimità della pronuncia di cessazione della materia del contendere²⁵. Si affermava, infatti, la necessità che gli atti giurisdizionali rispondessero al canone della tipicità da un duplice angolo visuale: dovevano esserlo sia in relazione alla forma, giacché la legge stabilisce tassativamente in quali forme può essere espressa la volontà del giudice; sia in relazione all'uso di una determinata forma per ogni determinato caso, in quanto la legge prescrive l'impiego di una determinata forma tipica per ogni insieme ideale di casi processuali. Dunque, si ritiene che queste fossero alcune delle ragioni dei malumori che agitavano la dottrina: anche se in ipotesi di cessazione della materia del contendere non si registrava lo sconfinamento di ruoli proprio della prassi delle sentenze di non luogo a procedere allo stato degli atti, si era comunque in presenza di una chiusura del processo con modalità ignote al sistema processuale codificato che, con la complicità di alcune affermazioni giurisprudenziali un poco ingenue, poteva apparire come un altro caso di inammissibile *non liquet*.

Ecco spiegati alcuni dei motivi del disinteresse, se non proprio dell'ostilità, che aveva caratterizzato l'atteggiamento di alcuna dottrina processualcivilistica rispetto alla figura in esame. La presenza di questa sensibilità non ha impedito che, nello stesso torno di anni - siamo nella prima metà del XX secolo - s'inserisse una prima analisi scientifica della c.m.c., intesa non tanto come istituto, quanto come sintesi delle problematiche riconnesse al sopraggiungere di un fatto di cessazione.

²⁴ Per questo rilievo si confronti N. JAGER, *Le sentenze di rigetto della domanda allo stato degli atti, nota a Corte d'Appello di Firenze, 29 gennaio 1927*, in *Riv. dir. proc.*, 1927, 338-349.

²⁵ Cfr. N. PAJARDI, *Riflessioni sulla efficacia della sentenza pronunciata allo stato degli atti*, cit.

4. (segue) Analisi del fatto sopravvenuto nelle opinioni dei grandi Maestri della scienza del processo civile e considerazione della problematica nel dibattito giuspolitico antecedente l'emanazione del codice di rito del 1940

Nelle pagine che precedono si è cercato di motivare il disinteresse con il quale la dottrina italiana ha accolto l'impiego della formula di cessata materia del contendere. Con lo stesso disinteresse non si è guardato alla tematica del fatto sopravvenuto; anzi, sotto l'imperio del codice abrogato, si sono occupati dell'argomento i grandi Maestri della scienza del processo civile, ponendo in essere una lucida analisi delle possibili conseguenze dell'irrompere dell'evento rispetto all'esito del giudizio in corso.

Occorre anzitutto soffermarsi sulla compiuta analisi svolta da Chiovenda, il quale si è preoccupato, in primo luogo, di indicare i motivi per i quali un fatto, venuto a esistenza in un momento successivo alla proposizione della domanda, potesse, in determinati casi, assumere rilievo, nonostante l'esistenza nell'ordinamento di un principio opposto, in forza del quale il giudice avrebbe dovuto tenere conto solo della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della proposizione della domanda²⁶. La spiegazione, secondo l'Autore, si sarebbe dovuta ricercare nel principio di economia dei giudizi: l'esigenza, propria e imprescindibile del diritto moderno, di orientare l'esercizio dell'attività giurisdizionale a canoni in senso lato economicistici avrebbe indotto, infatti, ad attenuare la rigidità dell'opposto principio dell'insensibilità del processo ai mutamenti di fatto e di diritto successivi alla sua instaurazione²⁷. Alla luce di queste considerazioni, l'Autore ha apportato un temperamento al proprio stesso insegnamento secondo cui la sentenza di accoglimento avrebbe dovuto attuare la legge come se ciò fosse avvenuto al momento della domanda giudiziale, in modo che la durata

²⁶ CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 137; ID, *Istituzioni di diritto processuale*, Napoli, 1960, 154-155 (ristampa II edizione).

²⁷ Secondo Chiovenda, nel diritto moderno, il principio di economia processuale si pone come un elemento inscindibile dai concetti di giustizia e di pace sociale. Per un approfondimento, si consulti COMOGLIO, *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980, 5 ss., il quale intravede la possibilità di individuare alcune ipotesi tipiche in cui l'introduzione di parametri economici, specie nella valutazione dei poteri delle parti e del giudice, si rivelerebbe in grado di esercitare un'influenza non trascurabile sulla risoluzione di svariati problemi interpretativi, consentendo, tra l'altro, di integrare determinate lacune della disciplina processuale. Con riferimento al tema oggetto della presente indagine, l'A. ritiene che la c.m.c. sia chiamata a soddisfare le esigenze di ottimizzazione delle risorse economiche del sistema sotto un duplice profilo: sia fornendo una modalità di chiusura del giudizio appagante in termini di tempo e di spese, sia, aderendo a una proiezione ultra-processuale del principio, riducendo al minimo la possibilità statistica di instaurazione di ulteriori, successivi giudizi. Secondo l'A., entrambi questi risultati potrebbero conseguirsi mediante uno sfruttamento più razionale e intensivo delle risorse del processo già instaurato.

del processo non fossa andata a detrimento dell'attore che aveva ragione. Infatti, un'applicazione rigorosa di questo principio avrebbe portato alla conseguenza per cui, ai fini della decisione, il giudice non avrebbe potuto tenere conto né dei fatti estintivi del diritto posteriori alla domanda, né dei fatti costitutivi venuti a esistenza successivamente a tale momento. Ebbene, sulla base di queste premesse, il giudice sarebbe stato tenuto a pronunciare in base alla situazione esistente al momento della chiusura della discussione e, quindi, ad accogliere la domanda dell'attore nel caso in cui il fatto costitutivo si fosse verificato durante la pendenza della lite e, specularmente, ad assolvere il convenuto se il diritto dedotto si fosse estinto durante il corso del processo. In quest'ultimo caso, però - e qui risiede la particolarità della ricostruzione - il giudice non avrebbe potuto dichiarare la domanda infondata, dovendo motivare l'assoluzione con la cessazione della materia del contendere²⁸. Emerge, pertanto, come, nel pensiero dell'Autore, la pronuncia di c.m.c. fosse funzionale al rispetto del principio di economia processuale e venisse in gioco ogniqualvolta l'attore avesse ottenuto, nel corso del giudizio, proprio ciò che costituiva l'oggetto della propria pretesa originaria. Inoltre, la circostanza che l'evento sopravvenuto avesse, di fatto, dimostrato l'esistenza del diritto vantato al momento della proposizione della domanda induceva l'Autore a ritenere che la c.m.c. non si identificasse con una semplice pronuncia di rigetto nel merito. Questa ulteriore considerazione aveva ripercussioni notevoli in punto di distribuzione delle spese del giudizio che, per l'appunto, avrebbero dovuto ricevere una regolamentazione speciale²⁹. La condanna al pagamento delle spese, infatti, non avrebbe potuto riferirsi che al periodo anteriore alla cessazione della responsabilità. Inoltre, data l'atipicità della dichiarazione che dà atto che la materia del contendere è venuta meno, ci si sarebbe trovati innanzi a un'ipotesi di responsabilità per le spese senza soccombenza³⁰. L'A. ammetteva inoltre la possibilità che la lite proseguisse al solo fine di regolare le spese, non esigendo, di conseguenza, per la configurabilità della pronuncia, una totale

²⁸ Per un ulteriore approfondimento si veda G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 151.

²⁹ A onor del vero, anche l'ipotesi opposta - ossia quella dell'accoglimento della domanda in forza del sopravvenire, lite pendente, di un suo fatto costitutivo - avrebbe dovuto ricevere una regolamentazione diversa e speciale con riguardo alla disciplina delle spese. G. CHIOVENDA, *Principii* cit., 151 e 903.

³⁰ Nel caso opposto, ossia nell'ipotesi in cui la responsabilità del convenuto fosse sorta pendente il giudizio, la condanna alle spese si sarebbe dovuta riferire al solo periodo posteriore al suo sorgere. *Amplius*, G. CHIOVENDA, *Principii* cit., 903.

consonanza tra le posizioni delle parti, tale da coinvolgere tutti gli aspetti della lite originaria³¹.

Pertanto, nella ricostruzione di Chiovenda, la cessazione della materia del contendere si configurava solamente nell'ipotesi in cui sopraggiungesse un fatto estintivo del diritto azionato dall'attore, che, da un lato, soddisfacesse pienamente le richieste di costui e, dall'altro, confermasse la bontà e con ciò la fondatezza della domanda originaria. La formula sembrava dunque chiamata a disciplinare il caso in cui il fatto di cessazione comportasse il soddisfacimento delle pretese dell'attore. Gli altri fatti che la giurisprudenza soleva ricondurre alla formula in esame - e che, presumibilmente, trovavano la propria giustificazione in un principio diverso da quello di economia dei giudizi - venivano spiegati in altro modo e, per tale via, espunti dall'ambito di applicazione della c.m.c., o, quantomeno, da questa etichetta. Anzitutto, con riferimento all'ipotesi di decesso della parte in un giudizio avente a oggetto una situazione giuridica intrasmissibile, Chiovenda affermava l'impossibilità di una successione nel rapporto sostanziale, senza escludere però la possibilità di una successione nel rapporto processuale, che quindi sarebbe potuto proseguire fino all'emissione di una *dichiarazione d'intrasmissibilità dell'azione*, con contestuale pronuncia sul capo relativo alle spese giudiziali³². Secondo lo Studioso, il giudice non avrebbe potuto limitarsi a dichiarare l'estinzione della situazione giuridica azionata, ma avrebbe dovuto pronunciare, previa ricostituzione del contraddittorio, una non meglio specificata sentenza dichiarativa dell'*intrasmissibilità* della posizione giuridica soggettiva.

Proseguendo nella disamina, la situazione si presentava in termini ancora diversi al sopraggiungere di altri, tradizionali fatti di cessazione. Con riferimento alla rinuncia all'azione e al riconoscimento del diritto, Chiovenda riteneva che simili fatti non agissero sul rapporto processuale, bensì esplicassero la loro efficacia immediatamente

³¹ Chiovenda riteneva che la lite potesse proseguire al solo fine di regolare la distribuzione delle spese processuali anche in ipotesi di morte del coniuge separando pendente il giudizio di separazione, G. CHIOVENDA, *La condanna nelle spese giudiziali*, II ed., Roma, 1935, 189 ss.

³² G. CHIOVENDA, *Principii*, cit. 874. L'A. citava, a scopi argomentativi, il caso deciso dal Cons. St., IV Sez., 9 novembre 1906, in cui, pendente il giudizio volto a contestare la regolarità delle operazioni elettorali, sopravveniva la morte del ricorrente. La Corte, sul presupposto dell'intrasmissibilità di tale azione, disponeva la chiusura del giudizio motivata dalla sopravvenuta estinzione del diritto d'azione del ricorrente defunto. La sentenza è consultabile in *Foro it.* 1907, III, 111.

sulla sentenza di merito³³. Queste due figure sono state considerate da Chiovenda quando lo Studioso si è occupato del principio dispositivo, inteso quale limite ai poteri del giudice nella formazione del materiale probatorio rilevante per la decisione; ebbene, proprio la rinuncia alla pretesa o il riconoscimento della stessa avrebbero rappresentato un limite al potere del giudice, dal momento che “esse hanno in sé il contenuto della sentenza”. Nel sistema di Chiovenda, il riconoscimento del diritto si sarebbe dovuto sostanziare nella dichiarazione del convenuto che la domanda dell’attore è giuridicamente fondata; quindi a differenza della confessione - che volge sopra i singoli fatti – il riconoscimento avrebbe riguardato l’*affermazione giuridica* nel suo complesso. Simmetricamente, la rinuncia si sarebbe dovuta risolvere nella dichiarazione dell’attore con cui costui affermava l’infondatezza della propria azione. A differenza della confessione, con la rinuncia l’attore non si sarebbe limitato a riconoscere alcun fatto affermato dal convenuto, ma avrebbe negato *in toto* la *consistenza giuridica* dell’azione. In altri termini, la rinuncia avrebbe implicato negazione dell’azione. Se queste erano le premesse, appariva logica la conclusione per cui né il riconoscimento, né tantomeno la rinuncia avrebbero provocato la cessazione del rapporto processuale. La loro influenza si sarebbe dovuta ripercuotere in via immediata sul contenuto della sentenza, che avrebbe dovuto recepire il riconoscimento o la rinuncia e dichiarare, in conseguenza di ciò, la fondatezza o l’infondatezza dell’azione³⁴. Quella di Chiovenda era una visione parzialmente differente rispetto alla spiegazione delle due figure di matrice germanica, tale per cui, posto di fronte a tale atto, il giudice tedesco non avrebbe potuto far altro che trasfondere il volere delle parti in una sentenza di merito, compilandone una di rigetto o di accoglimento a seconda che fosse intervenuto il riconoscimento o la rinuncia³⁵. Infatti, guardando al riconoscimento del diritto, lo Studioso puntualizzava che tale atto di ammissione non avrebbe attribuito all’attore il diritto di ottenere una sentenza favorevole: “resta libero il giudice di esaminare se esiste una norma astratta applicabile al caso, se la causa del contratto è lecita e se risulta provato un interesse ad

³³ G. Chiovenda, *Principii*, cit., 882.

³⁴ Si avrà modo di approfondire meglio *infra* cap. II come, nel contesto del processo austriaco, una simile sentenza possa essere emessa anche in sede di udienza preliminare. Se l’attore rinuncia all’azione o il convenuto riconosce il diritto contro sé medesimo vantato, il presidente o il giudice delegato ne dà atto con sentenza, senza il compimento di alcuna ulteriore valutazione. Lo stesso avviene in ipotesi di transazione giudiziale.

³⁵ Questa, almeno, l’interpretazione dominante del dato normativo germanico. Per un approfondimento, *infra* cap. II.

agire³⁶. Da questa circostanza, Chiovenda traeva le sue conseguenze in merito alla natura non dispositiva (in senso sostanziale) dell'atto di riconoscimento. Lo stesso ragionamento veniva ripetuto e adattato alla rinuncia all'azione. In conclusione, per l'A. questi fatti di cessazione sarebbero stati, soprattutto, attività processuali e il loro possibile effetto sul diritto sostanziale non avrebbe potuto manifestarsi autonomamente, giacché si sarebbe potuto produrre solo per mezzo della sentenza, che è dichiarazione di diritto³⁷.

Quanto, infine, alla transazione, l'A. ne ha trattato in raffronto al componimento processuale (paragonabile all'attuale conciliazione giudiziale. Vigente il codice di rito postunitario, la conciliazione giudiziale era quella forma di riappacificazione che avveniva innanzi al conciliatore in un momento antecedente al sorgere del rapporto processuale), facendo trapelare un netto favore per il secondo. La transazione, infatti, pur rappresentando un'ipotesi paradigmatica di cessazione della materia del contendere, non veniva accostata a tale formula e ne veniva evidenziata solamente la differenza rispetto al componimento processuale. Se quest'ultimo rappresentava un atto processuale idoneo a porre fine immediatamente al rapporto giuridico processuale, alla

³⁶ G. Chiovenda, *Principii*, cit. 737.

³⁷ Per tale conseguenza, G. Chiovenda, *Principii*, cit. p. 882. Occorre sottolineare come nel Progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra, istituita nel 1918 e presieduta da Chiovenda, vi fossero due norme specifiche alle figure della rinuncia all'azione e del riconoscimento del diritto. L'art. 78, rubricato "Sentenza su rinuncia", stabiliva che "se l'attore dichiara di rinunciare alla sua pretesa, la sentenza dà atto della rinuncia e assolve il convenuto dalla domanda. Se gli attori siano più e alcuno soltanto dichiarino di rinunciare alla pretesa, l'autorità giudiziaria potrà secondo la natura e lo stato del procedimento riservarsi di provvedere sulla rinuncia nella stessa sentenza con cui provvederà sulle domande degli altri litisconsorti". Tale articolo era dichiaratamente ispirato ai paragrafi 306 della ZPO tedesca e 394 del codice di rito austriaco. Quanto al riconoscimento, l'articolo successivo dedicato alla "Sentenza su riconoscimento" – anch'esso dichiaratamente ispirato ai codici austriaco e germanico, rispettivamente ai par. 395 e 307 – disponeva che "se il convenuto dichiara di riconoscere l'azione, la sentenza ne dà atto e pronuncia condannando ove sia il caso il convenuto in conformità del riconoscimento. Se il riconoscimento è parziale e l'attore dichiara di rinunciare alla maggiore pretesa, la sentenza ne dà atto e pronuncia in conformità delle disposizioni precedenti. Se l'attore insiste nella maggiore pretesa, la sentenza sarà pronunciata secondo le norme ordinarie. Se i convenuti siano più e alcuno soltanto riconosca l'azione, l'autorità giudiziaria potrà secondo la natura e lo stato del procedimento riservarsi di provvedere sul riconoscimento nella sentenza in cui provvederà rispetto agli altri litisconsorti". Ai sensi dell'art. 83, sia la sentenza su rinuncia che quella su riconoscimento avrebbero dovuto redigersi seduta stante in forma abbreviata. La forma ordinaria sarebbe stata ingombrante ed eccessiva. Al ricorrere di queste eventualità, infatti, il giudice non avrebbe fatto altro che condannare il convenuto sulla semplice base del suo riconoscimento e lo avrebbe assolto sulla base della dichiarazione dell'attore di rinunciare all'azione, salvo casi eccezionali di evidente errore giuridico della domanda, di evidente illiceità della sua causa, notoria insussistenza dei fatti e processo manifestamente simulato. Quanto alla tempistica, la rinuncia e il riconoscimento avrebbero potuto avvenire nel corso dell'udienza preliminare (art. 115) o durante il dibattimento orale (art. 151). Per un approfondimento, G. CHIOVENDA, *Relazione sul progetto di riforma del procedimento elaborato dalla Commissione per il dopoguerra*, in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. II, 1-112. Il testo del progetto di legge è pubblicato in appendice al saggio.

transazione perfezionatasi fuori dal processo non veniva riconosciuta l'attitudine a porre termine al giudizio³⁸.

In definitiva era questa, per sommi capi, l'opinione di Chiovenda in merito alle problematiche riconnesse al sopraggiungere, sul processo pendente, di un fatto di cessazione. Dall'analisi emerge come lo Studioso ammettesse l'utilizzo della declaratoria di cessata materia del contendere solamente al ricorrere delle ipotesi in cui fosse sopraggiunto l'integrale soddisfacimento delle pretese dell'attore. In questo caso, la formula sarebbe risultata idonea a dare atto della sostanziale ragione dell'attore, sostituendosi a una sentenza di rigetto nel merito. Tutte le altre ipotesi di fatti di cessazione venivano invece allontanate dall'istituto e spiegate altrimenti.

Occorre ora procedere a esaminare le considerazioni espresse da un altro autorevole Studioso: l'analisi condotta da Calamandrei si è concentrata prevalentemente sulle due ipotesi, da molti considerate speculari, della rinuncia all'azione e del riconoscimento del diritto. Sulla prima, l'A. ha avuto occasione di soffermarsi annotando una pronuncia della Cassazione di Firenze dell'8 ottobre 1923³⁹; invece, di entrambe le figure si è occupato analizzando i limiti che può incontrare l'attività decisoria del giudice⁴⁰. Secondo lo Studioso, le due figure sarebbero ipotesi in cui la collaborazione obbligatoria dei privati nella formazione della decisione si amplierebbe fino al punto di togliere al giudice ogni diretta ingerenza nella formazione logica della sentenza; "non più una premessa isolata il giudice è tenuto ad accettare da un estraneo, non più un solo sillogismo dei molti attraverso i quali la sentenza si forma, ma addirittura tutto quanto il ragionamento che sta a base dell'atto giurisdizionale". Il giudice, di fronte a un'argomentazione logica interamente proveniente da una persona diversa, avrebbe dovuto limitarsi a dare carattere di comando ufficiale, ossia di atto giurisdizionale, a una conclusione di cui egli non aveva costruito le premesse. Per Calamandrei, in caso di sentenza emessa in base a una rinuncia proveniente dall'attore o a un riconoscimento da parte del convenuto, il giudice si sarebbe dovuto limitare a porre il suggello dello Stato a una conclusione già anteriormente confezionata dalle parti sulla base delle loro premesse.

³⁸ La transazione di per sé stessa non bastava; occorre ricorrere a schemi processuali tipici. Cfr. G. CHIOVENDA, *Principii*, cit., 881-882.

³⁹ La sentenza è stata oggetto d'indagine *supra* par. 2.

⁴⁰ P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 251-252.

In sintesi, per Calamandrei, in ipotesi di rinuncia all'azione, così come in ipotesi di riconoscimento del diritto, ci si sarebbe trovati innanzi a una sostituzione, da parte dell'attore o del convenuto, al giudice, nella formazione logica della sentenza. Di "cessazione della materia del contendere" lo Studioso parlava solamente quanto alle ipotesi di morte della parte in giudizi aventi a oggetto rapporti sostanziali intrasmissibili: per Calamandrei, la regola della successione a titolo universale valeva, agli effetti della successione del processo, anche nei casi in cui il rapporto sostanziale fosse per sua natura intrasmissibile o in cui fosse tale l'azione. In caso di morte di uno dei coniugi separandi, il rapporto matrimoniale – che si estingueva con la morte di uno dei coniugi – non era trasmissibile nel successore universale della parte defunta. Tuttavia il processo avrebbe potuto proseguire nei confronti del coniuge superstite allo scopo di far dichiarare la cessazione della materia del contendere e di far regolare le conseguenze di carattere patrimoniale derivanti dal processo, vale a dire le spese giudiziali. Identica conseguenza in caso di morte della persona dell'interdicendo pendente il relativo giudizio, così come in caso di decesso della parte che aveva chiesto l'interdizione, perché la legittimazione attiva, che dipendeva da una sua qualità personale intrasmissibile (parentela entro il quarto grado) non si trasmetteva al suo erede universale. Per Calamandrei l'estinzione del rapporto sostanziale non si sarebbe potuta ripercuotere immediatamente e automaticamente sul rapporto processuale che, nei casi appena esposti, avrebbe potuto continuare nei confronti del successore ai soli limitati effetti processuali di dichiarare la c.m.c. e regolare le spese giudiziali. Di conseguenza, il successore universale sarebbe dovuto subentrare sempre come parte nel rapporto processuale di cui era parte il *de cuius*, anche se l'azione fosse stata intrasmissibile e, quindi, a seguito del decesso si fosse estinto il rapporto sostanziale controverso⁴¹.

Procedendo oltre nella disamina delle opinioni dei vari Autori che si sono interessati alla c.m.c., si ritrova l'opinione di Liebman, che si è occupato dell'argomento dedicando particolare attenzione alle ipotesi di autocomposizione della lite⁴². In primo luogo, l'A. ha analizzato il rapporto tra questa figura contrattuale e lo strumento giurisdizionale: per Liebman, la transazione avrebbe un campo d'applicazione comune

⁴¹ Calamandrei ha inteso attribuire questo largo significato anche all'art. 110 codice vigente. Cfr. P. CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice, parte II*, Padova, 225-226

⁴² E.T. LIEBMAN, *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 260-293.

anche al processo, sebbene produca i suoi effetti sui rapporti giuridici sostanziali correnti tra le parti, e presenti solo indirettamente un'interferenza col processo. Ciò in quanto la transazione finirebbe per assorbire in sé, come la sentenza, il potere processuale d'azione e avrebbe l'effetto di prevenire il processo o svuotare lo stesso del suo contenuto, nell'ipotesi in cui questo fosse già sorto. In particolare, quanto all'incidenza dell'accordo transattivo su di un processo pendente, Liebman precisava che si sarebbe trattato di una rilevanza indiretta, perché la transazione non avrebbe potuto riflettersi immediatamente sul processo in corso facendo cessare la litispendenza. Per l'A., "il rapporto processuale, sebbene inutile perché la controversia è eliminata, e quindi la materia del contendere è venuta meno, continuerà ad esistere e per estinguerlo sarà necessario un atto separato e cioè una rinuncia agli atti del giudizio da parte dell'attore, accettata dal convenuto"⁴³. Per Liebman, la rinuncia agli atti avrebbe potuto essere l'atto processuale che, proprio per il suo effetto di chiudere il processo senza influire sulla controversia già dedotta in giudizio, avrebbe potuto rappresentare l'esatto contrapposto della transazione, perché avrebbe eliminato il processo lasciando intatta la controversia. L'A. si è concentrato poi sulla distinzione rispetto alla figura del componimento processuale, figura che raccoglieva la comune intenzione delle parti di porre fine al processo, estinguere il rapporto processuale e far cessare la litispendenza. La differenza, rispetto alla transazione, risiedeva nel fatto che la volontà delle parti era diretta a risolvere comprensivamente il processo stesso e non la sola controversia che ne formava oggetto.

Diversa incidenza veniva invece ricollegata alle altre due figure, solitamente accostate alla figura della transazione, vale a dire il riconoscimento del diritto e la rinuncia all'azione. Oggetto di attento studio è stato il comportamento di parte convenuta⁴⁴. Per l'A., quando le affermazioni fatte e le domande proposte dall'attore non trovassero più resistenza nella controparte, verrebbe a mancare il contrasto tra le parti, che è la causa del sorgere di un processo, ma anche il presupposto per il suo funzionamento normale. Al configurarsi di tale eventualità però il processo non potrebbe venire meno; a meno che la lite non venga abbandonata, non cessa nel giudice

⁴³ *Ivi*, 263.

⁴⁴ E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento della domanda*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, 1927, 453-495.

l'obbligo di prendere in esame le domande dell'attore e di pronunciare su di esse⁴⁵. Lo studio di Liebman si è concentrato, in particolar modo, sul riconoscimento della domanda, al fine di esaminare, con sguardo critico, l'interpretazione a quel tempo dominante, che qualificava il riconoscimento come una manifestazione del potere dispositivo della parte con incidenza diretta sul materiale del processo. Il riconoscimento si poneva quindi come un limite ai poteri del giudice, che si vedeva obbligato a pronunciare conformemente alla volontà espressa dalla parte, sul presupposto che il riconoscimento "aveva in sé il contenuto della sentenza". Infatti, secondo la dottrina che si poneva sulla scia di Chiovenda, il riconoscimento sarebbe stato diverso dalla confessione per un aspetto quantitativo: non avrebbe riguardato le singole circostanze di fatto, ma avrebbe avuto per oggetto l'affermazione giuridica nel suo complesso, cioè il diritto così come è stato dedotto in giudizio. Pertanto, la dichiarazione di parte avrebbe vincolato il giudice non solo per la posizione del fatto, ma anche per la deduzione e affermazione degli effetti giuridici del medesimo⁴⁶. A tal proposito, Liebman si è interrogato sulla compatibilità di siffatto modo di concepire la figura con i principi direttivi che informano il processo civile; lo studioso si è chiesto, in particolare, se fosse opportuno alterare, in assenza di una prescrizione di legge, il delicato congegno dei rapporti che correavano nel processo tra l'attività delle parti e quella del giudice. Per Liebman, infatti, quello del riconoscimento del diritto – così come inteso dalla dottrina a quel tempo maggioritaria – sarebbe stato un caso eccezionale di estensione dei poteri delle parti nel campo dell'applicazione delle norme di legge, campo nel quale domina normalmente, con tutta la sua forza, il principio *iura novit curia*. Se per la dottrina di quel tempo l'efficacia attribuita al riconoscimento del diritto risultava essere imposta dal vigore del principio dispositivo, Liebman preferiva confinare l'operare del principio stesso su un altro terreno: "dopo che la domanda è stata proposta e i fatti relativi ad essa siano stati affermati e provati, cessa il controllo delle parti sulla decisione del giudice, il quale subentra a sua volta, con pienezza di poteri, nella posizione di dominatore della decisione, arbitro dell'applicazione della legge e della dichiarazione *iusti et iniusti*"⁴⁷. Si sarebbe potuta riscontrare quindi una diversità

⁴⁵ E.T. LIEBMAN, *op. ult. cit.*, 453.

⁴⁶ Si è visto che aderivano alla ricostruzione di G. CHIOVENDA, P. CALAMANDREI, *La sentenza soggettivamente*, cit., A. DIANA, *La giurisdizione volontaria*, Città di Castello, 1904, pag 76 ss. In senso conforme anche E. BETTI, *Riv. dir. proc.*, 1924, II, 195 ss.

⁴⁷ E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento*, cit., 478.

di poteri nelle due distinte operazioni logiche del sentenziare, l'analisi della questione di fatto e di quella di diritto. Per lo Studioso, nella prima di queste fasi, che riguarda la pura e semplice ricostruzione storica degli avvenimenti, il potere delle parti poteva giungere sino a vincolare il giudice circa l'esistenza o inesistenza di un fatto; diversamente, le affermazioni anche concordi delle parti circa la questione di diritto non avrebbero potuto vincolare minimamente il giudice. Le parti potevano quindi delimitare l'oggetto su cui può decidere il giudice, ma non avrebbero potuto avere, quantunque concordi, alcun potere di determinare il contenuto della sua decisione.

Poste queste premesse, Liebman concludeva per la non ammissibilità, nell'ordinamento italiano, della figura del riconoscimento della domanda con efficacia di determinare interamente il contenuto della sentenza. Le parti, infatti, sarebbero state libere, in qualunque momento, di rinunciare all'emissione della sentenza; tuttavia, qualora avessero preferito una pronuncia giudiziale, non avrebbero potuto in alcun modo influire sulla decisione del giudice circa la questione di diritto. Soggiungeva Liebman che "dove vi è sentenza, là vi è anche, in quel campo, libertà di convincimento del giudice"⁴⁸. Il riconoscimento del diritto avrebbe potuto operare unicamente nella fase di accertamento storico degli accadimenti, vincolando il giudice al pari di una confessione. Si noti che, nella ricostruzione dello Studioso, il riconoscimento aveva il valore di una confessione piena di tutte le circostanze di fatto affermate dall'attore solo se proveniente dalla parte personalmente o da un suo procuratore speciale; se proveniente dal procuratore *ad lites* la dichiarazione valeva come semplice ammissione dei fatti. Così inteso, il riconoscimento della domanda finiva per perdere ogni autonoma consistenza: tale dichiarazione poteva valere, a seconda dei casi, come confessione o come ammissione.

Quanto alla rinuncia all'azione, secondo lo Studioso, la dichiarazione dell'attore che la sua azione è infondata non avrebbe potuto costituire un limite per il giudice quanto alla sua indagine in diritto sul fondamento dell'azione proposta, né avrebbe potuto costringerlo a dichiarare infondata una domanda quando egli la avesse ritenuta fondata⁴⁹. Il giudice quindi sarebbe rimasto libero da ogni vincolo; anche l'eventuale rinuncia dell'attore alle proprie pretese, avvenuta sul piano di diritto sostanziale, avrebbe avuto un'efficacia processuale solo mediata perché, nemmeno in questo caso, il

⁴⁸ *Ivi*, 481.

⁴⁹ *Ivi*, 492.

giudice sarebbe stato vincolato all'emissione di una sentenza di rigetto, ma solo a constatare che ogni contesta tra le parti era cessata. Nella ricostruzione dello Studioso, la cessazione della materia del contendere non era altro che una presa d'atto della volontà dell'attore di abbandonare la propria pretesa – fosse o meno la stessa accompagnata da un atto di disposizione del diritto sul piano sostanziale - che il giudice avrebbe dovuto emettere a seguito della rinuncia all'azione e al posto di un rigetto nel merito, la cui pronuncia sarebbe risultata pertanto preclusa.

In conclusione, per Liebman, sia a seguito di riconoscimento, che di rinuncia all'azione, il giudice avrebbe conservato il potere di accogliere o rigettare la domanda, trovando la ragione del decidere solo nel suo libero convincimento circa la fondatezza o infondatezza dell'azione proposta e l'idoneità dei fatti accertati a produrre, per volontà di legge, gli effetti voluti dalle parti⁵⁰.

Della rinuncia all'azione e del riconoscimento del diritto si è occupato, specificatamente e analiticamente, anche Micheli. Prendendo atto della convinzione, radicata nell'opinione scientifica di quel tempo, per cui il riconoscimento del diritto e la rinuncia all'azione sarebbero stati due istituti speculari, costruiti nel medesimo modo, l'uno *a parte actoris*, l'altro *a parte rei*, l'Autore se ne discostava e perveniva a risultati contrari⁵¹. Anzitutto, per Micheli, gli istituti in questione sarebbero stati altro rispetto

⁵⁰ *Ivi*, 493. Dunque, per Liebman, le figure del *Verzicht* e dell'*Anerkenntnis* previste dalla ZPO germanica non avrebbero avuto alcun diritto di cittadinanza nell'ordinamento processuale italiano.

⁵¹ Cfr. G.A. MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa (a proposito di una teoria di Francesco Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, 354-369. Nel saggio viene offerta una rapida rassegna di quelli che l'A. stesso considerava i tentativi, maggiormente degni di nota, volti a costruire le figure della rinuncia e del riconoscimento in modo consono ai principi generali. Per Micheli, simili tentativi potevano distinguersi in due categorie: da un lato, le opinioni di quegli Autori che finivano per identificare tali istituti nella confessione e, dall'altro, le opinioni che cercavano di conferire alla rinuncia e al riconoscimento una struttura e delle funzioni differenti. Proprio quest'ultimo approccio risultava largamente diffuso nella dottrina di quel tempo e, all'interno di questo filone, si manifestava l'esigenza di distinguere ulteriormente tra rinuncia e riconoscimento, andando a spezzare così il rigoroso parallelismo tra le due figure. Quanto alla ricostruzione chiovendiana (tale per cui la distinzione tra confessione da un canto e rinuncia e riconoscimento dall'altro riposerebbe sulla circostanza che la confessione volge sopra singoli fatti, mentre la rinuncia e il riconoscimento riguarderebbero l'affermazione giuridica nel suo complesso), Micheli riteneva che la distinzione posta fosse artificiosa poiché dire che il riconoscimento verte sull'affermazione giuridica nel suo complesso equivale ad affermare che questo riguarda tutti i fatti sui quali si poggia la pretesa, così che rinuncia e riconoscimento differirebbero dalla confessione solo sotto l'aspetto quantitativo. L'opinione di Chiovenda finirebbe per collocarsi vicino a quella di Messina, *Contributo alla dottrina della confessione*, Foro sardo, 1902, p. 160 secondo cui il riconoscimento altro non sarebbe stato che la confessione avente ad oggetto rapporti giuridici, vale a dire una confessione che avrebbe coinvolto tutto l'elemento di fatto giuridicamente rilevante. Aderendo a queste opinioni si sarebbe giunti a negare autonoma consistenza alla rinuncia e al riconoscimento, ai quali verrebbe attribuita la struttura e la funzione di prove legali. Inoltre, secondo Micheli, si finirebbe per avallare i

alla confessione. In secondo luogo, l'Autore riteneva opportuno recidere il legame simbiotico tradizionalmente ravvisato tra i due istituti, al fine di farne risaltare le differenze. Quanto alla rinuncia, Micheli riteneva che, per mezzo di tale atto, l'attore intendesse rinunciare al diritto dedotto in giudizio quale ragione della pretesa, precludendosi così la possibilità di far valere quella medesima pretesa in un altro giudizio. Si sarebbe trattato, in altre parole, di una rinuncia al diritto vantato, espressa in un contesto e con forme processuali⁵². Anche Micheli, in sintonia con Liebman, osservava come la tradizione storica e giuridica del sistema processuale italiano conducesse a escludere che una dichiarazione di parte potesse esaurire il tema del dibattito, sottraendo al giudice la possibilità di indagare la fondatezza dell'affermazione⁵³. La convergenza tra i due Autori si manifestava anche con riferimento alla spiegazione della figura del riconoscimento del diritto, che, anche secondo Micheli, si sarebbe dovuto considerare alla stregua di un mezzo di prova, quale confessione di singoli fatti. In altre parole, lo Studioso rifiutava l'idea che la confessione potesse avere ad oggetto non un fatto, ma un rapporto giuridico nella propria interezza. Anche per Micheli dunque il potere dispositivo delle parti non poteva estendersi sino a obbligare il giudice a ritenere esistente una norma giuridica che nella realtà non esisteva⁵⁴.

Occorre, infine, procedere all'esame della ricostruzione della cessazione della materia del contendere firmata da Carnelutti nella propria opera di visione sistematica⁵⁵. Lo Studioso ha considerato il fenomeno nella sua ampiezza e ha analizzato i casi in cui il processo poteva giungere a termine senza alcuna pronuncia sulla domanda giudiziale,

risultati cui era giunta la "vecchia dottrina", che configurava rinuncia e riconoscimento come un mezzo di prova.

⁵² *Contra* l'opinione di chi vedeva nella rinuncia all'azione la combinazione di due atti abdicativi: da un lato la rinuncia di parte attrice al diritto di agire in giudizio per tutelare giudizialmente una data situazione giuridica sostanziale e, dall'altro, la rinuncia di parte convenuta a far valere determinate eccezioni o una domanda riconvenzionale (ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile*, 98) e di chi riteneva che la rinuncia all'azione dovesse considerarsi quale rinuncia all'azione sostanziale (*ius persecuendi*), con la conseguenza che si sarebbe potuto avere un abbandono della possibilità di fare valere in giudizio un determinato diritto, con la salvezza del diritto materiale (REDENTI, *Corso di diritto processuale civile*, Bologna, 1932, 403-408).

⁵³ G.A. MICHELI, *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937. Diversamente ritiene l'A. quanto all'ordinamento tedesco, per il cui esame si rinvia infra Cap. II

⁵⁴ G.A. MICHELI, *Rinuncia alla pretesa*, cit., 367, ammetteva che le parti potessero, fuori dal processo, porre in chiaro il modo d'essere di un dato rapporto giuridico, "ma che il convenuto in un giudizio pendente si sostituisca al giudice imponendo a quest'ultimo unilateralmente di considerare la situazione controversa in un dato modo, questo è per lo meno assai dubbio".

⁵⁵ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1939.

ricomprensibili, tutti assieme, nella categoria delle ipotesi di *cessazione del procedimento*. La cessazione non avrebbe potuto riguardare il procedimento compiuto, che appunto per essere tale non sarebbe più potuto continuare poiché risultavano ormai esaurite tutte le possibili attività, bensì il procedimento incompiuto, vale a dire un procedimento che, di norma, sarebbe potuto proseguire, senonché, in virtù del verificarsi di un dato evento, questa possibilità risultava preclusa⁵⁶. Quanto alle ragioni di un epilogo anticipato del processo, Carnelutti riteneva che il concetto di cessazione del procedimento andasse di pari passo con quello di estinzione degli effetti della domanda. Alla domanda veniva infatti attribuita una forza propulsiva in grado di far proseguire il processo: “fino a che la domanda conserva il suo effetto, il procedimento deve portare alla pronuncia su di essa; quando interviene qualche cosa che esclude la pronuncia, ciò non può spiegarsi logicamente se non nel senso che tale effetto non si produce più, cioè che la domanda abbia perduto la sua efficacia”⁵⁷. Occorre soffermarsi ulteriormente su tale luogo della ricostruzione sistematica dello Studioso. Seguendo l'opinione di Carnelutti, il procedimento poteva cessare per diversi ordini di cause, suddivisibili fondamentalmente in due categorie: cause interne, che riguardavano la lite, e cause esterne, riferibili al processo. Queste ultime incidevano direttamente sulla stessa possibilità del processo ed erano riconducibili a fattispecie quali il difetto totale di comparizione o il sopravvenire di una legge che togliesse all'ufficio la giurisdizione o la competenza. Diversamente, le cause interne riguardavano il bisogno stesso del procedimento quale mezzo di risoluzione dei conflitti. Tra le ipotesi ricomprese in questa categoria era possibile operare un'ulteriore distinzione a seconda che le cause interne producessero la cessazione in via mediata (come avviene per la rinuncia agli atti del giudizio o la perenzione) o, invece, in via immediata, riassumendosi queste ultime nei casi di *estinzione della lite*⁵⁸. È proprio qui, all'interno di quest'ultima categoria, che trovava la propria naturale collocazione il fenomeno della cessazione della materia del contendere. Seguendo l'opinione dello Studioso, infatti, il fenomeno andava correttamente inquadrato all'interno delle ipotesi di estinzione della lite. L'estinzione della lite, poi, rappresentava un *genus* che si prestava a un'ulteriore specificazione: una

⁵⁶ La cessazione del procedimento conduceva, inesorabilmente, a una fine del giudizio anticipata rispetto all'epilogo consueto. Le conseguenze erano dunque irreversibili, a differenza di altre vicende anomale del processo, quali la sospensione e l'interruzione.

⁵⁷ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, 487 ss.

⁵⁸ Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., in particolare p. 490.

lite poteva estinguersi perché era stata composta fuori dal processo oppure perché era venuto meno uno dei suoi elementi. Nel primo caso era opportuno parlare di *composizione extraprocessuale della lite*; nel secondo di *impossibilità della lite*. In altre parole, una lite si estingueva quando veniva meno il bisogno del processo quale mezzo di risoluzione dei conflitti. Si noti come, a differenza di quella di Chiovena, la ricostruzione di Carnelutti ricomprendesse insieme tutte le tradizionali ipotesi di cessazione della materia del contendere, riconducendole all'estinzione della lite, salvo poi giustificare questo effetto per due diverse vie, a seconda che il fatto di cessazione rappresentasse il frutto della volontà delle parti di addivenire a una soluzione bonaria della controversia o, invece, il suo avvento risultasse estraneo alla sfera volitiva dei contendenti⁵⁹.

È proprio nella completezza dell'indagine e nella visione unitaria che risiede il pregio dell'intuizione di Carnelutti. Lo Studioso ha saputo conciliare l'eterogeneità delle ipotesi di cessazione - conformandole sotto il profilo dell'effetto giuridico, al fine di legittimare la loro riconduzione alla medesima categoria - e, allo stesso tempo, ne ha sottolineato e salvaguardato l'intrinseca diversità, forgiando, a questo fine, due sottocategorie ontologicamente distinte. Infatti, pur nella comunanza della conseguenza giuridica dovuta alla riconduzione al medesimo *genus*, da un lato, si trovano fatti la cui sopravvenienza nel processo in corso risultava completamente indipendente dalla volontà delle parti, mentre, dall'altra, si ritrovano fatti che sopraggiungevano durante la pendenza della lite a causa di una precisa scelta delle parti e si ponevano come diretta conseguenza delle loro azioni. La prima serie di ipotesi - si pensi al caso di morte di una delle parti in liti strettamente personali oppure alla scomparsa del bene conteso in liti oggettivamente infungibili o, ancora, con riferimento all'elemento causale della lite, all'oggettivo venir meno dell'interesse di una delle parti al conflitto che giocoforza lascia cadere il contrasto medesimo - veniva spiegata dall'A. facendo ricorso al concetto di "impossibilità della lite", che aveva luogo quando "la pretesa o la contestazione non tanto vengono abbandonate dall'una o dall'altra oppure dall'una e dall'altra delle parti,

⁵⁹ Un punto d'incontro tra le ricostruzioni dei due Autori era rappresentato dal grado di concordia tra le parti richiesto al fine della dichiarazione di cui si discute. Infatti, allo stesso modo di Chiovena, anche Carnelutti ammetteva la possibilità che il procedimento potesse proseguire anche una volta intervenuto il fatto di cessazione allo scopo di dirimere eventuali residui contrasti tra le parti, rifiutando anch'egli, dunque, l'idea secondo la quale per la valida configurabilità della c.m.c. occorresse un accordo ad ampio spettro tra i contendenti.

sibbene diventano impossibili”⁶⁰. Dunque, al ricorrere di tale eventualità, il processo non tanto non doveva proseguire quanto, recisamente, non poteva proseguire. La “grossolana formula” cessazione della materia del contendere alludeva, appunto, al venir meno della lite per sua impossibilità. Soggiungeva poi l’A. che, all’*impossibilità della lite* come causa di cessazione del procedimento, andava equiparata, per il processo volontario, l’*impossibilità dell’effetto giuridico* che si trattava di costituire. In questo modo si sarebbe dovuta considerare l’ipotesi di decesso della persona dell’interdicendo o dell’inabilitando pendente il relativo procedimento.

Passando poi alle ipotesi di autocomposizione della lite, all’interno di questa seconda sottocategoria si ritrovavano le figure della transazione intervenuta nel corso del processo, della rinuncia alla pretesa formulata dall’attore e del riconoscimento della pretesa da parte del convenuto. Per Carnelutti queste figure erano legate assieme da un filo logico: talvolta era sufficiente la volontà di una parte a determinare la composizione del contrasto, talaltra invece era necessario che si perfezionasse un consenso tra i contendenti. Detto in altri termini, l’autocomposizione della lite poteva conseguire sia a un atto semplice, quale la rinuncia o il riconoscimento, che a un atto complesso, quale la transazione. Tutti questi atti, unilaterali e plurilaterali che fossero, erano considerati dallo Studioso degli equivalenti giurisdizionali, cioè dei mezzi che permettevano di raggiungere, per altra via, ciò che costituiva lo scopo caratteristico del processo giurisdizionale⁶¹. Su questa categoria occorre indugiare ancora un poco, indagando meglio la conformazione delle componenti. Nella ricostruzione dello Studioso, rinuncia e riconoscimento - le due figure di composizione unilaterale - si contrapponevano tra loro, poiché l’una riguardava la pretesa mentre l’altra la contestazione. Detto in maniera più eloquente, la rinuncia consisteva nell’abbandono della pretesa, mentre il riconoscimento nell’abbandono della contestazione⁶². La transazione, poi, altro non era

⁶⁰ F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 499.

⁶¹ Per quanto concerne la transazione, si pensi all’art. 1772 del codice civile napoleonico che riconosceva l’equipollenza tra quest’ultima e la sentenza disponendo che “le transazioni hanno fra le parti l’autorità di una sentenza irrevocabile”.

⁶² Cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., p. 169-170. L’A. non ha mancato di tracciare le coordinate sistematiche e le linee di demarcazione con figure affini: se la pretesa non doveva essere confusa con la domanda, così ogni confusione doveva essere evitata tra rinuncia alla pretesa e rinuncia alla domanda e tra riconoscimento della pretesa e adesione alla domanda o ammissione di fatti affermati dall’avversario. Nel sistema di Carnelutti, il termine “pretesa” identificava l’affermazione della tutela che era o doveva essere concessa dall’ordinamento giuridico a un determinato interesse, mentre la “ragione della pretesa” consisteva nell’affermazione della conformità della pretesa stessa al diritto oggettivo. Proprio alla luce di questa puntualizzazione va letta l’opinione di Carnelutti per cui il riconoscimento della domanda e la

che la fusione di questi due negozi: riconoscimento e rinuncia componevano quelle “*reciproche concessioni*” che costituivano l'essenza della transazione. Da questa diversa angolazione, quindi, il legame tra queste tre figure sarebbe stato addirittura strutturale. Della transazione Carnelutti si è occupato più volte. Nel contesto della diatriba circa la natura contrattuale o meno dell'accordo transattivo, l'opinione dell'A. è cambiata nel tempo: dall'iniziale rifiuto di riconoscere alla transazione le caratteristiche proprie del contratto, lo Studioso ha abbracciato la tesi contrattualistica per poi tornare ad assestarsi sulla posizione iniziale. Il dato rilevante, tuttavia, è un altro. Pur nella mutevolezza della qualificazione offerta alla figura, la spiegazione della costruzione della fattispecie rimaneva inalterata; vale a dire, fosse essa un contratto o la combinazione di due negozi unilaterali, ciascuno condizionato all'esistenza dell'altro, le componenti della transazione rimanevano sempre e comunque la rinuncia e il riconoscimento del diritto⁶³. Da ciò emerge come l'intuizione di Carnelutti possa dirsi indipendente dall'esattezza della qualificazione giuridica offerta a questo istituto. Il punto è di grande importanza ai fini della presente indagine: proprio il suggerimento relativo alla possibilità di riunire nella medesima categoria le tre figure in questione, ossia la rinuncia all'azione, il riconoscimento del diritto e la transazione verrà raccolto e sviluppato nel prosieguo della trattazione.

Tirando le fila del discorso, dall'analisi del Sistema di Carnelutti traspare la distinzione di fondo tra i fatti di cessazione che determinano l'impossibilità della lite e i fatti di cessazione che comportano una composizione della lite in via autonoma (tra

rinuncia all'azione dovevano essere intese, rispettivamente, come riconoscimento della ragione della pretesa e come rinuncia alla medesima, da intendersi quale rinuncia al diritto materiale addotto a fondamento della domanda e ancora incerto durante il processo. Secondo Carnelutti, “per quanto la pretesa sia cosa ben diversa dal diritto, la rinuncia o il riconoscimento della pretesa sono, invece, la stessa cosa che la rinuncia o il riconoscimento del diritto. Invero ciò a cui rinuncia chi ha formulato una pretesa o ciò che riconosce chi la ha contestata non è la pretesa o la contestazione che, essendo un fatto e non una situazione giuridica, non può essere oggetto di alcuna disposizione, sibiene il diritto corrispondente alla pretesa. La formula “rinuncia o riconoscimento della pretesa” è pertanto una formula abbreviata, il cui pieno svolgimento è il seguente “rinuncia o riconoscimento del diritto costituente la ragione della pretesa”. Così la rinuncia alla pretesa o il relativo riconoscimento non aveva un fondamento diverso da quello che aveva la rinuncia e il riconoscimento del diritto”. A riguardo, G.A. MICHELI, *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa (a proposito di una teoria di Francesco Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, 354-369, il quale, pur reputando suggestiva l'opinione di Carnelutti e riconoscendo allo Studioso il merito di specificare ulteriormente i vari elementi della pretesa, considerata sotto un aspetto eminentemente processuale, riteneva fondata l'intuizione di Carnelutti solamente con riguardo alla rinuncia alla domanda e non rispetto al riconoscimento della stessa. Si è visto infatti come l'A. contestasse l'idea, consolidata nella dottrina italiana di quel tempo, per cui rinuncia e riconoscimento fossero due istituti paralleli, estrinsecazioni speculari di un medesimo fenomeno.

⁶³ Per un approfondimento F. CARNELUTTI, *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 185 ss.

questi, la transazione, il riconoscimento e la rinuncia alla pretesa). Per spiegare la differenza intercorrente tra le due categorie di eventi che danno luogo all'estinzione della lite, l'A. ha utilizzato la metafora della morte naturale e dell'uccisione; infatti, quando procedono all'autocomposizione, le parti estinguono una lite che, altrimenti, potrebbe continuare ad esistere⁶⁴. Infine, occorre segnalare come il medesimo schema concettuale fosse presente anche nel progetto per il nuovo codice di procedura civile presentato dallo stesso Carnelutti alla Commissione parlamentare a tal proposito istituita⁶⁵. Nel primo libro di quel progetto, più precisamente nel titolo dedicato alla lite, vi si ritrova *l'anatomia della lite* carneluttiana, con un passaggio sull'oggetto del processo ("Nessuno può domandare che il giudice pronunci intorno a una questione, se da questa non dipenda la decisione di una lite (...)"); art 86) e un articolo deputato a definire il concetto di lite, secondo cui "due persone sono in lite quando l'una pretende che il diritto tuteli immediatamente un suo interesse in conflitto con un interesse dell'altra e questa contrasta la pretesa o, pur non contrastandola, non vi soddisfa" (art. 87 del progetto). Altrove è ordinata la disciplina relativa al venir meno del conflitto, più precisamente nel capo relativo alla cessazione del procedimento (artt. 275 -281 del progetto). Si noti come, con l'espressione "cessazione", Carnelutti si riferisse a un istituto, i cui connotati si sovrappongono perfettamente a quelli dell'odierna estinzione del processo. Nel progetto di Carnelutti, le cause di cessazione del procedimento erano due: il processo poteva cessare se le parti si accordavano validamente, con o senza intervento del giudice, per transigere la lite (art. 276); oppure il processo trovava epilogo per rinuncia alla pretesa o per riconoscimento "se una parte rinunzia alla pretesa oppure se l'altra parte vi aderisce" (art. 277). Quanto all'efficacia della cessazione, tutti gli atti compiuti per ottenere la decisione della lite perdevano efficacia e la domanda si aveva come non proposta. La cessazione non pregiudicava il rapporto di diritto esistente tra le parti, né la decisione della lite intorno a questo, salvi gli effetti dell'atto che ha determinato la cessazione (art. 279). Nel progetto venivano considerate solamente le ipotesi di autocomposizione della lite. Nulla veniva detto espressamente circa i fatti di

⁶⁴ Cfr.F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, cit., 502-504.

⁶⁵ Per un approfondimento si consulti F. CARNELUTTI, *Progetto del codice di procedura civile*, Padova, 1926, 90-92. Quello pubblicato è il testo originale presentato da Carnelutti alla Sottocommissione, che differisce in parecchi punti dal testo definitivo approvato. La versione originale è stata infatti sottoposta a due revisioni, la prima per opera di un Comitato presieduto da Ludovico Mortara e la seconda per opera dell'intera Sottocommissione per il codice di procedura civile.

cessazione che determinavano l'impossibilità della lite. A questo proposito, occorre tenere presente una nota a sentenza di Carnelutti, posteriore di due anni soltanto, dalla quale si può presumere che il Sistema fosse già delineato chiaramente nella testa dell'Autore, e con esso l'esatta estensione della categoria di fatti comportanti l'estinzione della lite. Correva l'anno 1928 nel momento in cui Carnelutti annotava la sentenza della Suprema Corte di data 30 giugno 1927 che chiudeva un processo d'interdizione per cessazione della materia del contendere, in conseguenza della sopravvenuta morte dell'interdicendo. Per opinione dell'Autore, quello esaminato dalla Cassazione sarebbe stato un caso di "estinzione del processo di gravame per impossibilità dello scopo" e che "la formula, intorno alla cui esattezza non mi voglio fermare, esprime abbastanza bene, del resto, la mancanza dello scopo del processo"⁶⁶. Veniva in superficie, quindi, lo schema dell'impossibilità della lite, in questo caso particolare, declinato alla maniera dell'impossibilità dell'effetto giuridico.

In definitiva, è questa l'opinione di Carnelutti in merito al fenomeno cessazione della materia del contendere; un'analisi corredata da indicazioni e suggerimenti utili allo scopo di predisporre una disciplina positiva all'istituto. Di queste indicazioni non si è tenuto conto in sede di redazione del nuovo codice di rito. Successivamente all'entrata in vigore del codice del 1942, l'A. si è visto pertanto costretto a rapportarsi con il nuovo dato positivo e ad emendare la propria ricostruzione. In *Istituzioni del nuovo processo civile italiano* si può ritrovare l'opinione in merito alla c.m.c., basata sul mutato contesto di diritto positivo⁶⁷. Secondo l'A. "in linea di principio si può pensare all'estinzione del procedimento anche per cause interne, le quali riguardino l'impossibilità o l'inutilità dell'effetto giuridico che il procedimento è destinato a produrre". Tuttavia, "poiché di estinzione per questi casi il codice non parla malgrado che, sulle tracce della ricostruzione scientifica dell'istituto, il problema dell'estinzione sia stato considerato nella sua maggiore ampiezza, l'interprete deve ritenere che

⁶⁶ Cfr. F. CARNELUTTI, *Riflessioni sulla condizione giuridica della sentenza soggetta a impugnazione*, nota a Cass. 30 giugno 1927, in Riv. dir. proc. 1928, 189-195.

⁶⁷ Degli eventi causa di cessazione Carnelutti tratta all'interno del capo dedicato alla *crisi del procedimento*: "parlo di crisi del procedimento per denotare l'effetto che su di esso esercitano certi fatti, i quali gli impediscono di attingere, proseguendo normalmente il suo corso, il fine a cui tende. Crisi è pertanto un modo di essere anormale del procedimento, per cui ne è, temporaneamente o definitivamente, arrestato il corso". Questa nozione si risolve nei tre concetti di sospensione, dell'interruzione e della cessazione. La parte dell'opera dedicata alla cessazione è quella relativa all'estinzione del procedimento, dove è presente una presa d'atto delle scelte effettuate dal legislatore. F. CARNELUTTI, *Istituzioni*, cit., 104-105.

l'estinzione non sia ammessa per cause interne, onde, fra l'altro, l'impossibilità o l'autocomposizione della lite non la determina affatto”⁶⁸. Che ne doveva essere quindi del processo in ipotesi di morte dell'interdicendo pendente il giudizio d'interdizione o nell'ipotesi in cui la lite si fosse estinta a seguito della conclusione di una transazione tra le parti? Oppure si pensi all'ipotesi in cui, nel corso del procedimento di opposizione di terzo, la sentenza opposta avesse perso l'esecutorietà, senza la quale l'opposizione non era consentita, oppure, potendo l'opposizione del terzo in certi casi concorrere con altre impugnazioni, e in particolare con l'appello, per virtù di tale impugnazione venisse riformata o comunque rescissa. Nell'uno e nell'altro caso, sebbene per ragioni diverse, l'effetto che con l'opposizione si sarebbe dovuto conseguire, era diventato impossibile. Per Carnelutti rappresentava una questione tecnica se, in tali casi, il procedimento sarebbe dovuto continuare o meno fino alla pronuncia. Seguendo l'opinione dell'A., l'impossibilità dell'effetto giuridico da raggiungere non avrebbe reso impossibile il procedimento e avrebbe potuto ritenersi utile che questo mettesse capo alla pronuncia, al fine di verificare con maggiori garanzie se l'impossibilità si fosse o non si fosse determinata. Dipendeva pertanto dalla soluzione di tale questione tecnica se, in presenza, ad esempio, di una transazione, dovesse essere dichiarata l'estinzione del procedimento ovvero questo avrebbe dovuto continuare fino alla sentenza, salvo il contenuto negativo della pronuncia quando l'esistenza della transazione fosse stata constatata.

In conclusione, ragionando con un dato normativo ancora vigente, Carnelutti riteneva che i fatti di cessazione non potessero comportare una fine anticipata del giudizio per estinzione dello stesso, né che dovessero necessariamente determinare una

⁶⁸ *Amplius* F. CARNELUTTI, *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II volume, 1951, 122. Per una valutazione sul nuovo codice, F. CARNELUTTI, *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1937; in particolare a pag. 134-136, l'A. non manca di prendere posizione sulla disciplina dell'estinzione ma, in questa sede, la critica viene sferrata con riferimento alla disciplina dell'estinzione per inattività delle parti, in particolare all'istituto dell'impulso processuale quale direttiva che domina l'intero processo. In senso conforme, M.T. ZANZUCCHI, *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, 1947, 129 ss., il quale, commentando la disciplina dell'estinzione presente nel nuovo codice di rito, rilevava che altri fatti, diversi dalla rinuncia agli atti e dalle ipotesi di inattività delle parti, sarebbero stati idonei a far cessare il processo, ma che a simili eventi tale efficacia non è stata riconosciuta dal legislatore, con la conseguenza che questi fatti necessitano di essere recepiti tramite sentenza. L'A. aveva in mente proprio i casi di cessazione della materia del contendere, per i quali, esclusa la possibilità di far luogo a un'ordinanza di estinzione del processo, si sarebbe dovuto far luogo a una sentenza che, “dando atto di questi eventi, pronunci l'assoluzione dall'osservanza del giudizio”. Per Zanzucchi, la mancata ricomprensione dei fatti di cessazione entro la disciplina dell'estinzione del processo avrebbe avuto la conseguenza di indurre le parti a lasciar estinguere il processo ex artt. 307 e 309 c.p.c. in conseguenza dell'evento sopraggiunto.

chiusura anzitempo del processo. Lo Studioso, infatti, non escludeva la possibilità che il processo potesse proseguire anche dopo il sopraggiungere di tali eventi; anzi, in assenza di rinuncia agli atti del giudizio o d'inattività delle parti, l'unica soluzione pareva essere proprio una pronuncia di contenuto negativo e quindi un rigetto per infondatezza o inammissibilità della domanda originaria. Anche questa intuizione di Carnelutti verrà ripresa nel prosieguo dell'indagine. Inoltre, si avrà modo di appurare come la prassi della c.m.c. si inserisca proprio lì, dove Carnelutti avrebbe voluto determinare l'estinzione del processo per impossibilità della lite o per autocomposizione della stessa. Proprio a quell'altezza la giurisprudenza ha offerto una via d'uscita processuale, e l'ha fatto per mezzo della dichiarazione di cessata materia del contendere, talvolta persino negando che il processo potesse, anche solo in astratto, proseguire fino alla pronuncia.

In conclusione, della cessazione della materia del contendere intesa quale soluzione alla problematica relativa al fatto sopravvenuto, si è discusso anche vigente il codice postunitario. Dalla riflessione sulle questioni poste dal sopraggiungere dell'evento non è scaturito l'inserimento di un'apposita previsione nel codice di rito. A tal riguardo si segnala come della concreta possibilità di fornire una disciplina positiva alla figura in esame si parlerà solamente sul finire del secolo scorso, più precisamente nel progetto di legge per la riforma del processo civile elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Tarzia, cui, ancora, non farà seguito l'introduzione di alcuna disciplina della cessazione della materia del contendere o del fatto sopravvenuto⁶⁹.

5. La mancata tipizzazione legislativa non ha intralciato la vitalità dell'istituto: il formale riconoscimento ad opera delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (Cass. S.U., sent. n. 92/1954) e le pronunce coeve. Inaugurazione di un periodo di grande utilizzo della formula, invero non ancora conclusosi

Dalle pagine che precedono è emerso come della formula di cessata materia del contendere non vi sia traccia né nelle proposte di legge elaborate per la riforma del

⁶⁹ Il testo del disegno di legge delega è pubblicato in *Riv. dir. proc.*, 1996, 945-1029. Per un'analisi del progetto di legge e una valutazione dello stesso si rinvia *infra*. Cfr. G. TARZIA (a cura di), *Il progetto di riforma organica del processo civile*, Milano, 1998.

codice di rito, né nel testo definitivamente approvato. Tale circostanza non ha tuttavia osteggiato la vitalità dell'istituto, che, anzi, ha trovato formale riconoscimento da parte della Suprema Corte nella propria composizione più autorevole a quasi tre lustri di distanza dall'entrata in vigore del codice di procedura civile. Da molti indicata come la prima pronuncia o come la pronuncia *leader* – si è già avuto modo di porre in risalto l'erroneità della prima affermazione; emergerà ora la discutibilità della seconda – l'intervento delle Sezioni Unite si inserisce nel solco di quella prassi che, già da parecchi anni, faceva ricorso alla dichiarazione di c.m.c. e che, nel tempo, si era adoperata sempre più nel tentativo di razionalizzarla. Nel momento in cui è intervenuta la decisione n. 92/1954, erano già stati definiti alcuni dei profili della c.m.c. che, fin da subito, avevano lasciato trasparire tutta la loro problematicità, soprattutto per quanto concerne le ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Si pensi alla disciplina delle spese processuali, aspetto di notevole importanza pratica, capace di costituire altresì l'estrinsecazione del problema relativo alla delineazione della soccombenza in caso di fatto estintivo, modificativo o impeditivo sopraggiunto. Ebbene, proprio la questione concernente il regime delle spese processuali è stata autorevolmente individuata quale ragione ispiratrice dell'istituto. Si è sostenuto che all'impiego della declaratoria di c.m.c., in luogo del puro e semplice rigetto nel merito della domanda, abbia contribuito proprio il timore del paradosso di individuare una soccombenza formale in capo alla parte vittoriosa, di fatto, dal punto di vista sostanziale. Una simile delineazione della soccombenza non avrebbe consentito la condanna al pagamento integrale delle spese processuali in capo alla parte formalmente vincitrice⁷⁰. Proprio per consentire un'equa ripartizione delle spese di causa, si è scelto

⁷⁰ *Amplius* B. SASSANI, *op. cit.*, 4. Del medesimo avviso, A. PANZAROLA, *voce Cessazione della materia del contendere*, in *Enc Giur.*, 233-234, secondo il quale, se il fatto di cessazione conducesse al formale rigetto della domanda (anziché a una pronuncia di c.m.c.), sarebbe in configurabile la condanna alla rifusione delle spese processuale della parte vittoriosa, a cagione della consolidata interpretazione dell'art. 91 c.p.c.; né a tal fine potrebbe soccorrere il correttivo dei giusti motivi di cui all'art. 92, 2° comma c.p.c. Per ovviare a questo inconveniente si è fatto ricorso alla pronuncia di cessazione della materia del contendere, la quale, mentre oscura il rigetto della domanda così da eliminare le qualifiche formali vincitore-soccombente, svelle la pronuncia sulle spese dal criterio della soccombenza (attuale) di cui all'art. 91 c.p.c. e dischiude la via dell'adozione della regola della soccombenza c.d. virtuale.

Questa consapevolezza era diffusa anche nella giurisprudenza di merito: per Corte App. Napoli, 12 maggio 1958 in *Giust. civ. Rep.* 1959, voce "spese giudiziali - cessazione della materia del contendere", ai fini della condanna alle spese giudiziali, non vale a fondare la soccombenza della parte attrice la circostanza che il giudizio si sia chiuso con dichiarazione di cessazione della materia del contendere e, cioè, con una pronuncia che sostanzialmente equivale a una pronuncia di rigetto della domanda per difetto di una delle condizioni dell'azione (interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.). Infatti, ai fini suddetti, pure in

di non decidere, di non formalizzare la soccombenza di una parte nella consueta sentenza di rigetto. Si è scelto di sostituire la pronuncia di contenuto negativo con una formula neutra e incolore, quale è quella di cessata materia del contendere. Ciò ha consentito di sganciare la distribuzione delle spese di causa dalla rigida alternativa accoglimento-rigetto della domanda. Per quanto riguarda il passo successivo, ossia la scelta del criterio cui ispirarsi nella ripartizione dei costi processuali, alla luce della disciplina ricavabile dagli artt. 91 e 92 c.p.c, due erano le vie astrattamente percorribili per giungere a condannare al pagamento delle spese la parte che aveva dato causa al processo (seppur formalmente vittoriosa a seguito del verificarsi dell'evento): mediante l'impiego del criterio della c.d. soccombenza virtuale (che avrebbe consentito di interpretare l'art. 91 c.p.c. nel senso di individuare, quale parte costretta a sopportare l'onere dei costi processuali, quella che sarebbe stata soccombente se il fatto di cessazione non fosse sopraggiunto) oppure valorizzano il principio di causalità quale criterio ispiratore degli articoli in esame (in particolare, attribuendo rilevanza all'inciso "giusti motivi" sino a superare i limiti della compensazione delle spese. Ciò avrebbe potuto consentire la condanna della parte che, con il proprio comportamento, aveva dato causa al processo)⁷¹. La prima opzione ha avuto la meglio⁷². Dunque, per le ipotesi di

presenza di tale pronuncia negativa per fatto sopravvenuto, è legittimo esaminare il fondamento della domanda quale si profilava inizialmente e su tal fondamento armonizzare la condanna alle spese giudiziali. Per Corte App. Palermo, 20 marzo 1959, *Ibidem*, l'intervenuta cessazione della materia del contendere non esonera il giudice dal provvedere in ordine alle spese processuali secondo i comuni principi che regolano la soccombenza in giudizio. Deve, di regola, presumersi soccombente agli effetti delle spese il convenuto che esegue nelle more del giudizio la prestazione richiestagli, qualora vi sia un nesso di causalità tra l'evocazione in giudizio e il comportamento volontario della prestazione.

⁷¹ Si noti come la recente riforma del processo civile attuata con la legge 18 giugno 2009, n. 69 sia intervenuta direttamente sull'art. 92, 2° c. sostituendo l'inciso "giusti motivi" con il più stringente presupposto delle "gravi ed eccezionali ragioni". Per le possibili ripercussioni di questa novella – così come del nuovo schema di decreto legge, licenziato nel settembre 2014 con l'intento dichiarato di disincentivare la prassi della compensazione delle spese giudiziali - su alcune autorevoli ricostruzioni dell'istituto, si rinvia alle considerazioni che verranno svolte *infra* cap. III.

⁷² Per opinione della giurisprudenza, il correttivo previsto dall'art. 92, comma 2° c.p.c., (sintetizzabile nell'espressione "giusti motivi" e ricollegato al chiovendiano principio di causalità) non appariva in grado di condurre a un'adeguata ripartizione dei costi del giudizio in caso di c.m.c. La giurisprudenza ha preferito aderire all'interpretazione della regola in punto di spese processuali che assegna al principio di causalità nient'altro che un rilievo ancillare e correttivo rispetto alla regola generale della soccombenza racchiusa nell'art. 91 c.p.c. Il principio di causalità, in posizione subordinata rispetto al criterio della soccombenza, sarebbe quindi inidoneo a sovvertire il corollario della non condannabilità per le spese della parte totalmente vincitrice. *Contra*, autorevoli voci le quali ritengono che l'intera disciplina sia retta dal principio di causalità, principio di carattere e portata generale, di cui il criterio della soccombenza altro non sarebbe che una concreta applicazione. Ad esempio, B. SASSANI, *Cessazione*, cit., non ravvisa alcun limite alla condannabilità alla sopportazione dei costi processuali della parte totalmente vincitrice, poiché quest'ultima potrebbe aver causato, con il proprio contegno, il ricorso all'autorità giudiziaria. Nello stesso senso G. DE STEFANO, *La cessazione*, cit., secondo cui il criterio orientatore quanto

cessazione, la giurisprudenza ha mutuato la soluzione che essa stessa aveva congegnato per pervenire ad una equa distribuzione delle spese sopravvissute all'estinzione del processo, vale a dire il criterio della c.d. soccombenza virtuale.

Tutto questo era già avvenuto nel momento in cui le Sezioni Unite della Cassazione hanno pronunciato la celebre sentenza n. 92 del 1954. È del 1946 la pronuncia con cui la Suprema Corte ha statuito che, anche in caso di chiusura del giudizio per cessata materia del contendere, al giudice fosse comunque concesso di conoscere il merito della controversia, ma al solo fine di condannare al pagamento delle spese la parte che, se il processo fosse proseguito, sarebbe risultata soccombente⁷³. Successivamente, altre pronunce sono intervenute a perfezionare questa soluzione: nel giro di pochi anni, quella che inizialmente era una facoltà, riconosciuta al giudice, di proseguire il processo nonostante l'avvento del fatto di cessazione al fine di stabilire l'ipotetico soccombente e onerarne il pagamento delle spese del giudizio, si è tramutata in un obbligo⁷⁴. Ciò – è bene sottolinearlo - avveniva solamente nell'ipotesi in

all'allocazione delle spese di lite è rappresentato dal principio di causalità. Ragionando in questi termini, il criterio della soccombenza non sarebbe altro che una specificazione del principio generale, mentre, ove residuasse un po' di oscurità o incertezza, soccorrerebbero i "giusti motivi" dell'art. 92 c.p.c. che fondandosi sull'apprezzamento equitativo del giudice potrebbero dare quindi ingresso a questo criterio decisionale. In generale, quanto al principio di causalità, si consulti CORDOPATRI, *Spese giudiziali (diritto processuale civile)*, Enc. giur., XLIII. Scettico nei confronti dell'esistenza e del conseguente spazio applicativo del principio di causalità nella ripartizione delle spese di causa SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998.

⁷³ Si tratta di Cass., 9 agosto 1946, n. 1151, in *Foro it. Mass.*, 1946, 265, la cui massima recita che "anche quando sia venuta meno la materia del contendere, il giudice può esaminare il merito della causa ai fini dei provvedimenti sulle spese." Si noti come la pronuncia configuri l'esame sulla fondatezza delle originarie pretese come una facoltà concessa al giudice e non, come invece riterrà successivamente la giurisprudenza, come un modo obbligato di procedere.

⁷⁴ In Cass., 28 dicembre 1949, n. 2665, in *Giur. completa della Cass. Civile*, 1949, III, 591, si legge infatti che il giudice, anche in seguito al venir meno della materia del contendere in ordine al merito della causa, ove permanga invece il contrasto circa le spese provocate dal giudizio, *deve* deliberare la fondatezza o meno della spiegata azione e delle prospettate eccezioni ai fini della decisione circa l'imposizione e la ripartizione delle spese del giudizio. Ancora più accuratamente, Cass., 31 luglio 1952, n. 2479, in *Giur. it. Mass.*, 1952, 657, esplicita che il giudice, per poter provvedere in ordine alla ripartizione delle spese processuali, è tenuto a prendere in considerazione la fondatezza della spiegata azione e delle eccezioni proposte, giacché solo in seguito all'esame del merito della causa può stabilirsi quale dei contendenti debba ritenersi e dichiararsi soccombente con il conseguente obbligo di rimborsare alla parte vittoriosa le spese sopportate. L'intervenuta cessazione della materia del contendere non esonera il giudice dal provvedere in ordine alle spese processuali secondo i comuni principi che regolano la soccombenza in giudizio e gli obblighi che essa comporta. In senso conforme anche Cass., 2 agosto 1953, in *Giust. civ.* 1953, III, 2868, ove si legge che "in caso di cessazione della materia del contendere, il giudice è tenuto, ai fini della decisione sulle spese di giudizio, a procedere ai necessari accertamenti sulla fondatezza delle domande e delle eccezioni, onde stabilire l'incidenza della soccombenza nel caso che il giudizio si fosse definito con una pronuncia di merito"; Cass., 23 ottobre 1954, n. 4034, in *Giust. civ.*, 1954, II, 2642; Cass., 17 marzo 1960, n. 556, in *Giust. civ. Mass.*, 1960, 212-213. Simile *modus procedendi* era invalso altresì nella giurisprudenza di merito: Corte App. Napoli, 23 luglio 1956, in *Giust. civ., Rep.* 1957, voce "spese giudiziali – cessazione della materia del contendere", n. 35, p. 3355, statuisce che "se nel corso del

cui residuasse il contrasto tra le parti relativamente alla sopportazione delle spese del giudizio⁷⁵.

Ad ogni modo, tornando alla pronuncia a Sezioni Unite n. 92/1954, da quanto esposto emerge come una fase di elaborazione concettuale della formula, di affinamento dei caratteri dell'istituto, fosse già in atto nel momento in cui è intervenuta la celebre sentenza. Poste queste premesse, occorre, a questo punto, procedere ad analizzare proprio la pronuncia n. 92, cominciando col sunteggiare brevemente gli estremi della controversia che ha propiziato l'intervento delle Sezioni Unite.

Alcuni proprietari terrieri convenivano in giudizio il Ministro della Difesa, al fine di ottenere il rilascio dei propri fondi, fatti oggetto di un provvedimento d'occupazione d'urgenza durante il secondo conflitto mondiale. Venuto meno lo stato di guerra, gli attori chiedevano di poter tornare ad avere la disponibilità dei terreni, con condanna della parte pubblica al pagamento di un indennizzo per gli anni di occupazione. La parte convenuta rilevava che, a suo tempo, era stata correttamente avviata la procedura di espropriazione, che però non si era potuta completare a causa della guerra. Conclusa la parentesi bellica, tutti gli atti della procedura erano stati rinnovati e si era in attesa del completamento della procedura. In virtù di queste premesse, la parte pubblica concludeva per il rigetto della domanda, riconoscendo però il diritto dei proprietari alla riscossione di un'indennità per l'occupazione provvisoria, che si dichiarava disposta a pagare nella misura stabilita dalla legge.

All'udienza precedente il rinvio della causa al collegio, le parti precisavano le rispettive conclusioni nel senso sopra esposto; sempre in quel contesto, il convenuto produceva la documentazione relativa alla procedura d'esproprio. Alla luce di ciò, gli attori, nella comparsa conclusionale, chiedevano che venisse dichiarata la cessazione della materia del contendere, con salvezza del capo relativo alle spese. Il giudice di prime cure sentenziava in questi termini, dichiarando cessata la materia del contendere e

giudizio sia venuta a cessare la materia del contendere e permanga tra le parti contrasto sull'onere delle spese, il giudice per dirimerlo deve procedere *necessariamente* agli accertamenti diretti a stabilire la fondatezza o meno delle domanda e delle eccezioni opposte"; nello stesso senso, Corte App. Trento, 20 giugno 1959, in *Giust. civ. Rep.*, 1959, II, voce "spese giudiziali – cessazione della materia del contendere", n. 27.

⁷⁵ La precisazione "ove permanga il contrasto tra le parti circa l'onere di sopportare le spese giudiziali" è presente in quasi tutte le sentenze in tema di c.m.c. Ribadisce il punto, Cass., 18 febbraio 1954, n. 416, in *Giust. civ.*, 1954, I, 340, che sottolinea come non si sottragga al sindacato di legittimità la condanna alle spese pronunciata in caso di dichiarata cessazione della materia del contendere senza che si sia indagato se permanesse il contrasto tra le parti su questo aspetto.

condannando la parte convenuta al pagamento dei costi processuali. Avverso questa pronuncia il convenuto proponeva impugnazione, lamentando che la richiesta di c.m.c. fosse stata formulata dagli attori nella comparsa conclusionale, dunque in un momento in cui non si potevano ormai più modificare le conclusioni precisate davanti al giudice istruttore. In altri termini, la parte pubblica contestava la possibilità riconosciuta agli attori di modificare le proprie conclusioni – in questo caso rinunciando alla domanda di rilascio – in conseguenza del sopraggiungere del fatto di cessazione, rappresentato, nel caso di specie, dalla rinnovazione della procedura di espropriazione dei fondi.

La controversia giungeva all'esame delle Sezioni Unite, le quali confermavano la pronuncia di cessazione della materia del contendere. Secondo la ricostruzione formulata dalla Suprema Corte nella propria composizione più autorevole, la domanda aveva perso la propria attualità nelle more del giudizio. Lite pendente, il Comando militare aveva dato inizio alla procedura di espropriazione, emettendo altresì un nuovo ordine di occupazione d'urgenza. Sulla base di questi eventi, l'Amministrazione non avrebbe più potuto essere condannata alla restituzione dei terreni, così come non vi era più motivo di provvedere sulla domanda di indennità, avendo gli attori, a seguito dell'offerta della convenuta, dichiarato di rimettersi a quanto sarebbe stato loro corrisposto secondo le norme sull'occupazione d'urgenza. Ebbene, per la Cassazione, in questo caso non vi era altra possibilità che dichiarare cessata la materia del contendere e porre termine al processo; nella sentenza, infatti, si legge che “allorquando nel corso del giudizio, sopravvengano fatti che facciano cessare la materia del contendere, viene oggettivamente meno la necessità di affermare la concreta volontà giurisdizionale, senza che occorran le forme della rinuncia agli atti del giudizio o della rinuncia al merito della difesa spiegata”. È inoltre presente la precisazione per cui il giudice deve darne atto anche d'ufficio.

In definitiva, nel caso sottoposto all'esame delle Sezioni Unite, l'evento sopraggiunto si è sostanziato in un fatto estintivo del diritto originariamente dedotto in giudizio; praticamente un rigetto nel merito per sopravvenuta infondatezza della pretesa tradotto nella formula di cessazione della materia del contendere. La sentenza di c.m.c. appare quindi un espediente per evitare l'accertamento della soccombenza in capo alla parte che, originariamente, aveva ragione.

Quello risolto dalle Sezioni Unite non appare un caso particolarmente significativo; piuttosto, occorre rilevare come la massima della sentenza, lungi dal costituire la regola particolare solamente di questa fattispecie, verrà ripresa dalla giurisprudenza successiva tanto da diventare la motivazione – stereotipata – delle pronunce di c.m.c. Verranno riprese, in special modo, la previsione della rilevabilità officiosa del fatto di cessazione e la definizione e configurazione del rapporto tra questo fenomeno e l'estinzione del processo per rinuncia agli atti⁷⁶. Quanto alla fase successiva a questo importante *arrêt*, regnava un po' d'insicurezza e più di un'incertezza sulla dichiarazione di c.m.c.⁷⁷. Ad ogni modo, è in questo momento storico che si inserisce

⁷⁶ *Ex plurimis*, Cass., 7 giugno 1956, n. 1957, in *Giust. civ. Mass.*, 1956, dispone che “qualora nel corso del giudizio sopraggiungano fatti che facciano cessare la materia del contendere, viene a mancare la necessità di ricondurre sotto la disciplina giuridica ad essi appropriata i fatti dedotti dalle parti, *senza che si rendano necessarie, ai fini della declaratoria che il giudice è tenuto a pronunciare, formali conclusioni di rinuncia agli atti del giudizio ovvero al merito delle rispettive pretese*”. Cass., 22 gennaio 1957, n. 179, in *Giust. civ. Mass.*, 1957, 78, specifica come “qualora sia cessata la materia del contendere per fatti sopravvenuti nel corso del giudizio, deve ritenersi venuta meno oggettivamente la necessità di affermare la concreta volontà giurisdizionale, *senza che occorran le forme della rinuncia agli atti del giudizio o della rinuncia al merito, ed il giudice deve darne atto anche d'ufficio*”. In Cass, 16 aprile 1957, n. 1282, in *Giust. civ. Mass.*, 1957, 503, si legge che “accertata la cessazione della materia del contendere e venuta meno in tal modo la necessità di una determinazione volitiva del giudice, questi deve darne atto anche d'ufficio, *senza che occorra la formale rinuncia agli atti del giudizio*”.

⁷⁷ La giurisprudenza si è interrogata sulle sorti del giudizio e sul contenuto della pronuncia giudiziale in ipotesi in cui, nel corso del giudizio, fosse già stata emessa una sentenza non definitiva e il fatto di cessazione fosse relativo proprio alla questione già decisa. Per Cass., 15 ottobre 1957, n. 3847, in *Riv. dir. proc.*, 1957, 157, la valutazione dell'avvenuta cessazione è riservata al giudice dell'impugnazione, in quanto il giudice di primo grado ha già esaurito il proprio potere decisionale relativamente a quell'aspetto del *thema decidendum*. Cass. 28 settembre 1952, n. 2671 si occupa invece di specificare il raggio di operatività della c.m.c. in ambito matrimoniale. Se la morte della parte pendente il giudizio di separazione dovrebbe condurre a una chiusura per cessata materia del contendere, si ritiene che tale esito debba essere escluso nel caso in cui il decesso del coniuge sopravvenga pendente il giudizio di nullità o annullamento del matrimonio, stante il contenuto dell'art. 127 c.c., secondo cui l'azione per impugnare il matrimonio, una volta promossa, si trasmette agli eredi. Ciò nonostante, la Corte ha ammesso che lo spirare di uno dei coniugi, convenuti in giudizio dal Pubblico Ministero per sentire dichiarare la nullità del matrimonio, impedisca la prosecuzione del processo per sopravvenuta carenza dell'interesse sociale alla dichiarazione di nullità. Incertezza regnava anche relativamente agli effetti della declaratoria di c.m.c. emessa in conseguenza del decesso del coniuge separando o del soggetto da inabilitare. Secondo la Cassazione, qualora l'evento fosse sopraggiunto pendente il giudizio di legittimità, si sarebbe dovuta pronunciare la c.m.c., con contestuale cassazione senza rinvio, in modo da porre nel nulla le sentenze emesse nei gradi precedenti. Cfr. Cass., 14 febbraio 1956, n. 421, in *FI Rep.*, 1956, voce “inabilitazione e interdizione”, n.23, che ricorda come “la morte dell'interdicendo durante le more del giudizio di cassazione, in quanto determina la cessazione della materia del contendere, impone la cassazione senza rinvio della sentenza impugnata”.

Quanto ai presupposti, i giudici di merito, in particolare, sembravano non potersi accontentare di una semplice istanza di c.m.c. proveniente del procuratore *ad lites*, ma esigevano che simile dichiarazione provenisse dalla parte personalmente e che fosse accompagnata anche da un atto di rinuncia formale alla domanda o all'azione. In assenza di questi presupposti era presente la tendenza a ignorare la volontà della parte e decidere la causa la causa. Per il Tribunale di Roma, sent. 27 luglio 1956, n. 5442, in *Temì Romana*, 1957, 178-181, “la dichiarazione di cessazione della materia del contendere nei confronti di uno dei convenuti è inefficace se fatta dal procuratore di parte attrice e, per di più, soltanto in sede di precisazione delle conclusioni, senza rinuncia al relativo capo di domanda”. Nel caso di specie, l'attore

una prima fase di elaborazione del concetto, fase che, convenzionalmente, può ritenersi inaugurata dalla sentenza a Sezioni Unite del 1954. Quel che rimane di questa pronuncia delle Sezioni Unite è la configurazione della cessazione della materia del contendere come un autonomo istituto processuale connotato da regole proprie in punto di deducibilità in giudizio e condanna alle spese processuali⁷⁸.

6. La fase di elaborazione del concetto: la delineazione dei caratteri propri dell'istituto per mano della giurisprudenza italiana

Si è avuto modo di appurare come la comparsa della formula vada spostata indietro di almeno mezzo secolo rispetto a quella che, da molti, è stata individuata come la prima pronuncia dichiarativa della cessazione della materia del contendere, ossia la sentenza del 19 gennaio 1954 pronunciata della Cassazione a Sezioni Unite. Già all'inizio del XX secolo, infatti, la giurisprudenza italiana solleva chiudere il processo in questi termini al sopravvenire di eventi quali la morte della persona dell'interdicendo, lo spirare dell'inabilitando o del coniuge separando, e in ipotesi di soluzione amichevole della lite per avvenuta transazione, rinuncia all'azione o riconoscimento del diritto. Alla luce di quanto esposto, la pronuncia delle Sezioni Unite può essere letta in un altro modo, vale a dire quale formale riconoscimento della possibilità, concessa all'organo giudicante, di terminare il processo con tale locuzione, non appena ritenesse che la materia del contendere fosse venuta meno. Dunque, nonostante l'esistenza di istituti in

aveva regolato stragiudizialmente il proprio rapporto con uno solamente dei debitori convenuti e provveduto poi a instare per una dichiarazione di cessazione in sede di precisazione delle conclusioni; per opinione del Tribunale, l'istanza di c.m.c. non ha, di per sé stessa, alcuna conseguenza sul processo in corso, dovendo essere accompagnata da una rinuncia all'originaria domanda per sortire l'effetto di modificare le conclusioni prese con l'atto di citazione.

⁷⁸ Tenta di offrire una definizione puntuale Cass., 29 ottobre 1960, n. 2939, in *Giust. civ. Mass.*, 1960, 1137-1138, secondo cui “la cessazione della materia del contendere è un fatto che incide non soltanto sul diritto sostanziale, eliminando la ragione stessa del contendere tra le parti entro i limiti della contestazione delineata nell'atto introduttivo del giudizio, ma anche e principalmente incide sullo stesso processo eliminando la necessità di una determinazione volitiva del giudice, il quale, pertanto, deve darne atto anche d'ufficio, senza che occorra la formale rinuncia agli atti del giudizio. Cessata, quindi, la materia del contendere e con essa venuta meno oggettivamente la necessità di affermare la concreta volontà giurisdizionale, la disciplina giuridica, sia essa sostanziale o processuale, dalla quale i fatti dedotti in giudizio sono regolati, non può più spiegare alcuna valida efficacia”.

qualche misura affini alla c.m.c., astrattamente idonei a recepire la sopravvenienza di un fatto giuridicamente rilevante sul processo in corso, la giurisprudenza italiana ha ritenuto opportuno introdurre una nuova e diversa via d'uscita processuale. In altre parole, la prassi ha ravvisato l'esistenza di una lacuna nella disciplina legislativa e ha cercato di porvi rimedio. Dalla pronuncia delle Sezioni Unite in avanti, l'uso della formula è stato consueto⁷⁹. Proprio questo dato di fatto impone – si è già accennato a questo aspetto – di abbandonare una posizione di assoluta negazione della c.m.c., nella convinzione che avrebbe il sapore di un mero esercizio accademico disconoscere alla formula quell'autonomia che la stessa si è guadagnata in un sessantennio di largheggiante utilizzo. Semmai occorre interrogarsi sulle sorti del processo nelle ipotesi in cui la c.m.c. non possa configurarsi per il persistere del contrasto tra i contendenti. In poche parole, si intende prendere atto del ruolo assunto dalla pronuncia (riconoscendo dunque l'efficacia della soluzione proposta dalla giurisprudenza), ma, al contempo, si vuole tentare di ricalibrare alcuni aspetti della stessa, in modo da evitare alcune derive pericolose (si riconoscono dunque anche i limiti dell'istituto di matrice giurisprudenziale).

Si è detto che dalla pronuncia delle Sezioni Unite del 1954 in avanti l'utilizzo della formula è stato abituale nelle aule di giustizia italiane; ebbene, la prassi, pur impiegando frequentemente la formula, non ha mai affrontato il problema relativo alla compatibilità della stessa rispetto ai principi e alle regole dell'ordinamento processuale. L'esistenza dell'istituto ha sempre rappresentato un assunto quasi indiscutibile. Solamente in un'occasione la Suprema Corte ha considerato l'aspetto relativo alla legalità dell'istituto, analizzando il rapporto tra la pronuncia e il sistema processuale di diritto positivo. Un'unica occasione in cui la dichiarazione di c.m.c. è stata considerata alla stregua di un'inutile sovrastruttura, comportante, in quanto tale, una deroga inammissibile. Nella pronuncia n. 5516 del 1996 si legge che “la cessazione della materia del contendere non può ritenersi un istituto dell'ordinamento processuale civile, non essendo previsto né esplicitamente né implicitamente da alcuna disposizione del codice o da qualche legge speciale. Il codice di rito, infatti, prevede altre formule terminative del processo che nel loro complesso assolvono a funzioni tra le quali può

⁷⁹ A ulteriore conferma del consolidamento della formula in questione, si può notare come, a partire dall'anno 1957, sia stata inserita la sottovoce “cessazione della materia del contendere” all'interno della voce relativa alle spese giudiziali nel Repertorio di Giustizia civile .

ben ricomprendersi il soddisfacimento degli interessi che la prassi giudiziaria sottende alla richiesta e all'adozione di un provvedimento dichiarativo della cessazione della materia del contendere, quali la conciliazione giudiziale, l'estinzione per rinuncia e, nei giudizi di merito, l'estinzione per inattività delle parti⁸⁰. Solamente in quest'occasione la giurisprudenza si è interrogata sulla necessità e l'utilità di una simile terminazione processuale e ha affrontato, si potrebbe dire lucidamente, il rapporto tra la cessazione della materia del contendere e gli altri istituti che sono in grado di condurre a un epilogo processuale incolore, tale per cui manca una delineazione della soccombenza. Nella sentenza n. 5516 del 1996 la Cassazione afferma la necessità di attenersi agli schemi predisposti dal legislatore; quantomeno per le ipotesi di soluzione amichevole della lite o per le ipotesi in cui le parti concordino sulla circostanza che non vi è più materia sulla quale discutere. Nulla viene detto però relativamente a quelle ipotesi di fatto sopravvenuto in cui il sopraggiungere dell'evento non sortisca l'effetto di acquietare le parti. Queste fattispecie pongono fuori gioco lo schema della cessazione della materia del contendere e chiamano in causa tutt'altra problematica. Al ricorrere di tali eventualità, se il sopraggiungere del fatto di cessazione lasci residuare un punto di conflittualità tra le parti o nell'attore permanga un interesse giuridicamente apprezzabile alla prosecuzione del processo sino all'ottenimento di un accertamento, manca, ad oggi, un modo concreto per adeguare il processo e far sì che il giudizio possa trovare il proprio epilogo in una pronuncia che si riveli ancora attuale. Da questo punto di vista, sarebbe stato utile anteporre una considerazione generale della problematica relativa al fatto sopravvenuto a un'analisi della compatibilità ai principi di legge della soluzione congegnata dalla giurisprudenza civile. Ebbene, proprio questo si intende fare nel prosieguo dell'indagine. Per adesso, comunque, quel che preme rimarcare è l'unicità dell'occasione in cui il Supremo vertice della piramide giudiziaria si è prospettato un problema di compatibilità della c.m.c. con l'ordinamento processuale di diritto positivo,

⁸⁰ Cass., 15 giugno 1996, n. 5516, in *Giust. civ.*, 1996, 2879. La sentenza è annotata da R. TRIOLA, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, *Ibidem*, e A. RONCO, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1110. Per Ronco, la sentenza affida a tre *rationes* il proprio contrasto rispetto alla figura della c.m.c.: il rispetto della volontà del legislatore, che non menziona la figura della cessazione della materia del contendere nella disciplina del rito civile; l'impossibilità giuridica di rilevarne i presupposti di fatto in sede di giudizio di legittimità, stante le limitazioni previste dall'art. 372 c.p.c.; l'insufficienza delle dichiarazioni dei difensori delle parti, i quali non hanno la facoltà di affermare il venir meno delle ragioni di contesa tra ricorrente e contro ricorrente. Secondo l'A., con questa pronuncia, la Corte sarebbe incorsa in un grosso *lapsus per obiter dictum*, vale a dire avrebbe assestato un colpo all'istituto della c.m.c. con un eccesso di zelo mal posto.

discorrendo, tra l'altro, di "deroga illegittima e, come tale, inammissibile". Quanto allo scenario successivo a tale *arrêt*, potrebbe non meravigliare il fatto che tale pronuncia non abbia avuto seguito. Quel che invece stupisce è la circostanza che la sentenza – dai toni accesi e perentori e, lo si ripete, emessa dalla Suprema Corte – non sia stata destituita di fondamento e, per tale via, delegittimata, con argomentazioni volte a far emergere la ragione e l'utilità di un simile istituto⁸¹. Stupisce perché simili ragioni non paiono emergere mai, almeno non *expressis verbis*⁸². Ragionando in via deduttiva si può certo ipotizzare l'esistenza di diverse ragioni giustificatrici in concorso tra loro (esigenze di schietta giustizia, ragioni di opportunità e di economia processuale); ma guardando alla copiosa elaborazione giurisprudenziale in tema di c.m.c. non è dato riscontrare una spiegazione a chiare lettere della ragioni alla base dell'utilizzo della declaratoria. Manca, soprattutto, una riflessione ad ampio spettro sulle problematiche riconnesse al sopraggiungere del fatto con incidenza sull'oggetto del processo, che, proprio mediante l'utilizzo della formula, dovrebbero trovare soluzione. Si pensi alle ipotesi in cui il sopraggiungere del fatto non elimini in radice il contrasto, ma lo riduca parzialmente o ne muti i caratteri. Per queste fattispecie si manifesta la necessità di una riflessione approfondita in tema di sopravvenienze.

Occorre, a questo punto, procedere a indagare l'istituto di cui ci si occupa, cominciando dal perimetro applicativo della formula per poi passare all'esame della relativa disciplina.

6.1. Ipotesi: la casistica in tema di cessazione della materia del contendere, solitamente definita eterogenea, può essere ordinata in due categorie. Utilità della distinzione e necessità logica della stessa.

⁸¹ Nella pronuncia n. 1048 del 28 settembre 2000 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite si limita a "ritenere senza successo il tentativo operato da Cass., 15 giugno 1996, n. 5516 di espungerla dal sistema". Per un esame approfondito di questa pronuncia, che vedremo essere di capitale importanza ai fini dello studio della cessazione della materia del contendere si rinvia infra al prossimo paragrafo.

⁸² Anche nelle sentenze che si occupano del fenomeno non si scorge alcuna spiegazione, tecnica e precisa, dello stesso. Per fare un esempio, in Cass., n. 9808 del 9 novembre 1996 viene offerta una definizione dell'istituto: "la materia del contendere può ritenersi cessata ogni qual volta nel corso del processo sopraggiungono determinate circostanze riferibili a fatti obiettivi, riconosciuti e ammessi da entrambe le parti, che avendo incidenza sulla situazione giuridica sostanziale prospettata, facciano venire meno la necessità della pronuncia del giudice in precedenza richiesta".

Si è detto più volte che la casistica in tema di cessazione della materia del contendere può apparire sterminata. È giunto il momento di guardare, con occhio clinico, alle applicazioni concrete della formula, nel tentativo di tracciare i contorni applicativi della figura e stilare una sorta d'inventario delle ipotesi che, con maggiore frequenza, determinano un epilogo del giudizio in questi termini. A tale scopo, prima ancora di sfogliare i repertori giurisprudenziali, occorre ricordare quanto affermato dalle Sezioni Unite nel 2000 in merito al campo d'applicazione dell'istituto⁸³. Si avrà modo di appurare meglio oltre come, nel corso dell'anno 2000, le Sezioni Unite della Suprema Corte si siano occupate della dichiarazione di cessata materia del contendere con due sentenze, emesse a distanza di pochi mesi l'una dall'altra, che vorrebbero porre le basi per la costruzione di un vero e proprio statuto epistemologico della figura. Proprio nel contesto di questo tentativo di razionalizzazione, si ritrova un passaggio sul campo d'applicazione della declaratoria Per opinione della Corte, una chiusura nei termini anzidetti s'impone al verificarsi delle seguenti ipotesi: integrale adempimento o, più in generale, completo soddisfacimento della pretesa dell'attore; mero riconoscimento da parte del convenuto del diritto contro sé medesimo vantato dall'attore; transazione stipulata tra le parti dopo l'inizio del processo; successione di leggi nel tempo; morte della parte in un giudizi avente ad oggetto diritti o situazioni giuridiche intrasmissibili; rinuncia all'azione; scioglimento consensuale del contratto di cui era stata domandata la risoluzione per inadempimento.

La casistica è di gran lunga più ampia di questa. Probabilmente la Corte ha voluto predisporre delle griglie concettuali, che, in questa sede, appare opportuno completare e perfezionare, al fine di offrire un quadro il più possibile completo del fenomeno.

Una primo caso di cessazione va individuato nell'ipotesi - paradigmatica e di gran lunga più frequente - di *transazione* intervenuta tra le parti lite pendente, cui può essere accostata quella di omologazione di concordato preventivo con transazione fiscale ex art. 182-ter l. fall⁸⁴. Si pensi, inoltre, all'accordo transattivo contenuto nel

⁸³ Ci si riferisce alla sentenza delle Sezioni Unite n. 1048/2000 e alla pronuncia n. 368/2000.

⁸⁴ Tale fatto di cessazione sarà oggetto di approfondito esame nel cap. III. Le problematiche relative alla transazione sono molteplici e variano a seconda della natura semplice o novativa dell'accordo. Tra queste, ci si soffermerà sull'ipotesi in cui l'accordo non venga adempiuto con conseguente risoluzione giudiziale

verbale di conciliazione siglato in sede sindacale tra lavoratore e datore di lavoro⁸⁵ oppure all'ipotesi in cui, pendente un giudizio in cui si contesti l'esistenza dell'obbligo contributivo, si perfezioni un condono previdenziale. Ripercorrendo l'evoluzione storica della c.m.c. si è avuto modo di rilevare come, al fine di pervenire a una chiusura del giudizio con la formula *de qua*, si richiedesse, oltre alla produzione in giudizio dell'accordo transattivo, il perfezionamento di una convenzione di rinuncia. La transazione poteva condurre a una chiusura anzitempo del processo solo in quanto accompagnata da una rinuncia, espressa o tacita, allo strumento processuale. Ciò avviene, talvolta, anche oggi. La situazione attuale si presenta, infatti, variopinta. Ferma restando l'inefficienza della mera produzione in giudizio dell'accordo transattivo a porre fine alla litispendenza, la prassi individua (e alimenta) scenari differenti, tutti conseguenti all'allegazione in giudizio dell'accordo: se nella maggioranza dei casi la transazione determina una declaratoria di c.m.c. perché accompagnata da un atto di rinuncia, agli atti o all'azione⁸⁶, è capitato che la prassi, prendendo atto dell'avvenuto accordo, dichiarasse la cessazione della materia del contendere attribuendo alla stessa il significato di una estinzione radicale di tutta la pregressa fase processuale o impiegando la formula quale sinonimo della sopravvenuta carenza di interesse ad agire⁸⁷. Sul doppio

della transazione stessa; si approfondirà il rapporto tra la transazione e la conciliazione giudiziale, così come tra l'accordo transattivo e altri fatti di cessazione, quali il riconoscimento del diritto e la rinuncia all'azione.

⁸⁵ Cfr., tra le tante, Cass., 8 settembre 2014, n. 18863; Cass. 28.08.2013, n. 19822; Cass., 28 giugno 2011, n. 14297; Cass., 13 luglio 2009, m. 16341.

⁸⁶ Trib. Roma, 25 giugno 2014, n. 13742 secondo cui “la transazione è un atto stragiudiziale di definizione della lite che non incide direttamente sul processo, ma sul diritto sostanziale che ne forma oggetto, precludendo la proposizione di una nuova domanda sul medesimo oggetto”.

Si occupa del rapporto con l'eccezione *rei per transactionem finitae*, Cass., n. 2647/2003, ove viene specificato che “le parti possono o meno fondare sulla transazione la rinuncia: se la rinuncia sia agli atti del giudizio, il convenuto che l'abbia accettata può opporre all'attore, che riproponga la domanda, l'eccezione *rei per transactionem finitae* per ottenerne il rigetto; se la rinuncia sia motivata con l'intervenuta transazione, si deve fare luogo a una pronuncia di cessazione della materia del contendere, senza bisogno che la rinuncia sia accettata”.

⁸⁷ A ben guardare, ciò è avvenuto, soprattutto, per ovviare agli inconvenienti derivanti dal perfezionamento di una convenzione di rinuncia irrituale. Così è stato, per esempio, nel caso deciso dalla Suprema Corte con la pronuncia del 21 luglio 2014, n. 16585, in cui le parti depositavano, prima dell'udienza di discussione, un atto congiunto di rinuncia al ricorso e al controricorso, che veniva considerato irrituale perché carente della sottoscrizione dalla parte (art. 390 c.p.c., comma 2°). Tuttavia, la circostanza che all'atto di rinuncia le parti avessero allegato l'accordo transattivo tra le stesse intervenute, ha indotto la Corte a porre termine comunque al giudizio, giustificando tale esito con la dichiarazione di cessata materia del contendere. In questo senso anche Cass, 30 maggio 2003, n. 8822, per la quale, “in tema di dichiarazione della cessazione della materia del contendere, i difensori delle parti, pur se non dotati di poteri specifici conferiti con procura speciale, sono legittimati a comunicare congiuntamente i fatti per i quali è sopravvenuta l'estinzione del processo, per effetto della fine d'ogni controversia tra le parti e di qualsiasi interesse alla pronuncia”. *Contra*, Cass., 8 gennaio 2014, secondo

binario della cessazione della materia del contendere – quale estinzione radicale del processo e quale succedaneo della pronuncia di sopravvenuta carenza di interesse ad agire – ci si soffermerà analiticamente nel prosieguo dell'indagine.

Proseguendo nell'indagine del campo d'applicazione della formula, la giurisprudenza dichiara la c.m.c. – seppur con molte incertezze – in ipotesi di rinuncia all'azione e di riconoscimento del diritto. Già dall'analisi dell'elaborazione scientifica della prima metà del secolo scorso è emerso come entrambe le figure manifestino taluni aspetti problematici, sostanzialmente riconducibili alla mancanza di una disciplina legislativa di riferimento. Si dibatteva e si dibatte tutt'ora dei limiti al potere dispositivo delle parti; ebbene, proprio per circoscrivere tale potere e salvaguardare l'autonomia e la libertà decisionale dell'organo giudicante, la giurisprudenza rifiuta l'idea di prendere atto del riconoscimento o della rinuncia con una sentenza di merito, preferendo chiudere il processo per c.m.c. (ovviamente, in presenza dell'accordo intervenuto tra le parti). Dunque, per evitare che la decisione dell'organo giudicante si trasformi in un modo per attribuire autorità all'accordo intervenuto tra gli originari contendenti, la giurisprudenza fa discendere a queste dichiarazioni di volontà una dichiarazione di c.m.c. Nell'ipotesi in cui il convenuto *ricosca il diritto* contro sé medesimo vantato, senza tuttavia porre in essere attività che lo realizzino, così come nell'ipotesi in cui l'attore dichiara di rinunciare alla propria azione, la giurisprudenza preferisce chiudere il processo con la

cui “la dichiarazione congiunta di cessata materia del contendere per intervenuta transazione è inidonea ad integrare sia la rinuncia agli atti del giudizio, sia la manifestazione di cessazione della materia del contendere, quando provenga da difensori privi della procura speciale conferente il potere di rinunciare agli atti del giudizio e di accettare la rinuncia”; Cass., 8 novembre 2003, n. 16785 secondo cui “la cessazione della materia del contendere presuppone che: a) sopravvengano, nel corso del giudizio, eventi di natura fattuale o atti volontari delle parti idonei a determinare la totale eliminazione di ogni posizione di contrasto; b) vi sia accordo tra le parti sulla portata delle vicende sopraggiunte e sull'essere venuto meno ogni residuo motivo di contrasto; c) vi sia la dichiarazione di non voler proseguire la causa proveniente dalla parte personalmente ovvero dal suo difensore munito di procura "ad hoc". (Nella specie, la Cassazione ha escluso che tali presupposti ricorressero in presenza di verbali di conciliazione redatti in epoca di molto anteriore al ricorso per cassazione, valutando inoltre la mancanza di dichiarazioni successive attestanti la volontà di rinunciare al giudizio in corso, nonché la mancanza, negli stessi verbali di conciliazione, di un espresso riferimento all'emolumento controverso).

Si registrano poi pronunce in cui la giurisprudenza ravvisa nel comportamento della parte produttrice l'accordo transattivo non già il perfezionamento di una rinuncia, bensì la sopravvenuta carenza di interesse ad agire, come nel caso deciso da Cass., n. 18417/2013, ove viene specificato che “sia la transazione novativa che quella semplice eliminano la posizione di contrasto fra le parti e fanno venire meno l'interesse delle stesse ad una pronuncia sulla domanda, come proposta o come evolutasi in corso di causa, correlativamente determinando l'inutilità della pronuncia medesima”. Anche in ipotesi di transazione, quindi, la giurisprudenza focalizza, talvolta, la propria attenzione sul concetto di disinteresse delle parti rispetto alla continuazione del procedimento, giustificando, per tale via, una pronuncia di c.m.c.

dichiarazione di c.m.c., anziché “costringere” il giudice a confezionare una sentenza di merito, rispettivamente di accoglimento o di rigetto. Un espediente tutto sommato efficace, che però non può considerarsi una soluzione soddisfacente del problema. Se numerose sono le pronunce che, al sopravvenire di tali fatti, scansano una sentenza di merito per chiudere il giudizio con la formula di cessata materia del contendere, numerose sono anche le voci dottrinali che, in questi casi, rifiutano una terminazione atipica del processo, mettendone in risalto i rischi ed evidenziando le esigenze delle parti che, con simile epilogo, vengono calpestate. A ben vedere è la stessa giurisprudenza che, in alcuni casi, si mostra consapevole di queste esigenze e cerca di tutelarle facendo conseguire a queste dichiarazioni una sentenza di merito. Così è accaduto che, in ipotesi di riconoscimento del diritto, il processo terminasse con una sentenza di accoglimento; in questo caso la dichiarazione della parte è stata intesa come una sorta di negozio di disposizione del diritto sostanziale, che presuppone la disponibilità del diritto stesso e condiziona la decisione del giudice, sulla falsariga di quanto avviene nell'ordinamento germanico, ove però tale modo di procedere è però previsto a monte dal legislatore⁸⁸. L'organo giudicante si vedrebbe quindi vincolato all'emissione di una sentenza di accoglimento, idonea al giudicato in ordine all'accertamento del diritto vantato in giudizio. Diversamente, le sentenze che hanno fatto seguire al riconoscimento una dichiarazione di c.m.c. presuppongono una diversa considerazione della natura pubblicistica della funzione giurisdizionale; queste rifiutano l'idea che l'atto di ammissione della parte possa essere ricostruito alla stregua di una dichiarazione vincolante per il giudice, avente ad oggetto non fatti ma effetti giuridici. Così la circostanza che il processo verta su diritto disponibili nulla potrebbe nei confronti della norma, di ordine pubblico, che impone al giudice di decidere secondo la legge⁸⁹.

⁸⁸ *Ex plurimis*, Cass., 6 febbraio 1970, n. 249 in *Giust. civ.*, 1970, I, 696; Cass., 27 aprile 1978, n. 1965 in *Foro it.*, 1978, I, 1927; Cass., 28 agosto 1998, n. 9684. Per Trib. Firenze, 14 marzo 1985, in *Foro it. Rep.* 1989, voce “procedimento civile”, n. 85, “l'interesse ad agire ravvisabile nel conseguimento di un titolo giudiziale contenente l'accertamento della pretesa vantata e la condanna al pagamento del credito esclude la possibilità di emettere la pronuncia per cessazione della materia del contendere”. Il giudice fiorentino sottolinea come nel caso di riconoscimento delle ragioni dell'attore da parte del convenuto non verrebbe meno l'interesse ad agire perché l'attore avrebbe tutto il vantaggio ad ottenere l'accertamento giudiziale della propria pretesa.

⁸⁹ A proposito, si consulti Cass., 25 febbraio 2000, n. 2180, in *Foro it.*, 2000, I, 2556 con nota di A. SCALA, *Comportamento delle parti e dichiarazione di cessata materia del contendere*. In questo senso si assestano, meno recentemente, Cass., 30 maggio 1974, n. 1552, in *Mass. Foro it.*, 1974, 372; Cass., 29

Il contrasto tra questi due modi di intendere il riconoscimento è evidente, così come il malcontento per tale situazione, espresso anche dalla Suprema Corte a più riprese⁹⁰. L'esigenza di una riflessione approfondita sull'efficacia da attribuire alle manifestazioni di volontà in senso dispositivo investe anche la figura della *rinuncia all'azione*. Questa, che s'identifica fundamentalmente nell'abbandono dell'originaria posizione dalla quale era scaturita la controversia, pone invero qualche problema in meno del riconoscimento, se sol si considera che una domanda può essere rigettata per molteplici ragioni diverse, ricomprese nei casi di infondatezza e inammissibilità della pretesa, mentre la sentenza di accoglimento può basarsi su un'unica considerazione: l'accertamento, compiuto dal giudice, che la domanda è fondata perché il diritto dedotto in giudizio dall'attore esiste. Ad ogni modo, anche in caso di rinuncia all'azione, la mancanza di tipicità fa sì che non vi sia omogeneità di vedute circa la natura da attribuire a simile atto di parte e circa le conseguenze allo stesso riconducibili. Quanto detto corrisponde al vero oggi come all'inizio del secolo scorso. In dottrina, vi è chi attribuisce natura sostanziale alla figura (pertanto, una manifestazione di volontà espressa in questi termini da parte del titolare della situazione giuridica soggettiva azionata equivarrebbe a un atto di disposizione del diritto in senso abdicativo⁹¹; così configurata, la rinuncia all'azione non necessiterebbe dell'accettazione del convenuto, perché condurrebbe a una sentenza di rigetto nel merito della domanda che, da un lato, sarebbe in grado di soddisfare pienamente il diritto del convenuto ad ottenere una statuizione di merito sulla pretesa contro lo stesso proposta e, dall'altro, lo proclamerebbe vincitore con tutte le conseguenze del caso, soprattutto in tema di spese processuali), mentre, per altri Autori, la rinuncia all'azione riguarderebbe il diritto

aprile 1974, n. 1216, in *Mass. Foro it.* 1974, 301; Cass., 9 maggio 1975, n. 1809, in *Mass. Foro it.*, 1975, 419.

⁹⁰ Cfr. Cass., 26 marzo 1998, n. 3217; Cass. n. 13217 del 28 maggio 2013, secondo cui “la materia del contendere può ritenersi cessata solo quando, nel corso del processo, sopraggiungano determinate circostanze riferibili a fatti obiettivi, riconosciuti e ammessi da entrambe le parti, che avendo incidenza sulla situazione sostanziale prospettata, facciano venire meno la necessità della pronuncia del giudice in precedenza richiesta. Ne consegue che il riconoscimento, da parte del convenuto, del diritto azionato dall'attore, non comporta la cessazione della materia del contendere, qualora non risulti integralmente soddisfatta la domanda dell'attore. Di conseguenza la mera disponibilità del convenuto a dare attuazione alle prospettazioni di parte attrice non determina la cessazione della materia del contendere: finché la disponibilità, da dichiarata, non si concretizzi in precise attività, volte a soddisfare la controparte, la materia del contendere non viene meno”. Esclusa la possibilità di terminare il processo per c.m.c., l'accento viene dunque spostato sulla questione relativa al valore da attribuire all'atto di riconoscimento, aspetto su cui ci si soffermerà analiticamente infra cap. III.

⁹¹ Tra questi Autori, Scala, Micheli, Massari. Per un ulteriore approfondimento si rinvia a A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 843-899.

d'azione, da intendersi quale diritto a un provvedimento di merito su quella data situazione sostanziale (ciò a cui si rinunciarebbe sarebbe quindi l'invocazione della tutela giurisdizionale con riferimento a una determinata situazione giuridica soggettiva)⁹².

La giurisprudenza, dal canto suo, non accede a una ricostruzione in particolare, ma soprattutto a nessuna in maniera esclusiva: talvolta spiega la rinuncia come un atto di disposizione in senso abdicativo o del diritto sostanziale azionato o della possibilità di invocare la tutela giurisdizionale; talaltra le fa conseguire una chiusura del giudizio per c.m.c.⁹³, sia giustificando questa conclusione attribuendo natura di merito a simile terminazione processuale⁹⁴, che mantenendo ferma la ricostruzione del fenomeno quale sopravvenuta carenza di interesse ad agire⁹⁵. Non è questa la sede opportuna per approfondire l'argomento, che verrà analizzato accuratamente di seguito. Queste brevi osservazioni sono finalizzate unicamente a far emergere l'elenco di tutte le variabili

⁹² Tra questi, Picardi, Sassani e Giussani.

⁹³ Cass., 9 agosto 1973, n. 2280, in Foro it., 1973, I, 2975; Cass., 17 febbraio 1975, n. 629, in Mass. Foro it. 1975, 147; Cass., 4 agosto 1977, n. 3500, in Foro it., 1978, I, 1133; Cass., 1 febbraio 1979, n. 711, in Mass. Foro it., 1979, 158; Cass., 9 gennaio 1981, n. 190, in Mass. Foro it., 1981, 41; Cass., 22 febbraio 1982, n. 1112, in Mass. Foro it., 1982, 247. Trib. Cagliari, 10 marzo 1994, in *Riv giur sarda* 1995, 114, con nota di E. CORPINO. Per Cass., 27 aprile 2000, n. 5393, la rinuncia all'azione - che non richiede l'accettazione della controparte a differenza della rinuncia agli atti del giudizio, la quale importa invece una definizione in rito del processo - impone una pronuncia di cessazione della materia del contendere. Tale pronuncia, espressione del principio dispositivo delle parti esercitabile in qualsiasi controversia civile, si fonda sul venir meno - a seguito appunto dell'estinzione dell'azione - dell'interesse della controparte alla prosecuzione del giudizio per l'ottenimento di una pronuncia negativa sull'azione promossa dall'attore, e produce lo stesso effetto della pronuncia con cui si rigetta la domanda attorea. A riguardo si confronti inoltre Cass. 13 marzo 1999 n. 2268; Cass. 11 aprile 1995 n. 4151; Cass. 17 febbraio 1975 n. 629.

⁹⁴ A riguardo, Cass., 13 marzo 1999, n. 2268, in *Giust. civ.*, 1999, 2689, afferma che “mentre per l'operatività della rinuncia agli atti è necessaria l'accettazione della controparte poiché comporta una definizione in rito del processo, invece per l'operatività della rinuncia all'azione non è necessaria l'accettazione del convenuto che non ha alcun interesse giuridicamente apprezzabile ad opporvisi poiché ad essa consegue una pronuncia di merito equivalente alla reiezione della domanda”. La sentenza è annotata da C. ASPRELLA, *Brevi cenni sulla rinuncia all'azione e sulla cessazione della materia del contendere*, in *Giust. civ.*, 1999, 2689.

⁹⁵ Di conseguenza, la differenza tra la rinuncia all'azione e l'istituto ex art. 306 c.p.c. finisce per sfumare proprio a causa della riconduzione della prima al fenomeno della c.m.c. Queste ultime sentenze sono state accolte con vivaci perplessità dagli interpreti. Infatti, far discendere dall'atto di rinuncia dell'attore una chiusura in rito del processo, accompagnata dall'immancabile specificazione “senza che occorran le forme della rinuncia agli atti del giudizio”, che costituisce parte integrante della definizione giurisprudenziale del fenomeno sin dalla sentenza delle Sezioni Unite del 1954, equivale ad accordare un permesso all'attore di eludere le garanzie previste dall'art. 306 c.p.c. a tutela della parte convenuta. A riguardo, si noti come anche chi reputi adeguata la conformazione offerta dalla giurisprudenza all'istituto in questione, finisca per criticare l'assimilazione della rinuncia all'azione agli eventi idonei a condurre a tale esito atipico del processo. Ci si riferisce a R. GIORDANO, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Giur. merito*, 2009, 7-16, la cui posizione sarà oggetto di approfondimento *infra*, cap. I, par. 7.

della figura, che, al pari del riconoscimento del diritto, soffre dell'assenza d'indicazioni da parte del legislatore.

Senza indugiare oltre su questi profili, occorre spostare nuovamente l'attenzione sull'ambito di applicazione della c.m.c. che consta, sinora, della transazione e delle due ipotesi, tradizionalmente definite speculari, di riconoscimento del diritto e di rinuncia all'azione. Prima di procedere oltre nella disamina della casistica giurisprudenziale in tema di c.m.c., si ritiene utile spendere qualche parola su questa triade di ipotesi, accostandole tra loro, in modo da separarle da tutte le altre (che anche possono fondersi in un'unica categoria, come di seguito si procederà a dimostrare). L'accostamento può essere motivato su ragioni diverse, che emergeranno nel prosieguo dell'indagine; ad ogni modo, pare che il legame principale sia quello relativo alla necessità che ha suggerito di ricorrere alla formula terminativa di cessata materia del contendere al sopraggiungere di queste ipotesi: l'esigenza di evitare una compressione della libertà di valutazione del giudice. Si è già detto, infatti, come, in queste eventualità, una chiusura per c.m.c. pare essersi imposta per evitare che il giudice si vedesse costretto ad attribuire il sigillo di stato a una decisione della quale non aveva contribuito a costruire le premesse. Proprio nell'intento di confinare il potere dispositivo delle parti entro precisi limiti, in modo che la libertà di giudizio dell'organo giudicante non subisse imposizione alcuna, la prassi ha preferito astenersi dal confezionare una pronuncia di merito, optando per una chiusura del processo con la semplice presa d'atto dell'avvenuta rinuncia o riconoscimento. La formula *de qua*, il cui significato è di immediata percezione, soddisfaceva proprio l'esigenza di terminare il giudizio con una formula neutra, incolore, ma soprattutto senza alcuna decisione di merito. Dunque, tirando le fila del discorso, si intende confezionare una prima categoria di fatti di cessazione: la categoria delle ipotesi di *autocomposizione della lite*, che comprende le tre figure sinora esaminate.

Occorre quindi procedere nella disamina delle altre ipotesi di cessazione, cominciando da quel gruppo di casi in cui l'avvento del fatto di cessazione sortisce l'effetto di soddisfare le pretese dell'attore. L'elenco delle possibili fattispecie è quanto mai vasto. Il minimo comune denominatore viene individuato nella circostanza che, in tali ipotesi, il fatto di cessazione è il frutto del volere del convenuto, il quale attribuisce all'attore ciò che costui ambiva di ottenere tramite l'invocazione della tutela

giurisdizionale. In altri e più precisi termini, è il convenuto che, *sua sponte*, fa conseguire all'attore proprio il bene della vita oggetto della sua petizione. Si pensi al caso in cui, pendente un giudizio avente ad oggetto un diritto di credito, il convenuto paghi quanto preteso dall'attore. A riguardo occorre sottolineare come, secondo giurisprudenza consolidata, per determinare la c.m.c., il pagamento debba risultare comprensivo degli interessi maturati sul capitale, perché solo così potrà comportare la piena soddisfazione delle pretese dell'attore⁹⁶. Del pari, la giurisprudenza tende a escludere la configurabilità della c.m.c. nel caso in cui l'adempimento venga prestato con riserva di accertare la reale spettanza del credito⁹⁷. In questo caso, il processo non può trovare epilogo nella formula di c.m.c., perché, ragionando assieme alla giurisprudenza italiana, la contestazione del convenuto tiene in vita l'interesse ad agire⁹⁸. In questo caso, la situazione sopravvenuta non ha eliminato la posizione di contrasto tra le parti e dunque non ha fatto venir meno la necessità della pronuncia del giudice. Su questo aspetto ci si soffermerà analiticamente nel prossimo paragrafo.

Concettualmente affini – e in potenza ugualmente problematiche - sono le ipotesi in cui venga sostituita la delibera societaria, di associazione non riconosciuta o

⁹⁶ Principio pacifico in giurisprudenza espresso anche da Cass., 6 febbraio 1999, n. 1068, in *Foro it.*, *Rep.*, 1999, voce procedimento civile; Cass., 26 marzo 1998, n. 3217, *Foro it.*, *Rep.*, voce cit, n. 85; Cass., S.U., 9 luglio 1997, n. 6226. Diversamente per le somme dovute a titolo di spese giudiziali; la pronuncia di c.m.c., infatti, prescinde dall'avvenuto accordo circa la ripartizione dei costi del giudizio. Anche tale principio è pacifico in giurisprudenza, sin dai primi anni della fase di elaborazione concettuale della formula.

⁹⁷ Cass., S.U., 18 maggio 1992, n. 5940; Cass., 8 giugno 1985, n. 3482, in *Foro it.*, *rep.*, 1985, voce procedimento civile, n. 185 per l'ipotesi in cui il soggetto obbligato al pagamento dei contributi previdenziali provveda al versamento degli stessi, ma non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza dell'obbligo contributivo a suo carico.

⁹⁸ Per altre ipotesi in cui viene negata l'attitudine dell'adempimento a porre fine al giudizio in termini di c.m.c., Cass., S.U., 24662/2006; Cass., n. 23289/2007. Si trattava di casi in cui l'esecuzione spontanea aveva riguardato un provvedimento non definitivo del giudice e tale comportamento non si era accompagnato al riconoscimento espresso o implicito della domanda o alla rinuncia alla prosecuzione del giudizio medesimo. Si pensi all'ipotesi in cui l'adempimento del credito avvenga al fine di scongiurare il rischio di esecuzione forzata e, pertanto, conviva con la riserva di accertare la reale spettanza del credito originario. Per Cass., 8 novembre 2002, n. 15705, nell'ipotesi di pagamento avvenuto nel corso del giudizio non si verifica la cessazione della materia del contendere allorché l'obbligato non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza del debito. In questo caso permane la ragione di contrasto tra le parti e con essa la necessità della pronuncia del giudice.

Ragionando in termini più generali, la cessazione della materia del contendere non ricorre in ipotesi di esecuzione, anche spontanea, di un provvedimento del giudice che non abbia definito il giudizio, "qualora a tale comportamento non si accompagni il riconoscimento espresso o implicito della fondatezza della domanda ovvero la rinuncia alla prosecuzione del giudizio". Cfr. Cass., 22 marzo 2002, n. 4127, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, 501 per un'ipotesi di esecuzione di provvedimento cautelare in materia di riduzione a misura e a distanza di legge di una siepe di conifere

condominiale impugnata per vizi⁹⁹; avvenga la definitiva reintegra nel possesso pendente il procedimento possessorio; pendente il giudizio volto a valutare la legittimità del licenziamento, intervenga la revoca dell'atto di recesso del datore. Anche al ricorrere di tali fattispecie, l'attore consegue la realizzazione del proprio diritto, senza che si renda necessaria l'emissione di una sentenza. Dai repertori giurisprudenziali emerge come le ipotesi rientranti in questa categoria si configurino solamente quando l'effetto che l'attore intendeva conseguire attraverso l'invocazione della tutela giurisdizionale sia stato raggiunto per altra via, nella propria interezza. Secondo la stessa logica che governa anche le ipotesi di adempimento poc'anzi analizzate, una soddisfazione parziale non dà luogo a una pronuncia di c.m.c. Così non determinerà una chiusura per c.m.c. la reintegra nel possesso se nella domanda che ha instaurato il procedimento possessorio era contenuta anche la richiesta di risarcimento dei danni; ugualmente, non si verificherà la c.m.c. nell'ipotesi in cui la nuova delibera adottata dall'assemblea non elimini ogni ragione di contrasto tra le parti¹⁰⁰. Procedendo nell'esame, rientrano in questa sottocategoria il caso in cui intervenga la stipula, con atto pubblico, del contratto di divisione di una comunione immobiliare in pendenza del giudizio di scioglimento della comunione medesima, e quello in cui sopraggiunga la riconsegna dell'immobile locato da parte del conduttore convenuto nel giudizio di sfratto per morosità. Questo elenco di ipotesi in cui la pretesa dell'attore trovi soddisfazione a giudizio instaurato non è di certo esaustivo. Ciò nonostante è possibile elaborare alcune considerazioni. In primo luogo, affermare che il diritto azionato in giudizio è stato soddisfatto equivale ad affermare che quel diritto è venuto meno perché si è estinto. Al configurarsi di tali ipotesi, il fatto di cessazione attribuisce all'attore quel cui costui ambiva di ottenere e, al contempo, estingue la situazione soggettiva azionata. L'evento sopraggiunto soddisfa la pretesa contenuta nella domanda e, al contempo, priva di fondamento quest'ultima. Un rigetto nel merito quindi, tradotto però nella formula di cessata materia del contendere perché – si ricostruisce ipoteticamente il

⁹⁹ Cass., 19 aprile 1988, n. 3069, in *Arch. Civ.*, 1988, 726 per il caso in cui, pendente un giudizio volto a ottenere l'annullamento della deliberazione di un'assemblea condominiale, il condominio sostituisca la delibera con una nuova, esente dai vizi che inficiavano la precedente. Nello stesso senso, Trib. Torino, 16 maggio 2011, in *Corr. Merito*, 2012, 579, con nota di L. PAPARO, *La sostituzione della delibera condominiale impugnata determina la cessazione della materia del contendere*, *Ibidem*.

¹⁰⁰ Giova ribadire come, ai fini della valutazione dell'avvenuta o meno soddisfazione integrale della pretesa, non giochi nessun ruolo il persistente contrasto tra le parti circa il pagamento dei costi processuali.

ragionamento della giurisprudenza – non appare consono, né tantomeno equo, individuare quale soccombente la parte che, sostanzialmente, aveva ragione. Guardando più da vicino il meccanismo sottostante a questo ventaglio di ipotesi si può osservare come il fatto di cessazione vada a incidere sulla *causa petendi* della domanda proposta, estinguendo o modificando uno o più di quegli elementi di fatto e di diritto che ne rappresentano la ragione giustificatrice. Dunque, in virtù del sopraggiungere del fatto, si estingue la situazione giuridica adottata a fondamento della domanda, il che determina la sopravvenuta infondatezza della pretesa. È questa, dunque, la dinamica sottostante a simili ipotesi.

Ebbene, a ben vedere, il medesimo schema si ripresenta invariato anche al ricorrere di altre ipotesi tradizionali di cessazione: si pensi al caso in cui venga a mancare la parte in giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili. L'intervenuta morte del coniuge separando pendente il relativo giudizio – che per vetusta giurisprudenza è causa di cessazione della materia del contendere¹⁰¹ - è un fatto che, allo stesso modo dei fatti ricompresi nella categoria precedente, va a incidere sulla *causa petendi* della domanda di separazione personale. L'evento luttuoso si ripercuote su una delle ragioni alla base della domanda. In particolare, la morte del coniuge determina lo scioglimento del vincolo di coniugio e con esso fa venire meno uno dei presupposti per l'accoglimento della domanda. In questo caso si potrebbe discorrere d'impossibilità dell'effetto richiesto; tuttavia, pare preferibile ritenere che, anche in questo caso, ci si trovi innanzi a un rigetto nel merito per (sopravvenuta) infondatezza della pretesa.

Se quanto detto corrisponde al vero, non vi è pertanto ragione per non riunire assieme, nella medesima categoria (categoria cui ci si può riferire con il nome di "*fatti comportanti la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta in giudizio*") tanto le ipotesi di sopravvenuta soddisfazione del diritto dell'attore, quanto le ipotesi di morte di uno dei coniugi nel processo di separazione personale o di cessazione degli effetti civili del matrimonio¹⁰²; lo spirare della persona dell'interdicendo o inabilitando

¹⁰¹ Si confronti, tra le tante, Cass. 12 maggio 1981 n. 1442; Cass. 3 febbraio 1990 n. 740; Cass. 4 aprile 1997 n. 2944. Recentemente, Cass. 16951 del 24 luglio 2014, per un caso di continuazione del processo successivamente alla morte del coniuge separando al fine di determinare l'ammontare dell'assegno. Il capo della sentenza relativo all'attribuzione e quantificazione dell'assegno va considerato come capo autonomo rispetto alla domanda di cessazione degli effetti civili del matrimonio.

¹⁰² Cass. 28 gennaio 1980 n. 661; Cass. 18 agosto 1992 n. 9592; Cass. 19 giugno 1996 n. 5664.

pendente il relativo giudizio¹⁰³; il compimento della maggiore età da parte del soggetto adottando; il venir meno del soggetto ingiunto in materia di sanzione amministrativa¹⁰⁴; la cancellazione di una società dal registro delle imprese con conseguente estinzione della stessa¹⁰⁵; la morte del magistrato incolpato in sede di procedimento disciplinare¹⁰⁶ o il suo collocamento a riposo prima del passaggio in giudicato della sentenza disciplinare di condanna¹⁰⁷; la scadenza del mandato elettorale in un giudizio avente ad oggetto la regolarità delle operazioni elettorali¹⁰⁸.

La stessa operazione d'inclusione può essere ripetuta validamente anche per le ipotesi in cui sopraggiunga la risoluzione consensuale di un contratto pendente il giudizio relativo alla risoluzione giudiziale. Anche in questo caso, la domanda costitutiva di risoluzione giudiziale trovava la propria ragione giustificativa, tra le altre cose, nell'esistenza del vincolo contrattuale, rimosso il quale, la domanda non può trovare accoglimento per sopravvenuta estinzione del diritto potestativo finalizzato alla rescissione del sinallagma¹⁰⁹. Il meccanismo si ripete invariato – ma la situazione si complica - se, pendente il giudizio volto all'accertamento dell'abusività di talune clausole contrattuali, queste vengano modificate dal professionista convenuto; stante il

¹⁰³ Cass. 22 febbraio 1989 n. 1001.

¹⁰⁴ Cass., 3 aprile 1987, n. 3231, in *Giust. civ. Rep.*, 1987, voce Deposito, 2; Cass., 20 dicembre 1988, n. 6957, in *Giust. civ. Rep.*, 1988, voce Sanzioni amministrative, n. 5; Cass. 21 febbraio 1991 n. 1873; Cass. 29 maggio 1993 n. 6048; Cass. 5 aprile 1996 n. 3196.

¹⁰⁵ Cfr. Cass., S.U., 22 febbraio 2010, n. 4062, in *Corr. Giur.*, 2010, 1006 ss.

¹⁰⁶ Cass. S.U. 5 marzo 1993 n. 2674.

¹⁰⁷ In Cass., S.U., 1° dicembre 2010, n. 24304 si legge che la cessazione dell'appartenenza del magistrato all'ordine giudiziario, intervenuta prima del passaggio in giudicato della sentenza disciplinare di condanna, comporta la cessazione della materia del contendere per il venir meno dell'interesse alla definizione del processo in capo all'incolpato, nonché la caducazione della sentenza stessa, che diviene giuridicamente inesistente, per la carenza di potere disciplinare in capo al Consiglio superiore della magistratura. Detta sentenza va quindi cassata senza rinvio, ricorrendo un'ipotesi di carenza di potere riconducibile alla previsione dell'art. 382, 3° comma c.p.c. Precedentemente, Cass. S.U., 12 febbraio 2010, n. 3245; Cass., S.U., 12 aprile 2005, n. 7440; Cass. S.U. 26 maggio 1995 n. 5805. Peculiare il caso deciso da Cass., S.U., 19 dicembre 2009, n. 26811, poiché, in questo caso, il magistrato aveva insistito sulla persistenza dell'interesse alla definizione del ricorso, sotto il profilo della permanenza di effetti negativi su una carriera intemerata. Ciò nonostante, la Cassazione ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal magistrato in considerazione del fatto che la fine dell'appartenenza all'ordine giudiziario del magistrato determina l'estinzione del procedimento disciplinare, con la conseguente caducazione della sentenza disciplinare che, a sua volta, determina la cessazione della materia del contendere nel giudizio di impugnazione.

¹⁰⁸ Cfr. Cass., S.U., 4 agosto 2010, n. 18047, secondo cui “la scadenza del mandato elettorale, e la conseguente rinnovazione di un organismo elettivo, comportano il venir meno dell'interesse alla decisione nei giudizi in cui si controverta della legittimità delle operazioni elettorali relative all'elezione dell'organismo scaduto, con al conseguenza che, pur se la circostanza emerga solo nel giudizio di legittimità, la Corte di Cassazione deve, anche d'ufficio, dichiarare l'inammissibilità del ricorso per cessazione della materia del contendere”. Dello stesso avviso, Cass., S.U., 21 giugno 2007, n. 14385 e Cass., S.U., 15 novembre 2002, n. 16160.

¹⁰⁹ Cfr. Cass., n. 4923/1977

pericolo, in difetto di apposita pronuncia inibitoria, di una loro riutilizzazione, una chiusura del processo per cessata materia del contendere menomerebbe il diritto dell'attore, mentre la prosecuzione del giudizio ne decreterebbe l'infondatezza¹¹⁰.

Procedendo nell'elenco degli accadimenti comportanti la c.m.c., un meccanismo identico viene innescato anche dal perimento incolpevole della *res debita* nel corso del giudizio di restituzione (a patto che non residuino pretese di natura risarcitoria), allo stesso modo in cui l'eliminazione dei vizi della cosa venduta - fatti valere come motivo di risoluzione del contratto di compravendita - priva di fondamento la pretesa.

Un discorso a sé stante merita lo *ius supervenies*. Nella misura in cui incida sulla situazione sostanziale azionata, estinguendola, vuoi perché il diritto è stato soddisfatto, vuoi perché il fatto si pone come componente estintiva della *causa petendi*, con conseguente estinzione della pretesa senza che l'attore abbia ottenuto ciò che ambiva di ottenere, il mutamento di normativa appare perfettamente riconducibile agli schemi analizzati passando in rassegna questa seconda macrocategoria d'ipotesi di c.m.c. Nell'uno come nell'altro caso ci si trova pur sempre di fronte all'estinzione del diritto azionato: nel primo caso perché soddisfatto; nell'altro perché la nuova norma priva l'attore di una determinata posizione giuridica soggettiva di vantaggio¹¹¹. Resta ovviamente esclusa dal perimetro della ricerca l'eventualità per cui il fatto comporti solamente una modificazione della situazione giuridica azionata dato che, in questo caso, nulla cesserebbe.

Occorre, a questo punto, tirare le fila del discorso. Nonostante la notevole ampiezza dell'ambito applicativo della c.m.c., non si pongono particolari problemi di classificazione e analisi perché, a ben guardare, il meccanismo sottostante è quasi sempre il medesimo. Il fatto di cessazione va a incidere su una o più di quelle circostanze di fatto e di diritto invocate dall'attore a sostegno della propria pretesa e priva di fondamento la domanda. Il fatto sopravvenuto incide sulla *causa petendi*: per tale via, la petizione rimane spogliata del suo titolo e la domanda diviene infondata.

¹¹⁰ T. Palermo, 14.10.2010, in *Foro it.*, 2011, I, 628. Per una possibile soluzione, *infra*, cap. III.

¹¹¹ Cass. S.U., 8 luglio 1960, n. 1813, in *Giust. civ.*, 1961, 112-113 sottolinea come sia attività del giudice competente quella di verificare gli effetti di una nuova legge quanto al fondamento delle domande e ricorda come la c.m.c. abbia luogo solo quando la nuova fonte normativa faccia venire oggettivamente meno la necessità di affermare la concreta volontà giurisdizionale circa la controversia dedotta in giudizio.

La categoria dei *fatti comportanti la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta in giudizio* è in grado di ricomprendere tutte le ipotesi in cui sopravvenga, lite pendente, un fatto la cui incidenza – con portata in senso lato modificativa – sia rivolta agli elementi di fatto e di diritto adottati a fondamento della domanda, e che ne costituiscono la ragione giustificatrice (*causa petendi*). Si tratta, pertanto, di una categoria “aperta”, che permette di raccogliere tutte le ipotesi di c.m.c. che si risolvono nell'estinzione sopravvenuta della posizione giuridica sostanziale dedotta in giudizio¹¹².

Alla luce di quanto esposto, due paiono le macrocategorie all'interno delle quali ricondurre l'intera casistica in tema di c.m.c.: da un lato le ipotesi di autocomposizione della lite, con il trittico di figure della transazione, della rinuncia all'azione e del riconoscimento del diritto, e, dall'altra, la categoria d'ipotesi in cui il fatto di cessazione assuma portata in senso lato modificativa della fattispecie sostanziale azionata in giudizio. Questo, in definitiva, può essere considerato il *discrimen*.

Occorre indugiare ancora un poco sulle ragioni di una simile distinzione. In particolare, con riferimento alla seconda categoria d'ipotesi, occorre rimarcare come, ravvisare un meccanismo sottostante unico e unitario non significhi negare la diversità presenti tra i vari fatti di cessazione. Si tratta di diversità che derivano direttamente dalla conformazione dei rapporti sul piano di diritto sostanziale e che si possono manifestare anche nella diversa intensità dell'efficacia estintiva propria dei vari fatti. Tutto ciò determina il sorgere di esigenze e problematiche differenti¹¹³: le problematiche riconducibili al sopraggiunto annullamento della delibera assembleare viziata non si presentano nell'ipotesi di decesso del coniuge separando. La riconduzione di simili ipotesi alla medesima categoria non elimina dunque l'eterogeneità delle esigenze; garantisce semmai che tutte queste situazioni possano accedere allo stesso strumento di tutela. Si avrà modo di appurare infatti che, per la parte, non sempre è indifferente o giuridicamente inutile un accertamento di merito circa l'originaria fondatezza della

¹¹² Da questa prospettiva emerge come la vastità dell'ambito applicativo della c.m.c. sia dovuta al fatto che, per far sì che tale fenomeno si configuri, si richiede ben poco, ossia è sufficiente che il diritto calato in giudizio si estingua in corso di causa.

¹¹³ Si è consapevoli, infatti, che, pur nella comunanza dell'effetto, l'efficacia estintiva propria dei vari fatti diverga notevolmente: da quelli che conducono a una chiusura del giudizio per cessata materia del contendere assecondando un'esigenza logica, connessa alla loro stessa natura, a quelli che, diversamente, si ritiene provochino una dichiarazione di c.m.c. per assecondare un'esigenza pratica di economia processuale.

domanda. Tale circostanza è suggerita dalla stessa conformazione dei rapporti, come esistenti sul piano sostanziale. Se per quelli dotati di piena efficacia eversiva l'interesse all'accertamento sarà un interesse per così dire storico, un accertamento di una situazione superata definitivamente al fine di regolare aspetti connessi e consequenziali, per gli altri fatti di cessazione l'interesse potrebbe anche assumere la configurazione di un interesse a "fissare" la situazione che si è verificata, conferendo un grado di stabilità al nuovo assetto sostanziale dei rapporti¹¹⁴.

Riepilogando, l'utilità della riconduzione della medesima categoria opera su due piani distinti: in primo luogo un criterio di ordine logico prescrive che ipotesi determinate dall'innescarsi di un meccanismo identico debbano essere considerate unitariamente; in secondo luogo, e dato per assodato che l'assoggettamento a una categoria unitaria non annienti le diversità ontologiche riscontrabili tra le varie ipotesi, l'appartenenza alla categoria porta con sé – anche e soprattutto – la possibilità di tutelare gli interessi delle parti facendo ricorso al medesimo strumento.

6.2. Considerazioni riepilogative sul campo d'applicazione della formula e sulla necessità di suddividere le ipotesi di cessazione in due categorie: le ipotesi di autocomposizione della lite e le ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio

Nelle pagine che precedono si è tentato di fare emergere le ragioni che hanno suggerito - si potrebbe dire quasi imposto – di operare una bipartizione all'interno delle ipotesi rientranti nel campo d'applicazione della cessazione della materia del contendere. In particolare, si è visto come il ricorso alla formula *de qua* sia stato dettato da ragioni differenti: ragioni di opportunità per le ipotesi di autocomposizione della lite e ragioni di schietta giustizia per le ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica sostanziale dedotta in giudizio. Occorre indugiare ancora su questo aspetto. Quanto alle ipotesi di autocomposizione, in particolare a quelle di riconoscimento del diritto e di rinuncia all'azione, la chiusura per c.m.c. pare essersi imposta per evitare che

¹¹⁴ Per un'analisi degli interessi all'accertamento che possono sussistere in concreto, si rinvia alle considerazioni che verranno svolte *infra* cap. III.

il giudice si vedesse costretto ad attribuire il sigillo di stato a una decisione della quale non aveva contribuito a costruire le premesse. Proprio per evitare che il potere dispositivo delle parti potesse comprimere la libertà di giudizio dell'organo giudicante, relegandolo così a funzioni meramente amministrative, la prassi ha preferito astenersi, in questi casi, dal confezionare una pronuncia di merito, optando per una chiusura del processo con la semplice presa d'atto dell'avvenuta rinuncia o riconoscimento. La declaratoria di c.m.c., il cui significato è di immediata percezione, soddisfaceva proprio l'esigenza di terminare il giudizio con una formula neutra, incolore, ma soprattutto senza alcuna decisione di merito. L'esigenza di terminare il processo senza una statuizione sulla domanda originaria si manifestava anche in ipotesi di transazione; si è visto però che in questo caso la prassi ha battuto, almeno inizialmente, un'altra strada, richiedendo che la produzione in giudizio del fatto fosse accompagnata da un atto di rinuncia allo strumento processuale.

In questi casi, dunque, ben può affermarsi che l'utilizzo della c.m.c. sia stato suggerito da ragioni di opportunità. Diversamente, l'utilizzo della c.m.c. in ipotesi di sopravvenuta estinzione del diritto appare orientato a considerazioni di schietta giustizia. Così, per la giurisprudenza, non era, semplicemente, giusto che colui il quale avesse agito in giudizio per tutelare un proprio diritto dovesse risultare poi soccombente a fronte della sopravvenuta soddisfazione del diritto stesso, che, determinandone l'estinzione, privava di fondamento la domanda. In poche parole, l'organo giudicante mal tollerava l'idea di dover dichiarare soccombente la parte che, sostanzialmente, aveva ragione. Anche in questo caso dunque – ma per ragioni diverse - si avvertiva il bisogno di terminare il processo con una formula neutra, che tenesse luogo di un'inesorabile pronuncia di rigetto. Ciò è vero soprattutto per quanto concerne il profilo della ripartizione delle spese; si è visto infatti come, al ricorso alla c.m.c., avrebbe contribuito il paradosso di una condanna alle spese processuali diretta nei confronti della parte che sostanzialmente aveva ragione. Per scansare questo pericolo, la giurisprudenza ha preferito chiudere il processo senza la delineazione formale della soccombenza.

Dunque, seppur per ragioni diverse, la giurisprudenza civile riteneva che entrambe queste categorie di ipotesi potessero ricevere adeguata soluzione tramite l'impiego di una formula neutra, che consentisse al giudice di terminare il giudizio

senza decidere nel merito della domanda spiegata. La soluzione è dunque unitaria, così come la disciplina della cessazione della materia del contendere, sia che intervenga in ipotesi di autocomposizione della lite, sia che debba fronteggiare ipotesi di sopravvenuta infondatezza della domanda. Su questo aspetto ci si soffermerà approfonditamente di seguito; prima, occorre spendere ancora qualche parola sul campo d'applicazione della figura.

Alla luce delle considerazioni svolte, non si ritiene di aderire e utilizzare la suddivisione tradizionale, peraltro elaborata in un determinato contesto e congegnata per servire un determinato scopo. Ci si riferisce alla suddivisione proposta da De Stefano, che tanto seguito ha avuto nella dottrina successiva¹¹⁵. Occorre anteporre l'illustrazione di simile distinzione alla spiegazione dei motivi di scetticismo. De Stefano, il primo Autore che ha confezionato una riflessione generale sull'argomento, ritiene che le situazioni, intervenienti nel corso del giudizio e idonee a far venire meno ogni interesse delle parti a una decisione, o la stessa possibilità di quest'ultima, siano riconducibili a due categorie: *cause di fatto*, dette anche *cause naturali* (quali la morte della parte in processi aventi a oggetto diritti intrasmissibili, la successione di leggi, il perimento incolpevole della *res debita*) e cause c.d. *umane*, riconducibili alla volontà di una o entrambe le parti. Rientrano in questa categoria la transazione, la rinuncia all'azione, lo scioglimento consensuale del contratto di cui era stata chiesta la risoluzione giudiziale, il pagamento della somma dovuta, e comunque il soddisfacimento delle pretese attoree in genere¹¹⁶. Il criterio che governa tale distinzione è la dipendenza o, viceversa, l'indipendenza del verificarsi dell'evento rispetto alla volontà e all'agire delle parti. A riguardo, si ritiene che tale distinzione non possa contribuire a spiegare il fenomeno in questione e a districare il bandolo della matassa.

¹¹⁵ Lavora con questo schema concettuale E. VIANELLO, voce "Cessazione della materia del contendere", in *Digesto, Discipline privatistiche*, 129-142, La distinzione è stata ripresa anche da parte della giurisprudenza. Per Cass., 27 aprile 2000, n. 5393 la cessazione della materia del contendere si realizza in tutte quelle ipotesi in cui sopravvengano nel corso del giudizio eventi di natura fattuale (es. sopravvenire di una norma che fa venir meno l'oggetto del giudizio; morte di uno dei coniugi nel corso del giudizio di separazione o di divorzio) o atti volontari delle parti (es. adempimento spontaneo della prestazione per la cui esecuzione si è iniziato il giudizio; transazione o conciliazione sull'oggetto della controversia; rinuncia alla domanda giudiziale) idonei ad eliminare ogni posizione di contrasto (anche in relazione alla rilevanza giuridica delle vicende sopraggiunte) ed a fare, conseguentemente, venire meno la necessità di una pronuncia del giudice su quanto costituiva oggetto della controversia.

¹¹⁶ G. DE STEFANO, *op. cit.*, 3. Non viene fatta menzione del riconoscimento del diritto in quanto, secondo l'A., tale fatto non appartiene al fenomeno della c.m.c. Per De Stefano, la cessazione della materia del contendere concerne un fatto oggettivo in cui l'accento riposa sul venir meno della materia e non già sul venir meno del contendere.

Non si nega che i fatti naturali abbiano un'efficacia eversiva più intensa rispetto a quelli umani¹¹⁷(questo aspetto è già stato posto in luce e verrà sviluppato ampiamente nel prosieguo del lavoro); si contesta solo l'utilità di una simile distinzione dato che, come si è visto, tanto in ipotesi di fatti naturali (morte del coniuge separando), quanto in ipotesi di fatti umani (adempimento prestato in corso di causa) si verifica il medesimo effetto, vale a dire il diritto si estingue e la domanda proposta va incontro a un rigetto per infondatezza sopravvenuta. Di conseguenza, se non addirittura fuorviante, tale classificazione appare inidonea a mettere in luce l'essenza dei diversi fatti sopravvenuti. Quanto detto risulta confermato anche guardando alla ricostruzione di De Stefano e, quindi, al contesto nel quale siffatta distinzione è stata concepita. L'A. utilizza tale suddivisione solo a fini, per così dire, espositivi, ossia solo per dare conto dell'ambito applicativo della figura e della diversa efficacia estintiva propria dei vari fatti; non ricollega conseguenze diverse a seconda dell'appartenenza dell'evento all'una o all'altra categoria. L'opinione di De Stefano costituirà oggetto di approfondita analisi nel prosieguo della trattazione; in questa sede occorre solamente accennare alla circostanza per cui, secondo l'opzione ricostruttiva proposta dallo Studioso, invero peculiare e originale, il fatto sopravvenuto viene considerato alla stregua di un presupposto processuale di segno negativo, nel senso che, al verificarsi dello stesso, si dovrebbe ricollegare, in via consequenziale, il venir meno del potere-dovere del giudice di indagare il merito della causa. La cessazione della materia del contendere sarebbe quindi un fenomeno meramente processuale, quale che sia la natura, sostanziale o processuale, del fatto sopravvenuto che la determina. Una simile chiusura processuale segue a un evento che, per sua indole, è sempre identico - cioè l'acquisizione del fatto sopravvenuto di cessazione - e produce sempre il medesimo effetto, sintetizzabile nella chiusura anzitempo del giudizio, accompagnata dalla decisione sulle spese.

Da quanto esposto emerge quindi come, nell'opera di De Stefano, tale distinzione non sia finalizzata a spiegare la diversa situazione processuale che può venirsi a creare in conseguenza di un determinato fatto sopravvenuto, ma serve solamente a dare conto della varietà ed eterogeneità delle ipotesi rientranti nell'ambito applicativo della c.m.c. Sradicata dal proprio contesto naturale, cioè avulsa dalla teoria di De Stefano, la distinzione non aggiunge nulla alla spiegazione del fenomeno.

¹¹⁷ Maggiore è l'intensità dell'efficacia eversiva dei fatti, più ci si avvicina all'immodificabilità della situazione verificatasi a seguito dell'evento.

Pertanto, alla luce di quanto esposto, non si ritiene fruttuoso utilizzare tale dicotomia e quindi classificare gli eventi causa di c.m.c. a seconda che questi rientrino o meno nella sfera di dominio delle parti.

Del pari non s'intende aderire alla suddivisione prospettata da Scala: ci si riferisce alla distinzione tra fatti di cessazione di indole sostanziale e fatti di cessazione di indole processuale¹¹⁸. Accanto ai primi – che intervengono sul piano sostanziale, incidendo sulla situazione giuridica controversa - si ritroverebbero fatti di natura diversa, privi dell'attitudine a incidere, almeno in via diretta, sull'oggetto sostanziale del processo, ma comportanti, allo stesso modo, una dichiarazione di cessata materia del contendere. In questi casi, il fatto di cessazione è rappresentato dall'emissione di un provvedimento giudiziale in un processo *lato sensu* condizionante rispetto a quello in corso. Si pensi alle ipotesi di concorso di mezzi d'impugnazione¹¹⁹; al caso in cui l'attore consegua in altra sede le utilità che intendeva raggiungere attraverso la proposizione e l'accoglimento della domanda giudiziale (come quando, proposta opposizione agli atti esecutivi contro un'ordinanza del giudice dell'esecuzione, quest'ultimo provveda a revocarla)¹²⁰; alle ipotesi di chiusura del processo condizionante, la cui pendenza costituiva il presupposto per la continuazione del

¹¹⁸ A. SCALA, *La cessazione*, cit. formalizza la distinzione suddetta a pag. 180-183.

¹¹⁹ Cass. 27 gennaio, 1979, n. 617, in *Foro it., Rep.*, 1979, voce spese giudiziali civili, n. 53 per l'ipotesi in cui, pendente il giudizio d'appello, venga accolto il regolamento di competenza. Cass., 27 aprile 1978, n. 1975, *Foro it. Rep.*, 1978, voce cassazione civile, n. 351; Cass., 26 gennaio 1999, n. 673, in *Foro it. Rep.* 1999, voce cassazione civile, n. 310 per l'ipotesi in cui, pendente il giudizio di legittimità, sopravvenga la revocazione della sentenza impugnata. Più di recente, Cass., S.U., 29 novembre 2006, nella quale si legge che, nell'ipotesi in cui la sentenza impugnata con ricorso in cassazione sia stata revocata, il relativo ricorso va dichiarato inammissibile per sopravvenuto difetto di interesse, per essere cessata la materia del contendere nel giudizio di cassazione, a nulla rilevando che la sentenza di revocazione potrebbe a sua volta essere impugnata in cassazione, giacché l'eventuale impugnazione costituisce una mera possibilità, mentre la carenza di interesse del ricorrente a coltivare il ricorso è attuale, essendo venuta meno la pronuncia che ne costituiva l'oggetto.

¹²⁰ Cass., 4 luglio 1997, n. 6037, in *Giust. civ.*, 1998, I, 131. Risponde alla medesima logica il caso in cui, pendente il giudizio di opposizione all'esecuzione proposto contro l'ordinanza di pagamento delle somme non contestate ex art. 423 c.p.c., sopravvenga la revoca del provvedimento da parte del giudice del merito. Si pensi poi al caso in cui, ordinata la sospensione del processo per pregiudizialità ex art. 295 c.p.c., e proposto regolamento di competenza per contrastare la sussistenza di un'ipotesi di sospensione necessaria, nelle more della decisione della Cassazione, venga deciso il processo pregiudicante con sentenza passata in giudicato (Cass., S.U. 29 marzo 2013, n. 7932); oppure all'ipotesi in cui, successivamente alla proposizione del regolamento di giurisdizione ex art. 41 c.p.c., tra le parti intervenga una transazione avente ad oggetto al definizione di ogni pendenza (Cass., S.U., ord. 9 gennaio 2013, n. 302). Il venir meno del procedimento in seno al quale era stata sollevata istanza di regolamento preventivo di giurisdizione comporta la sopravvenuta inammissibilità del regolamento stesso, attese la natura di procedimento pur sempre incidentale rispetto a quello nell'ambito del quale esso risulti proposto (Cass., S.U., ord., n. 1762 del 7 febbraio 2002 e Cass., S.U., ord. 17 gennaio 2002, n. 499).

giudizio dall'oggetto condizionato¹²¹; alle fattispecie nelle quali ricorra, tra l'oggetto dei due giudizi, un legame tale per cui la decisione di uno renda inutile la prosecuzione dell'altro. Ad esempio, si faccia il caso in cui, pendente un giudizio di separazione personale dei coniugi in cui si discuta della addebitabilità della stessa, sopraggiunga la dichiarazione di esecutorietà della sentenza del Tribunale ecclesiastico di nullità del matrimonio¹²². Orbene, non si capisce quale differenza intercorra tra quest'ultima fattispecie e l'ipotesi in cui sopravvenga la risoluzione consensuale del contratto, nelle more del giudizio volto a ottenere la risoluzione giudiziale dell'accordo. La distinzione risulta vieppiù artificiosa se all'ipotesi di successivo intervento della sentenza del Tribunale ecclesiastico viene accostata quella in cui venga a mancare la persona del coniuge sperando nel corso del relativo giudizio. Non si capisce, infatti, in base a quale criterio di ordine logico sia consentito distinguere tra queste ipotesi, se si considera che, al ricorrere di tutte, l'evento determina la sopravvenuta estinzione del diritto dedotto in giudizio: la sentenza che dichiara nullo il matrimonio rimuove il vincolo di coniugio allo stesso modo della morte di uno dei coniugi. In entrambi i casi la sussistenza del vincolo costituiva un elemento della *causa petendi* che viene rimosso dal sopraggiungere dell'evento¹²³.

In conclusione, si ritiene che il vero *discrimen* sia rappresentato dalla circostanza per cui, in talune ipotesi, il fatto di cessazione incide sulla situazione giuridica sostanziale azionata (modificandola), mentre, al perfezionarsi di altre fattispecie, l'evento sopraggiunto non è altro che la manifestazione della ritrovata

¹²¹ Si pensi alle sorti di un processo avente a oggetto una revocatoria fallimentare nel caso in cui sopraggiunga la chiusura del fallimento (Cass., 16 luglio 1996, n. 6440, in *Fallimento*, 1997, 255), oppure al caso in cui, pendente il giudizio di opposizione ai terzi all'esecuzione, sopraggiunga l'estinzione del processo esecutivo (Cass., 22 ottobre 1968, n. 3402 in *Giur. it.*, 1970, I, 389).

¹²² Va precisato che la sentenza del Tribunale ecclesiastico con cui viene dichiarata la nullità del matrimonio abbisogna di delibazione per produrre effetti con riguardo al processo civile. Una volta deliberata – e sempre che la delibazione non sia stata fatta oggetto d'impugnazione – la pronuncia ecclesiastica di nullità matrimoniale acquista l'autorità di cosa giudicata, con tutte le conseguenze del caso. A tale ipotesi, Scala accosta quella in cui, impugnato un primo licenziamento e rigettata la domanda volta a far accertare l'illegittimità dello stesso, in costanza dell'impugnazione proposta dal lavoratore sopraggiunga un secondo licenziamento sempre a carico della medesima persona, che era stata reintegrata cautelativamente in attesa della decisione definitiva in ordine alla legittimità del primo licenziamento. Il giudice investito della controversia in ordine alla legittimità del secondo licenziamento dispone la reintegra del lavoratore nel posto di lavoro. In pendenza del giudizio di cassazione avverso questa decisione, si ha notizia del passaggio in giudicato della prima sentenza che dichiara legittimo il licenziamento e, pertanto, cristallizza l'estinzione del rapporto di lavoro a far data dal primo licenziamento; con l'ulteriore conseguenza che la pronuncia dichiarativa dell'illegittimità del secondo licenziamento resta priva di effetti. Cass., n. 6623/1998.

¹²³ Si occupa del rapporto tra il giudizio di separazione o divorzio e il giudizio ecclesiastico di nullità del matrimonio Cass., 4 febbraio 2010, n. 2600. In senso conforme Cass., n. 10055/2003.

armonia tra gli originari contendenti. Di conseguenza, per il prosieguo della trattazione, si intende adottare simile bipartizione: le conseguenze del sopraggiungere di eventi che vanno ad incidere sulla situazione giuridica dedotta in giudizio (e che possono comportare una rigetto della domanda, quanto nel merito per sopravvenuta infondatezza, quanto in rito per sopravvenuta inammissibilità) verranno esaminate distintamente dalle conseguenze riconnesse al sopravvenire di eventi con i quali le parti pongono fine alla lite in via autonoma.

6.3. Analisi della disciplina della cessazione della materia del contendere, che è unitaria per entrambe le sottocategorie di fatti di cessazione ed è interamente incardinata sul requisito dell'accordo

Nelle pagine che precedono, si è cercato di offrire un quadro il più possibile esaustivo dell'evoluzione storica del fenomeno relativo alla cessazione della materia del contendere. Dopo aver ripercorso l'origine e il primo sviluppo giurisprudenziale della formula, ci si è soffermati sulla configurazione attuale dell'istituto, in particolare sulle ipotesi ricomprese nel perimetro applicativo. Dall'analisi del campo d'applicazione è emerso come le ipotesi di cessazione possano distinguersi in due gruppi: da un lato le ipotesi di autocomposizione della lite e, dall'altro, le ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta dall'attore a fondamento della propria pretesa, che diventa, in virtù dell'accadimento, inammissibile o infondata. Si è tentato inoltre di seguire la linea di ragionamento percorsa dalla giurisprudenza al fine di comprendere le ragioni pratiche che hanno condotto all'impiego della formula. Da questa prospettiva traspare come, alla base dell'utilizzo della dichiarazione di c.m.c., vi siano esigenze diverse, a seconda che il fatto di cessazione appartenga all'una categoria anziché all'altra: ragioni di opportunità per le ipotesi di autocomposizione della lite e ragioni di giustizia del caso concreto per le altre. Dunque, seppur per ragioni diverse, la giurisprudenza civile ha fatto ricorso, in entrambi i casi, a una formula neutra, che consentisse di terminare il giudizio senza una decisione sulla domanda proposta. La soluzione è unitaria, così come è unitaria la disciplina della cessazione della materia del

contendere, sia nelle ipotesi in cui il fatto sopravvenuto coincida con una transazione, un riconoscimento del diritto o una rinuncia all'azione, che nelle ipotesi in cui l'evento vada a incidere sulla *causa petendi*, determinando la sopravvenuta infondatezza o inammissibilità della domanda. Occorre, a questo punto, indagare proprio il profilo relativo alla disciplina dell'istituto, nel tentativo di approfondire la conformazione attuale dello stesso.

Da quanto sinora esposto è emerso come, nella prima fase di comparsa e di impiego della declaratoria, la c.m.c. non fosse il prodotto di una riflessione giuridica approfondita. La situazione è mutata negli anni, e i supporti sistematici della formula si sono fatti sempre meno labili, fino a dare vita a una soluzione che, qualora applicabile, si rivela estremamente efficace. A ogni modo, se la mancanza di riconoscimento positivo non ha intralciato la vitalità dell'istituto (che viene utilizzato abitualmente dai giudici italiani), l'origine pretoria rende ragione di alcune difficoltà emerse nella delineazione dei profili più importanti dell'istituto, primo tra tutti quello concernente l'essenza della pronuncia in questione e la conseguente natura da attribuire alla stessa. Si è detto che la cessazione della materia del contendere altro non è che la soluzione predisposta dalla prassi alle distorsioni cui il fatto sopravvenuto può dare origine. Inoltre, si è avuto modo di sottolineare a più riprese come simile soluzione sia interamente incardinata sul requisito dell'accordo tra gli originari contendenti, accordo che deve riguardare due profili: il reale avvento del fatto e le conseguenze giuridiche dello stesso. Solo l'accordo intervenuto su questi due profili può determinare quella situazione di indifferenza rispetto alla pronuncia giudiziale di cui parlava già la sentenza delle Sezioni Unite pronunciata nel gennaio 1954: si ricorderà che, per opinione della Corte, si configura un'ipotesi di c.m.c. quando il sopraggiungere del fatto faccia venire "oggettivamente meno la necessità di affermare la concreta volontà giurisdizionale". In altre parole, solo quando il sopravvenire dell'evento suscita nelle parti un sentimento di *disinteresse*, di *indifferenza* rispetto all'ottenimento di una statuizione nel merito, il processo potrà trovare epilogo in questi termini. La ricostruzione del fenomeno risulta imperniata sul concetto d'*indifferenza*, di *disinteresse* delle parti rispetto a una pronuncia dell'organo giurisdizionale. Questa scelta ha consentito di costruire due ponti di collegamento, volti ad agganciare, da un punto di vista sistematico, l'istituto della c.m.c. sia all'estinzione del giudizio che all'interesse ad agire: la nozione di disinteresse,

infatti, richiama alla mente sia la condizione dell'azione di cui all'art. 100 c.p.c. che la disciplina dell'estinzione ex art. 306 c.p.c.¹²⁴. Dunque, nel disegnare i caratteri dell'istituto, la prassi civile non ha incentrato la propria attenzione sull'interferenza dell'evento in senso estintivo della situazione giuridica azionata in giudizio, bensì ha imperniato la ricostruzione del fenomeno sul concetto di *disinteresse* delle parti rispetto a una pronuncia dell'organo giurisdizionale. Si consideri la definizione tratteggiata del fenomeno secondo cui “la cessazione della materia del contendere, quale evento preclusivo della pronuncia giudiziale, può configurarsi solo quando nel corso del processo sopravvenga una situazione che elimini completamente e in tutti i suoi aspetti la posizione di contrasto tra le parti, facendo in tal modo venir meno del tutto la necessità di una decisione sulla domanda quale originariamente proposta in giudizio ed escludendo così sotto ogni profilo l'interesse delle parti ad ottenere l'accertamento, positivo o negativo, del diritto, o di alcuno dei diritti inizialmente dedotti in causa”¹²⁵. Mediante tale declaratoria si vuole impedire una pronuncia giudiziale in merito alla domanda inizialmente spiegata. Ciò può avvenire solo a condizione che si perfezioni l'accordo tra gli originari contendenti; accordo in senso dispositivo del processo, che può determinare l'estinzione radicale del giudizio oppure la sopravvenuta carenza dell'interesse ad agire. Lo schema della cessazione della materia del contendere si muove infatti su un doppio binario. Il ruolo centrale è rivestito, sempre, dall'accordo,

¹²⁴ Ciò consente di sfruttare due solidi appigli normativi: per tale via, il fenomeno può essere spiegato (e legittimato) tanto guardando alla condizione dell'azione di cui all'art. 100 c.p.c., quanto considerando la disciplina dell'estinzione del processo. Si avrà modo di rilevare come la giurisprudenza faccia riferimento sia all'art. 100 c.p.c. che all'istituto dell'estinzione del giudizio per rinuncia agli atti. Ad esempio, la cessazione della materia del contendere viene equiparata alla fattispecie di estinzione per rinuncia ai fini dell'applicazione dell'art. 2668, 2° comma c.c. sulla cancellazione della trascrizione delle domande giudiziali. Cfr. Cass., 4 maggio 1994, n. 4331, in *Foro it.*, 1994, I, 3045 con nota di R. BARONE; Cass., 30 aprile 1997, n. 304 (ord), in *Foro it. Mass.*, 1997.

Quanto al riferimento all'interesse ad agire, Corte App. Napoli, 12 maggio 1958, in *Giust. civ. Mass.*, 1958, 89 considera la dichiarazione di c.m.c. come sostanzialmente equivalente a una pronuncia di rigetto della domanda per difetto di una delle condizioni dell'azione, più specificatamente dell'interesse ad agire ex art. 100 c.p.c.; Cass., 21 gennaio 1978, n. 276, in *Foro it. Mass.*, 1978, ove si legge che “la cessazione della materia del contendere si verifica quando sopravviene una situazione di fatto che incide sulla situazione sostanziale dedotta in causa sì da eliminare la ragione del contendere delle parti, facendo venir meno, in conseguenza, l'interesse ad agire e contraddire e, quindi, la necessità di una pronuncia del giudice”. Altre volte, ma senza conseguenze sul piano applicativo, si parla di venir meno della necessità di una pronuncia del giudice, come in Cass., 8 giugno 1985, n. 3482, in *Foro it. Mass.*, 1985, o dell'interesse alla decisione. A proposito, si veda Cass., 18 febbraio 1994, n. 1614, in *Nuova Giur. civ. comm.*, 1995, 593. Di recente, Trib. Milano, 14 marzo 2008, n. 3459, in *Giust. civ. Rep.*, 2008, 3815, ha sentenziato che “la cessazione della materia del contendere è definibile come una ipotesi qualificata di sopravvenuta carenza di interesse ad agire contraddistinta dalla causa che determina l'effetto estintivo del giudizio.”

¹²⁵ Cfr. Cass. 27 gennaio 1998 n. 801.

che opera però in maniera diversa: l'incontro delle volontà dispositive opera, infatti, differentemente a seconda che si proceda secondo lo schema dell'estinzione del processo oppure secondo quello della sopravvenuta carenza di interesse ad agire. Nel primo caso, all'accordo intervenuto tra le parti viene riconosciuta una particolare efficacia dispositiva del processo in corso, capace di condurre a una terminazione senza alcuna statuizione in ordine all'originaria domanda e di porre nel nulla la pregressa attività processuale, ad eccezione delle sentenze passate in giudicato. Diversamente, in caso di sopravvenuta carenza di interesse ad agire, l'accordo manifesta la propria incidenza sui caratteri del fatto sopravvenuto, comportando una modificazione per così dire genetica degli stessi. Si è detto più volte come il fatto di cessazione altro non sia che un fatto estintivo, impeditivo o modificativo dei fatti costitutivi dedotti in giudizio dall'attore; ove fosse venuto ad esistenza prima della proposizione della domanda, questo fatto avrebbe integrato una consueta eccezione di merito, in senso stretto oppure in senso lato. Ebbene, l'accordo raggiunto tra i contendenti circa la portata risoltrice del fatto sopravvenuto fa sì – almeno stando alla ricostruzione offerta dalla giurisprudenza civile – che si verifichi la sopravvenuta carenza di un presupposto processuale, dell'interesse ad agire. Il fatto di cessazione, dunque, sarà alla base del rilievo, da parte dell'organo giudicante, della sopravvenuta mancanza di una delle condizioni di decidibilità della causa nel merito. Il passaggio è riportato in maniera abbastanza chiara da Cass., 24 ottobre 2012, n. 18195, che esordisce con la definizione dei termini della questione per poi giungere al nocciolo della stessa. Si legge che sono eccezioni in senso stretto sottratte al rilievo officioso quelle per le quali la legge richiede espressamente che sia soltanto la parte a rilevare i fatti impeditivi, estintivi o modificativi, oltre quelle che corrispondono alla titolarità di un'azione costitutiva. Tutte le altre ragioni, invece, che possono portare al rigetto della domanda per difetto delle sue condizioni di fondatezza, o per la successiva caducazione del diritto con essa fatto valere, possono essere rilevate anche d'ufficio, *come nel caso del fatto estintivo sopravvenuto* che emerge dalle risultanze processuali ritualmente acquisite¹²⁶. Il fatto sopravvenuto – o meglio, l'accordo raggiunto circa la portata dirimente del fatto

¹²⁶ Cfr. anche Cass. 18.10.2012 n. 17896, che ribadisce la differenza tra rilievo di un fatto e allegazione in giudizio. Quest'ultima infatti deve avvenire per opera della parte e nel rispetto di precisi termini, anche in caso di fatto di cessazione.

sopravvenuto - introduce una questione processuale idonea a definire il giudizio sulla base di un fatto che non attiene al merito della controversia e dunque non soggiace alle regole ed alle preclusioni che governano nei vari gradi di giudizio l'allegazione delle circostanze che ad esso si riferiscono. In sintesi, il fatto sopravvenuto non è altro che un fatto estintivo, modificativo o impeditivo della pretesa dell'attore. La circostanza che sia sopravvenuto non ne muta di per sé i caratteri genetici; la mutazione avviene però se il fatto viene qualificato dalla giurisprudenza come un fatto idoneo a provocare la crisi dell'interesse ad agire. Tornando all'alternativa predisposta dalla giurisprudenza civile, si verserà in un'ipotesi o nell'altra a seconda delle circostanze del caso concreto, quindi a seconda del tipo di fatto sopravvenuto, del momento processuale in cui è sopraggiunto e dal contegno delle parti. Ad ogni modo, indipendentemente dalle circostanze del caso concreto, è al potere dispositivo che viene demandato il compito di armonizzare le conseguenze legate all'irrompere, sul processo pendente, di un fatto sopravvenuto con efficacia estintiva della situazione giuridica azionata così come di un fatto comportante l'autocomposizione della lite (su questo aspetto ci si soffermerà nel corso del prossimo paragrafo).

Una simile configurazione dell'istituto porta con sé tutta una serie di implicazioni, prima tra tutte quella concernente il tipo di efficacia da riconoscere alla decisione. Ebbene, guardando all'applicazione pratica dell'istituto emerge come non sempre una terminazione dal contenuto meramente processuale si ponga come una soluzione ottimale, soprattutto con riferimento a giudizi vertenti su rapporti giuridici complessi. È capitato quindi che la prassi, in considerazione della particolare tipologia del fatto di cessazione e della concreta situazione processuale nella quale aveva a intervenire, abbia finito per accordare alla dichiarazione natura di merito (al fine di consentirne il passaggio in giudicato sostanziale), suscitando lo sgomento proprio di qualsiasi contrasto logico, prima ancora che giurisprudenziale, così accentuato¹²⁷. Questa schizofrenia giurisprudenziale può essere spiegata alla luce del fatto che l'assimilazione della c.m.c. alla sopravvenuta carenza di interesse ad agire è in grado di

¹²⁷ Nel senso di attribuire alla pronuncia di cessazione della materia del contendere il carattere di una decisione di merito e, più precisamente, di rigetto, Trib. Trani, 27 maggio 1996, in *Foro it.* 1997, I, 3620; Cass., 9 aprile 1997, n. 3075, in *Foro it.* 1997, 3617; Cass., 27 maggio 1998, n. 5242; Cass. 11 marzo 1997, n. 2161. Diversamente, Cass. S.U., 24 luglio 1994, n. 6938, pur riconoscendo alla c.m.c. natura di sentenza di merito, la descrive come una peculiare "presa d'atto" che nell'ordinamento non vi è più materia di contestazione tra le parti, inquadrandola come qualcosa di diverso rispetto alla consueta alternativa accoglimento-rigetto della domanda.

condurre, talvolta, a conseguenze davvero paradossali. A questo proposito, particolarmente calzante e significativa appare la controversia portata all'esame dalle Sezioni Unite nel 2000, che ha trovato il proprio epilogo nella sentenza n. 1048 del 28 settembre¹²⁸. La lite era stata occasionata dalla volontà di un gruppo di lavoratori di agire processualmente al fine di ottenere l'inclusione, nel computo dell'indennità di fine rapporto, del compenso per altra e diversa voce rispetto a quelle già accertate come dovute da una precedente sentenza passata in giudicato tra le medesime parti. Infatti, in un giudizio antecedente, il datore di lavoro aveva provveduto a dare attuazione alle prospettazioni degli attori in ordine al t.f.r., dando causa, con il proprio comportamento (adempimento senza riserva e consenso in ordine a una chiusura de processo senza decisione sulla domanda proposta), a una dichiarazione di c.m.c., non impugnata con gli ordinari rimedi. Si consideri, inoltre, come, in ambito lavoristico, costituisca un principio ormai consolidato quello dell'infrazionabilità giudiziale della pretesa volta a ottenere una maggiore quantificazione del trattamento di fine rapporto, enunciato formalmente dalle Sezioni Unite nella sentenza 28 aprile 1989, n. 1892. Secondo la Suprema Corte, la formazione del giudicato sulla domanda diretta a conseguire la maggiore liquidazione dell'indennità di fine rapporto in relazione al computo di un elemento della retribuzione preclude la possibilità di una successiva domanda intesa a conseguire ulteriori liquidazioni, ancorché fondate su ragioni diverse da quelle fatte valere¹²⁹. Dunque, forte di ciò, l'azienda convenuta provvedeva a eccepire che le domande contro la stessa formulate erano precluse da un precedente giudicato. Ed è proprio su tale questione, quella concernente cioè la formazione o meno del giudicato sostanziale a seguito di una pronuncia di c.m.c. conseguente al soddisfacimento delle pretese dell'attore, che era sorta un'antinomia all'interno della Sezione lavoro della Suprema Corte che necessitava di un intervento dirimente¹³⁰.

Per disposto della prima sentenza, la pronuncia dichiarativa della cessazione della materia del contendere decide il merito della controversia, essendo equivalente a una decisione di rigetto della domanda dedotta in giudizio, con la conseguenza che, ove

¹²⁸ Consultabile in *Giust. civ.*, 2000, II, 2817-2824.

¹²⁹ Il punto è pacifico in giurisprudenza: il giudicato formatosi sulla domanda del lavoratore volta a ottenere il ricalcolo del t.f.r. in relazione a una voce retributiva non computata dal datore copre il dedotto e il deducibile, precludendo al lavoratore la possibilità di agire in giudizio per ottenere l'inclusione di altro e diverso elemento retributivo (Cass., 18 maggio 1988, n. 3451; Cass., 5 marzo 1993, n. 2708).

¹³⁰ Le sentenze in contrasto, espressione di indirizzi inconciliabili, erano Cass., 11 marzo 1997, n. 2161 e Cass., 6 maggio 1998, n. 4583.

il giudizio proposto dal lavoratore per ottenere il computo di un determinato emolumento nella base di calcolo del trattamento di fine rapporto si sia concluso con una dichiarazione di c.m.c., per avere, nelle more del giudizio, il datore di lavoro aderito alla prospettazione attorea, si determina un giudicato sul merito, preclusivo, per lo stesso lavoratore, dell'instaurazione di un secondo giudizio avente a oggetto il riconoscimento della computabilità di un diverso e ulteriore emolumento nella base di calcolo del medesimo t.f.r.

Con l'altra decisione, invece, si è affermata l'inidoneità della pronuncia dichiarativa della c.m.c. a passare in giudicato in ordine alla pretesa sostanziale azionata. In conseguenza di ciò, non potrebbe operare il principio secondo cui il giudicato copre, oltre alle ragioni giuridiche fatte valere in giudizio, tutte le altre circostanze, che, sebbene non dedotte specificamente, costituiscono i precedenti logici essenziali e necessari della pronuncia¹³¹.

Le Sezioni Unite della Cassazione hanno avallato la seconda opzione interpretativa. La decisione è stata criticata vivacemente, e la ragione della critica è presto spiegata se si considera come l'atteggiamento respiscente del datore sia stato "premiato" consentendo ai lavoratori di conseguire utilità maggiori rispetto a quelle che avrebbero ottenuto se il primo processo si fosse concluso con una sentenza favorevole. Risultato a dir poco bizzarro, ma, per opinione della Corte, inevitabile¹³². Questo aspetto verrà ripreso nel prosieguo dell'indagine, per adesso occorre sottolineare come non pare essere la natura processuale della c.m.c. il nodo sul quale focalizzarsi; piuttosto, pare opportuno riflettere su un altro aspetto, cioè su come si possa adeguare la realtà processuale al mutato contesto sostanziale in modo da alimentare il processo sino

¹³¹ La sentenza è annotata da E. VIANELLO, *Note sulla natura delle pronunce che dichiarano la cessazione della materia del contendere*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, 688, che sottolinea la contraddittorietà delle argomentazioni addotte dalla Corte onde giustificare l'inidoneità della dichiarazione della c.m.c. a divenire giudicato sostanziale. Secondo l'A., il ragionamento seguito dalla Suprema Corte non appare convincente, giacché affastella considerazioni che stanno su piani separati, assimilando in un primo tempo la pronuncia di c.m.c. a quella dichiarativa dell'estinzione del processo, per poi qualificare successivamente il fenomeno come la conseguenza della sopravvenuta carenza di interesse ad agire che, in linea di principio, non dovrebbe affatto condurre all'estinzione del processo.

¹³² Secondo le Sezioni Unite, qualora il giudizio proposto dal lavoratore per ottenere il computo di un determinato emolumento nella base di calcolo del t.f.r. si concluda con una dichiarazione di c.m.c., per avere il datore di lavoro accondisceso a quanto preteso dal lavoratore, non si determina alcun giudicato sostanziale, preclusivo della proposizione di una nuova domanda avente a oggetto il riconoscimento della computabilità di un diverso e ulteriore emolumento nella base di calcolo del medesimo t.f.r.

a una sentenza di merito (non di rigetto), che possa tutelare efficacemente entrambe le parti.

Ad ogni modo, tornando alla configurazione giurisprudenziale dell'istituto, con la sentenza n. 1048/2000 le Sezioni Unite hanno ribadito la natura processuale della declaratoria, che consegue all'accordo intervenuto tra le parti. Inoltre il Collegio, non ignorando la circostanza che alcune pronunce - anche delle Sezioni Unite - hanno riconosciuto natura di merito alla sentenza *de qua*, procede a confutarne le argomentazioni¹³³: l'idoneità della pronuncia a fare stato ex art. 2909 c.c. deve essere esclusa categoricamente poiché l'efficacia di giudicato della pronuncia di c.m.c. "è limitata al solo aspetto del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio, con l'ulteriore conseguenza che il giudicato può dirsi formato solo su tale circostanza, qualora la relativa pronuncia non venga impugnata con i mezzi propri del grado in cui risulta emessa"¹³⁴. La sentenza dichiarativa dell'intervenuta cessazione della materia del

¹³³ Si pensi, ad esempio, alla sentenza emessa a Sezioni Unite in data 25 luglio 1994, n. 6938 che esclude l'operatività del principio della rilevanza d'ufficio della questione di giurisdizione in sede di gravame "qualora su di essa si sia formato il giudicato (interno) per mancata rituale impugnazione della sentenza con cui il Tribunale abbia dichiarato cessata la materia del contendere, in quanto quest'ultima pronuncia, pur non implicando l'attribuzione di un bene della vita, costituisce una *statuizione di merito* che presuppone necessariamente la giurisdizione del giudice che la emette" (nello stesso senso, attribuendo natura di merito alla pronuncia di c.m.c., Cass., 14 ottobre 1991, n. 10775, in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 1477 e, precedentemente, Cass., 19 maggio, n. 4525). Con riguardo a questa pronuncia la Suprema Corte non ha esitato a rilevarne la intima contraddittorietà; infatti, se da un lato, si afferma l'esistenza di un giudicato sostanziale sul merito, mentre al contempo si esclude che la pronuncia di c.m.c. contempli l'attribuzione di alcun bene della vita, riesce difficile comprendere su cosa esattamente si formi il giudicato sostanziale. La critica del Collegio prosegue oltre, prendendo in considerazione altre due pronunce, precisamente Cass., 28 ottobre 1993, n. 10728 e Cass., 21 agosto 1998, n. 8285. Con la prima, emessa una dichiarazione di c.m.c. in sede di opposizione all'esecuzione, la Corte aveva concluso che si fosse in presenza di una pronuncia sul merito dell'azione esecutiva, impugnabile con l'appello e non tramite ricorso in Cassazione. Analogamente l'altra pronuncia, ritenendo che il provvedimento del Tribunale di dichiarazione di c.m.c. emesso nel corso di un giudizio di separazione dei coniugi si risolvesse in una pronuncia sul merito dell'azione proposta, ne consentiva l'impugnazione solo mediante appello escludendo la possibilità di ricorrere in Cassazione. Il Collegio, con la sentenza n. 1048/2000, giudica non condivisibili le conclusioni raggiunte nelle appena esposte pronunce, rilevando come le sentenze emesse dal giudice di prime cure e dichiarative della c.m.c. siano appellabili, e non ricorribili per Cassazione, non già perché sono sentenze di merito, ma perché sono ordinarie sentenze di primo grado.

¹³⁴ Cass., 1° giugno 2004, n. 10478, in *Giust. civ.*, 2004, 1968 specifica il concetto in maniera ancora più compiuta. Nella sentenza si legge che "la pronuncia di cessazione della materia del contendere costituisce, in seno al rito contenzioso ordinario, una fattispecie di estinzione del processo, creata dalla prassi giurisprudenziale, contenuta in una sentenza dichiarativa dell'impossibilità di procedere alla definizione del giudizio per il venir meno dell'interesse delle parti alla naturale conclusione del giudizio stesso tutte le volte in cui non risulti possibile una declaratoria di rinuncia agli atti o di rinuncia alla pretesa sostanziale; talché all'emanazione di una sentenza di cessazione della materia del contendere consegue, da un lato, la caducazione di tutte le pronunce emanate nei precedenti gradi di giudizio e non passate in cosa giudicata e, dall'altro, un'inedoneità ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, posto che l'efficacia di giudicato è limitata al solo aspetto del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio".

contendere è dunque inidonea a diventare cosa giudicata sostanziale, con conseguente possibilità di riproposizione della medesima domanda. Inoltre, al fine di eliminare ogni possibile argomento contrario, estrapolabile dall'analisi delle altre branche dell'ordinamento dove l'istituto è disciplinato, il Supremo Collegio sancisce a forza l'autonomia della c.m.c., come edificata nel processo civile, precludendo la possibilità di qualsivoglia paragone con gli altri rami dell'ordinamento processuale. Per opinione della Corte, né il processo amministrativo, né quello tributario appaiono in grado di recare alcun contributo allo studio dell'omonimo istituto nell'ambito civile. Il processo amministrativo, stante l'autonomia di questo contenzioso rispetto a quello ordinario disciplinato dal codice di rito; il processo tributario, perché, in virtù di quanto espressamente previsto dall'art. 1, 2° comma, d. lgs. n. 546/1992, sono le disposizioni del codice di procedura civile a dover integrare le previsioni della legge speciale e non viceversa. In realtà, a ben guardare, anche in ordine al rapporto tra c.m.c., come congegnata nel processo civile, e gli altri due tipi di contenzioso, ove la formula in questione è stata recepita legislativamente, non si registra uniformità di vedute in seno alla giurisprudenza. Con riguardo al processo tributario, si rinvencono sentenze che, proprio in forza del paragone con la disciplina ex art. 46 del d.lgs. n. 546/1992, traggono conseguenze circa la natura della c.m.c. nel giudizio civile¹³⁵; altre pronunce guardano al processo amministrativo ed eleggono la relativa normativa ad addentellato legislativo cui fare riferimento per legittimare l'utilizzo della dichiarazione anche nelle controversie civili¹³⁶. Sempre con lo sguardo rivolto al processo amministrativo,

¹³⁵ Ad esempio, Cass., 6 maggio 1998, n. 4583 ritiene – proprio sulla base dell'art. 46 d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546 che parla di “giudizio estinto” per effetto della c.m.c. - la pronuncia in questione “non dissimile da quella meramente processuale dichiarativa dell'estinzione del processo per rinuncia agli atti del giudizio o per inattività delle parti, pur non essendo a quest'ultima del tutto equiparabile.” In realtà, aveva battuto questa strada anche Cass. 4 maggio 1994, n. 4331, ritenendo che la dichiarazione di cessazione della materia del contendere fosse sostanzialmente assimilabile alla pronuncia di estinzione del processo per rinuncia e quindi, al pari di quest'ultima costituisse titolo per la cancellazione della trascrizione della domanda e di ogni altra conseguente annotazione. Precedentemente, hanno assimilato la pronuncia in questione a quella di estinzione del processo Cass., 20 maggio 1977, n. 2088, in *Giust. civ. Mass.*, 1977, 876, Cass., 9 novembre 1982, n. 5883, in *Giust. civ. Mass.*, 1982, 2019, Cass., 22 febbraio 1989, n. 1001, in *Giust. civ. Mass.*, 1989, 272. Si noti come le sentenze da ultimo richiamate abbiano tutte ad oggetto l'ipotesi in cui, pendente il giudizio di interdizione, sopraggiunga il decesso della persona dell'interdicendo.

¹³⁶ In questa direzione, Cass. 14 febbraio 1991, n. 1538 in *Giust. civ. Mass.*, 1991, 227, che, sulla base della constatazione per cui l'irrompere di un fatto di cessazione sulla lite pendente comporti il venir meno dell'interesse delle parti ad ottenere una pronuncia giudiziaria – che sarebbe *lato sensu* priva di causa giuridica e non più rispondente ad alcuno scopo pratico – legittima l'impiego da parte dell'organo giudicante civile della formula in questione proprio in virtù della avvenuta tipizzazione della stessa nel giudizio amministrativo in base all'art. 23, 7° comma, l. n. 1034/1971. Successivamente, Cass.,

specialmente alla distinzione tra c.m.c. e sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, si rinviengono pronunce impegnate nello sforzo di tracciare il confine tra la c.m.c. e la sopravvenuta carenza di interesse ad agire, nel tentativo di attribuire natura di merito alla decisione nel sistema di diritto processuale civile¹³⁷. Tentativo andato a vuoto dato che la giurisprudenza assolutamente dominante è salda sulla propria opinione, ribadita anche di recente con fermezza e vigore¹³⁸.

In conclusione, la giurisprudenza civile assegna alla dichiarazione di cessata materia del contendere natura meramente processuale: mediante tale declaratoria il processo volge a termine senza alcuna decisione in merito alla domanda proposta. La questione cardine dell'inquadramento della pronuncia si riflette anche sui presupposti richiesti per la valida configurabilità della c.m.c. In aggiunta a quello per così dire fisiologico della sopravvenienza del fatto in un momento successivo all'instaurazione della lite¹³⁹, la giurisprudenza richiede che si registri piena concordia tra le parti in relazione all'idoneità dell'evento a rimuovere ogni ragione di attrito tra le stesse¹⁴⁰. La

11.09.1996, n. 8219 afferma la necessità di una chiusura del giudizio di legittimità in seguito alla definizione transattiva delle pretese azionate in giudizio perché ciò è imposto dalla formula espressamente prevista dall'art. 23, l. n. 1034/1971 per i giudizi amministrativi. Cass., S.U., 19 luglio 2000, n. 504 ritiene che il principio racchiuso nell'art. 23, l. n. 1034/1971, secondo il quale il procedimento giurisdizionale si estingue per cessazione della materia del contendere se la parte che ha fatto ricorso al giudice per la tutela dei propri interessi ne consegua l'integrale soddisfacimento direttamente dalla controparte.

¹³⁷ Secondo quest'orientamento, la c.m.c. non sarebbe equivalente ad una chiusura in rito della lite per sopravvenuta mancanza del requisito di cui all'art. 100 c.p.c., ma andrebbe assimilata a una decisione di rigetto nel merito, come tale idonea a costituire cosa giudicata sostanziale, con conseguente esperibilità dell'*exceptio rei iudicatae*. Cfr. Cass., 11 marzo 1997, n. 2161 che, nel richiamare un precedente della Suprema Corte a Sezioni Unite del 24 luglio 1994, n. 6938, stabilisce che "l'intervenuta valutazione da parte del giudice di una peculiare situazione, sopraggiunta nel corso del processo, che faccia venire meno l'esigenza di una pronuncia relativa all'oggetto della controversia, determina la necessità dell'emanazione di una sentenza di presa d'atto che nell'ordinamento non vi è più materia di contestazione tra le parti; e da tale sentenza, che altro non è che una decisione sul merito, non possono che scaturire gli effetti propri di quest'ultima, quali la formazione del giudicato non solo in senso formale, ma anche in senso sostanziale".

¹³⁸ Ad esempio, Cass., 3 marzo 2006, n. 4714, in *Giust. civ. Mass.*, 2006, III, in cui viene ribadita la "assoluta inidoneità della sentenza di c.m.c. ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, limitandosi tale efficacia di giudicato al solo aspetto del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio."; ancora, Trib. Ariano Irpino, 23 ottobre 2007, n. 435, in *Giur. merito*, 2008, III, 733 sottolinea come "la sentenza che dichiara l'intervenuta c.m.c. sia inidonea ad acquisire efficacia di giudicato sostanziale sulla pretesa fatta valere, con conseguente possibilità di riproporre la domanda".

¹³⁹ In questo senso Cass., 3 agosto 1977, n. 3455, in *Foro it. Rep.*, 1977 ove viene esplicitato che "quando il tema della controversia sia venuto a cessare già prima dell'introduzione del giudizio (nella specie per accoglimento da parte del convenuto della pretesa rivoltagli dall'attore) non si verifica necessità di dichiarare cessata la materia del contendere, al fine di constatare la sopravvenuta mancanza dell'interesse ad agire e, quindi, la superfluità di ogni ulteriore decisione del giudice nel merito della controversia, ormai cessata, bensì la necessità di rilevare la mancanza *ab origine* dell'interesse all'azione, quale condizione subiettiva per la proposizione sostanziale di essa e, perciò, di dichiarare l'improponibilità".

¹⁴⁰ L'idoneità del fatto di cessazione a determinare la carenza sopravvenuta di interesse alla pronuncia di merito non può essere concretamente riconosciuta quando sorga dissenso in ordine alle circostanze

dichiarazione *de qua* può essere pronunciata solo allorché i contendenti si diano reciprocamente atto dell'intervenuto mutamento della situazione originariamente dedotta in giudizio e sottopongono al giudice conclusioni conformi, intese a sollecitare simile declaratoria¹⁴¹. Si ammette la possibilità di un residuo dissenso solamente per quanto concerne la distribuzione delle spese della lite¹⁴². A riguardo vi è stato chi, in dottrina, ha ravvisato un contrasto in merito a quanto richiesto dalla giurisprudenza ai fini della configurabilità della c.m.c. Si è sostenuta la contraddittorietà di ammettere, da un lato, il rilievo d'ufficio e, dall'altro, pretendere l'accordo tra le parti, poiché il potere d'ufficio, se veramente tale, dovrebbe prescindere così dall'accordo come da qualsiasi volontà delle parti¹⁴³. In realtà, ragionando con la giurisprudenza, l'eliminazione del contrasto rappresenta una proprietà imprescindibile del fatto. Secondo la prassi, un fatto

sopraggiunte. Il fatto deve essere pacifico, così come gli effetti da esso scaturenti. Cfr. Cass., 17 giugno 1967, n. 1437, in *Giust. civ.*, 1967, I, 905 e Cass., 6 marzo 1970 n. 573, in *Giust. civ.*, 1970, I, 855, secondo la quale, “la cessazione della materia del contendere si verifica quando viene a mancare totalmente la posizione di contrasto fra le conclusioni delle parti, e quindi la necessità della pronuncia del giudice richiesta in precedenza. A tal fine occorre, però, che le circostanze sopraggiunte si riferiscano a fatti obiettivi, riconosciuti ed ammessi in contraddittorio dalle parti perché altrimenti nessuna conseguenza giuridica può derivarne ai fini del venir meno dell'oggetto della contesa”. Addirittura Cass. 4 agosto 1977, in *Foro it. Mass.*, è giunta a ritenere che “nel caso di dissenso tra le parti litiganti, non può ammettersi prova rivolta a dimostrare che si è realmente verificata la situazione causa di cessazione della materia del contendere”. Cass., 4 agosto 1977, n. 3498, in *Mass. Foro it.*, 1977, 648 e Cass., 13 maggio 1977, *Id*, 383 enunciano il principio per cui, onde poter dar luogo alla cessazione della materia del contendere, la sussistenza del fatto e la sua idoneità ad esaurire senza residui la controversia dedotta in giudizio deve essere incontestata tra le parti, dato che, nella diversa ipotesi in cui sorga controversia al riguardo, il giudice non potrebbe in ogni caso esimersi dal decidere la lite.

Più di recente, Cass., 8 giugno 1996, n. 5333, in *Foro it.* 1997, 619, conferma l'orientamento disponendo che “la cessazione della materia del contendere non è formula istituzionalizzata di terminazione del processo civile, ma solo il riflesso processuale del mutamento della situazione sostanziale, quando questa dà luogo al venir meno della ragione d'essere della lite, in forza di un fatto sopravvenuto che priva i litiganti di ogni interesse a proseguire il giudizio, e del quale le parti devono dare atto al giudice mediante contemporaneo e conforme mutamento delle conclusioni definitive; se, invece, nonostante la sopravvenienza di quel fatto, l'attore concluda per l'accoglimento della domanda come originariamente proposta, il giudice non può terminare il processo con un provvedimento sulle sole spese ma dovrà come in ogni caso pronunciare il rigetto della domanda per sopravvenuto difetto di interesse, ovvero l'accoglimento se ritiene che tale interesse permanga”; Cass., 27 aprile 2000, n. 5393.

¹⁴¹ Cass., 26 luglio 2002, n. 11038. Per la giurisprudenza solo in questo caso può realmente dirsi che la cessazione della materia del contendere costituisce il riflesso processuale del venir meno della ragion d'essere sostanziale della lite.

¹⁴² Principio affermato sin dagli albori dell'elaborazione in tema di c.m.c. Tra le molte, Cass., 27 maggio 1996, in *Giust. civ. Mass.*, 1996, n. 4884, che dispone come “la dichiarazione di cessazione della materia del contendere non sia preclusa da contrasti tra le parti in ordine all'incidenza dell'onere delle spese processuali, dovendo al riguardo il giudice di merito solo decidere secondo il principio della soccombenza virtuale, previi gli accertamenti necessari.” *Contra*, Cass., 27 settembre 1979, n. 4990, in *Mass. Giur. it.*, 1979, 1257; Cass., 18 novembre 1986, n. 6782, in *Mass. Giur. it.*, 1986, 1129; Trib. Palmi, 20 dicembre 2004, in *Giust. Civ., Rep.*, 2006, 4071, che statuisce come “non possa essere dichiarata la cessazione della materia del contendere qualora le parti, pur concordando nel merito su ogni punto della vertenza, non abbiano stabilito nulla in ordine alle spese della lite.”

¹⁴³ Ci si riferisce a G. DE STEFANO, *La cessazione*, cit., la cui opinione sarà oggetto d'esame *infra*, par. 7.3.

di cessazione è tale solamente nella misura in cui risulti idoneo a rimuovere ogni ragione di dissenso tra le parti, e ciò può avvenire solo se i contendenti “concordino nel giudizio storico non meno che nella valutazione delle conseguenze giuridiche” delle vicende sopraggiunte¹⁴⁴. In altre parole, solo il fatto pacifico può essere un fatto di cessazione¹⁴⁵; in caso contrario, resterà un fatto sopravvenuto. Si avrà modo di appurare meglio oltre come, proprio la circostanza per cui la giurisprudenza richieda l'accordo tra le parti riguardo alla valenza da attribuire al fatto, se da un lato rappresenta il limite di applicabilità del rimedio, dall'altro finisce altresì per risolversi in un momento di tutela delle parti. Solo qualora la parte, in particolar modo l'attore, si ritenga soddisfatta dall'intervenuta modificazione della fattispecie sostanziale, potrà accondiscendere a una chiusura del processo per c.m.c., con un evidente risparmio di tempo e denaro. In caso contrario, qualora non si registri concordia tra le parti, per negare uno dei contendenti la portata del fatto o per ambire una delle parti ad alimentare il processo sino a un accertamento di merito, risulterà preclusa la via della cessazione della materia del contendere, con la conseguente necessità di individuare un altro modo per riequilibrare la situazione venuta in essere in virtù del fatto sopraggiunto.

A ogni modo, l'idoneità del fatto di cessazione a elidere l'oggetto del contendere, oltreché riconosciuta ed ammessa da entrambe le parti, deve essere accertata anche dal giudice¹⁴⁶. La valutazione circa l'effettiva idoneità a rimuovere ogni contrasto tra le parti rispetto alla controversia dedotta in giudizio è un apprezzamento

¹⁴⁴ Di conseguenza, secondo Cass. 26 ottobre 1973, in *Foro it. Mass.*, 1973, n. 2788, “non può essere dichiarata la cessazione della materia del contendere sulla base di circostanze dedotte a tal fine da una sola delle parti

¹⁴⁵ Si noti che questo dato differenziava notevolmente la c.m.c., come strutturata nel processo civile, rispetto al contenzioso amministrativo. In quest'ultimo ambito, infatti, l'art. 27, 2° c. della l. n. 1034/1971 indicava il procedimento in Camera di Consiglio per la decisione dei ricorsi nei quali tutte le parti concordemente richiedessero la dichiarazione di cessata la materia del contendere. Ciò lasciava intendere che, anche in caso di contrasto tra le parti, il Tribunale fosse comunque tenuto a pronunciare la c.m.c. In questo senso, ossia per la previsione di regimi procedurali differenziati a seconda che la parti concordino o meno sulle conseguenze giuridiche da ricollegare al fatto di cessazione, si era indirizzato il progetto di legge per la riforma del processo civile, elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Tarzia, su cui ci si soffermerà di seguito.

¹⁴⁶ *Ex plurimis*, Cass. 6 gennaio 1981, in *Foro it. Mass.*, 1981 n. 70, secondo cui “la cessazione della materia del contendere può essere pronunciata, anche d'ufficio, solo quando sia sopravvenuta una situazione che abbia eliminato ogni posizione di contrasto ed abbia fatto venir meno la necessità di una pronuncia del giudice sull'oggetto della controversia, ciò che deve essere concretamente verificato dal giudice medesimo, con la conseguenza che questi, nonostante la contraria sollecitazione delle parti, deve negare la pronuncia suddetta, e decidere, quindi, nel merito, nel caso in cui il fatto sopravvenuto dedotto a giustificazione della richiesta di tale pronuncia sia privo, rispetto alla controversia sottoposta al suo esame, dell'indicata rilevanza risolutiva”.

del giudice di merito, riservato a costui in via esclusiva e, come tale, incensurabile in cassazione.

Proseguendo nell'indagine, un dato acquisito, sul quale si è da sempre registrato un largo consenso, è quello concernente la forma della dichiarazione in esame. Secondo un orientamento giurisprudenziale più che consolidato, la c.m.c. deve essere dichiarata con sentenza, risultando completamente inadeguata la forma dell'ordinanza¹⁴⁷. Infatti, il guadagno in termini di semplificazione procedurale non giustifica il sacrificio della regola prevista dall'art. 131 c.p.c., che stabilisce il criterio della commisurazione della forma alla funzione dell'atto in assenza di espresse disposizioni¹⁴⁸. Inoltre, solamente una pronuncia con i requisiti formali della sentenza può assicurare le garanzie connesse al sistema delle impugnazioni.

¹⁴⁷ Tuttavia, non sono mancate dichiarazioni di cessata materia del contendere emesse sottoforma di ordinanza. Si è concluso con ordinanza, ad esempio, il processo che ha dato vita alla decisione annotata da B. CIACCIA CAVALLARI, *nota a Trib. Verona, 23 luglio 1994*, cit., sulla quale ci si soffermerà *infra* par. 7.2. (in questo caso si trattava di dichiarare la cessazione della materia del contendere in conseguenza della morte di uno dei coniugi, pendente il giudizio di divorzio. Il tribunale scaligero ha giustificato la scelta sulla base del principio di economia processuale, ordinando la fine del processo in luogo dell'adozione dei provvedimenti di cui agli artt. 189 e 190 c.p.c., che avrebbero implicato la prosecuzione del giudizio).

¹⁴⁸ Questo punto è pacifico anche in dottrina. Secondo B. SASSANI, voce "*Cessazione della materia del contendere*", cit., il contenuto dell'ordinanza dichiarativa di c.m.c. sarebbe limitato alla disposizione della cancellazione della causa dal ruolo, non essendo immaginabile concederle funzioni trascendenti quest'ordine, neanche con il supporto del principio espresso dalla teoria del c.d. "formale-sostanziale", che sancisce, appunto, la prevalenza della sostanza sulla forma. Secondo l'A., l'ambito di applicazione di questo principio sarebbe delimitato dalla preventiva identificazione di un nucleo decisorio all'interno di un provvedimento emesso con forma ordinatoria, ossia presupporrebbe una decisione inequivocabilmente espressa come tale in un involucro formale improprio. Ma è proprio l'inequivocabile sostanza decisoria che pare mancare alla ordinanza dichiarativa di c.m.c., che, secondo Sassani, racchiude una formula in sé neutra.

È proprio sotto questo profilo che ha suscitato notevoli perplessità il progetto di legge per la riforma del processo civile elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Tarzia, in cui si stabiliva, al punto 22, che la c.m.c. fosse dichiarata dal giudice istruttore con ordinanza non impugnabile sull'accordo delle parti o, in caso di dissenso tra le stesse, dal giudice con sentenza. Infatti, la forma dell'ordinanza sembra consentire l'assimilazione della dichiarazione di c.m.c. a quella di estinzione quanto agli effetti della decisione, anche se la non impugnabilità della stessa genera perplessità. La soluzione pare, inoltre, risentire dell'esperienza maturata nel processo amministrativo, dove gli interpreti ritenevano che in caso di accordo delle parti il giudice si dovesse limitare a dare atto di quell'accordo senza poter esaminare la fondatezza del ricorso, mentre, in caso di dissenso, era necessario che il giudice compiesse un'indagine nel merito della controversia per verificare sia l'illegittimità dell'atto impugnato, che la validità dell'annullamento. Pertanto, come è stato autorevolmente sostenuto, solo in caso di contestazione la dichiarazione di c.m.c. si presenterebbe quale pronuncia di merito, mentre, nell'altro caso, si risolverebbe in una pronuncia equivalente a quella di estinzione per rinuncia. Critico nei confronti della scelta operata dalla Commissione Ministeriale di individuare la forma dell'ordinanza non impugnabile per la dichiarazione di c.m.c. sollecitata su accordo delle parti C. CONSOLO, *Chiosa sulla natura della cassazione (senza rinvio) della sentenza che accolse una domanda incorsa poi in cessazione della materia del contendere*, in *Corr. Giur.*, 1997, 902, che, configurando la dichiarazione in questione alla stregua di una sentenza di merito, ritiene preferibile ancorare tale tipo di esito alla pronuncia di una sentenza; semmai, per opinione dell'A., in caso di richiesta concordemente formulata dalle parti, si potrebbe consentire l'adozione di una procedura semplificata.

Venendo a un altro profilo caratteristico dell'istituto - quello relativo alla disciplina delle spese processuali - la giurisprudenza, sin dal principio, ha individuato nel criterio della soccombenza virtuale la soluzione più appagante per l'ipotesi in cui il processo si concluda anticipatamente, in virtù del sopravvenire del fatto di cessazione¹⁴⁹. Anche questo aspetto risulta più che consolidato. Ciò nonostante, si può osservare come, negli anni, vi sia stato un perfezionamento nell'opinione della giurisprudenza: dalla genericità dell'affermazione secondo cui "il giudice, al fine di stabilire la soccombenza potenziale, è tenuto a procedere ai necessari accertamenti sull'originaria fondatezza della domanda e delle eccezioni delle parti", nei primi anni sessanta, si è registrata una tendenza giurisprudenziale favorevole ad ammettere la possibilità dell'espletamento di una vera e propria istruttoria ai soli fini della decisione sulle spese¹⁵⁰. Questa opinione è stata abbandonata nel giro di pochi anni a favore della regola, espressione di esigenze di economia processuale, secondo la quale, nell'accertare la soccombenza virtuale, il giudice deve limitarsi a *delibare* il fondamento della domanda dell'attore¹⁵¹.

Questi sono, in definitiva, i punti fermi dell'istituto. Molto si è discusso sul regime e sulle conseguenze di una dichiarazione di cessazione della materia del contendere in fase di gravame. Nell'impossibilità di soffermarsi analiticamente su questo profilo, si intende dare conto della complessità dell'ipotesi in cui il fatto di cessazione sopravvenga nelle more del giudizio di legittimità. Le Sezioni Unite, con una pronuncia emessa a distanza di qualche mese da quella poc'anzi analizzata (ci si

¹⁴⁹ A proposito, Cass., 3 maggio, 1975, in *Foro it. Mass.*, 1975, n. 1711; Cass., 4 giugno 1979, in *Foro it. Mass.*, 1979, n. 3165. Sulla medesima linea, Cass., 20 novembre 1980, in *Foro it. Mass.*, 1980, n. 6183, specifica come "qualora non sia intervenuta fra le parti una conciliazione giudiziale ai sensi dell'art. 185 c.p.c., ma sia successivamente sopravvenuta la cessazione della materia del contendere, non può trovare applicazione la compensazione delle spese prevista dall'art. 92, 3° comma c.p.c., ma il giudice deve provvedere sulle spese stesse in base al principio della soccombenza virtuale, che consiste nel deliberare il fondamento della domanda per decidere se essa avrebbe dovuto essere accolta o rigettata nel caso in cui non fosse intervenuta la c.m.c."

¹⁵⁰ In questo senso, Cass., 10 maggio 1963, n. 1156, in *Giust. civ.*, 1963, I, 2097; Cass., 19 luglio 1965, n. 1618, in *Giust. civ.*, 1966, I, 774, che impone al giudice di merito, in caso di persistente contrasto tra le parti in ordine all'onere delle spese processuali, di decidere su detto contrasto secondo il principio della soccombenza virtuale, "previ tutti gli accertamenti necessari a stabilire la fondatezza o meno della domanda e delle eccezioni proposte in relazione al merito della controversia".

¹⁵¹ Cfr. Cass., 5 febbraio 1982, n. 653, in *Foro it. Mass.*, 1982, 138, che, in caso di c.m.c. con permanenza del contrasto tra le parti in ordine alla ripartizione delle spese giudiziali, indica all'organo giudicante di procedere ad "una sommaria deliberazione della domanda e delle eccezioni proposte al fine di valutare le normali probabilità di accoglimento delle stesse e, quindi, di stabilire quale sarebbe stata l'incidenza della soccombenza se il giudizio fosse stato definito con una normale pronuncia." Recentemente, ribadiscono questo aspetto, Cass., 21 febbraio 2007, n. 4034, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, II; Cass., 13 settembre 2007, n. 19160, in *Foro it.* 2008, III, 859.

riferisce a Cass., S.U., n. 368 del 18 maggio 2000), hanno affrontato in maniera dettagliata la questione, offrendo una panoramica delle varie anime presenti nel formante giurisprudenziale, ciascuna delle quali risulta essere portavoce di un diverso modo intendere il fenomeno. Talvolta i giudici di legittimità hanno ritenuto che alla cessazione della materia del contendere dovesse conseguire la declaratoria di inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse¹⁵², altre volte hanno dichiarato l'improcedibilità del ricorso¹⁵³, altre volte ancora hanno proceduto a cassare la sentenza impugnata senza rinvio, sul presupposto che solo tale pronuncia potesse consentire la perfetta rimozione delle sentenze pronunciate nel corso del giudizio, eliminando¹⁵⁴.

6.4. Prime considerazioni sul perimetro applicativo dell'istituto e sull'essenza dello stesso: il potere dispositivo quale minaccia alla libertà del giudice e quale risorsa. Il sopravvenire di fatti che non comportano la cessazione della materia del contendere e prime osservazioni critiche sui limiti della soluzione congegnata dalla giurisprudenza in tema di fatto sopravvenuto

Le pagine che precedono sono state dedicate all'analisi dei tratti caratteristici della cessazione della materia del contendere intesa come istituto giuridico. Occorre, a questo punto, mettere in luce i tratti essenziali di tutta l'elaborazione gravitante attorno

¹⁵² Cfr., *ex plurimis*, Cass., Sez. Un., 26 maggio 1995 n. 5806; Cass. 5 marzo 1993 n. 2674; Cass. 25 ottobre 1990 n. 10361. Per Cass., 27 aprile 2000, n. 5393 venuto meno con la cessazione della materia del contendere il fondamento della controversia, viene meno anche l'interesse ad agire e, quindi, la necessità di una pronuncia del giudice, che - come visto - deve darne atto d'ufficio. Da ciò consegue che non risultando più di alcuna utilità l'affermazione della volontà di legge, inizialmente richiesta sulla base di una controversia poi venuta meno per fatti sopravvenuti, la disciplina giuridica sia sostanziale che processuale invocata inizialmente per i fatti dedotti in giudizio non può più esplicare alcuna efficacia, con l'ulteriore corollario della sopravvenuta inefficacia dei provvedimenti impugnati e di tutti quelli che sulla suddetta disciplina trovavano fondamento. Per Cass. 28.08.2013, n. 19822, il verbale di conciliazione prodotto nel giudizio di legittimità si palesa idoneo a dimostrare la cessazione della materia del contendere ed il conseguente sopravvenuto difetto di interesse delle parti a proseguire il processo. Alla cessazione della materia del contendere consegue la declaratoria di inammissibilità del ricorso in quanto l'interesse ad agire, e quindi anche ad impugnare, deve sussistere non solo nel momento in cui è proposta l'azione o l'impugnazione, ma anche nel momento della decisione, in relazione alla quale, ed in considerazione della domanda originariamente formulata, va valutato l'interesse ad agire. In questo senso anche Cass. S.U. 29 novembre 2006 n. 25278; Cass. 13 luglio 2009 n. 16341; Cass. 10 gennaio 2012, n. 95.

¹⁵³ Cass., 27 febbraio 1995, n. 2243.

¹⁵⁴ Le decisioni precedenti verrebbero travolte perché emesse sulla base di una domanda che ha cessato di essere attuale; Cass. 9 aprile 1997 n. 3075; Cass. 23 luglio 1993 n. 8255.

alla formula, con particolare riguardo alla differente considerazione riservata al potere dispositivo delle parti, che, in un caso viene avvertito come un'insidia, come un qualcosa in grado di mettere a repentaglio la libertà, l'autonomia e la funzione stessa dell'organo giudicante, mentre, nell'altro caso, assume un ruolo cruciale nell'armonizzazione delle conseguenze legate all'irrompere, sul processo pendente, di un fatto sopravvenuto con efficacia estintiva della situazione giuridica azionata così come di un fatto comportante l'autocomposizione della lite. Occorre soffermarsi anzitutto sul primo capo dell'alternativa, dunque sul potere dispositivo inteso quale minaccia alla libertà e all'indipendenza del magistrato. A tal fine, è d'uopo tornare sul perimetro applicativo della figura. Dall'analisi condotta è emerso come ricadano nell'ambito di applicazione dell'istituto tanto le ipotesi in cui il fatto comporti la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, quanto altre ipotesi, che si è inteso riunire assieme nella categoria dei fatti comportanti l'autocomposizione della lite. Ebbene, occorre soffermarsi proprio su questa seconda categoria di fatti, in particolare sulle due ipotesi, talvolta definite simmetriche, di riconoscimento del diritto e di rinuncia all'azione. In entrambi i casi una parte si sottomette, volontariamente, alle pretese della controparte, con il conseguente abbandono della posizione di contrasto che fino a quel momento aveva caratterizzato il rapporto tra i contendenti. Non vi è alcuna estinzione della situazione giuridica dedotta in giudizio e dunque non si verifica quella dissociazione tra realtà sostanziale e processuale che abbisogna di essere ricomposta. Si può quindi escludere che il ricorso alla formula di c.m.c. sia stato dettato dalla necessità di riequilibrare la situazione processuale successiva all'intervenire dell'evento, proprio perché manca, in radice, un fatto sopravvenuto idoneo a modificare la situazione sostanziale e, in via consequenziale, quella processuale. Non ragioni di giustizia del caso concreto, ma altre ragioni, in senso lato di opportunità, hanno suggerito di avvicinare queste ipotesi a quelle caratterizzate dall'intervento di un fatto sopravvenuto, nella convinzione che, nell'uno come nell'altro caso, una soluzione tutto sommato soddisfacente potesse essere ritrovata in un epilogo processuale con una formula neutra e incolore, quale è quella di c.m.c. Si tratta infatti di una dichiarazione che chiude il processo senza rivelare nulla: manca una delineazione della soccombenza, perché manca una decisione sulla domanda iniziale, e quindi non vi è nessun accertamento relativo all'esistenza o inesistenza del

diritto dedotto in giudizio. Nel momento in cui dichiara cessata la materia del contendere, l'organo giudicante sceglie di non esercitare più la sua funzione giurisdizionale. Ebbene, tornando alle ipotesi di cessazione relative all'avvenuta autocomposizione della lite, la scelta di ricorrere all'utilizzo della formula di cessazione della materia del contendere è stata dettata dalla volontà di arginare il potere dispositivo delle parti: in altri termini, si è voluto evitare che il giudice risultasse soggetto al potere delle parti, cosa che accade quando le parti pretendono, con le loro dichiarazioni, di imporre il tenore della decisione. In questo così, la giurisprudenza ha inteso preservare la propria autonomia sfruttando proprio il potere dispositivo delle parti: in altri termini, si è scelto di risolvere il problema relativo all'ingerenza del potere dispositivo nella compilazione della sentenza, utilizzando il potere dispositivo stesso. L'esercizio congiunto del potere dispositivo non può imporre al giudice il contenuto della sentenza, ma può porre nel nulla la pregressa attività processuale. Vi è dunque una tensione tra due modi differenti di intendere il potere dispositivo, come minaccia e come risorsa.

Passando al secondo profilo – quindi al potere dispositivo da intendersi quale risorsa - si è visto come tutta l'elaborazione gravitante attorno alla formula di cessata materia del contendere risulti incardinata sull'elemento dell'accordo tra gli originari contendenti; accordo che può avere una valenza diversa a seconda dei casi. Si ricorderà come, nel disegnare i caratteri dell'istituto, la prassi civile non abbia incentrato la propria attenzione sull'interferenza dell'evento in senso estintivo della situazione giuridica azionata in giudizio, bensì abbia imperniato la ricostruzione del fenomeno sul concetto d'*indifferenza*, di *disinteresse* delle parti rispetto a una pronuncia dell'organo giurisdizionale. È affermazione ricorrente – quasi stereotipata nelle pronunce dichiarative della cessazione della materia del contendere - quella per cui la formula costituisce il riflesso processuale del venire meno della ragion d'essere della lite per *la sopravvenienza di un fatto che priva le parti di ogni interesse a proseguire il giudizio*. Questa scelta ha consentito di sfruttare due solidi appigli normativi: l'art. 100 e l'art. 306 c.p.c. In realtà, da un punto di vista pratico, non è senza conseguenze il richiamo a un istituto o all'altro; si può dire, anzi, che l'estinzione da un lato e l'interesse ad agire dall'altro rappresentino due canali diversi con cui disciplinare le conseguenze riconducibili all'intervento del fatto sul processo in corso, in grado di far fronte a ipotesi differenti. Il ruolo centrale è rivestito, in entrambi i casi, dall'accordo, che opera però in

maniera diversa. Guardando all'alternativa predisposta dalla giurisprudenza civile, si verserà in un'ipotesi o nell'altra a seconda delle circostanze del caso concreto, quindi a seconda del tipo di fatto sopravvenuto, del momento processuale in cui è sopraggiunto e dal contegno delle parti. Un utile indicatore a tal fine potrebbe essere il profilo relativo alle spese giudiziali: per la giurisprudenza più che consolidata, infatti, una chiusura per c.m.c. non può essere impedita dal mancato accordo relativamente alla distribuzione del carico delle spese di lite. Il residuo dissenso circa la sopportazione delle spese giudiziali non esclude la pronuncia della declaratoria di cessata materia del contendere, ma può determinarne la qualificazione in termini di estinzione del processo o di sopravvenuta carenza di interesse ad agire. Infatti, in caso di estinzione – tanto in ipotesi di rinuncia agli atti seguita da accettazione, che in ipotesi di inattività delle parti – al giudice non viene fatto obbligo di decidere sulle spese di causa, obbligo che invece sussiste in caso di chiusura in rito del processo per sopravvenuta carenza di interesse ad agire. Pertanto, nell'eventualità in cui residui il contrasto tra le parti in ordine alla sopportazione delle spese giudiziali, si verserà in un'ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse ad agire, vale a dire, l'accordo intervenuto tra le parti avrà inciso sulle qualità del fatto trasformandolo in un fatto alla base di un'eccezione di contenuto processuale. Qualora invece l'accordo tra le parti coinvolga anche la questione relativa alle spese, e dunque il disinteresse investa anche questo profilo, la prassi tende a ricostruire simile atteggiamento come manifestazione della volontà delle parti di porre termine radicalmente al processo, travolgendo tutta la pregressa attività processuale.

In entrambe le varianti considerate, la soluzione congegnata dalla giurisprudenza si dimostra molto efficace: la qualificazione in termini di interesse ad agire appare vantaggiosa, soprattutto quanto al regime di rilevazione del fatto, in primo grado così come in fase di gravame, e al contenuto della sentenza, che è in grado di sostituirsi e cancellare eventuali precedenti pronunce; l'estinzione, intesa come frutto dell'esercizio del potere delle parti di disporre dello strumento processuale, può intervenire in qualunque momento, travolgendo la pregressa attività processuale, ad eccezione delle sentenze già passate in giudicato. Certo, una simile qualificazione è in grado di creare anche talune distorsioni, come nel caso deciso dalle Sezioni Unite nel maggio 2000, oggetto di esame *supra*, su cui si tornerà nel capitolo conclusivo per tentare di offrire una possibile soluzione che, pur mantenendo intatto il quadro costruito dalla

giurisprudenza, scongiuri il rischio di derive pericolose. Una soluzione alternativa si impone anche nell'ipotesi in cui non si perfezioni l'accordo a seguito della mancata adesione dell'attore oppure del convenuto. Stando alla giurisprudenza, non è possibile terminare il processo con la formula di c.m.c. in ipotesi di residuo dissenso tra le parti. L'accordo si pone quale requisito imprescindibile e deve riguardare "il profilo storico non meno che le conseguenze giuridiche del fatto"; in altre parole, le parti devono concordare tanto sul reale avvento del fatto, quanto sulle conseguenze giuridiche dello stesso¹⁵⁵. Solo in questo caso può affermarsi che nel corso del processo sia sopravvenuta una situazione che abbia eliminato "*completamente e in tutti i suoi aspetti la posizione di contrasto tra le parti*", facendo venir meno del tutto la necessità di una decisione sulla domanda, quale originariamente proposta in giudizio, ed escludendo sotto ogni profilo l'interesse delle parti ad ottenere l'accertamento, positivo o negativo, del diritto, o di alcuno dei diritti inizialmente dedotti in causa"¹⁵⁶. In caso contrario, la pronuncia giudiziale sarà inevitabile e sarà necessariamente relazionata alla domanda, come formulata dall'attore. Il prosieguo dell'indagine verrà dedicato a questo profilo; in particolare ci si interrogherà sulle sorti del processo nell'ipotesi in cui non si formi l'accordo tra le parti, con specifico riguardo al possibile contenuto della sentenza conclusiva dello stesso. Tuttavia, prima di procedere nel senso indicato, è d'uopo soffermarsi sull'elaborazione dottrinale che si è formata in tema di cessazione della materia del contendere, per analizzare le opinioni espresse dagli Studiosi che si sono interessati all'argomento.

¹⁵⁵ Cass., 4 giugno 2009, n. 2817, "la cessazione della materia del contendere presuppone che le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale, dedotta in giudizio, e precisino al giudice conclusioni conformi in tal senso".

¹⁵⁶ Cfr. Cass. 27 gennaio 1998 n. 801. In altre parole, solo qualora si registri il consenso tra gli originari contendenti il fatto sopravvenuto potrà essere considerato un fatto di cessazione. Ciò emerge anche dalla stessa giurisprudenza quando afferma che "la cessazione della materia del contendere presuppone che le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione sostanziale, dedotta in giudizio, e precisino al giudice conclusioni conformi in tal senso". In caso contrario il fatto sopravvenuto continuerà a rimanere tale, facendo sorgere tutta una serie di interrogativi legati alla sua incidenza sulla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio (Cass., 2063 del 31 gennaio 2014).

7. *Analisi dell'elaborazione dottrinale in materia*

Non si può dire che la tematica relativa al fatto sopravvenuto abbia entusiasmato la dottrina processualcivilistica italiana. Quanto poi all'istituto della cessazione della materia del contendere, molti degli Studiosi che hanno guardato a questa figura lo hanno fatto prediligendo una prospettiva d'indagine parziale o particolare. Non tutti gli Autori che si sono occupati del tema hanno espresso la propria opinione in merito al fenomeno considerandolo nella sua interezza: vi è stato che ha mosso le proprie critiche alla c.m.c. riferendosi solamente ad alcuni fatti di cessazione e chi ha riflettuto sulle problematiche riconnesse all'irrompere sulla scena processuale di un fatto sopravvenuto guardando solo ad alcune fasi processuali. Dunque, seppur numerosi e autorevoli, i contributi che si sono occupati del fenomeno lo hanno fatto in maniera parziale; ciò che manca è una riflessione sul fatto sopravvenuto ad ampio spettro rapportata alla reale estensione del problema¹⁵⁷. Quanto esposto rende ragione della difficoltà di classificare le opinioni degli Autori, in quanto, talvolta, mancano gli elementi sui quali basare tale valutazione. Codesta difficoltà di classificazione è poi acuita dal fatto che, se il termine di raffronto dovesse essere la c.m.c. come intesa e plasmata dalla giurisprudenza, allora quasi tutti gli autori si assesterebbero su una posizione contraria¹⁵⁸. Infatti, la pressoché totalità degli Studiosi contesta i riferimenti dogmatici della pronuncia di cessazione. Non persuade, in particolare, la spiegazione in termini di sopravvenuta carenza di interesse ad agire. Questo sentimento di diffusa perplessità suggerisce di classificare le varie opinioni evitando di formalizzarsi sulla dichiarazione di cessata materia del contendere in sé considerata, ma guardando alla problematica sottostante, ossia alle conseguenze dell'irrompere di un fatto di cessazione sulla scena processuale. Si è scelto

¹⁵⁷ Nello stesso senso – ma con toni più categorici – E. VIANELLO, voce “*Cessazione della materia del contendere*”, in *Digesto, discipline privatistiche*, 2000, 129, secondo la quale gli autori si sarebbero sostanzialmente disinteressati del tema, che soffre dell'assenza di una riflessione sistematica, a differenza di altri ordinamenti, dove peraltro il dato normativo funge da supporto alle elaborazioni dottrinali.

¹⁵⁸ In senso conforme al modo di intendere l'istituto fatto proprio dalla prassi si confronti l'isolato contributo di R. GIORDANO, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Giur. merito*, 2009, 7-16. L'A. plaude alla riconduzione delle sentenze dichiarative della c.m.c. a quelle di rito sul presupposto che le stesse dipendano da una sopravvenuta carenza d'interesse alla decisione nel merito della pretesa. L'unica eccezione rispetto a tale impostazione si avrebbe nelle ipotesi in cui la pronuncia di c.m.c. seguisse a una rinuncia all'azione, in quanto questa figura comporterebbe, secondo Giordano, una vera e propria disposizione del diritto sostanziale sottostante, con la conseguenza che, una volta passata in giudicato la pronuncia, all'attore sarebbe preclusa la possibilità di riproporre l'azione già rinunciata.

così di suddividere le diverse opinioni in tre gruppi: coloro i quali ritengono che l'avvento del fatto sopravvenuto possa essere considerato e armonizzato tramite l'impiego dei moduli processuali tipici, senza che si renda necessario ricorrere all'utilizzo di una formula non prevista (per costoro la c.m.c. assumerebbe le vesti di un inutile orpello, di una sovrastruttura); coloro che riconoscono al fatto sopravvenuto l'attitudine a riversare sul processo pendente tutta una serie di problematiche, cui il sistema legislativo non potrebbe far fronte efficacemente (per costoro, quindi, quella delle sopravvenienze rappresenterebbe una problematica con cui l'interprete dovrebbe confrontarsi); coloro la cui opinione si situa tra questi due poli (questi Autori ridisegnano il campo d'applicazione della c.m.c., limitando l'operatività della formula al ricorrere di alcune fattispecie soltanto: per alcuni di essi l'utilità o la necessità di un ricorso alla c.m.c. si manifesterebbe solamente in fase di gravame, mentre per altri il ricorso alla c.m.c. sarebbe necessario solo in conseguenza del sopraggiungere di taluni fatti di cessazione ben individuati)¹⁵⁹.

Poste le premesse dell'indagine, occorre, a questo punto, procedere nell'analisi, partendo dall'esame del pensiero di quegli Autori che negano che il fatto di cessazione – qualunque esso sia – possa sollevare problematiche non risolvibili mediante l'impiego degli strumenti predisposti dal diritto positivo. Si passerà poi a comprendere le ragioni di coloro che invece affermano l'esistenza di un problema non risolto (e nemmeno considerato dal legislatore processuale) e dunque guardano con un certo favore a soluzioni di matrice giurisprudenziale. Nel passaggio da un estremo all'altro, cioè dall'esame delle opinioni di quegli Autori che non fanno mistero della loro avversione nei confronti della c.m.c., all'esame delle opinioni favorevoli all'utilizzo della formula stessa, si darà conto delle opinioni intermedie.

¹⁵⁹ Giova inoltre segnalare come gli Studiosi abbiano affrontato il tema ragionando sulle categorie *consolidate* di fatti di cessazione, vale a dire quelle presenti anche nella sentenza a S.U. del 2000 di cui si è dato conto in precedenza, nel paragrafo dedicato all'elaborazione giurisprudenziale in tema di c.m.c. (queste ipotesi sono: la transazione; la soddisfazione della pretesa dell'attore; il riconoscimento della pretesa; la rinuncia all'azione; la morte della parte in azioni intrasmissibili; il perimento della *res debita*; lo scioglimento consensuale del contratto di cui era stata domandata la risoluzione giudiziale; la successione di leggi).

7.1. Esame delle opinioni che negano la necessità dell'istituto

Ad avviso di alcuni autorevoli Studiosi la cessazione della materia del contendere non avrebbe ragion d'essere perché le fattispecie ad essa ricondotte potrebbero trovare adeguata considerazione tramite l'impiego degli schemi processuali consueti. In altre parole, l'avvento del fatto sopravvenuto non solleverebbe problematiche tale da necessitare il ricorso a istituti atipici

Rientra in questa categoria l'opinione espressa da Lugo, il quale, forte di alcune diversità inconciliabili tra processo civile e amministrativo, ritiene che la c.m.c. sia prerogativa solamente di quest'ultimo tipo di contenzioso¹⁶⁰. La tesi, basata sul continuo parallelo tra i due tipi di giudizio, individua nell'importanza rivestita dal principio dispositivo nell'ambito civile il più solido ostacolo alla valida configurabilità di una dichiarazione di questo tipo. Sarebbe proprio il criterio dell'impulso di parte, al quale è largamente informato tutto il sistema di diritto processuale civile, a impedire di ricollegare, in maniera automatica, il sopravvenire del fatto di cessazione all'effetto di porre fine alla lite pendente. Diversamente da quanto accade nel processo amministrativo, in ambito civile, l'irrompere dell'evento porta con sé il sorgere di precise incombenze in capo all'attore, inibendo, di conseguenza, all'organo giudicante di prendere in considerazione il fatto in maniera officiosa. Occorre sottolineare come la ricostruzione in esame si concentri in maniera esclusiva sulle cause di cessazione riconducibili alla volontà delle parti e comportanti il soddisfacimento delle richieste formulate con la domanda giudiziale. Secondo Lugo, al verificarsi di queste ipotesi, l'attore non potrebbe rimanere inerte, ma dovrebbe sciogliere l'alternativa tra la prosecuzione del giudizio, previo adeguamento della domanda, o l'abbandono dello stesso, per mezzo di un atto di rinuncia. Nella prospettiva dell'A., l'adempimento prestatto in corso di causa del convenuto andrebbe considerato alla stregua di un fatto direttamente influente sull'esercizio dell'azione; da questo angolo visuale, il giudice non potrebbe prendere in considerazione il fatto di cessazione in sé considerato, ma dovrebbe valutarlo sempre in rapporto alla domanda, nel senso di verificare se la stessa sia stata debitamente adeguata al sopraggiungere dell'evento, vedendosi costretto, in

¹⁶⁰ LUGO, *Sulle pronunce di cessazione della materia del contendere, nota a Corte dei Conti, 21 febbraio 1957*, in *Giust. civ.*, 1957.

caso di riscontro negativo, a affermare che la stessa ha perduto fondamento, statuendone il rigetto nel merito¹⁶¹. In definitiva, per lo Studioso, non sarebbe rinvenibile alcuna lacuna legislativa in grado di giustificare l'utilizzo della formula di c.m.c., poiché i poteri delle parti, segnatamente quelli dell'attore, risultano pienamente in grado di armonizzare le conseguenze dell'irrompere del fatto di cessazione sul processo in corso, senza che ci sia bisogno di alcun intervento straordinario dell'organo giudicante. Di conseguenza, la mera istanza dell'attore volta a far dichiarare cessata la materia del contendere, non accompagnata da altra attività, finirebbe per provocare un rigetto nel merito della domanda per sopravvenuta infondatezza della stessa.

Ad analoga conclusione, ma con argomenti differenti e con più ampia prospettiva di indagine giunge anche Attardi¹⁶², il quale, peraltro, a differenza di Lugo, assume una posizione di negazione nei confronti della c.m.c ad ampio spettro, riferita cioè tanto al giudizio civile, quanto a quello amministrativo e tributario. Per lo Studioso, le ipotesi di c.m.c. possono essere ricondotte senza fatica entro schemi processuali tipici. Con particolare riferimento al processo amministrativo e tributario, l'A. ritiene che la cessazione della materia del contendere non assurga a forma autonoma di conclusione del processo, risolvendosi in una sentenza di rigetto nel merito, oppure, nel caso di richiesta concorde della parti nel giudizio amministrativo, in una declaratoria di estinzione del processo. Invece, guardando alla spiegazione del fenomeno offerta dalla prassi civile, la critica di Attardi si muove su due piani diversi. Anzitutto l'A. non condivide l'idea per cui l'accordo tra le parti teso a sollecitare una pronuncia di c.m.c. denoti una sopravvenuta e bilaterale mancanza di interesse alla lite; per Attardi, le ipotesi più frequenti di c.m.c. (quali l'adempimento del convenuto in corso di causa o la transazione) mostrano come sia inesatto ritenere che al verificarsi di simili accadimenti divenga d'un tratto indifferente, per entrambe le parti, portare avanti il processo sino a

¹⁶¹ Infatti, si ponga il caso in cui, nel corso di un giudizio avente ad oggetto un diritto di credito, sopraggiunga l'adempimento integrale da parte del convenuto; in questa ipotesi, se l'attore non provvedesse a modificare la sua domanda nel senso di ridurla al solo punto della disciplina delle spese, ma formulasse ostinatamente le proprie conclusioni al fine di ottenere il pagamento, invero già avvenuto, del credito oggetto del processo, il giudice, di fronte all'eccezione di adempimento del convenuto, non potrebbe emettere una sentenza dichiarativa di c.m.c., ma dovrebbe respingere la domanda con contestuale condanna parziale dell'attore alle spese in quanto egli ha agito a torto dopo il pagamento. Il compito di verifica spettante al giudice con riguardo al fatto di cessazione andrebbe quindi sempre effettuato in confronto con il contenuto della domanda di parte attrice, escludendo di conseguenza che l'evento possa venire in rilievo in sé considerato come causa di una chiusura del giudizio *sui generis*.

¹⁶²A. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987.

una decisione di merito. Soggiunge l'A. che “non pare contestabile che sussista e sia tutelato nel sistema l'interesse del convenuto a una definizione della lite che lo ponga a riparo dalla possibilità che la domanda sia riproposta, e quindi a una pronuncia sul merito della controversia”. Appare vero quindi il contrario, vale a dire, al verificarsi di queste ipotesi il processo potrà chiudersi anzitempo solamente in virtù dell'accordo intercorso tra i contendenti nel senso di un'estinzione del giudizio: sotto questo aspetto la c.m.c. mancherebbe di autonomia rispetto alla estinzione del processo¹⁶³.

Diversamente, se si intendesse ravvisare – come la prassi ha talvolta tentato di fare - una sopravvenuta carenza di interesse ad agire solamente in capo alla parte attrice, la critica dell'A. appare ancora più decisa, negando in radice la stessa possibilità che venga meno il requisito di cui all'art. 100 c.p.c.; infatti, secondo Attardi, l'istituto dell'interesse ad agire sarebbe richiamato impropriamente in queste situazioni, poiché non potrebbe assumere rilievo nei casi in cui il fatto di cessazione vada a incidere sull'esistenza stessa del diritto oggetto dell'accertamento giudiziale. Inoltre, per opinione dell'A., il principio di tutela dell'interesse delle parti ad ottenere una pronuncia di merito sulla domanda non potrebbe essere derogato in assenza di un'espressa previsione di legge. Di conseguenza, al verificarsi di tali ipotesi, sarebbe non solo consentito, ma, più fermamente, doveroso utilizzare istituti positivamente disciplinati, quali la pronuncia di inammissibilità sopravvenuta o la sentenza di rigetto della pretesa, anche allo scopo di garantire una maggiore certezza circa l'efficacia preclusiva della pronuncia giurisdizionale. Va respinta quindi la tesi che individua il fondamento della formula nel venir meno dell'interesse, di entrambe le parti o di una di esse, a una pronuncia di merito. Secondo Attardi, attraverso la c.m.c. non si esprimerebbe altro che la sopravvenuta infondatezza o inammissibilità della pretesa. Seguendo questa impostazione, quindi, non ci sarebbero vuoti normativi da colmare poiché le esigenze

¹⁶³ La ricostruzione dell'A. tende a sottolineare l'importanza dell'accordo perfezionatosi tra i contendenti circa la portata del fatto di cessazione a discapito dell'incidenza di quest'ultimo sull'oggetto del giudizio. Infatti, secondo l'A. la richiesta concorde delle parti nel senso di una chiusura anzitempo del giudizio non dovrebbe essere considerata quale indice del venir meno dell'interesse, ma dovrebbe essere considerata come l'unica causa idonea a determinare la fine del giudizio. In questa prospettiva l'evento sopraggiunto non acquisterebbe rilevanza, tant'è che secondo Attardi il giudice, in queste ipotesi, non dovrebbe andare oltre la constatazione dell'accordo medesimo. È proprio su tali premesse che l'A. giunge ad escludere la necessità nonché l'utilità di una simile pronuncia; infatti, risolvendosi l'istanza di c.m.c. in un accordo tramite il quale le parti sollecitano una pronuncia di estinzione del giudizio senza decisione nel merito, per opinione dell'A. non vi sarebbe bisogno nell'ordinamento di una nuova causa di estinzione accanto a quelle disciplinate dagli articoli 306 e 307 c.p.c.

cui si è fatta portatrice la dichiarazione in esame potrebbero trovare integrale soddisfazione tramite l'impiego dei consueti schemi processuali. Tale conclusione viene ribadita anche con riferimento alla fase di gravame: se il fatto di cessazione sopravviene pendente il giudizio d'appello, il giudice di secondo grado deve considerare la sopravvenienza mediante la sentenza. Diversamente, qualora il fatto sopraggiungesse dopo la sentenza di appello e in pendenza del giudizio di cassazione, la Suprema Corte non potrebbe tenere conto dell'accadimento. In questa fase, infatti, i fatti sopravvenuti possono rilevare solamente come motivi di una rinuncia agli atti ex art. 390 c.p.c.

In conclusione, seguendo questa opinione (di evidente rigore sistematico), l'istituto della cessazione della materia del contendere risulterebbe carente di una valida giustificazione nel processo civile, sia nel giudizio di primo grado, sia in fase di impugnazione. Con questa formula l'organo giudicante altro non accerterebbe che una domanda, inizialmente ammissibile e fondata, è divenuta nel corso del processo inammissibile o infondata.

Nella schiera delle opinioni negatrici della c.m.c. si inserisce altresì l'analisi di Grasso, il quale muove la propria critica all'utilizzo di questa formula terminativa del processo da una prospettiva ancora diversa rispetto a quelle esaminate¹⁶⁴. L'A. conduce la propria analisi in maniera peculiare, considerando anzitutto il rapporto tra le vicende della domanda (in particolar modo l'abbandono di questa) e la pronuncia del giudice. Al di fuori delle ipotesi di rinuncia agli atti o di mera inattività di parte, la rinuncia alla pretesa non potrebbe sussumersi in altra figura positivamente prevista dall'ordinamento. Di conseguenza, l'A. esclude che una richiesta dell'attore finalizzata a sollecitare l'emissione di una pronuncia di c.m.c. possa essere assimilata a una implicita rinuncia agli atti del giudizio. Grasso si interroga quindi sul reale contenuto dell'istanza volta ad ottenere una chiusura del giudizio per c.m.c.: ragionando a stretto rigore, il fatto estintivo del diritto – comunemente noto come fatto di cessazione – dovrebbe condurre a una sentenza di rigetto nel merito della domanda. Ebbene, è proprio tale terminazione che le parti mirano a evitare quando concludono per una chiusura in termini di cessata materia del contendere. Secondo l'A., le parti vorrebbero che il giudice si limitasse a dare atto del venir meno delle ragioni della contesa. Una volta ricostruita la volontà delle parti, Grasso formula le proprie obiezioni più trancianti nei confronti della formula

¹⁶⁴ GRASSO, *La pronuncia d'ufficio*, Milano, 1967, 228-233.

de qua. In primo luogo viene in rilievo la mancata previsione da parte del legislatore di qualsivoglia norma in grado di conferire legittimazione all'utilizzo della dichiarazione di c.m.c. Questa mancanza di forma tipica porta con sé, secondo l'analisi compiuta dallo Studioso, la conseguenza per cui simile pronuncia risulterebbe priva di un qualunque effetto giuridico, non figurando neanche tra le mere dichiarazioni di scienza. Di conseguenza, se si consentisse al giudice di porre fine al processo in questi termini, ciò equivarrebbe ad accordargli il permesso di eludere il divieto di *non liquet*, cosa che, oltre ad apparire poco opportuna, sarebbe più drasticamente impedita della stessa configurazione del sistema processuale. Quest'ultimo, infatti, è un sistema informato al principio della pronuncia giurisdizionale necessaria, che non ne ammette deroga alcuna, nemmeno in presenza di un accordo delle parti al riguardo. Quindi, per opinione dell'A., una volta che la domanda giudiziale sia stata ritualmente proposta - e dunque il processo validamente instaurato - il giudice sarebbe tenuto ineluttabilmente a statuire sull'oggetto del contendere. Questo dovere dell'organo giudicante potrebbe venire meno solamente nelle ipotesi espressamente previste dalla legge, dunque nelle ipotesi di conciliazione e di estinzione per inattività o per rinuncia accettata, ma mai nei casi di c.m.c. Pertanto, qualora sopravvenga un fatto di cessazione, il processo non potrà cessare automaticamente, dovendosi ritenere indispensabile, per lo meno, l'accertamento di quell'evento. L'attore, sempreché non intenda rinunciare alla propria domanda con conseguente estinzione del processo, dovrà modificare la propria pretesa, dal momento che, se si limitasse a denunciare il verificarsi dell'avvenimento, il giudice non potrebbe fare altrimenti che emettere una sentenza di rigetto nel merito, stante la sopravvenuta inesistenza della situazione prospettata con l'atto introduttivo del giudizio.

Di conseguenza, escluso che il giudice possa pronunciare la cessazione della materie del contendere, astenendosi dall'approfondire il merito della controversia, in seguito al sopraggiungere dell'evento l'alternativa che si porrà sarà duplice; o l'attore provvederà a modificare la propria domanda, consentendo al giudice di statuire sulla diversa pretesa, previo accertamento dell'effettivo verificarsi dell'evento; oppure, nel caso in cui l'originario creditore si limiti ad allegare l'avvenuto pagamento, l'organo giudicante sarà tenuto a pronunciarsi con riferimento alle pretese originarie rigettando di conseguenza nel merito la domanda a causa della sopravvenuta estinzione del diritto di credito dedotto.

In conclusione, per opinione dell'Autore, l'affermazione cui fa uso ricorrente la prassi secondo cui al sopraggiungere del fatto di cessazione la funzione giurisdizionale perderebbe di scopo, e pertanto finirebbe con il risultare superflua, appare inconciliabile con la struttura stessa del sistema. Di conseguenza, nonostante il sopraggiungere dell'evento e salva sempre l'ipotesi di estinzione del processo, il giudizio si concluderà immancabilmente con una pronuncia sulla domanda spiegata.

Ecco esposte le opinioni di quegli Studiosi che reputano gli strumenti processuali predisposti dal legislatore perfettamente idonei ad armonizzare le conseguenze del fatto sopravvenuto. In sintesi, il fatto sopraggiunto determina una sentenza di rigetto della petizione; per evitare tale epilogo processuale, Grasso e Lugo suggeriscono di modificare la domanda, mentre, per Attardi non si renderebbe necessaria alcuna attività di parte dato che la sentenza di merito appare perfettamente in grado di tutelare adeguatamente l'attore. Occorre, a questo punto, procedere all'esame di quelle opinioni che riconoscono, in misura maggiore o minore, l'esistenza di un vuoto legislativo da colmare.

7.2. Le tesi intermedie

Dopo aver posto in luce le ragioni espresse dagli Autori che negano la necessità di impiegare una formula terminativa ignota al sistema di diritto positivo, occorre ora soffermarsi e analizzare il pensiero di quegli Studiosi, la cui opinione si situa nel mezzo: pur ritenendo che, il più delle volte, la formula in esame celi una sentenza di rigetto, vi sarebbero alcuni casi o alcuni momenti processuali nei quali l'avvento del fatto potrebbe determinare il sorgere di precise esigenze, che non potrebbero trovare soddisfazione mediante l'impiego dei moduli processuali tipici. In altri termini, pur concordando con la sostanziale riconduzione della c.m.c. a una sentenza di rigetto, costoro riconoscono l'esistenza di determinate ipotesi in cui l'utilizzo della sentenza di rigetto potrebbe non essere uno strumento totalmente soddisfacente. Vengono anzitutto in rilievo le opinioni di quegli Autori che reputano utile il ricorso alla formula in questione solo al sopraggiungere di determinati eventi tra quelli individuati dalla prassi come fatti di

cessazione; al ricorrere degli altri, una pronuncia di rigetto appare perfettamente idonea a recepire la sopravvenienza. Costoro delimitano fortemente il campo d'applicazione della formula, sul presupposto che solamente alcuni fatti di cessazione manifesterebbero profili di problematicità.

Tra questi, si ritrova Garbagnati con la sua particolare descrizione del fenomeno¹⁶⁵: per lo Studioso, la cessazione della materia del contendere equivarrebbe a una pronuncia di sopravvenuta improponibilità oggettiva della domanda. L'A. giunge a tale risultato ancorando al dato normativo previsto per il processo amministrativo (l'art. 23 l. 1034/1971, oggi abrogato) la spiegazione e la delineazione dei caratteri propri del fenomeno. Per Garbagnati, dalla specifica norma contenuta nella c.d. legge TAR emergeva un concetto di cessazione della materia del contendere più ristretto di quello elaborato dalla giurisprudenza civile; nel processo amministrativo, l'annullamento o la riforma dell'atto impugnato in modo conforme all'istanza del ricorrente, pur operando sul piano del diritto sostanziale, era in grado di riflettersi immediatamente sul processo pendente, svuotandolo del proprio oggetto. La domanda proposta diventava oggettivamente improponibile, perché l'evento sopravvenuto escludeva la possibilità di pronunciare un provvedimento giurisdizionale di annullamento di un atto amministrativo già posto nel nulla. Da queste considerazioni, lo Studioso elabora un concetto di cessazione della materia del contendere che finisce per coincidere con una dichiarazione di sopravvenuta improponibilità oggettiva della domanda giudiziale (preclusiva di una decisione sulla fondatezza della domanda proposta)¹⁶⁶. Infatti, se è vero che qualora fosse intervenuto prima dell'instaurazione del giudizio il fatto di cessazione avrebbe comportato il rigetto del ricorso per oggettiva improponibilità di una domanda avente un oggetto giuridicamente impossibile, analoga sorte dovrebbe spettare alla domanda nell'ipotesi in cui l'evento intervenga lite pendente. Così delineati i caratteri dell'istituto quanto al giudizio amministrativo, Garbagnati ritiene che la cessazione della materia del contendere civilistica debba possedere i medesimi caratteri. Da ciò la conseguenza per cui solo alcuni dei fatti tradizionalmente ricondotti alla cessazione integrerebbero la fattispecie in esame: tra questi, la risoluzione consensuale del contratto di cui era stata chiesta la risoluzione giudiziale e la morte del coniuge

¹⁶⁵ Cfr. E. GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere e giudizio di Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 601-623.

¹⁶⁶ *Amplius*, E. GARBAGNATI, *op. cit.*, 609.

separando pendente il relativo giudizio. Tutti gli altri eventi, invece, non avrebbero altro e ulteriore effetto che tramutare una domanda, inizialmente fondata, in infondata. Nell'opinione di Garbagnati, la formula troverebbe la propria ragion d'essere unicamente nelle due ipotesi considerate; tutte le altre situazioni dovrebbero essere espunte dall'ambito di applicazione della cessazione della materia del contendere, in quanto comporterebbero una decisione di merito, particolare solo perché fondata su un fatto sopravvenuto. Quanto alla problematica relativa alle spese processuali, Garbagnati ritiene inapplicabile alla cessazione della materia del contendere la regola della soccombenza ex art. 91 c.p.c. Secondo lo Studioso, la regola tradizionale potrebbe trovare applicazione solamente per le ipotesi normali, vale a dire per le ipotesi in cui la situazione giuridica esistente al momento della proposizione della domanda si presenti invariata al momento della decisione¹⁶⁷. Pertanto, la cessazione della materia del contendere fuoriuscirebbe da questa situazione di normalità, con la conseguente inapplicabilità di alcune regole, come quelle sulla ripartizione delle spese giudiziali.

In conclusione, per Garbagnati, il fatto sopravvenuto comporterebbe una situazione anomala (tale da rendere necessario il ricorso alla formula di cessata materia del contendere) solamente nei due casi considerati; nelle altre ipotesi il processo troverà il proprio epilogo in una sentenza di rigetto. Questa idea per cui la c.m.c. si risolva in una pronuncia di rigetto nel merito, salvo alcune ipotesi particolari, è condivisa anche da Ciccia Cavallari, la quale si dichiara contraria alla generale ammissibilità di simile schema concettuale¹⁶⁸. Seguendo l'opinione dell'A., la maggior parte degli eventi individuati alla stregua di fatti di cessazione potrebbero condurre a un epilogo anticipato del processo solo allorché le parti, oltre ad allegare il fatto, rinuncino esplicitamente al proprio diritto di ottenere una pronuncia nel merito della domanda. In pratica, le parti dovrebbero rinunciare agli atti ex art. 306 c.p.c. Tuttavia, per Ciccia Cavallari esisterebbero delle fattispecie in cui l'oggetto della domanda non potrebbe sopravvivere all'evento di cessazione: la Studiosa si riferisce ai casi di morte di una delle parti in giudizi aventi ad oggetto diritti intrasmissibili. In questi casi, l'evento sopravvenuto produrrebbe già sul piano sostanziale l'estinzione della situazione giuridica dedotta a

¹⁶⁷ Per Garbagnati, la disciplina relativa alla distribuzione del carico delle spese giudiziali ricavabile dagli articoli 91 e 92 c.p.c. non sarebbe in grado di rendere possibile una condanna integrale della parte formalmente vittoriosa.

¹⁶⁸ Cfr. B. CIACCIA CAVALLARI, *Divorzio e cessazione della materia del contendere*, in *Fam. e Dir.*, 1995, 56-60.

titolo della domanda, operando in modo autosufficiente e giustificando una chiusura del giudizio senza alcuna decisione nel merito (e ciò, si badi, anche in assenza di qualsivoglia richiesta di parte in questo senso). Pertanto, nell'ipotesi in cui venga a mancare una parte nel giudizio di separazione personale o la stessa persona dell'interdicendo o inabilitando, a questo evento verrebbe attribuita un'efficacia di così forte intensità che la mera allegazione agli atti di causa basterebbe a legittimare una pronuncia dichiarativa della cessata la materia del contendere. Al ricorrere di queste eventualità, la c.m.c. si configurerebbe quale forma autonoma e peculiare di chiusura del giudizio. Per l'A, eventi di questo genere acquisterebbero una rilevanza obiettiva che si rifletterebbe immediatamente sulla materia devoluta in causa, determinando drastiche conseguenze in ordine alla sorte giuridica del processo¹⁶⁹. Aderisce alla ricostruzione di Ciaccia Cavallari Vianello, la quale esclude la generale ammissibilità nel nostro ordinamento della cessazione¹⁷⁰. Secondo l'Autrice, la formula avrebbe una propria autonomia limitatamente alle ipotesi in cui l'evento sopravvenuto agisca sul diritto sostanziale producendo l'estinzione della situazione giuridica devoluta in causa, indipendentemente dalla pronuncia giudiziale. L'A. si riferisce alle ipotesi di morte della parte nelle azioni intrasmissibili e ai casi di perimento della cosa in liti aventi ad oggetto prestazioni infungibili. Al sopraggiungere di queste eventualità, secondo Vianello, la formula c.m.c. intesa nel senso del venir meno del potere-dovere del giudice di pronunciarsi nel merito, potrebbe essere ritenuta una forma autonoma di chiusura del procedimento. Per l'Autrice, solamente in questi casi l'allegazione dell'evento sarebbe sufficiente a eliminare ogni potere del giudice di decidere nel merito, mentre, in tutte le altre fattispecie, l'abdicazione della parte al diritto di ottenere una statuizione nel merito può essere validamente espressa solo nelle forme prescritte dall'art. 306 c.p.c. Al di fuori delle ipotesi considerate, quindi, Vianello ritiene che la decisione di c.m.c. coincida con una decisione di rigetto nel merito, concordemente a quanto sostenuto da Ciaccia Cavallari.

¹⁶⁹ A ben vedere, per l'A., quanto ritenuto in caso di decesso di una parte in giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili potrebbe valere anche per l'ipotesi di perimento della cosa dovuta occorso in pendenza della lite, cui sembra potersi assegnare, se non i medesimi, almeno analoghi effetti della morte del soggetto.

¹⁷⁰ Cfr. E.VIANELLO, voce "Cessazione della materia del contendere", in *Digesto – Discipline privatistiche*.

La rassegna prosegue con l'analisi dell'opinione di colui che riconosce alla dichiarazione di c.m.c. una certa validità solamente allorché il fatto di cessazione sopraggiunga in fase di gravame. Ci si riferisce all'opinione espressa da Sassani¹⁷¹, la cui spiegazione del fenomeno appare legata a doppia mandata alla ricostruzione dell'evoluzione storica dell'istituto firmata dallo Studioso stesso. Secondo l'A., la pronuncia in questione sarebbe venuta alla luce in funzione di peculiari esigenze del giudizio di Cassazione, per poi, solo in un secondo momento, imporsi progressivamente all'*usus fori*. Ebbene, da simile scaturigine la formula non pare mai essersi affrancata. Ancora oggi, una terminazione del processo per c.m.c. rivestirebbe una propria funzione, e quindi avrebbe una propria utilità, unicamente nelle fasi di gravame. In primo grado, il ricorso a simile declaratoria non risulterebbe imposto da alcuna specifica esigenza, risultando i diversi tipi di provvedimento assolutamente idonei e funzionali a disciplinare gli effetti del sopraggiungere del fatto. Pertanto, seguendo questa ricostruzione, nel giudizio di prime cure non sarebbe possibile ravvisare alcuna lacuna legislativa del sistema e quindi il giudice non si vedrebbe costretto a utilizzare moduli di conclusione del procedimento non riconducibili a quelli previsti e regolati dal codice di rito. In questa fase processuale, l'A. considera la sentenza di rigetto nel merito perfettamente idonea a recepire il fatto sopravvenuto in tutta la sua portata. Ciò sul presupposto della natura scomponibile della sentenza di rigetto che, oltre al giudizio finale di inaccogliabilità della domanda, conterrebbe lo spazio per ulteriori statuizioni, non determinabili a priori, capaci di contribuire ad esplicitare il senso e i limiti del giudicato di rigetto, ossia l'ambito delle impugnazioni e l'area dell'eccezione di cosa giudicata. Di conseguenza, ricondurre il mancato accoglimento della domanda alla c.m.c., da un lato si rivelerebbe un'operazione superflua rispetto all'autosufficienza del mero rigetto ad integrare il dispositivo, e, dall'altro, si rivelerebbe impotente a dare il senso e la misura del rigetto stesso, se si considera la necessità di specificare ulteriormente la *causa efficiens* del provvedimento. In primo grado, dunque, conferire autonomo rilievo giuridico alla c.m.c., in luogo del puro e semplice rigetto della domanda, equivarrebbe a legittimare l'impiego di una "formula sovrabbondante e ingiustificata". Il discorso si fa nettamente diverso con riferimento alle fasi di gravame. Secondo l'A., la dichiarazione di c.m.c. andrebbe ammessa nel giudizio di

¹⁷¹ B. SASSANI, voce *Cessazione della materia del contendere*, cit.

impugnazione, in particolare nel giudizio di legittimità. In questi casi la forzatura apportata al sistema come legislativamente delineato si dimostrerebbe funzionale sia all'interesse delle parti ad evitare il passaggio in giudicato di una sentenza ormai superata, sia a quello pubblico dell'economia dei giudizi¹⁷².

Adiacente alle opinioni intermedie si ritrova la ricostruzione di Scala. L'A. apprezza le teorie di coloro i quali finiscono per risolvere la c.m.c. in una sentenza di rigetto nel merito (sempre o solamente nel giudizio di prime cure), ma nutre alcune perplessità relativamente alla piena fungibilità tra pronuncia di rigetto e c.m.c. In particolare, la riconduzione alla sentenza di merito non potrebbe dirsi soddisfacente per due profili: quanto alla distribuzione delle spese giudiziali e quanto all'idoneità della sentenza di rigetto, una volta passata in giudicato, ad impedire la proposizione di nuove domande aventi ad oggetto lo stesso rapporto. Con riferimento alle spese, Scala ritiene che, in ipotesi di sentenza di rigetto nel merito, il principio di causalità non potrebbe condurre allo stravolgimento dell'art. 91 c.p.c., bensì potrebbe tutt'al più attenuare l'automatica applicazione del principio della soccombenza¹⁷³. L'A. è dell'avviso che la decisione sulle spese debba avvenire a cognizione piena: "una volta che si richiede una decisione su diritti (il rimborso delle spese di lite anticipate), con una pronuncia idonea al giudicato (come è sicuramente quella che contiene la condanna alle spese), non esistono ragioni per consentire una valutazione di mera verosimiglianza, o del tutto sommaria, in ordine alla fondatezza originaria della domanda"¹⁷⁴.

Quanto alla seconda perplessità, Scala ritiene che il giudicato formatosi su una sentenza di rigetto nel merito metta al riparo il convenuto dalla possibilità di un secondo

¹⁷² Aderisce a questa ricostruzione anche C. GUARNIERI, *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1997, 895-899, che nega l'inettitudine degli strumenti processuali tipici a recepire debitamente la sopravvenienza di un fatto di cessazione nel giudizio di primo grado. Diversamente, qualora l'evento sia sopraggiunto e acquisito in sede di appello, difficilmente l'abbandono del giudizio risulterà soluzione gradita ad una delle parti, comportando il passaggio in giudicato della sentenza emessa in prima istanza. Secondo l'A. occorrerà quindi consentire la pronuncia del giudice che dia atto del venir meno della lite, mentre, quanto alla sentenza impugnata, la natura sostitutiva del gravame ne consentirà la caducazione.

¹⁷³ Per opinione dell'A., il sistema costruito sulla base degli artt. 91 e ss. prevede che alla soccombenza formale debba sempre seguire la condanna, ovvero, in applicazione del principio di causalità, la compensazione. A. SCALA, *La cessazione*, cit. 292.

¹⁷⁴ A. SCALA, *La cessazione*, 296. Per Scala, nell'ipotesi in cui le parti chiedano al giudice una decisione su un diritto (anche quello al reciproco rimborso delle spese), è necessaria una valutazione sulla base di una cognizione piena, non essendo prevista dalla legge una cognizione di tipo sommario per tali ipotesi. L'A. sottolinea inoltre come il principio della durata ragionevole del processo non possa essere richiamato al fine di impedire una decisione sull'esistenza di un diritto nelle forme della cognizione ordinaria.

processo avente ad oggetto la medesima pretesa, ma non l'attore a fronte di possibili iniziative della controparte volte a vanificare quanto ottenuto stragiudizialmente dall'attore. L'A. ha in mente l'ipotesi in cui, pendente un giudizio di condanna per il pagamento di un credito, il debitore adempia spontaneamente. Se tale giudizio dovesse concludersi con una sentenza di rigetto nel merito, l'attore non potrebbe sicuramente intentare un nuovo processo avente ad oggetto la medesima pretesa; non così per il convenuto. Lo studio della dottrina che si è occupata dei limiti oggettivi del giudicato di una sentenza di rigetto nel merito – sostiene Scala – evidenzia come il convenuto, una volta prestato quanto preteso dall'attore (rendendo per tale guisa la domanda infondata), potrebbe agire per la ripetizione dell'indebito, vanificando il vantaggio che si era registrato in capo all'attore¹⁷⁵. L'A. cita poi alcune decisioni al fine di rendere concreto il pericolo prospettato¹⁷⁶.

Le perplessità nutrite quanto al regime delle spese e alla preclusione legata a un giudicato formatosi su una sentenza di rigetto nel merito inducono l'Autore a discostarsi dalle ricostruzioni “scettiche” del fenomeno, per giungere a un'altra sistemazione concettuale della c.m.c. L'A. lavora sulle cinque tradizionali categorie di fatti (eventi che soddisfano la pretesa dell'attore; che trasformano la fonte di regolamentazione dei rapporti tra le parti; che rendono impossibile la realizzazione dell'effetto richiesto; che si concretano in una rinuncia alle originarie pretese, ovvero nel riconoscimento delle ragioni della controparte) e propone un ridimensionamento dell'ambito applicativo.

¹⁷⁵ Secondo A. SCALA, *op. cit.*, 304, non troverebbe molto seguito la tesi dottrinale secondo cui, nel nostro ordinamento, sarebbe rinvenibile un obbligo per l'organo giudicante di esaminare la fondatezza della domanda originaria prima di approfondire l'esistenza del fatto estintivo rappresentato dall'adempimento e dedotto dal convenuto quale eccezione. Il principio per cui il giudice deve, ex artt. 187 e 279 c.p.c., decidere la causa esaminando prioritariamente la questione risolutiva di pronta soluzione non opererebbe sempre e quindi il giudice sarebbe vincolato, dal punto di vista logico, al preventivo accertamento dell'originaria esistenza del diritto per affrontare la questione relativa alla sussistenza di un fatto estintivo. In sostanza, l'eccezione di pagamento andrebbe trattata come l'eccezione di compensazione, vale a dire la considerazione del fatto estintivo oggetto dell'eccezione dovrebbe essere subordinata al previo accertamento del credito originario.

Contra C. CONSOLO, *Il cumulo*, cit. 521 ss, spec 539, nota 129 e *Oggetto del giudicato e principio dispositivo*, in *Riv. tirm. dir. proc.*, 1991, 223, nota 10, il quale ritiene che il rigetto della domanda basato sull'adempimento non impedisca al convenuto di proporre una successiva azione di ripetizione dell'indebito. Non esiste alcun vincolo per il giudice nell'esame delle questioni preliminari di merito; “egli ben lascerà assorbita, se ciò convenga al fine di un più sollecito rigetto della domanda in quanto oggi comunque infondata, la questione relativa all'esistenza del rapporto fondamentale”. Per Consolo, il compito del giudice non sarebbe quello di uno storico-biografico che deve seguire tutte le vicende del diritto fatto valere in giudizio.

¹⁷⁶ Scala cita la decisione del Pret. Lucca, 27 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 273 per cui, il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto della domanda del locatore, per sopravvenuta sanatoria giudiziale della morosità, non precluderebbe al conduttore di chiedere la restituzione di quanto indebitamente pagato.

Segnatamente, vengono espunte le ipotesi di rinuncia all'azione e di riconoscimento del diritto, per essere ricondotte all'alternativa sentenza di accoglimento-rigetto nel merito¹⁷⁷. Per quanto concerne le ipotesi in cui venga a mancare la parte in giudizio aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili, l'A. ritiene che, al verificarsi di tali ipotesi, il fatto di cessazione in sé considerato renda impossibile il conseguimento dell'effetto richiesto ed elimini altresì la possibilità di una futura controversia tra le parti. Per queste ipotesi, Scala ritiene che sia sufficiente stabilire la regola di riparto delle spese di lite. Il discorso è diverso per le due residue ipotesi di c.m.c., per le quali Scala ravvisa la necessità di una valutazione giudiziale circa l'idoneità del fatto a soddisfare il diritto della parte o a costituire la nuova disciplina del rapporto controverso (come in ipotesi di transazione). In questi casi sorgerebbe la necessità di ricorrere alla c.m.c., intesa quale forma autonoma e atipica di conclusione del processo in virtù di una particolare pronuncia di merito. La c.m.c. equivarrebbe a una presa d'atto che il sopraggiungere dell'evento ha realizzato il diritto dedotto in giudizio o ne ha sostituito la fonte di regolamentazione. Quanto al contenuto di questa sentenza, duplice sarebbe l'accertamento: il giudice dovrebbe accertare l'originaria fondatezza della domanda e la nuova configurazione del rapporto controverso, così come modificato del fatto sopravvenuto. Simile pronuncia sarebbe idonea a fare stato tra le parti ex art. 2909 c.c. non soltanto relativamente all'accertamento della sopravvenuta soddisfazione o sostituzione del diritto dedotto in giudizio, ma anche con riferimento alla sua originaria esistenza¹⁷⁸.

In ultima analisi, per Scala, il fatto di cessazione comporterebbe una trasformazione della fattispecie sostanziale azionata in giudizio (tale trasformazione potrebbe consistere tanto nella sopraggiunta realizzazione della pretesa di colui il quale ha proposto la domanda, quanto nella sostituzione della fonte di regolamentazione dei rapporti tra le parti) e richiederebbe una pronuncia del giudice che, accertatane l'idoneità a modificare i termini della lite, ponga termine al giudizio in corso sulla base di questo motivo. Così, una volta accertata, in via definitiva, l'avvenuta soddisfazione della pretesa del ricorrente o la sostituzione della fonte del regolamento dei rapporti, non sarebbe più possibile rimettere in discussione tale accertamento attraverso iniziative

¹⁷⁷ A. SCALA, *op. cit.*, 272-280.

¹⁷⁸ *Ivi*, 315.

che facciano riemergere, negli stessi termini, la fattispecie sostanziale oggetto della controversia.

7.3. Interpretazioni dottrinali che riconoscono l'esistenza di un problema irrisolto e quindi l'utilità della formula

Occorre procedere all'analisi del pensiero di quegli Studiosi che riconoscono la problematicità dell'ipotesi in cui sopraggiunga un fatto estintivo sul processo in corso. Tra questi, si può ulteriormente distinguere tra chi ritiene che il mutamento prodotto dall'evento sopravvenuto produca una situazione non preventivata dal legislatore che non può essere presa in considerazione se non mediante la formula di c.m.c., e chi finisce per appartenere a questa categoria semplicemente perché riconosce l'esistenza di un problema irrisolto e ritiene che la c.m.c. rappresenti un modo per risolverlo. In termini più comprensibili, rientrano in questa categoria tanto le opinioni che ravvisano nella c.m.c. l'*unico* modo per risolvere i problemi sollevati dalla sopravvenienza, quanto le opinioni di quella dottrina che vede nella formula di c.m.c. *un* modo di risolvere la problematica in questione.

Cominciando del primo ordine di opinioni, si assesta in una posizione favorevole all'introduzione e all'impiego della c.m.c. la tesi elaborata da colui che è stato per certi versi il precursore della moderna elaborazione scientifica del fenomeno: ci si riferisce alla preziosa opera di De Stefano¹⁷⁹. Il contributo di questo A. è riuscito nell'ambizione di fornire una giustificazione sistematica alla c.m.c., nonostante la configurazione per certi versi particolare che ne è risultata. De Stefano considera la problematica relativa al modo di atteggiarsi del processo in conseguenza del sopraggiungere di fatti di cessazione come comune a tutte le branche processuali e assolutamente bisognosa di una particolare disciplina. L'A. ricorda come il processo presenti un aspetto teorico ed uno pratico, i quali devono necessariamente coesistere. Funzione e scopo di ogni tipo di processo è accertare una situazione giuridicamente rilevante di modo da risolvere

¹⁷⁹ G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972.

conflitti che gravitano su interessi pratici; di norma, quindi, si prospetta come oggetto di accertamento storico o teorico una situazione giuridica (*causa petendi*) che giustifica l'emissione del provvedimento richiesto (*petitum*) fornito di immediata rilevanza giuridica. Ove vi sia divergenza iniziale tra l'aspetto teorico e quello pratico, si determinerà l'impossibilità di discutere nel merito la domanda, la quale verrà respinta come inammissibile. Quando invece tale divergenza sorga nel corso del processo ad opera di un fatto sopravvenuto si ritiene che venga meno ugualmente la possibilità di esaminare la questione prospettata, poiché in virtù del sopraggiungere dell'evento, il problema sottoposto al giudice si riduce a questione meramente teorica rendendo in pratica privo di utilità il prosieguo dell'esercizio della funzione giurisdizionale¹⁸⁰.

Se questo è lo schema del ragionamento seguito da De Stefano, ben si può comprendere come il pregevole sforzo di suddividere gli eventi causativi della pronuncia in questione a seconda della diversa efficacia che sul processo pendente sono in grado di spiegare non venga portato oltre¹⁸¹. La consapevolezza di questa diversità è presente in De Stefano che, tuttavia, opta per una disciplina unitaria del fenomeno, respingendo l'idea di soluzioni differenziate e graduate a seconda della diversa intensità degli effetti dei vari eventi sopravvenuti. La conclusione appare in linea con la configurazione che l'A. offre della pronuncia in questione. Lo Studioso, infatti, considera il fatto di cessazione alla stregua di un presupposto processuale di segno negativo, vale a dire ricollega al verificarsi dello stesso la conseguenza del venir meno del potere-dovere del giudice di indagare sull'oggetto della lite¹⁸². La c.m.c. importa cessazione della *possibilità giuridica di contendere* sulla materia stessa. Se dunque al giudice viene inibito di decidere nel merito la controversia e correlativamente, in virtù del medesimo meccanismo, alle parti viene tolta la facoltà di discussione, prova ed

¹⁸⁰ *Ibidem*, 15-16.

¹⁸¹ Infatti in G. DE STEFANO, *op. cit.*, 23 ss. si ritrova la suddivisione tra "fatti estintivi necessari" e fatti di cessazione ad efficacia più blanda. Entro la prima categoria l'A. ricomprende le ipotesi di perimento della cosa dovuta e morte del coniuge pendente il giudizio di separazione e attribuisce loro una stabilità negli effetti, che viceversa non compete ai fatti del secondo tipo, ad esempio l'adempimento dell'obbligazione. Infatti, quest'ultima fattispecie non costituisce un evento irreversibile o preclusivo, ben potendo l'adempimento essere fatto oggetto di successiva impugnazione tramite il rimedio della ripetizione dell'indebito; appare dunque corretto ritenere come in questa ed altre ipotesi, il fenomeno abbia una portata meno intensa di quella del fatto estintivo necessario.

¹⁸² Se dunque il fatto di cessazione, incidendo e trasformando la fattispecie sostanziale originariamente dedotta, dirime il conflitto pratico tra i contendenti, questo si configurerà alla stregua di un fatto impeditivo o estintivo della possibilità giuridica di discutere il merito, giustificando una chiusura anomala del procedimento per mezzo, appunto, di una dichiarazione di c.m.c.. Per un approfondimento, si consulti G. DE STEFANO, *op. cit.*, 13-14.

allegazione, il processo non potrà che terminare in maniera evidentemente anomala. Pertanto, la cessazione della materia del contendere sarebbe un fenomeno meramente processuale, quale che sia la natura, sostanziale o processuale, del fatto sopravvenuto che la sottende. Questa segue ad un evento che, per sua indole, è sempre identico - cioè l'acquisizione del fatto di cessazione - e produce sempre il medesimo effetto, individuabile nella chiusura del giudizio con disposizione sul punto delle spese. Di conseguenza secondo l'A. "non vi sarebbe alcuna apprezzabile differenza nella portata del provvedimento che chiude il processo tra le ipotesi in cui il fatto di cessazione abbia avuto piena efficacia eversiva della domanda, come nel caso dell'efficacia estintiva necessaria, e le ipotesi in cui tale efficacia sia minore, come avviene quando si verifichi, in corso di causa, l'adempimento"¹⁸³. Da questo discende l'inidoneità di siffatta pronuncia al giudicato sostanziale, che non potrebbe dirsi formato sull'originario oggetto del giudizio (ormai venuto meno), né su effetti ulteriori (pena un'inammissibile pronuncia *ultra petita*), e nemmeno sul fatto di cessazione (essendo precluso, al di fuori dei casi previsti dalla legge, un giudicato sul fatto). Si noti come la ricostruzione dell'A. si spinga in realtà ancora oltre, escludendo un accertamento idoneo a divenire regola di condotta tra le parti altresì sulla situazione giuridica come incisa dall'evento sopraggiunto, in quanto non potrebbe ravvisarsi alcun interesse delle parti in questo senso¹⁸⁴.

Di conseguenza, quello contenuto nella sentenza in questione sarà un accertamento che rimane strettamente confinato alla questione della perseguibilità dell'*iter* processuale, limitando dunque la sua portata a tale aspetto¹⁸⁵.

¹⁸³ Per un approfondimento si veda G. DE STEFANO, *op. cit.*, 26-27. La pronuncia ha natura meramente processuale anche per G. FERRI, *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 111 ss.

¹⁸⁴ L'A. specifica questa conclusione sul presupposto che nessuna delle due parti potrebbe trarre alcun apprezzabile vantaggio da un giudicato formatosi su questo aspetto del rapporto. In realtà, come si è avuto modo di accennare e come si avrà modo di appurare meglio oltre, questa constatazione non pare potersi condividere in assoluto. Di questo pare in realtà consapevole anche De Stefano che ammette come la sua conclusione appaia quella forse più in linea con il sistema processuale legislativamente prefigurato, ma non l'unica astrattamente possibile. Infatti, ben potrebbe il legislatore, avendo di mira la disciplina di particolari fatti di cessazione, optare per la modificazione (d'ufficio o per impulso di parte) dell'oggetto del giudizio. Tuttavia, in assenza di un'espressa previsione a riguardo, la chiusura anzitempo del processo tramite la dichiarazione in questione appare la scelta sistematicamente più armoniosa.

¹⁸⁵ In definitiva, per De Stefano, non vi sarebbe un giudicato sull'oggetto principale, perché questo è venuto meno. Del pari, non potrebbe cadere il vincolo ex art. 2909 c.c. su effetti ulteriori, perché questi si pongono *ultra petita*, né direttamente sul fatto di cessazione, stante l'eccezionalità di un giudicato sul fatto. Infine, non vi potrebbe essere giudicato nemmeno sulla situazione giuridica derivante dal fatto di cessazione per due ordini di ragioni: in primo luogo, il relativo accertamento richiederebbe

In definitiva, per opinione dell'A., il sopravvenire di un fatto di cessazione non costituirebbe una fattispecie disciplinabile in virtù dei tradizionali istituti processuali e pertanto necessiterebbe di un istituto, quale quello individuato sotto la formula di c.m.c., che, prendendo atto del mutamento avvenuto sulla fattispecie di diritto sostanziale originariamente dedotta in causa, consenta al giudice di considerare detta trasformazione disponendo la chiusura in rito del giudizio¹⁸⁶.

Dopo aver esaminato l'opinione di chi considera la cessazione della materia del contendere alla stregua di un fenomeno particolare, distinto da quelli legislativamente tipizzati, dotato di lineamenti e di regole proprie, occorre procedere nell'esame delle opinioni di quegli Autori che hanno ragionato sulla problematica del fatto sopraggiunto senza destituire di fondamento la formula in questione. Tra questi, si è occupato del tema Satta. Della cessazione della materia del contendere intesa come formula, l'A. si è occupato fuggacemente, ragionando di essa in raffronto all'istituto dell'estinzione del processo¹⁸⁷. Per Satta, la cessazione della materia del contendere, che ha la sua radice in un fatto o anche in un atto di volontà delle parti (come nel caso di transazione), diverge dalla rinuncia agli atti perché al fatto o all'atto di cessazione non segue l'estinzione, con tutte le sue conseguenze (338 c.p.c.). La c.m.c. sarebbe una vera e propria pronuncia dichiarativa, che pone fine al processo in maniera più radicale rispetto all'estinzione del giudizio, poiché vengono meno le eventuali sentenze già pronunciate, in quanto incompatibili con la situazione che ha dato luogo alla cessazione. La particolarità della c.m.c. consisterebbe proprio in questo, ossia nell'attitudine a porre nel nulla gli effetti

l'accertamento sull'oggetto principale, ma si è visto che simile indagine pare ormai preclusa; in secondo luogo, difetterebbe un interesse attuale a discutere sulla situazione determinata dal fatto, perché tale situazione non produrrebbe alcuna conseguenza a vantaggio dell'una o dell'altra parte.

Qualora intervenga in fase di gravame, la pronuncia di c.m.c. avrà l'effetto di porre nel nulla le sentenze precedentemente emesse. Proprio basandosi su tale carattere della sentenza di c.m.c., De Stefano critica la prassi giudiziaria di legittimità che, in ipotesi di morte del coniuge separando o decesso della persona dell'interdicendo e inabilitando in sede di legittimità, dichiara cessata la materia del contendere e accompagna tale declaratoria con una pronuncia di cassazione senza rinvio, al fine di privare di ogni efficacia le sentenze già emesse.

¹⁸⁶ Quanto alla decisione relativa alle spese di giudizio, De Stefano ritiene opportuno il ricorso al criterio della soccombenza ipotetica nella quasi totalità delle ipotesi di c.m.c., ad eccezione di alcune fattispecie particolari, quali quelle che si verificano in seguito alla chiusura del processo condizionante in ipotesi di due processi legati da un vincolo di condizionalità: in questi casi il giudice non deve formulare un giudizio ipotetico circa l'esito del giudizio se non fosse intervenuto il fatto di cessazione poiché può basare la sua decisione sul mero rapporto di causalità. Si pensi al caso in cui il creditore procedente rinunci all'esecuzione e lasci estinguere il relativo procedimento; il processo di opposizione agli atti esecutivi viene, d'un tratto, privato del proprio contenuto. In questo caso dovrà essere il creditore a sopportare l'intero carico delle spese. *Amplius*, G. DE STEFANO, *La cessazione*, cit., 81-93.

¹⁸⁷ S. SATTA, *Commentario al codice di procedura civile*, II, I, Milano, 1959, 426.

delle sentenze già pronunciate. Tale effetto deriverebbe dalla incompatibilità tra la situazione accertata nella sentenza e la situazione giuridica creata dal fatto di cessazione: incompatibilità che andrebbe pertanto risolta con una scelta di preferenza per la seconda situazione.

Della cessazione della materia del contendere intesa quale istituto Satta dice poco. Tuttavia, sempre nel paragone con la rinuncia ex art. 306 c.p.c., l'A. si occupa della rinuncia all'azione, che definisce come la rinuncia che incide sul diritto e preclude ogni ulteriore tutela giurisdizionale: "se la rinuncia ex art. 306 c.p.c. non è rinuncia all'azione, non è vero l'inverso, perché indubbiamente la rinuncia all'azione è anche, indissolubilmente, rinuncia al processo, che non può sopravvivere quando non c'è più nessuna postulazione di giudizio"¹⁸⁸. Satta offre la propria spiegazione dell'esistenza di labili confini tra le due figure di rinuncia. Secondo l'A., l'astratto potere di rinuncia al processo non ha rispondenza nella realtà; "se non si può dubitare che la rinuncia agli atti del giudizio sia astrattamente configurata dalla legge, non è meno certo che essa sia sempre determinata da una ragione ben concreta che finisce spesso col rendere del tutto formale la regola per la quale la rinuncia stessa non estingue l'azione". A riguardo, l'A. ricorda la nota distinzione elaborata dalla dottrina francese tra rinuncia autonoma e rinuncia accessoria, la quale è consequenziale a un accordo sostanziale che ha per oggetto la controversia (transazione). Sul punto ci si soffermerà analiticamente di seguito. Comunque, per Satta, nella pratica non appare mai che una parte rinunci al processo per il mero gusto di rinunciare, così come non appare che la controparte accetti una siffatta rinuncia che la espone al pericolo di vedersi riproporre la domanda che potrebbe una volta per sempre far rigettare¹⁸⁹. L'A. procede poi ad analizzare le varie ipotesi di rinuncia: oltre alla rinuncia agli atti fatta in seguito a una eccezione di incompetenza, l'A. si sofferma sull'ipotesi di rinuncia fatta in seguito al giuramento prestato dalla controparte, oggetto di esame da parte della Cass. Firenze, 8 ottobre 1923, la cui decisione è stata annotata da Calamandrei. Anche Satta concorda sul fatto che, al

¹⁸⁸ S. SATTA, *op. cit.*, 417-421. Proprio perché riferita anche al processo, la rinuncia all'azione esigerebbe altresì l'accettazione della controparte, tranne nel caso in cui non sussista un interesse alla pronuncia giudiziale, e questo interesse, sebbene raramente, può sussistere. Di conseguenza, implicando la rinuncia all'azione una rinuncia al processo, questa deve essere accettata se sussiste un interesse alla prosecuzione, il quale ultimo dipenderà e andrà valutato in relazione all'equivalente tutela che la controparte ha con la rinuncia all'azione e con la sentenza di assoluzione.

¹⁸⁹ Cfr. S. SATTA, *op. cit.*, 419.

ricorrere di tale eventualità, la rinuncia formulata dalla parte, indipendentemente dal tenore letterale, non possa essere considerata una rinuncia al processo, che consente la riproposizione della domanda, avallando con ciò la possibilità che si configurino tacite rinunce all'azione¹⁹⁰. Ancora, può darsi che la rinuncia agli atti sia fatta in seguito al riconoscimento da parte del convenuto della fondatezza della domanda avversaria, oppure in seguito a transazione. Per Satta i due casi sono differenti: in ipotesi di riconoscimento, la rinuncia agli atti risulta funzionale al rispetto di promesse o accordi stragiudiziali di adempimento, fatta salva l'eventualità per cui il riconoscimento soddisfi di per sé stesso l'interesse dell'attore, poiché, in questo caso, si avrebbe un equivalente o un sostitutivo del giudizio. Ove la controparte non onorasse l'impegno assunto, l'attore potrebbe riproporre la propria domanda e ciò sulla base dell'avvenuto riconoscimento. Diversamente, in ipotesi di transazione, il rapporto intercorrente tra le parti risulterà interamente regolato da questo contratto e la riproposizione della domanda sarà in dipendenza della risoluzione della transazione ex art. 1976 c.c. Per Satta, la rinuncia agli atti del giudizio avrà ad ogni modo, nell'uno come nell'altro caso, un valore sostitutivo della dichiarazione di cessazione della materia del contendere.

In definitiva, per l'A. esiste una stretta relazione tra rinuncia agli atti e rinuncia all'azione; più in generale, occorre sottolineare come Satta attribuisca un valore essenziale al rapporto tra rinuncia e le ragioni che l'hanno determinata. Inoltre, tale relazione appare ancora più evidente se, dal processo di primo grado, si passi a considerare le impugnazioni e il processo di esecuzione¹⁹¹.

¹⁹⁰ Satta ammette espressamente la possibilità che una rinuncia agli atti sia, in realtà, una rinuncia all'azione, "anche se non espressamente dichiarata, perché non è altro che il sostitutivo della sentenza sfavorevole, e come tale non ha neppure bisogno, salvo la dimostrazione di un particolare interesse, di accettazione".

¹⁹¹ Per Satta, la rinuncia ex art 629 c.p.c. è e non può essere altro che la rinuncia all'azione, cioè alla concreta postulazione di soddisfazione sui beni del debitore assoggettati a esecuzione. Di conseguenza, la rinuncia agli atti presuppone un regolamento stragiudiziale che sostituisce la soddisfazione esecutiva, così che simile rinuncia ha un valore unicamente accessorio e formale. Se poi, in caso di mancato rispetto degli accordi intercorsi tra le parti, l'azione potrà essere nuovamente riproposta, la risposta al quesito dipende dal contenuto concreto del regolamento negoziale. *Amplius*, S. SATTA, *op. cit.*, 423-424. Quanto ai giudizi di opposizione, occorre distinguere a seconda della tipologia di opposizione: pendente un giudizio di opposizione agli atti esecutivi, la rinuncia avente ad oggetto proprio l'atto contro il quale si dirige l'opposizione agli atti esecutivi determina il venir meno della materia del contendere. Diversamente, in ipotesi di opposizione all'esecuzione, la rinuncia all'atto non incide direttamente sul giudizio di cognizione innestato nel processo esecutivo e innescato dall'opposizione stessa.

Diversamente da Satta, Panzarola affronta la tematica avendo in mente il fenomeno nella sua interezza¹⁹². A tal proposito, l'A. ritiene votato al fallimento ogni sforzo di inquadramento unitario del fenomeno. Secondo l'A., la soluzione deve essere formulata in termini relativistici e muovere dalla separata considerazione degli eventi di cessazione. In particolare, si risolverà in una pronuncia di merito la rinuncia all'azione, mentre andrebbe riconosciuta natura di rito alla cessazione dichiarata in conseguenza di eventi radicalmente estintivi dell'oggetto del processo, quali la morte della parte sopravvenuta durante giudizi relativi a diritti personali e intrasmissibili. Maggiormente problematica appare l'ipotesi dell'adempimento sopraggiunto o dell'intervenuta transazione: al ricorrere di queste eventualità la dichiarazione di c.m.c. sottende una pronuncia di merito di rigetto della domanda per sopravvenuta infondatezza. Secondo l'A. questa sarebbe la soluzione preferibile: assegnando alla sentenza di cessazione valore equipollente a una pronuncia di merito (di rigetto) ne sarà predicabile l'autorità di giudicato sostanziale. Nell'eventualità in cui l'attore instauri un nuovo processo sulla base dei medesimi fatti, il convenuto potrebbe opporre l'eccezione di avvenuto giudicato; diversamente, ove alla pronuncia di c.m.c. si attribuisse natura di rito, il convenuto dovrebbe opporre un'eccezione sostanziale per paralizzare la pretesa dell'attore (tornando agli esempi, l'eccezione *rei per transactionem finitae* o l'*exceptio de soluto*)

¹⁹² A. PANZAROLA, voce *Cessazione*, cit., 228.

CAPITOLO SECONDO

PROFILI DI DIRITTO INTERNO E COMPARATO

Nel corso del primo capitolo è emerso come la cessazione della materia del contendere - intesa come risposta ai problemi posti dal fatto sopravvenuto – rappresenti un paradigma noto e presente anche in luoghi diversi dal processo civile italiano. Quella sottostante la c.m.c. costituisce, infatti, una problematica comune ai sistemi processuali moderni, che, invero, era già andata insinuandosi nei sistemi processuali arcaici. Interpreti di differenti contesti processuali si sono interrogati sull'eventualità in cui sopraggiunga, nel corso del processo, un fatto che elimini la ragione della contesa. L'interrogativo è comune perché comune è altresì la premessa: al fine di scongiurare la mortificazione della funzione giurisprudenziale, si presta adesione a una concezione del processo quale struttura parzialmente aperta, sensibile ai mutamenti di fatto e di diritto intervenienti successivamente alla sua instaurazione. Occorre dunque mettere a fuoco e approfondire la conformazione del problema come avvertito negli altri sistemi processuali, e indagare le diverse e possibili soluzioni, quelle date positivamente dal legislatore e quelle solamente prospettate dagli interpreti. A tal fine si è scelto di analizzare dapprima i profili di diritto interno, per poi passare all'esame dei profili di diritto comparato. Ci si soffermerà anzitutto sulle due branche dell'ordinamento processuale italiano in cui il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire per suggellare l'esistenza della formula e, solamente in un secondo momento, si volgerà lo sguardo oltre i confini dell'ordinamento patrio, al fine di indagare la tematica *de qua* con riferimento all'ordinamento tedesco, austriaco e francese. In considerazione dei molteplici elementi di somiglianza riscontrabili nel travaglio storico-evolutivo della cessazione della materia del contendere italiana e dell'equivalente tedesco della stessa, si è scelto di inaugurare la parte relativa ai profili di diritto comparato con l'esame dell'ordinamento tedesco; da qui, con un passaggio reso mentalmente agevole dall'affinità dei parametri normativi di riferimento, si approfondirà l'elaborazione in tema di fatto sopravvenuto di matrice austriaca, riservando particolare attenzione alla soluzione - concettualmente snella, ma non di meno efficace - apprestata da giurisprudenza e dottrina. Infine, ci si concentrerà sulla disciplina del fatto di cessazione

offerta dalla giurisprudenza francese e consacrata poi dal legislatore, non senza rilevare una certa assonanza tra la considerazione del fatto sopravvenuto fatta propria dagli interpreti transalpini e la spiegazione del fenomeno proposta dalla giurisprudenza italiana.

I SEZIONE

IL SOPRAGGIUNGERE DI UN FATTO CON PORTATA ESTINTIVA DELLA FATTISPECIE SOSTANZIALE DEDOTTA IN GIUDIZIO NEL SISTEMA PROCESSUALE ITALIANO. LA CESSAZIONE DELLA MATERIA DEL CONTENDERE QUALE FORMULA TIPICA NEL PROCESSO AMMINISTRATIVO E TRIBUTARIO

1. La cessazione della materia del contendere nel processo amministrativo: caratteristiche dell'istituto e rapporti con la sopravvenuta carenza d'interesse a ricorrere.

Come nel processo civile, anche nel sistema di diritto processuale amministrativo, la cessazione della materia del contendere è un prodotto di ragion pratica. Si è detto, trattando della primissima fase di utilizzo della c.m.c., che le due elaborazioni appaiono connesse, nonostante le notevoli diversità esistenti tra queste due branche dell'ordinamento processuale. Si è avanzata altresì l'ipotesi per cui la formula sarebbe comparsa dapprima nel contenzioso amministrativo, per poi imporsi in ambito civile, anche grazie alla carica evocativa della stessa e all'incisività del significato letterale. Occorre, a questo punto, soffermarsi sull'elaborazione giurisprudenziale formatasi in tema di fatto sopravvenuto. Si è già fatto riferimento all'esistenza di una fase di primo tratteggiamento delle caratteristiche della c.m.c., che può collocarsi nella prima metà del XX secolo; proprio in questo contesto si inseriscono alcune pronunce

del Consiglio di Stato volte a specificare meglio i termini del problema (e della soluzione apprestata). Così, si è affermato che, nel caso in cui “l’intervenuta revoca dell’atto da parte della P.A. non sia totale o la modificazione non corrisponda del tutto alla domanda del ricorrente, si verifica una cessazione solo parziale della materia del contendere, che, non potendo costituire l’oggetto di una decisione meramente dichiarativa, limita la controversia ai capi della domanda sui quali non è stato provveduto con l’atto revocatorio o modificativo”¹. L’Adunanza Plenaria ha poi puntualizzato che “l’esaurimento degli effetti dell’atto non costituisce un motivo sufficiente per la dichiarazione di c.m.c., perché non fa venire meno la giuridica esistenza dell’atto stesso”². Quanto all’ipotesi di morte del ricorrente, la giurisprudenza ha ritenuto che il decesso del privato non fosse, di per sé, condizione sufficiente per una definizione anticipata del giudizio per c.m.c. Occorre, infatti, esaminare la natura dell’interesse dedotto in causa e, se del caso, escludere una terminazione del processo per avvenuta c.m.c. allorquando siano presenti dei successori ai quali la legge riconosce la possibilità di far valere il medesimo interesse azionato in giudizio dal *de cuius*³. Possibilità, quindi, da escludersi per i giudizi aventi ad oggetto l’impugnazione dell’esito di un concorso cui il ricorrente aveva partecipato⁴, oppure volti a contestare la legittimità della decisione di escludere il ricorrente da un esame di promozione cui lo stesso aveva chiesto di essere ammesso⁵. Come si può osservare, era già in atto, in questo momento storico, una delineazione dei tratti fondamentali dell’istituto. Diversamente, nel medesimo torno di anni, la giurisprudenza civile si limitava ad adottare la formula senza cimentarsi in alcuno sforzo ricostruttivo. L’impressione è quella per cui il giudice civile si limitasse a prendere in prestito un’unità concettuale già esistente per disciplinare ipotesi affatto diverse, quali quelle di autocomposizione della lite oppure di morte della parte in giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili. Anche al ricorrere di questi casi si affermava – in maniera più figurata che reale – che venisse meno l’oggetto del processo e, proprio tale constatazione

¹ Cfr. Cons. St. IV Sez., 13 aprile 1929, in *Foro amm.* 1929, I, 1, 278.

² Cons. St. Ad. Plen., 23 novembre 1929, in *Foro amm.*, 1930, I, 2, 6.

³ Cons. St. IV Sez., 4 aprile 1928, in *Foro amm.*, 1928, I, 1, 198.

⁴ Così il caso deciso da Cons. St. V Sez., 18 marzo 1932, in *Foro it.*, 1932, III, 188.

⁵ Cons. St. V Sez., 16 giugno 1933, in *Foro amm.*, 1933, I, 2, 189.

giustificava l'assimilazione di queste fattispecie alle ipotesi elaborate dalla giurisprudenza amministrativa, con conseguente utilizzo della formula *de qua*⁶.

Inoltre, si è sostenuto che la diversità d'interesse nei confronti della c.m.c. - con una maggiore attenzione prestata dagli amministrativisti - sarebbe un elemento riscontrabile anche con riferimento al versante dottrinale⁷. A ogni modo, è in questo quadro storico che s'inserisce una prima analisi scientifica della c.m.c. in ambito amministrativo, sollecitata e motivata dall'obiettivo principe di offrire una giustificazione sistematica al frutto dell'opera interpretativa del formante giurisprudenziale. La sinergia tra dottrina e prassi ha condotto, negli anni, a risultati pregevoli: quanto al campo d'applicazione della formula, si è cercato di definire chiaramente i contorni applicativi della figura, in modo da individuare con precisione i casi che potevano condurre a una chiusura del giudizio in questi termini e discostarli da quelli che ne esulavano. Così, si è ritenuto che non determinassero una c.m.c. le ipotesi in cui l'annullamento o la revoca dell'atto amministrativo oggetto di ricorso intervenissero con effetto *ex nunc*; l'atto impugnato avesse trovato, *medio tempore*, totale o parziale attuazione; questo avesse esaurito i propri effetti; fosse stato rimosso solo parzialmente; fosse stato oggetto di modifica solo relativamente alle parti non essenziali; la rimozione dell'atto in sede di riesame fosse stata solamente preannunciata; l'efficacia dell'atto fosse stata soltanto sospesa⁸. Controversa appariva invece l'ipotesi in cui l'annullamento o la sostituzione dell'atto, intervenuti in corso di causa e con efficacia *ex tunc*, non risultassero, in toto o in parte, soddisfacenti per il ricorrente, perché avvenuti in modo difforme dalle pretese enunciate da costui nell'atto di doglianza. Secondo l'opinione al tempo più accreditata, l'eliminazione dell'atto trascinava con sé anche l'oggetto del processo; di conseguenza, la giurisprudenza dominante si vedeva costretta a chiudere il giudizio con una pronuncia di c.m.c., sulla base della mera constatazione del venir meno dell'atto e senza avere cura di esaminare i motivi addotti dal ricorrente nel ricorso⁹. Così, tanto nel caso in cui l'atto

⁶ Cfr. *supra* per l'esame di sentenze pronunciate dal giudice civile che si limitavano a dichiarare cessata la materia del contendere *sic et simpliciter*, senza approfondire né le ragioni che potevano suggerire o imporre l'utilizzo di una formula di chiusura del processo non tipizzata dal legislatore, né di considerare le possibili implicazioni. Si veda, a titolo di esempio, Cass. 30 giugno 1927, in *Riv. dir. proc.* 1928, 189-195, Cass. 20 marzo 1933, in *Riv. dir. proc.* 1934, 144-162.

⁷ Suggestisce questa osservazione G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, cit., 121, il quale riscontra un differente grado di interesse mostrato dagli Studiosi del processo amministrativo.

⁸ *Amplius*, C. GALTIERI, *op. cit.*, 1190.

⁹ Espressione di questo filone giurisprudenziale è Cons. St., 14 luglio 1953, in Cons. St., 1953, I, 641, secondo cui l'unico requisito per la dichiarazione di c.m.c. è la revoca, con effetto *ex tunc*, dell'atto

venisse sostituito con altro di identico contenuto (o comunque affetto da vizi analoghi), quanto nell'ipotesi in cui l'atto fosse stato annullato sulla base di motivi diversi da quelli enunciati dal ricorrente, la giurisprudenza propendeva inesorabilmente per la chiusura del giudizio, negando, di fatto, al ricorrente adeguata tutela giurisdizionale. La posizione di quest'ultimo risultava infatti assoggettata all'arbitrio della PA, che, nel libero esercizio dei propri poteri di autotutela, poteva impedire l'emissione di una pronuncia del giudice amministrativo volta a ristabilire l'interesse sostanziale leso. Astrattamente, dunque, il cittadino avrebbe potuto vedersi costretto a intentare una serie potenzialmente infinita di impugnazioni, aventi tutte ad oggetto la medesima situazione giuridica. Le aspirazioni di giustizia del ricorrente venivano poi ulteriormente mortificate dall'esistenza di un orientamento giurisprudenziale che, in caso di c.m.c., stabiliva la compensazione delle spese giudiziali, finendo per creare un'ingiustificata disparità tra le parti, a tutto danno dell'amministrato¹⁰. Dal punto di vista del giudice amministrativo, in caso di c.m.c., la compensazione delle spese appariva una scelta in un certo qual modo obbligata: da un lato, infatti, era diffuso il convincimento secondo cui non si doveva frenare, con la remora della condanna alle spese, lo slancio respiscente della P.A., mentre, dall'altro, guardando alla posizione del ricorrente, una sua condanna alle spese risultava impedita proprio dal fatto che l'annullamento o la revoca per parte della Amministrazione implicavano un sostanziale riconoscimento della fondatezza del ricorso¹¹.

A partire dagli anni '50 del secolo scorso, ha cominciato a prendere piede un filone giurisprudenziale maggiormente sensibile alle aspirazioni di giustizia del sistema. Nell'intento di riequilibrare la situazione, questo indirizzo interpretativo ha riservato

amministrativo oggetto di ricorso giurisdizionale. Nello stesso senso anche Cons. St., 24 giugno 1959, in Cons. St. 1959, I, 929, in cui è contenuta l'ulteriore specificazione per cui si deve fare ricorso alla dichiarazione di cessata materia del contendere in seguito alla rimozione dell'atto impugnato con effetto *ex tunc*, ma non quando l'atto stesso sia eliminato con decorrenza successiva.

¹⁰ Cfr. A. SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, cit., 67; G. DE STEFANO, *Sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, cit., 575, che, proprio con riferimento al potere di disporre la compensazione delle spese processuali, sottolinea come il giudice amministrativo ne facesse un uso assai più esteso rispetto all'organo giudicante civile.

¹¹ Isolata ed estravagante rispetto all'orientamento consolidato in punto di distribuzione delle spese processuali appare la sentenza 19 gennaio 1956, n. 21 adottata dal Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione Sicilia, secondo cui, qualora le parti convergano per far dichiarare cessata la materia del contendere, ma, al contempo, non si formi accordo tra le stesse sul punto delle spese processuali, spetta al giudice esaminare il ricorso nel merito onde onerare l'ipotetico soccombente del pagamento delle spese in questione. Si tratta dunque di un'applicazione del criterio della soccombenza virtuale, elevato, sin da subito, dalla giurisprudenza civile a cardine della disciplina giuridica della c.m.c.

particolare attenzione alle esigenze della parte ricorrente, il che ha condotto a una riconsiderazione, in senso restrittivo, dell'ambito di applicazione della formula. In particolare, veniva previsto un ulteriore requisito per la configurabilità della declaratoria di c.m.c.: il giudice poteva considerare come ipotesi di c.m.c. solamente quelle fattispecie nelle quali l'annullamento fosse intervenuto nel senso richiesto dal ricorrente, e quindi in modo pienamente soddisfacente delle richieste avanzate da quest'ultimo con l'atto introduttivo del giudizio¹². Di conseguenza, venivano espunte dal novero delle ipotesi di c.m.c. le fattispecie nelle quali l'intervento della P.A. non tenesse conto, in toto o in parte, dei motivi di doglianza esposti dal privato¹³. Tale indirizzo interpretativo, minoritario in giurisprudenza, ha avuto un certo seguito in dottrina¹⁴. Tra gli Studiosi aderenti a questa impostazione, si ritrova anche il contributo di Guicciardi, che, proprio considerando i casi sopra prospettati di esercizio del potere di autotutela in senso difforme rispetto alle pretese avanzate del ricorrente, o conforme solo in parte, si poneva il problema del possibile contenuto della decisione del giudice amministrativo. Si è detto, infatti, che il ricorso alla dichiarazione di c.m.c. è stato determinato dalla situazione di impasse in cui si veniva a trovare il giudice, che, proprio

¹² Tra le sentenze che inaugurarono questo indirizzo maggiormente garantista, Cons. St. IV Sez. 17 ottobre 1950, n. 351 in *Giur. it.*, II, 1951, 122-128, secondo cui “non può dichiararsi cessata la materia del contendere in ordine ad un provvedimento amministrativo, sol perché questo sia stato sostituito da altro, mantenendo in vita quei punti essenziali sui quali erano state mosse le censure dedotte con il ricorso proposto contro l'atto precedente”. La Corte specifica, inoltre, che costituisce “speciosa formalità pretendere che si debba pronunciare la cessazione della materia del contendere sol perché l'Amministrazione va ripetendo i propri atti quando l'oggetto e le ragioni dell'invocato giudizio permangono appunto perché l'Amministrazione, tutt'altro che accogliere le istanze contenute nel ricorso giurisdizionale, ne conferma la base e il presupposto insistendo in quella precisa disciplina regolamentare che costituisce appunto il motivo ed oggetto delle censure.” In questo senso anche Cons. St. V Sez., 24 maggio 1952, in Cons. St., 1952, 733 ove si legge che “affinché il giudice debba limitarsi a dichiarare che il giudizio non ha più ragione di proseguire, occorre che, attraverso la respiscenza dell'Amministrazione, il ricorrente abbia raggiunto lo stesso risultato che avrebbe ottenuto con una decisione di accoglimento del ricorso” e Cons. St., 9 dicembre 1959, in Cons. St., 1959, I, 1754 che stabilisce come “la cessazione della materia del contendere si verifichi nel giudizio amministrativo solo quando l'atto impugnato venga rimosso dall'Amministrazione nel suo potere di autoimpugnativa e ne vengano eliminati completamente gli effetti, in modo che il ricorrente, per tale via, ottenga il medesimo risultato che avrebbe potuto ottenere attraverso una pronuncia giurisdizionale di accoglimento del ricorso”.

¹³ In questo senso, Cons. St., IV Sez., 21 maggio 1952, in Cons. St., 1952, 680, che ha negato la sussistenza degli estremi per una dichiarazione di c.m.c. in un caso in cui la P.A. era intervenuta sul provvedimento impugnato al limitato scopo di modificarne la motivazione, e Cons. St. VI Sez., 17 ottobre 1950, in *Foro amm.*, 1951, I, 3, 50, che ha escluso la c.m.c. in un caso di rinnovazione dell'atto impugnato che aveva mantenuto fermi i punti essenziali contro i quali il ricorrente aveva indirizzato le proprie censure.

¹⁴ A favore A. SALEMI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1952, 250; E. GUICCIARDI, *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 346-355. Per un approfondimento e un'accurata analisi delle diverse opinioni dottrinali, A. SCALA, *La cessazione*, cit. 59-67.

a seguito del ritiro dell'atto impugnato, non sapeva come terminare il processo, risultando preclusa la via dell'accoglimento del ricorso (dato che non vi era più alcun provvedimento da annullare) e apparendo, al contempo, ingiusta la compilazione di una sentenza di rigetto (soprattutto in ipotesi di annullamento dell'atto avvenuto sulla base degli stessi motivi avanzati dal ricorrente).

Orbene, ci si chiedeva che ne dovesse essere del processo al ricorrere di queste ipotesi - allontanate dall'ambito di applicazione della c.m.c. - in cui il sopraggiunto annullamento dell'atto impugnato non fosse avvenuto in maniera soddisfattiva delle istanze del ricorrente. Secondo Guicciardi, esclusa la possibilità di terminare il giudizio con la declaratoria di *de qua*, il giudice non avrebbe potuto far altro che dichiarare, con una sentenza meramente dichiarativa per l'appunto, che l'atto amministrativo, per il tempo durante il quale ha prodotto i suoi effetti, era illegittimo. Lo Studioso tentava, inoltre, di giustificare la pronuncia di una sentenza di mero accertamento da parte del giudice amministrativo all'infuori delle ipotesi di giurisdizione esclusiva e di merito. A tal fine egli ricordava come "la sentenza costitutiva presuppone l'accertamento, in particolare la sentenza di annullamento si scinde logicamente nei due momenti dell'accertamento e della repressione dell'invalidità. Di conseguenza, quando il secondo momento non può più tecnicamente avere luogo, ma il primo ha conservato una propria ragione d'essere, la sentenza che si limiti all'accertamento non cambia, ma soltanto riduce il *petitum*"¹⁵.

Tornando all'esame dell'elaborazione giurisprudenziale in tema di c.m.c., occorre rilevare come, nonostante le autorevoli voci dottrinali di sostegno, il filone interpretativo maggiormente garantista ha trovato definitiva censura da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con l'arresto del 3 maggio 1960, n. 8¹⁶. Chiamato a pronunciarsi sulla bontà di questo indirizzo interpretativo, che sempre più piede stava prendendo all'interno della giurisprudenza del Consiglio di Stato, il

¹⁵ E. GUICCIARDI, *op cit.*; si confronti altresì E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 272-273. *Contra* L. NIGRO, *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 360-362 che critica la tesi appena prospettata perché basata sull'erroneo presupposto della scindibilità in due parti della domanda. Secondo l'A. la domanda del ricorrente è per sua natura unica e unitaria, diretta esclusivamente all'annullamento dell'atto sulla base di un affermato diritto all'annullamento. Non dunque di riduzione o di accoglimento parziale della domanda si tratterebbe, ma di vera e propria conversione della domanda di annullamento in richiesta di accertamento della invalidità, con tutte le resistenze che, alla procedibilità di una domanda nuova, derivano dalla particolare strutturazione del processo amministrativo e salva sempre l'ammissibilità in questa sede di un'azione di mero accertamento.

¹⁶ Consultabile in *Giust. civ.*, 1960, II, 189-201, con nota di P. STELLA RICHTER o in *Giur. it.*, 1960, III, 257-280 con nota di E. GUICCIARDI.

Supremo organo di giustizia amministrativa ha colto l'occasione per alcuni aspetti di grande rilievo ai fini dello studio del fatto sopravvenuto. Anzitutto, si è sottolineato come la mera pendenza del ricorso non fosse in grado di privare la P.A. dei propri poteri di autotutela; poi, relativamente all'oggetto del processo amministrativo, il Consiglio di Stato non ha mancato di riaffermare la perfetta coincidenza tra oggetto del ricorso giurisdizionale e atto amministrativo destinatario delle censure. Da ciò discendeva che l'annullamento dell'atto impugnato determinava in venir meno dell'oggetto del giudizio, comportando, automaticamente, la cessazione della materia del contendere, senza che il soddisfacimento dell'interesse del ricorrente potesse acquistare rilevanza alcuna. Conseguenza certamente logica rispetto alle premesse del ragionamento, ma poco attenta alle istanze di tutela del ricorrente. Ciò nonostante, proprio tale impostazione ha raccolto anche il consenso della giurisprudenza successiva¹⁷.

Sempre nel contesto della pronuncia, l'Adunanza Plenaria ha colto l'occasione per esprimersi anche in relazione a un altro (e connesso) profilo, molto dibattuto nell'arco di più di mezzo secolo di applicazione pratica dell'istituto. Ci si riferisce alla questione relativa alla *natura* da attribuire a una simile pronuncia. Dubbia era, infatti, la riconducibilità della stessa alla categoria delle pronunce di rito o, viceversa, a quelle di merito, con tutte le implicazioni in termini di effetti e portata della decisione. Ci si chiedeva, in particolare, se fosse possibile, per la P.A., procedere a un successivo

¹⁷ Emblematica di questo modo di intendere l'istituto appare Cons. St., V Sez., 14 ottobre 1961, in *Foro amm.*, 1962, II, 829-833, la cui massima afferma testualmente: "l'annullamento da parte dell'Autorità amministrativa dell'atto impugnato in sede giurisdizionale, quando abbia effetto *ex tunc*, comporta la cessazione della materia del contendere, indipendentemente dalla circostanza che l'annullamento sia stato disposto soltanto per i motivi formali dedotti dal ricorrente e non anche per altri motivi, pure dedotti, di carattere sostanziale e addirittura preclusivi dell'adozione di altro provvedimento." La Corte soggiunge, inoltre, che "la materia del contendere nel processo amministrativo ha una portata minore e diversa che nel processo civile, perché si identifica col provvedimento impugnato e si esaurisce con l'eliminazione di tale provvedimento dal mondo giuridico. Di conseguenza, in caso di annullamento *ex tunc* dell'atto impugnato, il giudizio rimane privo di oggetto e il giudice adito deve dichiarare la cessazione della materia del contendere, non essendo possibile proseguire il giudizio stesso per giungere ad una pronuncia meramente dichiarativa e di accertamento che protegga il ricorrente da eventuali future lesioni della sua sfera giuridica". In senso conforme E. CAPPUCCIO, *In tema di cessazione della materia del contendere*, in *Foro amm.*, 1962, II, 830 ss., che, commentando la sentenza riportata, soggiunge che i poteri del giudice amministrativo sono limitati al solo annullamento dell'atto, quindi venendo meno questo con efficacia *ex tunc* la potestà del Consiglio di Stato non ha più possibilità di svolgersi portando alla cessazione del processo indipendentemente dalla completa soddisfazione del ricorrente. Non ci sarebbero modi per garantire al ricorrente i vantaggi che gli sarebbero invece derivati dall'accertamento giudiziale dei limiti violati dalla P.A. perché se il processo rimanesse in piedi al solo effetto di accertare con efficacia di giudicato i vizi dell'atto annullato, si verrebbero in sostanza ad accertare i limiti non del provvedimento impugnato, ormai eliminato *ab origine*, ma di un eventuale futuro provvedimento della P.A. identico al primo per presupposti, contenuto e destinatario. Un simile interesse, però, non può ricevere tutela dall'ordinamento giuridico in quanto privo del carattere essenziale dell'attualità.

annullamento dello stesso atto che aveva dato causa alla dichiarazione di cessazione della materia del contendere. La risposta si assestava in termini negativi attribuendo alla sentenza di c.m.c. natura di merito e positivi nell'altro caso. Infatti, riconoscendo natura di rito alla decisione de qua, il passaggio in giudicato della stessa, non contenendo alcuna statuizione, né in ordine alla legittimità dell'atto impugnato, né con riferimento al provvedimento sopravvenuto, non avrebbe potuto ostacolare il riesame (con eventuale annullamento) da parte della Amministrazione dell'atto che aveva determinato la c.m.c.¹⁸. Proprio la natura di rito è stata affermata a chiare lettere dall'Adunanza Plenaria. Nel dettaglio, il contenuto processuale della pronuncia è stato desunto dal fatto che l'emissione della stessa non presupponeva né l'accertamento dei vizi dell'atto impugnato, né l'esame della legittimità dell'atto sopravvenuto. Dunque, non si poteva ritrovare nulla, nell'attività del giudice amministrativo, che potesse precludere alla P.A. il riesame e l'eventuale annullamento del provvedimento, che aveva determinato la cessazione della materia del contendere. Inoltre, occorre sottolineare come questo aspetto fosse in grado di ripercuotersi sui rapporti tra la formula in esame e la figura, ad essa attigua, della sopravvenuta carenza d'interesse a ricorrere¹⁹. Si consideri, infatti, che l'esatta delimitazione degli ambiti applicativi dei due istituti assumeva una pregnanza ed una utilità maggiore per chi inquadrava la c.m.c. nell'alveo delle pronunce di merito; al contrario, chi ne rivendicava la natura processuale tendeva a far cadere la separazione tra le due figure, le quali, si riteneva, descrivessero fenomeni sostanzialmente analoghi e comunque idonei a produrre i medesimi effetti²⁰. La

¹⁸ In questo senso anche Cons. St., IV Sez., 27 luglio 1961, in *Foro amm.* 1961, I, 1373, ove si legge che “la decisione che dichiara cessata la materia del contendere per intervenuto accoglimento del ricorso in via amministrativa, non equivale all'accoglimento in via giurisdizionale, mancando in tal caso una pronuncia dell'organo giudicante sul fondamento della pretesa del ricorrente: il giudicato, quindi, non osta all'eventuale annullamento d'ufficio delle determinazioni amministrative che hanno dato luogo alla declaratoria di c.m.c., sempre che sussista, oltre alla legittimità dell'atto impugnato, uno specifico interesse pubblico all'annullamento.” La dottrina maggioritaria attribuiva a tale decisione la natura di pronuncia di rito; tra questi si veda E. CAPPUCCIO, *op. cit.*, 833. Orientati, invece, per la riconduzione della c.m.c. alle pronunce di merito, A. ROMANO, *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta di interesse*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1964, 65-84; LUGO, *op. cit.*, 146.

¹⁹ Figura questa forgiata dalla prassi amministrativa sul presupposto che l'interesse ad un risultato utile debba permanere fino al momento della decisione del ricorso; qualsiasi circostanza sopravvenuta, sia essa di fatto o di diritto, che ne precluda il raggiungimento comporterà l'improcedibilità dell'azione che pur era stata efficacemente proposta. Per un approfondimento si veda A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2008, 202-206; R. VILLATA, *voce Interesse ad agire; diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*.

²⁰ Per un approfondimento, Scala, *op. cit.*, 59-67. In relazione ai rapporti tra cessazione della materia del contendere e sopravvenuta carenza di interesse al ricorso, in dottrina erano prospettabili due distinte opinioni. La prima, presupponendo la natura di rito della pronuncia in questione, ne disconosceva

giurisprudenza, assestata com'era sulla riconduzione della c.m.c. al novero delle sentenze di rito, ha trascurato, almeno in questo periodo iniziale, la distinzione tra i due istituti, utilizzando in maniera fungibile le due espressioni²¹. È sempre nella celebre sentenza n. 8 del 3 maggio 1960 che l'Adunanza Plenaria, sancendo la natura di rito della pronuncia in questione, liquidava come “meramente terminologica” la differenza tra la c.m.c. e la carenza sopravvenuta di interesse a ricorrere.

Questi, per sommi capi, sono i risultati cui erano pervenute dottrina e giurisprudenza nel periodo antecedente l'intervento normativo avvenuto con la l. 1034/1971. Dall'esame del primo sviluppo storico della c.m.c., sono emerse le ragioni di fondo, che hanno condotto all'introduzione della figura nel processo amministrativo. La formula è stata coniata per fronteggiare necessità “strutturali” del sistema di diritto processuale amministrativo, in un contesto storico nel quale l'oggetto del processo veniva fatto coincidere perfettamente con l'atto impugnato. Di simili necessità non vi è traccia nell'evoluzione della c.m.c. in ambito civile, nel cui contesto la formula si è imposta all'*usus fori* per ragioni di opportunità (in ipotesi di autocomposizione della lite) e per ragioni di schietta giustizia (in ipotesi di avvento di fatti comportanti l'estinzione della situazione giuridica azionata)²².

l'autonomia concettuale, finendo per risolverla in una particolare forma di sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere. Per altra parte della dottrina, la differenza tra le due figure era esistente e di rilievo. Secondo A. ROMANO, *op. cit.*, 68, le due figure ricorrerebbero al sopraggiungere di eventi estremamente diversi tra loro; quelli incidenti sull'oggetto del giudizio, quali l'annullamento con efficacia ex tunc dell'atto impugnato o l'eliminazione tramite ratifica o convalida della sua pretesa illegittimità, darebbero luogo alla c.m.c., mentre, quelli che, pur non facendo venire meno l'atto impugnato, siano ad ogni modo idonei a elidere le utilità che il ricorrente potrebbe perseguire con l'accoglimento del ricorso, influirebbero su un mero presupposto processuale aprendo la strada a un rigetto dell'istanza per sopravvenuta carenza di interesse. Da quanto esposto l'A. traeva la conseguenza che, trovando la propria ragione nel venir meno dell'oggetto del processo, la dichiarazione di c.m.c. investiva il merito della controversia. Del medesimo avviso anche C. GALTIERI, *op. cit.*, 1188, che precisa come nell'ipotesi di carenza sopravvenuta di interesse a ricorrere, l'estinzione del giudizio non sia da porre in relazione all'eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento impugnato, bensì si configuri come la conseguenza di fatti diversi che, provocando il mutamento della situazione di fatto o di diritto, facciano venir meno l'interesse della parte a coltivare il ricorso. Si tratta, pertanto, di casi nei quali l'atto impugnato non viene meno, né viene meno la sua pretesa illegittimità, ma semplicemente cessa l'interesse all'annullamento.

²¹ Cfr. anche C. DE BLASIO, *Cessazione della materia del contendere nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, secondo la legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Foro amm.*, 1979, II, 1099.

²² Le esigenze che hanno condotto a forgiare l'istituto nei due processi, civile e amministrativo, sono quindi diverse. Secondo L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, 208 ss., tale constatazione è vera anche con riferimento al principio di economia processuale, cui viene riconosciuta un'importanza e un'efficacia diversa. Tale criterio, sovente richiamato dalla prassi civile per giustificare una chiusura anzitempo del processo in conseguenza del fatto di cessazione, pare rilevare, in ambito amministrativo, solo come motivazione di contorno. Per lo Studioso, nel contesto amministrativo, l'economia processuale costituisce una delle basi legittimanti il potere di autotutela della P.A. che, proprio tramite questa forma di autocontrollo, è in grado

Occorre, a questo punto, procedere all'esame dell'intervento normativo attuato con la l. n. 1034/1971 al fine di approfondire la concezione della cessazione della materia del contendere fatta propria dal legislatore e, in un secondo momento, procedere a valutare in che misura la consacrazione legislativa possa dirsi risoltrice dei problemi emersi in quasi un secolo di applicazione pratica della declaratoria.

1.1. L'intervento legislativo. La legge 6 dicembre 1971, n. 1034 (c.d. legge T.A.R.)

La legge n. 1034/1971 viene generalmente considerata come una delle pietre miliari del sistema di giustizia amministrativa. Tra le tante innovazioni riconducibili a questa disposizione normativa, vi è anche il formale riconoscimento dell'istituto della cessazione della materia del contendere. Il legislatore ha infatti consacrato l'esistenza della declaratoria, innovando, al contempo, alcuni dei profili caratteristici dell'istituto, soprattutto in raffronto alla configurazione offerta e derivata dalla celebre decisione dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 1960.

L'art. 23, 7°c. della l. n. 1034/1971 (ora abrogato) disponeva che, se entro il termine per la fissazione dell'udienza, l'Amministrazione avesse provveduto all'annullamento o alla riforma dell'atto in modo conforme all'istanza del ricorrente, il Tribunale amministrativo regionale avrebbe dovuto dare atto della cessata materia del contendere, provvedendo sulle spese. Il riferimento al termine di fissazione dell'udienza veniva interpretato logicamente, anche alla luce dei lavori preparatori della legge, così da farlo coincidere con il termine di discussione, e dunque con la data in cui veniva disposto il passaggio della causa in decisione²³. La disposizione delineava gli aspetti essenziali dell'istituto, risolvendo alcuni dei problemi interpretativi che erano emersi in

si sottrarsi spontaneamente alle conseguenze negative dei propri atti viziati. È dunque nella rimozione immediata dell'atto da parte della stessa Autorità emanante che l'A. ravvisa il vantaggio economico rappresentato dall'evitare "l'alea del giudizio". Quindi, questo principio sembra più che altro spiegare la propria influenza a monte della dinamica innescata dal fatto di cessazione, consentendo all'Amministrazione l'esercizio dei propri poteri in pendenza del ricorso.

²³ A riguardo, P. NUMERICO, *voce Cessazione della materia del contendere, diritto processuale amministrativo*, in Enc. giur. Treccani. Per una panoramica generale della l. 1034/1971 si veda F. FAVARA, *Il ricorso amministrativo dopo l'istituzione dei Tribunali regionali amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 619-675, specialmente 664-665.

decenni di applicazione pratica della c.m.c. In particolare, la dottrina quasi unanime ha posto l'accento sull'esplicito riferimento al perseguimento dell'interesse sostanziale del ricorrente quale imprescindibile presupposto affinché il giudice possa legittimamente dare atto dell'avvenuta cessazione della materia del contendere²⁴. Il sistema introdotto con la l. Tar poggiava dunque sulla canonizzazione del principio di conformità dell'atto di annullamento o di riforma alle istanze del ricorrente. In ragione di ciò, il giudice non poteva più limitarsi ad accertare la sopravvenienza di un atto caducatorio del provvedimento impugnato, ma, una volta verificatane la legittimità, doveva procedere all'analisi del contenuto dell'atto sopraggiunto, al fine di determinare l'incidenza dello stesso sulla situazione preesistente ed, eventualmente, l'integrale soddisfazione delle pretese avanzate dal ricorrente sottoforma di motivi del ricorso. A questo riguardo, occorre sottolineare come proprio le indicazioni contenute nella legge Tar abbiano contribuito al superamento della concezione tradizionale che faceva coincidere l'oggetto

²⁴ Si noti come, nel periodo di tempo immediatamente successivo all'entrata in vigore della norma, si sia registrato qualche tentativo di ridurre la portata innovatrice, vanificando il requisito costituito dal soddisfacimento delle pretese del ricorrente. Questo tentativo non ha raccolto consensi e, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, è prevalsa un'impostazione garantista, basata sul nuovo dato normativo e orientata ai principi costituzionali. A questo riguardo non è mancato chi ha ravvisato nella mancata considerazione delle ragioni del ricorrente un'ipotesi di denegata giustizia in violazione dell'art. 113 Cost. Per C. DE BLASIO, *op. cit.*, 1103, la mancata valorizzazione del requisito rappresentato dal soddisfacimento delle richieste del ricorrente sarebbe lesiva della posizione di parità processuale tra le parti, che costituisce la caratteristica precipua di ogni processo nei regimi democratici e sarebbe, inoltre, in aperto contrasto con l'art. 113 Cost., il quale è presidio di una tutela giurisdizionale effettiva. Concorde con questa ricostruzione anche C. GALTIERI, *op. cit.*, 1196, che sottolinea come questo punto cruciale dell'innovazione legislativa abbia d'un tratto fatto cadere ogni discussione sui problemi posti dal sopraggiungere di un atto sostanzialmente ripetitivo; appare pacifico, infatti, che questo, perpetuando la lesione prodotta dall'atto impugnato, non potrà mai portare ad una chiusura del giudizio per cessata materia del contendere.

La giurisprudenza ha immediatamente recepito la portata dell'innovazione legislativa ritenendo, sul presupposto che l'accertamento richiesto dalla legge vada compiuto in base al parametro sostanziale dell'interesse legittimo fatto valere in giudizio e dei motivi del ricorso e non a quello formale dell'atto amministrativo impugnato, che la dichiarazione ex art. 23 sia ammissibile solo quando l'atto sopravvenuto abbia completamente soddisfatto l'interesse che il ricorrente assumeva leso dall'atto oggetto di impugnazione. Cfr. Cons. St., VI Sez., 30 marzo 1982, in Cons. St. 1982, I, 367, che nel caso in esame ha escluso la possibilità di una dichiarazione di c.m.c. proprio perché l'atto sopravvenuto non aveva soddisfatto completamente l'interesse che il ricorrente riteneva leso dall'atto impugnato con il ricorso. Per ulteriori approfondimenti si vedano A. SCALA, *op. cit.*, 70 e P. NUMERICO, *op. cit.*, 2.

L'innovazione legislativa è stata apprezzata anche in termini di economia processuale. Infatti, la sopravvenuta inutilità della pronuncia giurisdizionale come configurata secondo l'opinione maggioritaria precedente alla novella, rischiava di tradursi, tutt'al più, in una economia interna e relativa, in quanto il carattere non necessariamente soddisfacente dell'annullamento officioso o dell'atto sostitutivo non ne escludeva l'autonoma impugnabilità con un nuovo ricorso, finendo per ostacolare in tal modo l'attuazione di una economia esterna. Cfr. L.P. COMOGLIO, *op. cit.*, 233 ss. Secondo l'A. la l. 1034/1971 ha proprio il pregio di aver ottimizzato le risorse economiche del sistema. Infatti, se l'intervento officioso della P.A. appare conforme alle istanze del ricorrente, la c.m.c. comporta simultaneamente una economia intra ed ultra-processuale, poiché neutralizza ogni possibilità di prosecuzione o di iterazione del giudizio.

del processo amministrativo con l'atto impugnato. Sin da subito, infatti, gli interpreti hanno rilevato come il giudizio volto ad accertare la sussistenza dei presupposti per la dichiarazione di c.m.c. non potesse essere classificato come un giudizio sull'atto, ma, piuttosto, come un giudizio sul rapporto²⁵. Così, fermo restando il potere della P.A.-resistente di incidere, con i propri poteri, sull'atto oggetto del ricorso, il sopraggiungere di un provvedimento non soddisfacente delle pretese del ricorrente risultava del tutto influente ai fini del processo in corso. Accanto all'art. 23, 7° comma, altre disposizioni della legge Tar facevano riferimento alla cessazione della materia del contendere: si tratta dei commi 2° e 4° dell'art. 27 - anch'essi abrogati - che delineavano il *modus procedendi* del giudice in ipotesi di fatto sopravvenuto di cessazione. A riguardo si stabiliva che per la pronuncia di cessazione della materia del contendere si procedesse in camera di consiglio o con la trattazione del ricorso in udienza pubblica, a seconda che la relativa istanza provenisse da entrambe le parti concordemente o solamente da una di esse. Così, alla luce del dato normativo, gli interpreti ricostruivano in questi termini l'istituto (e dell'attività dell'organo giudicante): in caso di accordo tra le parti, il giudice si sarebbe dovuto limitare a dare atto dell'accordo, senza poter esaminare la fondatezza del ricorso, mentre il disaccordo avrebbe reso necessaria un'indagine nel merito della controversia, al fine di accertare tanto l'illegittimità dell'atto impugnato, quanto la validità della riforma o dell'annullamento dell'atto stesso. Di conseguenza, solo in ipotesi di contestazione avrebbe trovato applicazione il criterio della conformità alle doglianze del ricorrente racchiuso nell'art. 23 della l. n. 1034/1971. I caratteri dell'istituto apparivano dunque diversi a seconda dell'atteggiamento delle parti: in caso di accordo, la c.m.c. risultava concettualmente

²⁵ In questo senso C. GALTIERI, *op. cit.*, 1205, secondo il quale “al sopravvenire del nuovo provvedimento, il giudizio sull'atto impugnato si trasforma in giudizio sul rapporto esistente tra Amministrazione e ricorrente e sugli effetti che su tale rapporto esplica l'atto sopravvenuto”; M. FERRARI, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, diretto da ROMANO, Padova, 1992, 709-710 che rileva come, per il processo amministrativo, la norma in esame abbia avuto un rilievo di carattere sistematico, in quanto ha posto la soddisfazione dell'istanza, e quindi l'interesse del ricorrente, al centro di questo tipo di giudizio confermandone la natura di processo di parti che fino a questo momento era solo frutto dell'interpretazione; C. DE BLASIO, *op. cit.*, 1096. *Contra* P. RUSSO, voce *Cessazione della materia del contendere; diritto tributario*, in *Enc. giur. Treccani* che individua diversamente la portata della norma. Secondo l'A. tramite l'art. 23 della l. 1034/1971 si sarebbe sancita l'irrelevanza, rispetto al processo in corso, della sopravvenuta emanazione di un nuovo atto amministrativo inidoneo a soddisfare integralmente l'interesse del ricorrente; dunque, lo Studioso ravvisa in ciò una sorta di *fiction iuris* per cui, ai fini della controversia pendente, l'atto sopravvenuto deve ritenersi *tamquam non esset*. Di conseguenza, la cognizione del giudice amministrativo resterebbe salda sull'atto anteriore senza investire il merito del rapporto sostanziale tra P.A. e ricorrente.

affine a un'ipotesi di estinzione per rinuncia ex art. 306 c.p.c., mentre, in caso di contestazione, la declaratoria *de qua* poteva conseguire solo a un accertamento della fondatezza originaria del ricorso²⁶. A quest'ultimo riguardo poi, non era chiaro che contenuto dovesse avere simile statuizione. Infatti, mediante questo tipo di formula terminativa del processo non si disponeva l'annullamento dell'atto impugnato, già eliminato nel corso del processo, e quindi non si pronunciava la tipica sentenza costitutiva. Non regnava concordia nemmeno sulla natura di rito o di merito della statuizione. Dopo qualche incertezza e oscillazione iniziale, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto alla pronuncia in questione natura di merito, in virtù dell'accertamento, in essa racchiuso, della completa conformità dell'atto sopravvenuto rispetto alle pretese avanzate dal ricorrente²⁷. Di conseguenza, una volta passata in giudicato, la sentenza di c.m.c. conformava il successivo esercizio del pubblico potere, precludendo alla P.A. la possibilità di limitare, in qualunque modo, gli effetti del provvedimento che aveva causato la chiusura del processo nei termini anzidetti. In altre parole, la sentenza di c.m.c. finiva per tutelare il ricorrente allo stesso modo di una decisione di annullamento pronunciata in accoglimento del ricorso. Si avrà modo di appurare meglio oltre come proprio questa opzione interpretativa sia stata

²⁶ In questo senso, A. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987, 487. Secondo l'A., in assenza di accordo tra le parti, la pronuncia in questione avrebbe i connotati di una sentenza di merito in quanto il giudice è chiamato a valutare sia l'illegittimità dell'atto oggetto del ricorso, sia se l'annullamento o la riforma dell'atto impugnato siano stati posti in essere validamente. In questo caso, secondo Attardi, il processo si concluderebbe con una pronuncia di rigetto nel merito per sopravvenuta infondatezza del ricorso. Diversamente, nel caso disciplinato dall'art. 27, ossia quando la dichiarazione di c.m.c. sia richiesta concordemente dalle parti, il giudice non sarebbe tenuto né ad esaminare l'originaria fondatezza del ricorso, né la mancanza di vizi dell'atto di annullamento o di riforma sopravvenuto, ma dovrebbe limitarsi a prendere atto dell'intervenuto accordo sull'avvenuta cessazione. In questa ipotesi, dunque, non sarebbe ravvisabile alcuna sentenza di merito, bensì una mera declaratoria di estinzione del processo. Critico nei confronti di questa ricostruzione A. SCALA, *op. cit.*, 76, principalmente per quanto riguarda la disciplina delle spese giudiziali e la problematica relativa all'effetto conformativo del giudicato rispetto alla futura attività della P.A.

²⁷ A proposito, un passo decisivo in questa direzione è stato compiuto dalla pronuncia della VI Sezione del 7 luglio 1995, n. 661, che, ricordando come il giudicato amministrativo incida, al di là del mero annullamento, direttamente sull'esercizio del potere amministrativo nel senso di conformarlo in un successivo ed eventuale esercizio alle prescrizioni contenute nella sentenza, ha riconosciuto anche alla dichiarazione di c.m.c. l'attitudine a divenire cosa giudicata sostanziale e quindi l'idoneità a produrre gli effetti conformativi sopra ricordati. La sentenza è pubblicata in *Giur. it.*, 1996, III, 428-442 con nota di CANNADA BARTOLI. L'A. ha sottolineato come, con elaborata ed elegante motivazione, la Corte abbia definitivamente statuito che la decisione dichiarativa di c.m.c. non concerne solamente la procedibilità, ossia il rito, del ricorso, ma prende atto della ragione del ricorrente e del soddisfacimento delle pretese avanzate con la domanda. Tale accertamento attiene, ovviamente, al merito del ricorso e, come tale, preclude alla P.A. di adottare atti contrastanti con la sentenza dichiarativa della c.m.c. offrendo al contempo la possibilità di esperire il giudizio di ottemperanza. Del medesimo avviso anche A. SCALA, *op. cit.*, 95, ove un'approfondita analisi di questa pronuncia.

definitivamente suggellata nel codice del processo amministrativo. Per ora, quel che preme sottolineare è come già l'elaborazione formatasi sulla legge del 1971 avesse inteso prevedere questa formula terminativa del processo solo quando, intervenuto un fatto di cessazione imputabile alla P.A., venissero eliminati sul piano sostanziale tutti gli effetti lesivi prodotti dall'atto oggetto di impugnazione, in modo da assicurare al ricorrente il "medesimo risultato" che avrebbe potuto conseguire con una pronuncia giurisdizionale di accoglimento della domanda²⁸. Inoltre, con riferimento alla disciplina delle spese processuali, si riteneva che proprio la legge Tar avesse inteso decretare la fine della resistenza, mostrata da certa prassi, a onerare dei costi processuali la parte pubblica, aprendo le porte all'operatività del criterio della c.d. soccombenza virtuale²⁹.

L'intervento legislativo ha quindi voluto tutelare la posizione del ricorrente, legando l'utilizzo della c.m.c. a tutta una serie di garanzie, prima fra tutte quella per cui la fine anticipata del procedimento potesse conseguire solamente alla piena soddisfazione dell'interesse dell'amministrato. Su questo profilo è intervenuto il legislatore anche nel 2000 introducendo l'istituto dei motivi aggiunti. L'art. 1 della l. n. 205/2000, scalfendo sempre più la concezione dell'oggetto del processo amministrativo quale giudizio sull'atto, stabiliva che tutti i provvedimenti, adottati in pendenza di ricorso tra le stesse parti e connessi all'oggetto del ricorso stesso, dovessero essere fatti oggetto d'impugnazione mediante la proposizione di motivi aggiunti. Di conseguenza, l'ipotesi in cui, pendente il ricorso, fosse sopraggiunto un nuovo provvedimento della P.A., idoneo a incidere su quello impugnato in maniera non conforme alle istanze del ricorrente, che tanto aveva attanagliato la dottrina e la giurisprudenza, appariva di

²⁸ A. SCALA, *ibidem*.

²⁹ Fa riferimento al principio della c.d. soccombenza virtuale Cons. St., IV Sez., 11 dicembre 1979, n. 1155, in *Cons. St.*, 1979, I, 1788, che sancisce il principio per cui, qualora la controversia amministrativa si concluda con una dichiarazione di c.m.c., è consentito ugualmente al giudice di verificare la fondatezza delle pretese dedotte, al fine di pervenire, secondo l'esito di tale esame, alla condanna alle spese del giudizio a carico della parte che, se il processo fosse continuato, sarebbe risultata soccombente.

Quanto alla disciplina sulle spese contenuta nella legge Tar, occorre sottolineare come, ripercorrendo le tappe della discussione parlamentare in merito, anche la invero laconica disciplina sui costi processuali possa assumere un significato più pregnante. Infatti, il progetto iniziale prevedeva sempre e comunque la compensazione delle spese in caso di c.m.c.; il testo definitivamente approvato, affidando la ripartizione delle spese di causa alla discrezionalità del giudice amministrativo, ha aperto una breccia nell'opinione allora consolidata in giurisprudenza che riteneva inopportuno porre la minaccia del pagamento delle spese a remora dell'esercizio del potere di annullamento o riforma da parte della P.A. in pendenza del ricorso. Si consulti inoltre Cons. St., IV Sez., 6 maggio 1980, n. 506, in *Cons. St.*, 1980, I, 646, che suggerisce la compensazione delle spese solo quando il provvedimento determinante la conclusione anticipata della lite sia stato originato da ragioni di pubblico interesse non corrispondenti a quelle private da cui è mosso il ricorrente.

semplice inquadramento alla luce della novella legislativa del 2000. In questo caso, escluso che venisse meno la materia del contendere, il ricorrente ben avrebbe potuto mantenere in vita il giudizio instaurato, previo allargamento dell'oggetto. Inoltre, quale ulteriore conseguenza, ne usciva ridimensionato l'ambito di applicazione della sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere; a seguito della novella, questa poteva validamente configurarsi solo allorquando, indipendentemente da una modifica dell'oggetto del giudizio, il ricorrente non avrebbe più potuto ottenere alcuna utilità dall'eventuale accoglimento del ricorso³⁰. Emergeva poi una più nitida demarcazione dei caratteri di questa figura rispetto alla c.m.c.: la cessazione della materia del contendere si verificava a seguito di una modificazione dell'atto amministrativo oggetto del processo avvenuta in senso conforme alle istanze del ricorrente, mentre la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere conseguiva a mutamenti della situazione di fatto o di diritto invocata dal ricorrente a sostegno della propria pretesa³¹.

³⁰ Cfr., B. SPAMPINATO, *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004, 57 ss.

³¹ Se è vero che la legge ha contribuito a ridisegnare i rapporti tra c.m.c. e sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, meglio specificandone i relativi ambiti applicativi, occorre sottolineare come questa nuova chiarezza di confini tra le due figure dipenda altresì dal mutamento di opinione giurisprudenziale che, sollecitato proprio dai nuovi addentellati normativi, ha portato alla definitiva riconduzione della c.m.c. nella schiera delle sentenze di merito. Si è visto infatti che la giurisprudenza più remota, condizionata soprattutto dalla qualificazione della c.m.c. come pronuncia di rito, svalutava la differenza tra c.m.c. e sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere. Ad ogni modo, FERRARI, *op. cit.*, 710, sottolinea come vi siano delle ipotesi nelle quali le due figure appaiano nettamente distinte, come, esista altresì un'area nella quale le due figure finiscano per fronteggiarsi; si pensi ai casi nei quali il provvedimento sopravvenuto, pur non soddisfacente dell'interesse del ricorrente e quindi non idoneo a condurre ad una chiusura del giudizio tramite per avvenuta c.m.c. in conformità a quanto stabilito dall'art. 23 l. n. 1034/1971, venga tuttavia qualificato dalla prassi come idoneo a porre termine anzitempo al processo in ragione del fatto che in seguito al suo avvento, anche il processo si concludesse nel senso auspicato dal ricorrente, quest'ultimo non ne trarrebbe alcun vantaggio. Inoltre, A. TRAVI, *op. cit.*, 204, rileva che, da quando è stato ammesso il risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi, l'improcedibilità del ricorso per sopravvenuta carenza d'interesse giocherebbe un ruolo marginale. Infatti, prima di questo riconoscimento, la giurisprudenza dominante dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere nell'ipotesi di sostituzione dell'atto impugnato con altro regolatore del medesimo rapporto ed egualmente non soddisfacente. Cfr. Cons. St., IV Sez., 13 novembre 1979, n. 989, in Cons. St., 1979, I, 1572, "è improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, il ricorso contro un provvedimento revocato in corso di giudizio e sostituito con altro atto, pur se questo non risulti pienamente soddisfacente."; Cons. St., IV Sez., 29 aprile 1980, n. 470, in Cons. St., 1980, I, 519, "il ricorso giurisdizionale diviene improcedibile quando, per effetto dell'adozione di ulteriori provvedimenti, ancorché non integralmente soddisfatti della pretesa fatta valere in giudizio, eppertanto non idonei a far dichiarare cessata la materia del contendere, risulti mutata la situazione che aveva dato luogo all'impugnazione, con conseguente sopravvenuta carenza di interesse."; Cons. St., V Sez., 18 gennaio 1984, n. 41, in Cons. St., 1984, I, 38, "è improcedibile per difetto sopravvenuto di interesse il ricorso contro un atto medio tempore sostituito da altro provvedimento non confermativo dell'atto impugnato."; per ulteriori riferimenti si confronti R. VILLATA, *op. cit.*, 5.

Quanto al versante dottrinale, non tutti gli Studiosi aderirono alla qualificazione della c.m.c. quale sentenza di merito; tra questi A. TRAVI, *op. cit.*, e S. CASSESE, *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, IV tomo che, pur configurandola come una sentenza di rito, la pone al confine con le sentenze di merito.

1.2. La cessazione della materia del contendere quale sentenza di merito nel codice del processo amministrativo. In generale: il fatto sopravvenuto nell'impianto del nuovo codice

Si è ripercorsa, per sommi capi e senza pretese di completezza, la storia della cessazione della materia del contendere (tanto come fenomeno, quanto come istituto) nel processo amministrativo, e, con essa, del processo amministrativo stesso³². Occorre, a questo punto, soffermarsi sull'ultima tappa di questa evoluzione, vale a dire sulla disciplina del fatto sopravvenuto contenuta nel decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104 per il riordino del processo amministrativo, noto come "codice del processo amministrativo".

Viene in rilievo, in primo luogo, l'art. 34, che ha incluso la cessazione della materia del contendere entro il novero delle sentenze di merito. Detto articolo, infatti,

Anche E. GARBAGNATI, *Cessazione della materia del contendere*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 609-610, configura la c.m.c. come una pronuncia di rito sul presupposto che il sopraggiungere dell'atto di annullamento o di revoca da parte della P.A. in senso conforme alle richieste del ricorrente, pur operando sul piano del diritto sostanziale, si riflette immediatamente sul processo pendente, svuotandolo del suo oggetto e facendo divenire la domanda oggettivamente improponibile. L'A. offre un parallelo immaginando le sorti del ricorso nel caso in cui l'atto dell'Amministrazione fosse pervenuto precedentemente la proposizione della domanda; come in questo caso il ricorso avrebbe dovuto essere rigettato per la oggettiva improponibilità di una domanda avente un oggetto giuridicamente impossibile, altrettanto non può non accadere quando l'istanza del ricorrente, originariamente proponibile, divenga successivamente improponibile prima che il giudice abbia emesso la sua decisione. "La dichiarazione di c.m.c. si risolve concettualmente in una dichiarazione della sopravvenuta improponibilità oggettiva della domanda giudiziale introduttiva del processo", quindi, a norma dell'art. 23 ult. comma l. n. 1034/1971, "il giudice non dovrà più pronunciarsi sulla legittimità dell'atto impugnato, rigettando il ricorso, non perché la domanda in esso contenuta sia infondata nel merito, ma perché questa è divenuta improponibile."

Si noti che, ad alimentare l'opinione, un tempo accreditata, che configurava la c.m.c. come pronuncia di rito aveva molto probabilmente contribuito proprio quella giurisprudenza che riconosceva cessata la materia del contendere in ogni caso di sopravvenienza di un nuovo atto, indipendentemente dalle richieste avanzate dal ricorrente nella domanda. Infatti, per tale giurisprudenza, ogni indagine sul reale contenuto dell'atto in riferimento a quanto dedotto con il ricorso giurisdizionale era superflua; da ciò l'affermazione secondo la quale la dichiarazione di cessata materia del contendere precludeva l'esame del merito del ricorso. Cfr. Cons. St., V Sez., 23 aprile 1965, in *Cons. St.* 1965, I, 715.

Per un approfondimento, Scala, op. cit., 76, che plaude alla configurazione della c.m.c. quale sentenza di merito per un duplice ordine di ragioni: da un lato, questa soluzione permette di restare fedeli al tipo di esame che il giudice è chiamato a compiere ai fini dell'emanazione di questo tipo di pronuncia che ha ad oggetto l'accertamento del nuovo assetto dei rapporti tra P.A. e amministrato in seguito all'annullamento sopravvenuto, mentre, dall'altro lato, impone che si determini un vincolo all'ulteriore esercizio del potere amministrativo che deve avvenire nei limiti delineati dalla sentenza.

³² Nelle pagine che precedono si è cercato di sottolineare come molto sia cambiato nella struttura di questo tipo di processo: si parla sempre più di un giudizio di parti sul rapporto intercorrente tra P.A. e privato, cercando di superare così la tradizionale visione di giurisdizione oggettiva nell'interesse pubblico. Ciò anche in considerazione della ritenuta risarcibilità della lesione degli interessi legittimi.

nell'elencare le tipologie di sentenze di merito, stabilisce, al 5° comma, che “qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere”³³. Occorre segnalare come simile disposizione si riferisca a tutte le ipotesi di sopraggiunta soddisfazione della pretesa del ricorrente, indipendentemente dalla domanda esperita, e non più solamente alle ipotesi di annullamento dell'atto impugnato, cui faceva esclusivo riferimento l' art. 23 della l. Tar. Dunque, la sopraggiunta soddisfazione delle istanze del ricorrente determina ora, sempre e comunque, la c.m.c., a prescindere dalla pretesa dedotta in giudizio; l'unica condizione è che la soddisfazione sia integrale e volontaria, nel senso che la parte pubblica sia intervenuta spontaneamente per dare attuazione alla prospettazione del ricorrente, riconoscendo dunque la bontà delle censure mosse nell'atto di ricorso. Di conseguenza, oltre all'ipotesi tradizionale di annullamento con efficacia *ex tunc* dell'atto impugnato, determinerà una pronuncia di c.m.c. il pagamento di quanto preteso dal privato (a patto che risulti comprensivo degli interessi maturati); il rilascio del provvedimento richiesto nel corso del giudizio instaurato contro il silenzio dell'Amministrazione; l'esecuzione della sentenza da parte della P.A. in pendenza del giudizio di ottemperanza³⁴.

Proseguendo nell'esame della disposizione, si ritiene che il c.p.a. abbia attribuito natura di merito alla c.m.c., sul presupposto che l'accertamento compiuto dal giudice non avrebbe ad oggetto un mero fatto processuale, ma si estenderebbe a profili di ordine diverso, rappresentati dall'idoneità del nuovo provvedimento a soddisfare l'interesse sostanziale del ricorrente³⁵. In altri termini, con la pronuncia *de qua*, il giudice amministrativo accerterebbe l'avvenuta soddisfazione della pretesa azionata, con

³³ Per un approfondimento, A. TRAVI, *op. cit.*; CHIEPPA, *Il processo amministrativo dopo il correttivo del codice*, Milano, , 2012, 317-332; SANINO, *Codice del processo amministrativo*, Torino, 2011, 167-178.

³⁴ *Amplius*, G. CORSO, 343-344. Quanto a profili specifici, si ritiene che la c.m.c. si configuri anche allorché il ritiro o l'annullamento del provvedimento impugnato sia stato disposto da un'autorità diversa da quella che lo aveva emanato, ovvero a seguito di una pronuncia giurisdizionale proveniente da altro giudice. In questo senso, SCOCA, *Giustizia amministrativa*, 2013, 480-481. Diversamente, è impossibile ravvisare una c.m.c. quando l'adozione del nuovo atto sia imposta dall'esecuzione di un'ordinanza cautelare di tipo propulsivo; non si versa dunque in un'ipotesi di autotutela e pertanto non comporta il venir meno della *res litigiosa* (Cons. St., sez. III, 4 luglio 2011, n. 4000; Cons. St., 13 maggio 2011, n. 2907; Cons. St., IV, 5 agosto 2005, n. 4165; Cons. St., Sez., IV, ord. 21 novembre 2003, n. 7630, in *Foro amm.*, 2003, 3304).

³⁵ In questo senso A. TRAVI, *op. cit.*, 364; L. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo; Francario, Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 52 ss.; CANNADA BARTOLI, *La cessazione della materia del contendere nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 683 ss; A. ROMANO, *Cessazione*, cit., 65 ss.

riferimento ai motivi di ricorso avanzati dal ricorrente. Occorre, in altre parole, appurare che il ritiro o la sostituzione dell'atto impugnato siano avvenuti sulla base degli stessi motivi denunciati dal ricorrente, riconoscendo dunque l'originaria fondatezza della sua domanda. Solamente un tale accertamento è idoneo a far conseguire al ricorrente le medesime utilità che avrebbe potuto ottenere con l'accoglimento del ricorso. Il giudicato, infatti, cadrà proprio su questo aspetto, e l'efficacia positivo-conformativa, vincolerà l'attività amministrativa successiva. Così, il giudicato formatosi sulla pronuncia di c.m.c. (la quale abbia accertato la soddisfazione delle pretese del ricorrente sulla base degli effetti del provvedimento sopravvenuto) impedirà all'Amministrazione di adottare nuovi atti che disconoscano gli effetti e l'efficacia del provvedimento sopraggiunto, poiché si porrebbero in contrasto con quanto accertato dal giudice nella sentenza. È questa, dunque, la soluzione approntata al problema del fatto sopravvenuto, qualora la sopravvenienza determini la *soddisfazione integrale* di quanto preteso dal privato: il legislatore è intervenuto prevedendo, per questa ipotesi, una particolare sentenza di mero accertamento, di presa d'atto dell'avvenuta c.m.c. per l'appunto, che tenga luogo di una pronuncia di rigetto del ricorso per infondatezza sopravvenuta. La fattispecie non è troppo distante dal modello di cessazione della materia del contendere di stampo civilistico, in cui il fatto sopravvenuto si ponga come la dimostrazione, riconosciuta e ammessa da entrambe le parti, della bontà delle affermazioni di parte attrice (il fatto di cessazione determina la soddisfazione della pretesa, estinguendo, al contempo, la situazione giuridica soggettiva dedotta in causa dall'attore). Le due ipotesi si presentano in termini analoghi, e la soluzione contenuta nell'art. 34 c.p.a. è proprio quella auspicata, *de iure condendo*, dalla dottrina processualcivilistica. Infatti, il legislatore amministrativo ha ritenuto opportuno "stabilizzare" gli effetti prodotti dal fatto sopravvenuto, cristallizzando la situazione venuta in essere, al fine di far conseguire al ricorrente le stesse identiche utilità che avrebbe potuto ottenere con l'accoglimento del ricorso, soprattutto con riferimento all'incidenza, in termini conformativi, della pronuncia sull'attività amministrativa successiva³⁶. Si è visto che ciò

³⁶ Dunque il c.p.a. ha introdotto proprio quella "presa d'atto" rispetto all'avvenuta c.m.c., più volte auspicata dalla dottrina (già Gentile, op. cit.) e declamata, talvolta, dalla giurisprudenza.

Sempre al fine di attribuire grande considerazione e rilevanza all'efficacia conformativa del giudicato, una parte della giurisprudenza tende a ravvisare nella lettera e) del 1° comma dell'art. 34 c.p.a. la consacrazione del divieto di assorbimento dei motivi (limitazione che peraltro il Consiglio di Stato aveva proposto di codificare per soddisfare esigenze di effettività della tutela). Così il giudice amministrativo,

è avvenuto non onerando le parti di porre in essere qualsivoglia attività, bensì prevedendo una particolare ipotesi di pronuncia terminativa del giudizio, che tenga luogo di un'inesorabile pronuncia di rigetto per sopravvenuta infondatezza del ricorso. Si è dunque deciso di intervenire consentendo al giudice di accertare l'intervenuta modificazione della realtà sostanziale, recidendo cioè la rigida corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. La dichiarazione di cessata materia del contendere si pone come una sentenza il cui tenore è neutro, quando, a rigore, si sarebbe in presenza di un'ipotesi di rigetto del ricorso per infondatezza, sebbene sopravvenuta.

Ebbene, è questa la soluzione approntata dal legislatore del 2010: consentire al giudice amministrativo di accertare, con una pronuncia di merito idonea al giudicato sostanziale, la nuova configurazione del rapporto tra privato e P.A., in modo da condizionare il successivo esercizio del potere pubblico, e riconoscere al ricorrente le stesse identiche utilità che avrebbe potuto conseguire in caso di accoglimento del ricorso. È questa una soluzione che potrebbe rivelarsi congrua anche per il processo civile, ma, allo stato, impraticabile, in assenza di un'apposita disciplina positiva che attribuisca al giudice la facoltà di sentenziare in questi termini.

Diversa potrebbe essere la conclusione con riferimento ad altre indicazioni provenienti dallo studio del sistema di giustizia amministrativa, come delineato dal nuovo codice di rito. Il legislatore amministrativo, infatti, non si è occupato di sopravvenienze limitatamente alle ipotesi di sopraggiunto soddisfacimento delle istanze del ricorrente. Semmai, il profilo dell'avvenuta soddisfazione delle istanze del ricorrente assume importanza poiché separa queste ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta a titolo del ricorso, dalle altre, in cui la sopravvenuta infondatezza o improcedibilità del ricorso non risulta essere accompagnata dalla

allorché ritenga fondati uno o più motivi di ricorso, non deve limitarsi ad annullare l'atto impugnato, ma può, nella stessa pronuncia, indicare alla P.A. le conseguenze che derivano dal giudicato relativamente all'esercizio futuro del potere. Alla base di questa scelta vi è la considerazione secondo cui l'accoglimento di più motivi di ricorso è in grado arricchire il contenuto del giudicato, aggiungendo vincoli più specifici al riesercizio del potere amministrativo. Cfr. Tar Lombardia, sez. III, 13 maggio 2011, n. 1233 (*Contra*, Tar Calabria, sez. I, 5 marzo 2011, n. 302; Tar Basilicata, Sez. I, 9 luglio 2012, n. 509). In precedenza, l'orientamento formatosi in seno al Consiglio di Stato prescriveva che, qualunque fosse l'ordine di esame dei motivi, il giudice avrebbe dovuto approfondire tutti gli elementi presenti nel ricorso in modo da garantire la massima utilità per il ricorrente; Cfr. Cons. St. ove viene specificato che la prassi del giudice amministrativo di assorbire alcuni motivi del ricorso, che già in precedenza poteva condurre a risultati errati, deve essere del tutto riconsiderata ora che è ammesso il risarcimento del danno derivante dall'esercizio illegittimo dell'attività amministrativa, in quanto, per assorbire un motivo, deve essere evidente che dall'eventuale accoglimento della censura assorbita non possa derivare alcun vantaggio al ricorrente, neanche sotto il profilo risarcitorio.

soddisfazione delle pretese del ricorrente. Si tratta delle ipotesi in cui la sopravvenuta infondatezza o inammissibilità del ricorso discenda dalla modificazione delle circostanze di fatto e di diritto addotte originariamente dal ricorrente a sostegno delle pretese formalizzate nell'atto di ricorso. Si pensi al caso di annullamento con efficacia *ex nunc* (e dunque con salvezza degli effetti lesivi medio tempore prodottisi) dell'atto impugnato, che dava forma al *petitum* e alla *causa petendi* della domanda del ricorrente. Ancora, si consideri il caso in cui sopraggiunga l'annullamento non integrale, bensì parziale, dell'atto, ovvero intervenga la sostituzione del provvedimento impugnato con altro atto sostanzialmente confermativo di quello ritirato. Si tratta, in buona sostanza, dei casi tradizionalmente ricondotti alla figura della sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere. Ebbene, il legislatore del 2010 ha considerato anche queste ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica posta a fondamento del ricorso. Gli artt. 35 e 84, 4° comma del c.p.a. si occupano proprio della sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere: il primo ricomprende tale terminazione processuale tra le sentenze di rito e ne offre altresì una definizione ("il giudice dichiara, anche d'ufficio, *improcedibile* il ricorso quando *nel corso del giudizio sopravviene* il difetto di interesse di una delle parti alla decisione"; diversamente, in ipotesi di carenza originaria, il ricorso sarà *inammissibile* a sensi della lett. a)); il secondo dispone che il giudice, anche a prescindere da una rinuncia di parte, possa desumere dall'intervento di fatti o atti univoci dopo la proposizione del ricorso, nonché dal comportamento delle parti, argomenti di prova della sopravvenuta carenza di interesse alla decisione della causa. Quanto al rapporto con la c.m.c., è evidente che si tratta, in ambo i casi, della medesima questione: i due istituti sono stati congegnati al fine di recepire i fatti sopravvenuti con incidenza sulla situazione di fatto e di diritto su cui si fonda la pretesa del ricorrente. Le due figure, infatti, sono contermini. In passato, il Consiglio di Stato parlava addirittura di due specie all'interno del *genus* della cessazione della materia del contendere: la prima assimilabile in toto a quella sancita dall'art. 23 della l. tar (che si verificava dunque quando, in conseguenza del sopraggiungere di determinate circostanze, veniva completamente a mancare la posizione di contrasto tra le parti); la seconda configurabile invece qualora, pur sopravvivendo formalmente un contrasto o comunque una domanda di parte, fossero tuttavia intervenute modificazioni sostanziali tali da privare la parte

dell'interesse alla pronuncia³⁷. Il discrimine è stato ora recepito e reso intelligibile dal legislatore del 2010: la linea di demarcazione tra le due figure va individuata nella diversa incidenza del fatto sopravvenuto in relazione all'interesse leso. In altre parole, la cessazione della materia del contendere si determina quando l'attività della P.A. resistente si riveli integralmente soddisfattiva dell'interesse azionato, mentre la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere può derivare sia da un mutamento della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della presentazione del ricorso, che dall'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento che, seppur non soddisfattivo per il ricorrente, determini l'inutilità dell'eventuale sentenza di accoglimento³⁸.

Occorre, a questo punto, focalizzare l'attenzione sulle sorti della domanda proposta dal ricorrente, qualora, lite pendente, sopravvenga l'estinzione non soddisfattiva della pretesa avanzata dal privato; in questo caso il processo non potrà concludersi con quella particolare pronuncia di accertamento che è la c.m.c. ex art. 34, 5° comma c.p.a. Nondimeno il fatto sopravvenuto è andato ad incidere sulle circostanze di fatto e di diritto invocate dal ricorrente a sostegno della propria domanda, determinando l'infondatezza sopravvenuta della stessa (in ipotesi in cui venga meno l'atto amministrativo impugnato) o la sopraggiunta mancanza dell'interesse a ricorrere qualora la sopravvenienza incida su altri elementi di fatto invocati dall'attore a titolo della domanda.

Ebbene, anche questi casi sono stati considerati dal legislatore. Con riferimento all'ipotesi in cui la sopraggiunta modificazione della situazione fattuale abbia determinato l'inutilità della prosecuzione del giudizio, una volta appurato che l'eventuale accoglimento dell'impugnativa non comporterebbe, per il ricorrente, alcun

³⁷ *Ex multis*, Cons. St., IV, 30 aprile 1998, n. 709, in *Corr. Giur.*, 1998, 8, 905.

³⁸ In questo senso anche Cons. St., 18 luglio 2012, n. 4193; Cons. St., VI, 16 aprile 2012, n. 2135, secondo cui, in ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, il nuovo provvedimento non soddisfa integralmente il ricorrente, ma determina una nuova valutazione dell'assetto del rapporto tra la pubblica amministrazione e l'amministrato. Nell'impianto del c.p.a., la cessazione della materia del contendere consegue solamente alla completa (e sopraggiunta) soddisfazione della domanda di tutela proposta dal ricorrente. Dunque, si configurerà una c.m.c. quando, pendente un giudizio avente ad oggetto pretese patrimoniali, sopraggiunga la corresponsione di tutte le somme richieste, comprensive degli interessi e rivalutazione monetaria, sulla falsariga di quanto affermato in proposito dalla giurisprudenza civile. Particolare attenzione merita la decisione del Tar Lecce, sez. II, 3 gennaio 2013, n. 3, secondo cui l'accordo transattivo raggiunto dalle parti del giudizio determina la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere e non la cessazione della materia del contendere, in quanto la transazione implica, per definizione, la rinuncia a una parte della pretesa azionata o vantata dalla parti.

vantaggio effettivo e reale, il giudice dovrà decretare l'*improcedibilità* del ricorso ai sensi della lettera c) del 1° comma dell'art. 35 c.p.a.³⁹. Il legislatore, dunque, ha recepito i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale tralatizia, che, attribuendo rilievo al profilo temporale, pronunciava l'inammissibilità del ricorso ove la carenza di interesse fosse originaria e l'improcedibilità in ipotesi di carenza sopravvenuta. Tutto questo con importanti conseguenze in punto di ripartizione del carico delle spese giudiziali, che verranno distribuite sulla base del principio di causalità, stante il rinvio alle norme del codice di procedura civile contenuto nell'art. 26 c.p.a. Ma non solo. Può darsi infatti che la parte non nutra più alcun interesse all'annullamento, ma conservi un interesse a ottenere il ristoro del pregiudizio patito in conseguenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico. In questo caso quindi il ricorrente avrà un interesse giuridicamente rilevante non all'annullamento dell'atto, bensì all'accertamento dell'illegittimità dello stesso. Altrimenti detto, viene meno l'interesse alla tutela in forma specifica consistente nell'annullamento dell'atto, ma permane l'interesse a conseguire una tutela per equivalente, che risarcisca il privato dei danni patiti a causa dell'illegittimo esercizio del potere amministrativo. Tale profilo aveva costituito oggetto di discussione a analisi in dottrina e giurisprudenza; anche in questo caso quindi il legislatore del 2010 ha sostanzialmente recepito i risultati cui si era già pervenuti. Ai sensi del terzo comma dell'art. 34 c.p.a., *"quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse ai fini risarcitori"*⁴⁰. Si consente dunque la conversione dell'azione di annullamento, originariamente esperita, in un'azione di mero accertamento dell'illegittimità dell'atto (sancendo, al contempo, il definitivo superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa). Si pensi al caso in cui l'atto lesivo abbia esaurito i propri effetti (e quindi risulti inutile, per il ricorrente, perseverare nella richiesta di annullamento); all'ipotesi in cui il ricorrente non nutra più alcun interesse

³⁹ In maniera chiara, Cons. St., sez. IV, 16 giugno 2011, n. 3662, secondo cui la sopravvenuta carenza di interesse al ricorso consegue a qualsiasi mutamento della situazione di fatto o di diritto che sia idoneo a rendere certa e definitiva la privazione di qualsiasi utilità, anche indiretta o strumentale, in capo all'originario ricorrente per effetto dell'ipotetico accoglimento della sua domanda. non è inoltre indispensabile che il provvedimento originariamente impugnato sia sostituito da un nuovo provvedimento definitivo, bastando che sia comunque certo il superamento della sua possibile efficacia, in modo da determinare la non utilità dell'impugnazione.

⁴⁰ In base all'art. 30, 5° comma del c.p.a., qualora sia stata proposta un'azione di annullamento, il medesimo ricorrente potrà formulare la connessa domanda risarcitoria sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, che può essere appunto anche di mero accertamento della illegittimità dell'atto lesivo.

alla rimozione dell'atto; oppure all'ipotesi in cui l'atto impugnato sia stato sostituito da altro provvedimento non satisfattivo (che, determinando il venir meno dell'oggetto del giudizio, comporta parimenti una chiusura del giudizio per improcedibilità ai sensi dell'art. 35, 1° comma, lett c). In questi casi, può darsi che persista, in capo al ricorrente, un interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, sul quale basare una pretesa risarcitoria. Nelle ipotesi considerate, il fatto sopravvenuto va a incidere sulle circostanze di fatto e di diritto su cui poggiava la pretesa originaria del ricorrente, rendendola improcedibile: viene meno l'interesse all'annullamento, inizialmente sussistente in capo al ricorrente, però – si badi – non viene meno l'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto. Il legislatore ha dunque tipizzato un meccanismo di recepimento del fatto sopravvenuto che va a silenziare il *quid* di tutela costitutiva presente nella domanda del ricorrente, lasciando sussistere solamente la componente dichiarativa, diretta all'accertamento dell'illegittimo esercizio del potere amministrativo. Si afferma, infatti, che la richiesta di accertamento della illegittimità dell'atto impugnato è contenuta nel *petitum* di annullamento come un antecedente necessario: “siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, che deve sussistere sottoforma di interesse all'accertamento a fini risarcitori”⁴¹. Quanto ai presupposti per accedere a questa particolare tipologia di tutela dichiarativa, occorre dimostrare la sussistenza di uno specifico interesse a ricorrere in mero accertamento, la cui esistenza va valutata in concreto. A tal fine, il giudice deve tenere presente le allegazioni del ricorrente, alla luce della possibilità, accordata dall'ordinamento, di formulare una nuova domanda risarcitoria entro il termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che abbia pronunciato su profili impugnatori. Pare dunque che il profilo relativo all'efficacia conformativa del giudicato, quale limite al successivo esercizio del pubblico potere, non possa giocare alcun ruolo per concretare l'interesse necessario alla conversione della domanda. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene, infatti, inammissibile una pronuncia di mero accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo che non risulti utile ai fini del conseguimento della tutela per equivalente⁴². Per quanto concerne le specifiche modalità procedurali, la

⁴¹ Cfr. Cons. St., V, 12 maggio 2011, n. 2817.

⁴² Cons. St., V, 17 gennaio 2011, n. 203. (Tar Campania, sez. VI, 3 dicembre 2010, n. 26791; sez. VI, 25 ottobre 2010, n. 21366). Per esempio, Tar Campania, sez. VI, 3 dicembre 2010, n. 26791 ha affermato

giurisprudenza amministrativa richiede la proposizione di un'apposita istanza da parte dell'interessato, volta ad abbandonare la pretesa originaria in favore dell'accertamento della sola illegittimità dell'atto⁴³. In realtà, pare preferibile l'impostazione secondo cui, qualora le due azioni, di annullamento e di condanna, siano state esercitate simultaneamente, la persistenza dell'interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto risulti *in re ipsa*; se, invece, è stata proposta solo la domanda di annullamento, perché il ricorrente si è riservato di chiedere il risarcimento del danno in un momento successivo, allora risulterà necessaria l'istanza di parte, in difetto della quale il giudice chiuderà in rito il processo per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere⁴⁴.

Infine, quanto al giudizio d'appello, l'art. 104 c.p.a., nel sancire il divieto di proposizione di domande nuove in tale sede, fa salva l'eventualità prevista proprio dal 3° comma dell'art. 34 c.p.a. Conseguenza cui si poteva giungere già in via interpretativa, considerando la richiesta di accertamento compresa in quella di annullamento⁴⁵.

In definitiva sono questi i caratteri della disciplina legislativa in tema di fatto sopravvenuto. Alla luce di quanto esposto, si può affermare come quella avvenuta nel contesto del processo amministrativo – e oggi scolpita nel c.p.a. – sia una riflessione ad ampio spettro in tema di fatto sopravvenuto, che considera analiticamente le diverse ipotesi, tutte accomunate dalla circostanza per cui l'evento interviene sul processo in corso determinando l'infondatezza, l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso.

L'importanza e la fecondità dell'indagine condotta emergono se sol si considera che queste dinamiche sono note anche al processo civile: può capitare infatti che l'evento vada a incidere sulla fondatezza della domanda, senza tuttavia soddisfare le istanze di tutela della parte. Ciò avviene qualora alla sopravvenuta estinzione del diritto

che la produzione da parte del ricorrente della sopravvenuta istanza di condono (che di per sé significa ammettere la contestata abusività dell'opera per cui è causa) esclude la sussistenza di un interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ad eventuali fini risarcitori.

⁴³ In questo senso, Cons. St., V sez., 6 dicembre 2010, n. 8550; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3913; Cons. St., sez. VI, 20 luglio 2011, n. 4388; Tar Milano, sez. IV, 5 ottobre 2011, n. 2532; Tar Toscana, sez. I, 30 maggio 2012, n. 1047; *Contra*, Cons. St., 12 maggio 2011, n. 2817; Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916.

⁴⁴ In questo senso, G. CORSO, *Commento all'art. 34*, in QUARANTA-LOPILATO (a cura di), *Il processo amministrativo*, Milano, 2011, 334-345, e Ferrari, op. cit., 290, che richiede l'istanza di parte in assenza di rituale domanda di risarcimento spiegata nel contesto del giudizio di impugnativa; il giudice infatti non può sapere se l'azione di risarcimento verrà effettivamente esercitata, il che potrebbe comportare un'inutile decisione dichiarativa dell'illegittimità dell'atto.

⁴⁵ Cons. St., sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6541; Cons. St., sez. V, 30 giugno 2011, n. 3913.

dedotto in giudizio dall'attore non si accompagni il riconoscimento della bontà di quanto preteso, oppure, semplicemente, l'attore intenda conseguire le utilità che gli sarebbero spettate in conseguenza di un epilogo giudiziale con sentenza di accoglimento della sua domanda. Le diverse soluzioni apprestate dal legislatore amministrativo manifestano dunque la loro rilevanza anche con riferimento al processo civile. Inoltre, l'analisi dell'ordinamento amministrativo è in grado di innescare meccanismi di ragionamento nuovi e di suggerire un'analisi accurata in tema di fatto sopravvenuto che non si limiti a considerare le ipotesi di sopraggiunto soddisfacimento delle pretese dell'attore. Infatti, l'indagine condotta si è rivelata utile non solo per quei fatti di cessazione di matrice civilistica che condividono alcuni tratti di affinità con le situazioni di interesse legittimo tutelabili innanzi al giudice amministrativo (ci si riferisce alle ipotesi di soggezione a un potere privato, reiterabile ed esercitabile anche lite pendente. Si pensi, per accostare un'ipotesi civilistica a quella ex art. 34, 3° comma c.p.a., all'ipotesi di revoca del licenziamento intervenuta nelle more del giudizio promosso dal lavoratore proprio al fine di contestare la legittimità dell'atto di recesso: anche in questo caso non vi è più un atto da impugnare, ma residua l'interesse ad accertare l'illegittimo esercizio del potere di recesso in modo da condizionarne il futuro esercizio da parte datoriale), bensì ha consentito di mettere in luce la problematica del fatto sopravvenuto in tutta la sua ampiezza e non solamente nell'angolazione, necessariamente limitata, della cessazione della materia del contendere.

Occorre, a questo punto, procedere a indagare il problema del fatto sopravvenuto con riferimento al processo tributario.

2. La cessazione della materia del contendere nel processo tributario

La cessazione della materia del contendere è una formula terminativa del giudizio nota anche nell'ambito del processo tributario. Si è già avuto modo di porre in evidenza come, in tale contesto, si ritrovino alcuni degli elementi che hanno contribuito a caratterizzare il problema relativo al fatto sopravvenuto nel processo amministrativo.

Ci si riferisce, in particolare, alla struttura formalmente impugnatoria (il giudizio tributario prende tramite l'impugnazione di un atto dell'Amministrazione finanziaria ritenuto lesivo della posizione del ricorrente); al mancato esaurimento del potere pubblico con l'emanazione dell'atto (e dunque alla conservazione, da parte dell'Ente impositore, dei propri poteri, idonei a incidere sull'atto impugnato anche in un momento successivo alla presentazione del ricorso); alla vivacità del dibattito, tutt'ora in corso, sull'oggetto del processo tributario, aspetto sul quale residua quindi più di una incertezza. Proprio in merito a quest'ultima questione, gli interpreti si confrontano sull'esatta ampiezza della materia devoluta in giudizio; in altre parole, ci si chiede se la cognizione del giudice tributario investa solamente la legittimità – formale e sostanziale - dell'atto, o se, invece, questa si estenda anche al merito del rapporto tra Fisco e contribuente⁴⁶. Per parte autorevole della dottrina, l'impugnazione dell'atto non rappresenterebbe altro che un veicolo d'accesso al mezzo di tutela; dunque, l'impugnazione si pone come atto indispensabile per instaurare il giudizio, che però avrebbe poi ad oggetto il rapporto contributivo⁴⁷. Diversamente, per altre, parimenti autorevoli, voci interpretative, l'oggetto del processo tributario andrebbe circoscritto all'impugnazione dell'atto emesso dall'Ufficio impositore. Senza entrare nel merito della *vexata quaestio*, da quanto succintamente esposto emergono due indicazioni fondamentali ai fini del presente studio: la prima, abbastanza intuitiva, è quella per cui l'ipotesi paradigmatica di fatto di cessazione risulta essere, anche in questo ambito, quella di eliminazione dell'atto impugnato in via di autotutela, non diversamente da quanto avviene nel processo amministrativo. Il secondo dato rilevante riguarda la delineazione dei caratteri e della portata propri di tale fatto di cessazione, che risultano essere legati, a doppia mandata, alla concezione dell'oggetto del processo che si intende accogliere, risentendo così delle incertezze ancora esistenti su questo punto. Infatti, se si annovera il processo tributario tra quelli di "impugnazione - annullamento", finalizzati alla mera eliminazione dell'atto, qualunque rimozione dell'atto oggetto di ricorso determinerà la cessazione della materia del contendere. Viceversa, ove si qualifichi quello tributario come un processo avente ad oggetto il rapporto contributivo tra privato ed Ente impositore (con la particolarità per cui l'impugnazione dell'atto si

⁴⁶ Sul punto si rinvia all'analisi monografica di C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984.

⁴⁷ BALFIE, *Il nuovo processo tributario*, cit., 15.

configurerebbe come presupposto d'accesso alla tutela; c.d. "impugnazione di merito"), la cessazione della materia del contendere non si verificherebbe in conseguenza di qualunque rimozione dell'atto impugnato, ma solamente di quella avvenuta in maniera conforme alle istanze del ricorrente, tale da presentarsi dunque come pienamente soddisfattiva delle pretese dallo stesso avanzate⁴⁸. Echeggiano alcuni dei profili caratteristici (e al tempo stesso maggiormente problematici) del processo amministrativo.

Poste queste brevi premesse, occorre, a questo punto, procedere nello studio della problematica del fatto sopravvenuto in ambito tributario, riservando particolare attenzione alla conformazione dell'istituto della cessazione della materia del contendere offerta dal legislatore, dapprima nel d.p.r. n. 636/1972 e in altre norme particolari, e, successivamente, nel d. lgs. n. 546/1992.

2.1. La cessazione della materia del contendere prima dell'entrata in vigore del d.lgs. 546/1992

Da quanto esposto nel precedente paragrafo emerge come una prima ipotesi di cessazione della materia del contendere vada ritagliata attorno all'ipotesi in cui, pendente un giudizio volto a contestare la legittimità di un atto dell'amministrazione finanziaria, sopraggiunga la revoca o l'annullamento dell'atto stesso, come conseguenza dell'esercizio dei poteri di autotutela riconosciuti all'Ente impositore⁴⁹. Questa fattispecie era stata fatta oggetto di specifica considerazione dal dato normativo in vigore prima della riforma del dicembre 1992, vale a dire dal d.p.r. n. 636 del 1972. L'art. 21, rubricato "Rinnovazione dell'atto impugnato", contemplava l'eventualità per cui l'Amministrazione resistente intervenisse, in via di autotutela, per sanare alcuni dei

⁴⁸ *Ex plurimis*, Cass. 16171/2000; Cass., 4280/2001; Cass., 28770/2005.

⁴⁹ L'autotutela si sostanzia nel potere-dovere dell'Ufficio che ha emesso un atto illegittimo di annullarlo; tale potere è esercitabile in qualunque momento, anche in pendenza del giudizio. Va da sé che se esercitato prima dell'instaurazione del giudizio l'annullamento di autotutela rappresenta uno strumento di prevenzione del contenzioso, mentre, se viene esercitato lite pendente, si configura come uno strumento di definizione del giudizio.

vizi cui risultava affetto l'atto impugnato, indicati dell'organo giudicante in seguito a un primo vaglio della fondatezza dei motivi di ricorso. Nel dettaglio, si prevedeva che “la commissione, se nell'atto contro il quale il ricorso è stato proposto rileva un vizio di incompetenza o che comunque non attiene all'esistenza o all'ammontare del credito tributario, sospende con ordinanza il processo, sempre che non si sia verificata sanatoria, ed assegna per la rinnovazione dell'atto impugnato un termine non inferiore a due mesi e non superiore a quattro mesi dalla data in cui l'ordinanza è comunicata all'ufficio tributario. (...) *La rinnovazione nel termine fissato dalla commissione impedisce ogni decadenza e fa cessare la materia del contendere sui motivi che hanno determinato l'emanazione dell'ordinanza nonché sui motivi che risultano accolti dall'atto rinnovato (...)*”. Proprio da questo comma dell'art. 21, così come novellato nel 1981, si traevano due importanti conseguenze: da un lato, quella per cui la sostituzione dell'atto impugnato potesse determinare la cessazione della materia del contendere solamente ove intervenuta in senso conforme alle istanze del ricorrente; dall'altro lato, non si reputava necessario imporre al ricorrente l'impugnazione del secondo atto per dolersi di tutti i profili non soddisfatti con l'emendamento, poiché si riteneva che questo entrasse a far parte del processo già in corso in maniera automatica. In altre parole, si ammetteva che la causa potesse proseguire con riferimento all'atto sostitutivo del primo provvedimento, anche in assenza di formale impugnazione⁵⁰.

Nel vigore del d.p.r. del 1972 si registrava un certo consenso sul fatto che la cessazione della materia del contendere conseguisse solo alla rinnovazione dell'atto impugnato in senso conforme alle istanze del ricorrente; era dunque presente il criterio della conformità alle istanze del ricorrente. La concordia esistente su questo punto ha fatto sì che, almeno in questa fase, non si registrassero tutte le incertezze che hanno caratterizzato il primo sviluppo storico della c.m.c. in ambito amministrativo. Certo, vi erano altre questioni applicative sollevate dalla disposizione normativa, prima fra tutte quella relativa alla natura da attribuire alla dichiarazione di c.m.c. pronunciata in ossequio all'art. 21 del d.p.r. Un'altra norma, l'art. 19 del d.p.r., si limitava infatti a disciplinare la forma della dichiarazione e i rimedi predisposti a favore delle parti, senza

⁵⁰RUSSO, *Cessazione*, cit.; DI PAOLA, *Contenzioso tributario*, 2009, 954 ss.

offrire argomenti decisivi riguardo alla natura della pronuncia giudiziale con cui si dichiarava l'avvenuta cessazione della materia del contendere⁵¹.

Altre perplessità riguardavano poi l'istituto stesso della cessazione della materia del contendere; il legislatore tributario aveva qualificato, come ipotesi di cessazione, i casi di definizione delle pendenze tributarie avvenuti in seguito alla fruizione, da parte del privato ricorrente, di istituti premiali, quali condoni o sanatorie. Al ricorrere di queste ipotesi, la terminazione del processo per avvenuta c.m.c. veniva prescritta dalla stessa disposizione normativa che introduceva, di volta in volta, simili strumenti nell'ordinamento. La giurisprudenza non aveva mancato di prendere posizione sul punto. In particolare, la Suprema Corte si era espressa favorevolmente circa l'idoneità delle ipotesi di condono a determinare una pronuncia di c.m.c., affermando che, una volta perfezionata la fattispecie di condono, si instaurerebbe tra le parti un nuovo regolamento, in forza del quale, all'obbligazione iniziale, si sovrapporrebbe un diverso assetto conforme alle condizioni previste dalla legge sul condono. Data la sostituzione legale del titolo debitorio, cesserebbe quindi ogni ragione di controversia sulla questione dell'esistenza e consistenza dell'obbligazione contributiva originaria, per cui, nel caso di avvenuto adempimento di quanto prescritto dalla specifica normativa sul condono, non potrebbe che aversi una decisione di cessazione della materia del contendere⁵². A questo riguardo, occorre sottolineare come i problemi maggiori si manifestassero proprio in caso di inadempimento, da parte del contribuente, dell'obbligo di versamento di quanto dovuto in base al condono. Si consideri l'ipotesi in cui l'amministrazione finanziaria, dopo aver accolto la volontà del ricorrente di avvalersi della definizione agevolata tramite condono e aver fatto sì che si perfezionasse il procedimento amministrativo di definizione agevolata - con conseguente chiusura del giudizio per avvenuta c.m.c. - si avvedesse, in un momento successivo, della irregolarità della domanda di condono proposta o, in ipotesi ancora più frequenti, del mancato

⁵¹ L'art. 19 del d.p.r. n. 636/1972 (novellato dall'art. 5 del d.l. n. 90/1990, come convertito dalla l. 165/1990), prevedeva poi che "il Presidente della Commissione tributaria provvede ad assegnare il ricorso ad una Sezione, entro il termine di trenta giorni dal ricorso stesso, ove non constati la tardività del ricorso o la cessazione della materia del contendere. In tali casi il Presidente della Commissione o il Presidente della Sezione cui il ricorso è stato assegnato, provvede a dichiarare estinto il processo con ordinanza comunicata alle parti. L'estinzione diviene definitiva ove, entro sessanta giorni dalla predetta comunicazione, non venga avanzato da una delle parti ricorso al collegio con formale istanza notificata alla controparte". Cfr. A. SCALA, *op cit.*, 100, che rileva come, al di là del riferimento all'estinzione del giudizio quale effetto della c.m.c., l'art. 19 si limitava a disciplinare la forma della dichiarazione e i rimedi.

⁵² In questo senso, Cass. S.U., 15 maggio 1998, n. 4918, in *Foro it.*, 1998, I, 1781.

pagamento della somma dovuta dal contribuente. Simile fattispecie ha interessato dottrina e giurisprudenza per venire poi considerata direttamente dal legislatore⁵³. La soluzione è stata formulata nel senso di ritenere la successiva scoperta della violazione della disciplina del condono quale motivo di revoca dell'ordinanza di estinzione del giudizio. La l. n. 413/1991, nel prevedere l'estinzione del processo a cagione della produzione in giudizio della documentazione attestante l'avvenuta effettuazione della dichiarazione integrativa da parte del contribuente, faceva salva la facoltà, per l'ufficio tributario, di ottenere la revoca dell'estinzione in ipotesi di contestazione della regolarità della dichiarazione integrativa o di contestazione dell'avvenuto pagamento di quanto dovuto. In questo quadro si riteneva che l'estinzione del processo per avvenuta c.m.c. dovesse assumere la forma dell'ordinanza proprio in considerazione del potere riconosciuto all'Amministrazione finanziaria di chiedere la revoca del provvedimento. L'esercizio di questo potere, infatti, avrebbe determinato la riapertura del giudizio, con rinnovata attualità della questione, dedotta originariamente in giudizio, relativa alla fondatezza della pretesa sostanziale avanzata dall'Amministrazione, questione sulla quale il giudice avrebbe dovuto decidere con sentenza⁵⁴. Nella soluzione delineata dal legislatore, dunque, l'ordinanza di c.m.c. presupponeva la legittimità della procedura di richiesta e di liquidazione del tributo dovuto per condono, ma la dichiarazione di qua non era tuttavia condizionata al positivo scrutinio circa la sussistenza dei relativi presupposti. Il giudice infatti non poteva conoscere della regolarità dell'avvenuto condono; doveva limitarsi a chiudere il giudizio con ordinanza revocabile, forma

⁵³ Nel contesto del d.l. n. 429/1982 si escludeva la possibilità, per l'organo giudicante, di accertare la sussistenza delle condizioni occorrenti per il godimento del beneficio, e ciò in considerazione dell'espressa previsione dell'immodificabilità della definizione. Si riteneva perciò che l'eventuale violazione della disciplina del condono non potesse costituire un vizio della pronuncia di estinzione, dichiarata dal giudice in seguito alla presa d'atto dell'avvenuta c.m.c. L'ufficio finanziario doveva quindi affidarsi allo strumento di autotutela contemplato dal 1° comma dell'art. 32 del d.l., vale a dire la revoca o la modifica dell'atto liquidatorio, strumento in relazione al quale l'esplicito dettato della norma escludeva che il provvedimento giudiziale costituisse giudicato ostativo (in questo senso anche Cass., 9 dicembre 2002, n. 17500).

⁵⁴ Cfr. Cass., n. 21324/2006; in precedenza, per Cass., n. 9146/2000 ove il giudice di prime cure avesse erroneamente dichiarato la c.m.c. con sentenza, l'amministrazione finanziaria avrebbe dovuto proporre appello al fine di dedurre simile vizio nell'applicazione del condono. Per opinione della Corte, l'estinzione del giudizio per effetto del condono deve intervenire attraverso un provvedimento con natura di ordinanza, l'unica idonea a consentire la revoca del provvedimento ex artt. 44 e 48 l. n. 413/1991.

prescelta proprio per consentire il successivo ravvedimento dell'Ufficio qualora emergesse l'inapplicabilità del condono al caso di specie⁵⁵.

In definitiva, erano queste le coordinate della problematica relativa al fatto sopravvenuto prima della riforma del 31 dicembre 1992: vi era l'art. 21 del d.p.r. 636/1972, che aveva riguardo alle modifiche dell'atto impugnato apportate in via di autotutela, e svariati interventi legislativi per le ipotesi di condono, i quali, sottoforma di norme particolari, si avvicendavano tra loro negli anni. Due erano quindi le macrocategorie di fatti di cessazione in ambito tributario: da un lato le ipotesi di annullamento o revoca dell'atto impugnato; dall'altro le fattispecie di perfezionamento di istituti premiali, quali condoni e sanatorie. A ben vedere, lo studio di ambedue queste categorie potrebbe rivelarsi significativo per l'approfondimento della problematica relativa al fatto sopravvenuto in ambito civile. Nelle prime, cioè nelle ipotesi in cui l'ufficio finanziario proceda al ritiro dell'atto impugnato, si riscontra l'elemento della soggezione a un potere autoritativo reiterabile e la completa soddisfazione di quanto preteso dal ricorrente. L'ipotesi ricalca quella paradigmatica nel processo amministrativo, e non pare troppo distante da alcune situazioni civilistiche alquanto delicate, quali l'impugnazione di delibere assembleari o dell'atto di recesso datoriale. L'esame dell'elaborazione relativa a questi accadimenti risulterà perciò interessante ai fini dello studio di alcuni fatti di cessazione, ricompresi nella categoria delle ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta in giudizio. Non diversamente si ritiene che l'esame delle ipotesi di definizione agevolata delle pendenze tributarie (del c.d. condono tributario in modo particolare) possa rivelarsi utile per approfondire talune tematiche proprie dell'altra categoria di fatti di cessazione, vale a dire di quegli accadimenti determinanti l'autocomposizione della lite. Ciò appare vero soprattutto con riferimento alla transazione, fatto che determina la composizione amichevole della lite con contestuale sostituzione della fonte di regolamentazione dei rapporti.

⁵⁵ Cfr. Cass., 13 maggio 2003, n. 7340 ove si afferma che l'ordinanza estintiva incide sul giudizio, definendolo, solo se in sede amministrativa non risulti illegittima la procedura di richiesta e liquidazione del tributo dovuto per condono, altrimenti essa deve essere revocata sulla base della sola comunicazione dell'ufficio relativa all'inapplicabilità del condono e, quindi, senza che si necessiti di rituale impugnazione od opposizione, e senza che l'ufficio, per la richiesta di revoca, possa ritenersi vincolato dal termine di sessanta giorni di cui all'art. 62 d. lgs. 546/1992 per ricorrere davanti alla Corte di Cassazione. *Contra* Cass., 24 giugno 2000, n. 8607. Per un approfondimento, CASTALDI, *op. cit.*, 469, ove ulteriori riferimenti.

Poste le premesse e gli obiettivi dell'indagine, è tempo di procedere a indagare le norme contenute nel d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546.

2.2. L'articolo 46, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546: ambito d'applicazione, natura del provvedimento e questioni procedurali

Nel contesto della riforma del giudizio tributario attuata con i decreti legislativi n. 545 e 546 del 31 dicembre 1992, il legislatore ha inteso offrire una disciplina della cessazione della materia del contendere, sostitutiva delle precedenti norme particolari e idonea a considerare e disciplinare il fenomeno considerato nella sua unitarietà. L'art. 46 del d.lgs 31 dicembre 1992, n. 546 rubricato "*estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere*", prevede che "*il giudizio si estingue in tutto o in parte nei casi di definizione delle pendenze tributarie previste dalla legge e in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere. La cessazione della materia del contendere è dichiarata, salvo quanto diversamente disposto da singole norme di legge, con decreto del Presidente o con sentenza della Commissione. Il provvedimento presidenziale è reclamabile a norma dell'art. 28. Le spese del giudizio estinto restano a carico della parte che le ha anticipate, salvo diverse disposizioni di legge*".

È questo dunque il dato positivo di riferimento quanto alla cessazione della materia del contendere in ambito tributario⁵⁶. Dato normativo che ha suscitato vivaci perplessità esegetiche: stante la genericità e l'ambiguità del tenore letterale, numerosi dubbi sono sorti sia con riguardo all'esatta individuazione delle situazioni suscettibili di essere qualificate alla stregua di fattispecie di c.m.c., sia con riferimento alla natura e, quindi, agli effetti da ricollegare al provvedimento con cui il giudice dichiara l'estinzione del processo ai sensi dell'art. 46 del d. lgs. Quanto al primo profilo, relativo

⁵⁶ La norma disciplina l'istituto con esclusivo riguardo al giudizio innanzi alle Commissioni tributarie, espungendo dal proprio ambito applicativo sia le vertenze tra contribuente e Amministrazione finanziaria in materia di imposte appartenenti, ex art. 9 c.p.c., alla competenza residuale del Tribunale, sia le ipotesi nelle quali sia possibile riscontrare un collegamento con la giurisdizione del giudice amministrativo, in quanto il ricorso del contribuente ha ad oggetto provvedimenti pregiudizievoli di interessi legittimi, l'impugnazione dei quali è preclusa avanti le Commissioni tributarie. Cfr. A. SCALA, *op. cit.*, 100.

all'ambito di applicazione, si ritiene che la norma ricomprenda tanto le ipotesi in cui il contribuente decida di avvalersi di istituti premiali, quali condoni e sanatorie ("definizione delle pendenze tributarie"), che le ipotesi in cui l'Amministrazione finanziaria agisca, in via di autotutela, sull'atto oggetto di ricorso ("altri casi di cessazione della materia del contendere")⁵⁷. Occorre indulgiare sui caratteri di queste fattispecie di c.m.c.

Molto si è discusso sull'ipotesi di ritiro dell'atto impugnato ad opera dell'Amministrazione finanziaria, ai sensi dell'art. 2-quater, d.l. n. 564/1994⁵⁸. Il legislatore del 1992 non ha infatti riprodotto il criterio della conformità alle istanze del ricorrente che invece era contenuto nell'art. 21 del d.p.r. n. 636/1972, alimentando così i dubbi, invero già consistenti, in merito ai presupposti di simile fatto di cessazione⁵⁹. In assenza di qualsivoglia indicazione legislativa, l'esatta delineazione di questa ipotesi di c.m.c. finisce per dipendere dalla concezione dell'oggetto del processo tributario che si ritiene di accogliere. L'alternativa è nota: se si configura il processo tributario come un giudizio non preordinato unicamente all'annullamento dell'atto - nonostante la sua impugnazione ne costituisca pur sempre la modalità d'instaurazione - ma, altresì, all'accertamento negativo della pretesa impositiva (o del diritto alla riscossione ad essa inerente, così come al positivo accertamento del diritto del contribuente al rimborso di somme indebitamente corrisposte), appare chiaro che al fine di integrare gli estremi della c.m.c. non sarà sufficiente una qualunque rimozione o sostituzione dell'atto, ma solamente quella idonea a determinare una modificazione giuridica interamente

⁵⁷ Ritengono che l'ambiguità semantica presente nell'art. 46 possa essere superata in questo modo, Cass., n. 7833/2001; Cass., n. 12276/2001.

⁵⁸ Tale disposizione di legge sancisce il potere di agire, in via di autotutela, al fine di determinare l'annullamento o la revoca degli atti illegittimi o infondati, anche se già impugnati. Nell'ambito di tale potere va ricompreso anche quello, disciplinato dall'art. 1, d.m. 11 febbraio 1997, n. 37, che permette la rinuncia all'imposizione, ove ritenuta illegittima o infondata. Il potere di autotutela tributaria ha come autonomo presupposto temporale uno di questi due fatti: la mancata formazione di un giudicato o la mancata scadenza del termine decadenziale fissato per l'accertamento (Cass., 22 febbraio 2002, n. 2531). Per Cass., 4 febbraio 2005, n. 2305, l'esercizio del potere di autoannullamento dell'atto illegittimo da parte dell'amministrazione finanziaria - che comporta la cessazione della materia del contendere ai sensi dell'art. 46 - non trova alcun limite di ordine normativo, non potendosi desumere da detta disposizione alcun limite temporale; atteso che la normativa è ispirata proprio al favore per la deflazione del contenzioso, deve concludersi che il provvedimento possa intervenire sia nelle more del giudizio di primo grado che in un momento successivo alla sua conclusione.

⁵⁹ Per un approfondimento si consulti, BENIGNI, *Condanna alle spese e responsabilità aggravata nella cessata materia del contendere*, in *Riv. dir. trib.*, n. 5/2002, II, 345-369.

satisfattiva delle pretese formulate dal ricorrente⁶⁰. Viceversa, aderendo all'altra opzione interpretativa, fedele alla concezione dell'oggetto del processo tributario quale giudizio sull'atto, la c.m.c. conseguirà a qualunque sostituzione dell'atto impugnato, anche se non satisfattiva dell'istanza del ricorrente. Altrimenti detto, per i seguaci della teoria costitutiva, l'annullamento officioso dell'atto impugnato determina sempre la c.m.c., perché questa formula dà atto del venir meno dell'oggetto del giudizio, mentre, per gli esponenti della teoria dichiarativa, la c.m.c. potrà conseguire solamente all'annullamento o alla modificazione dell'atto in senso conforme alle istanze del ricorrente. Giova sottolineare come tale opzione interpretativa sia percorribile solo a condizione di configurare il processo tributario come un giudizio avente ad oggetto il rapporto contributivo tra privato e Amministrazione finanziaria. Inoltre, se questo fosse il contenuto del processo tributario, ne discenderebbe l'ulteriore conseguenza per cui gli eventuali vizi dell'atto sopraggiunto potrebbe essere esaminati all'interno del medesimo – e già in essere - contesto processuale⁶¹.

Il dibattito in punto di oggetto del giudizio tributario è ancora acceso e lontano da un approdo definitivo, e ciò si ripercuote sull'istituto oggetto della presente indagine⁶². La prassi, dal canto suo, ha adottato un approccio pragmatico, poco interessato a dotte elucubrazioni e orientato a tutelare la posizione del ricorrente. Per opinione della giurisprudenza, si ritiene che, in un giudizio in cui il ricorrente contesti l'esistenza dell'onere contributivo vantato dal fisco nei propri confronti, affinché possa dirsi realmente cessata la materia del contendere, occorre che la rimozione sia accompagnata da una rinuncia – sul piano sostanziale - alla pretesa fatta valere nei

⁶⁰ Così, allorché l'Ufficio proceda all'autoannullamento dell'atto di accertamento impugnato e alla sua sostituzione con altro avviso di accertamento pure impugnato, la controversia cessa solamente sul piano meramente formale e non vi è alcuna definizione della pendenza tributaria (Comm. Trib. Prov., Vicenza, 23 agosto 2002, n. 907).

⁶¹ Cfr. DI PAOLA, *op. cit.*, 955-956.

⁶² Per Cass., 3 agosto 2007, n. 17119, oggetto del processo tributario non è l'accertamento dell'obbligazione tributaria (da condursi attraverso una diretta ricognizione della disciplina applicabile e dei fatti rilevanti sulla base di essa, a prescindere da quanto risulti nell'atto impugnato), bensì l'accertamento della legittimità della pretesa tributaria avanzata con l'atto impugnato da valutarsi alla stregua dei presupposti di fatto e in diritto indicati in tale atto, con la conseguenza che, ove risulti accertato che l'amministrazione, avvedutasi di un errore, abbia emesso un nuovo atto in sostituzione di quello errato (così implicitamente annullando quest'ultimo), deve ritenersi che il processo concernente l'impugnazione dell'atto sostituito non debba proseguire per sopravvenuta carenza di interesse ad ottenere una pronuncia sull'impugnazione di un atto già annullato in sede di autotutela.

confronti del contribuente⁶³. La rinuncia all'imposizione può ovviamente essere desunta dai motivi addotti dall'Ufficio a sostegno dell'illegittimità o infondatezza della pretesa contenuta nel primo atto, cosicché sarà, di regola, contenuta nella motivazione che caratterizza e accompagna il provvedimento di autotutela secondo quanto disposto dal d.m. n. 37 del 1997⁶⁴. Talvolta è capitato pure che la giurisprudenza tributaria facesse propria la definizione del fenomeno elaborata dalla prassi civile: così si è sostenuto che la cessazione della materia del contendere si verificherebbe in caso di autocomposizione della controversia che aveva coinvolto le parti, perché verrebbe meno l'interesse delle stesse alla prosecuzione del processo al fine di ottenere una pronuncia di merito. Ne consegue che, ai fini della valida configurazione della figura, non basta che sopraggiunga un fatto idoneo a estinguere l'oggetto della contesa, ma occorre altresì che i contendenti si diano reciprocamente atto dell'intervenuto mutamento, e sottopongano al giudice conclusioni conformi. Dunque, anche in ambito tributario la c.m.c. è incardinata sul requisito dell'accordo⁶⁵. Se questi sono i caratteri del fenomeno, si versa

⁶³ Di conseguenza, è irrilevante, ai fini della definizione del giudizio, l'annullamento dell'atto correlato all'emanazione di un nuovo atto reiterativo della pretesa impositiva avanzata nel primo atto. Il punto è pacifico nella giurisprudenza tributaria di merito. *Ex plurimis*, Cass., 26 luglio, 2002, n. 11038; Comm. Trib. Reg. sez I, Milano, 7 marzo 2000, n. 70; Comm. Trib. Prov. Lecce, 23 maggio 1997, n. 60, in *Boll. Trib.* 1998, p. 1328; Comm. Trib. Reg. Puglia, 13 marzo 1999, n. 20, in *Boll. Trib.*, 2000, 460. Addirittura, per Cass., 30 luglio 2002, n. 11224, l'annullamento dell'atto in via di autotutela, effettuato lite pendente in data posteriore alla notifica del ricorso per cassazione, non produce, di per sé, la c.m.c., giacché questa comprende anche il regolamento delle spese di lite.

⁶⁴ Cfr. Comm. trib. Prov. Bologna, 7 febbraio 2000, n. 1614, in *Boll. Trib.*, 2000, 460; Comm. trib. Prov. Troino, 14 aprile 1999, in *Boll. Trib.*, 1999, 460. In ipotesi di concorso tra una causa di inammissibilità del ricorso e una di estinzione del giudizio, la giurisprudenza tende a far prevalere la seconda sulla prima. Infatti, in ipotesi di annullamento in autotutela, se si ritenesse prevalente la causa d'inammissibilità del ricorso, si finirebbe per far rivivere l'atto impositivo, riconosciuto illegittimo dalla stessa amministrazione finanziaria. Cfr. CASTALDI, *op. cit.*, 468; Comm. Trib. Prov. Macerata 14 maggio 2002, n. 36, in *Riv. giur. trib.*, 2002, p. 1158 Cfr.. *Amplius*, MARCHESELLI, *commento all'art. 46 d. lgs. n. 546/1992, in Commentario breve delle leggi del processo tributario*, (a cura di) Consolo – Glendi, Padova, 2012, 518

⁶⁵ In questo senso, *ex multis*, Cass., n. 11962/2005; Cass., 8607/2000, che, nonostante l'allegazione e la prova, da parte di uno solo dei contendenti, dell'insorgenza di fatti astrattamente idonei a privare la parte dell'interesse a una definizione nel merito del giudizio, esclude la possibilità per il giudice di dichiarare la c.m.c. se, nelle conclusioni, ciascuno dei contendenti insista sulle domanda originarie, manifestando così la determinazione di ottenere una decisione sul merito della vertenza. Di recente, Cass., ord. 4 novembre 2013, n. 24738, secondo cui allorché la sopravvenienza di un fatto che si assume suscettibile di determinare la cessazione della materia del contendere sia allegato da una sola parte e l'altra non aderisca a tale prospettazione, il suo apprezzamento, ove naturalmente esso sia dimostrato, non può concretarsi in una pronuncia di cessazione della materia del contendere, bensì: a) ove abbia determinato il soddisfacimento del diritto azionato con la domanda dell'attore, in una valutazione dell'interesse ad agire, con la conseguenza che il suo rilievo potrà dare luogo ad una pronuncia dichiarativa dell'esistenza del diritto azionato (e, quindi, per tale aspetto di accoglimento della domanda) e di sopravvenuto difetto di interesse ad agire dell'attore in ordine ai profili non soddisfatti da tale dichiarazione, in ragione dell'avvenuto soddisfacimento della sua pretesa per i profili ulteriori rispetto alla tutela dichiarativa; b) ove, invece, si sia sostanziato nel riconoscimento da parte dell'attore della infondatezza del diritto da lui azionato, in una pronuncia da parte del giudice sul merito dell'azione nel senso della declaratoria della sua

in un caso di c.m.c. anche nell'ipotesi in cui il contribuente, dopo aver proposto il giudizio, adempia senza riserva alla pretesa originariamente contestata⁶⁶. Non così in ipotesi di adempimento con riserva⁶⁷.

Quanto invece all'ipotesi in cui il ricorrente abbia esperito un'azione di rimborso, la cessazione della materia del contendere potrà configurarsi solo a seguito dell'effettiva restituzione della somma ad opera dell'erario, non essendo sufficiente il mero riconoscimento della pretesa creditoria da parte dell'ufficio⁶⁸. Quindi, qualora il privato abbia richiesto il rimborso delle somme indebitamente versate, l'annullamento o la riforma dell'atto con il quale era stata respinta l'istanza di rimborso non esercita alcuna influenza sulla prosecuzione del processo, derivando la c.m.c. solamente dal pagamento da parte della Finanza delle somme in contestazione⁶⁹.

Questi, dunque, i casi di c.m.c. riconducibili allo schema della sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Procedendo oltre

infondatezza, con il relativo potere di statuizione sulle spese secondo le normali regole. A conferma di quanto esposto, Cass., 28 dicembre 2012, n. 24064, ove si legge che lo sgravio della cartella di pagamento disposto in provvisoria ottemperanza della sentenza di primo grado favorevole al contribuente - comportamento che può risultare fondato anche sulla mera volontà di evitare le eventuali ulteriori spese di precetto e dei successivi atti di esecuzione - non produce, di per sé solo, alcun effetto sull'avviso di liquidazione, nel caso in cui tale atto prodromico non sia stato annullato in autotutela.

⁶⁶ Anche in assenza di un atto di rinuncia agli atti.

⁶⁷ Cass., 8 novembre 2002, n. 15705, secondo cui, il pagamento avvenuto lite pendente non determina la c.m.c. allorché l'obbligato non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza del debito. La c.m.c. presuppone infatti il venir meno delle ragioni di contrasto tra le parti, in quanto, solo in questo caso, viene meno la necessità della pronuncia del giudice. In precedenza, Cass., 22 settembre 1999, n. 10269.

Cass., n. 909/2006, in applicazione del principio secondo cui la c.m.c. presuppone che le parti si diano reciprocamente atto dell'intervenuto mutamento della situazione dedotta in giudizio, ha cassato la decisione, emessa dal giudice di II grado, che aveva dichiarato la c.m.c. in conseguenza del sopravvenuto pagamento, senza tuttavia accertare in quali limiti e per quali ragioni il pagamento fosse stato effettuato.

⁶⁸ Comm. Trib. Reg. Ancona, 31 agosto 1998, n. 161; Comm. Trib. Prov. Gorizia, 25 giugno 1998, n. 124, in *Boll. Trib.* 1999, 157.

In Comm. Trib. Centr. Sez. IV, 24 gennaio 2003, n. 516 si legge che ove l'Ufficio, a seguito del riconoscimento del diritto al rimborso richiesto dal contribuente, chieda al giudice la declaratoria di cessazione della materia del contendere, tale domanda deve essere dichiarata inammissibile in sede processuale, in quanto, consolidando l'atto impugnato, essa farebbe venire meno il titolo del rimborso e il diritto alla ripetizione dell'indebito. In ipotesi di dichiarazione dell'ufficio di voler provvedere allo sgravio, si ritiene che questa non possa dare luogo a una pronuncia di c.m.c., in quanto lo sgravio non è ancora stato effettuato e quindi la pretesa del contribuente non è stata soddisfatta. Per Comm. trib. Reg. Lazio, 9 marzo 2007, n. 36, tale dichiarazione comporterebbe, non una declaratoria di c.m.c., bensì una pronuncia di accoglimento del ricorso presentato dal ricorrente.

⁶⁹ Secondo lo stesso principio, nell'ambito del giudizio avente ad oggetto l'impugnazione del silenzio rifiuto avverso una richiesta di rimborso, la semplice dichiarazione di desistenza dalla controversia, presentata dall'Amministrazione finanziaria, non ha come effetto quello di sostituirsi ad una pronuncia di condanna al richiesto rimborso, non potendo valere come una sorta di virtuale atto di autotutela dell'Amministrazione medesima, in quanto, per rimuovere gli effetti di un silenzio-rifiuto, occorre un provvedimento espresso di riconoscimento dell'obbligazione tributaria o l'adempimento della stessa (Cass., 12 maggio 2011, n. 10431).

nella disamina del campo di applicazione dell'art. 46, occorre soffermarsi sulle ipotesi di "definizione delle pendenze tributarie", in particolare su quella paradigmatica di avvenuto condono⁷⁰. A tal riguardo, si ritiene che proprio il succedersi di norme sui condoni abbia indotto il legislatore delegato a ricomprendere, nel nuovo assetto normativo del contenzioso tributario, una disposizione capace di ricondurre a una regola sistematica quanto in precedenza veniva dettato da provvedimenti aventi contenuto particolare, in modo da costruire una categoria astratta di situazioni comportati il medesimo effetto. In realtà, stante la laconicità dell'art. 46 d.lgs., occorre ancora fare riferimento a quanto prescritto dalle singole leggi di condono per ricavare la disciplina di taluni profili, quali quello relativo al ruolo dell'organo giudicante al verificarsi di simili situazioni⁷¹. A questo riguardo, occorre sottolineare come la problematica cui si è fatto cenno sopra – relativa all'ipotesi in cui, dopo aver comunicato all'autorità giudiziaria l'avvenuto condono, e quindi aver determinato la chiusura del giudizio, l'Ente impositore si avveda della irregolarità della domanda di condono ovvero del mancato pagamento di quanto dovuto – abbia trovato una soluzione, semplice ed efficace, a partire dalla l. n. 289/2002: senza che si necessiti ancora di fare ricorso alla forma revocabile dell'ordinanza, l'art. 16, 8° comma della suddetta legge subordina la dichiarazione di estinzione del processo per c.m.c. all'avvenuta comunicazione, da parte dell'Ufficio incaricato, della regolarità della domanda di definizione e del pagamento integrale di quanto dovuto (nello stesso senso si muove anche l'art. 39, 12° comma del d.l. n. 98/2011).

Questo, in definitiva, l'ambito d'applicazione dell'art. 46. d. lgs. n. 546/1992. Si noti che, stante l'ampiezza della formula di chiusura (*"il giudizio si estingue (...) in ogni*

⁷⁰ Sull'idoneità del perfezionamento del condono a dare luogo a una chiusura del giudizio per c.m.c., Cass., 15-10-2014, n. 21789. Qualora il condono sopraggiunga pendente il giudizio di legittimità, per giurisprudenza consolidata è la stessa Suprema Corte a dover dichiarare la cessazione della materia del contendere; Cass., 15 ottobre 2014, n. 21787. Diversamente, qualora, nelle more del giudizio di legittimità, intervenga l'annullamento in autotutela del contrastato atto, la Corte di cassazione deve dichiarare inammissibile il ricorso per sopravvenuta carenza di interesse. (Cass., 13 gennaio 2006, n. 634). Sempre con riferimento al giudizio di legittimità, Cass., 23 settembre, 2011, n. 19533, ha statuito che la causa di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere, in conseguenza dell'annullamento in via di autotutela dell'atto recante la pretesa fiscale, debba ritenersi prevalente sulle cause di inammissibilità del ricorso per cassazione. Di conseguenza, il Supremo Collegio dovrà dichiararla con sentenza che operi alla stregua di cassazione senza rinvio, in quanto l'avvenuta composizione della controversia, per il venir meno di ragioni di contrasto fra le parti, impone la rimozione delle sentenze emesse non più attuali, perché inidonee a regolare il rapporto fra le parti.

⁷¹ Tra le tante giova rammentare il d.l. n. 429/1982, il d.l. n. 90/1990; la l. n. 408/1990; la l. n. 423/1991; la l. n. 289/2002 ; il d.l. 6 luglio 2011, n. 98.

altro caso di cessazione della materia del contendere”), si ritiene riconducibile all’istituto della c.m.c. anche l’ipotesi di estinzione del processo in conseguenza della conciliazione giudiziale, prevista all’art. 48 del d. lgs. n. 546/1992⁷².

Una volta delineato, seppur sommariamente, l’ambito di operatività della disposizione, occorre procedere oltre nell’analisi e interrogarsi sulla natura della pronuncia dichiarativa della cessazione della materia del contendere in ambito tributario. A questo riguardo la norma dispone che “*il giudizio si estingue in tutto o in parte nei casi di definizione delle pendenze tributarie previste dalla legge e in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere*”. La qualificazione offerta dall’art. 46 della c.m.c quale causa di estinzione del giudizio è parsa, sin da subito, peculiare, dal punto di vista concettuale e sistematico. Infatti, si registra un notevole consenso sul fatto che la “estinzione per avvenuta c.m.c.” non sortisca l’effetto di determinare l’incontestabilità dell’atto impugnato con il ricorso, né, tantomeno, il passaggio in giudicato della sentenza ove l’estinzione per c.m.c. avvenga pendente il processo d’appello o di revocazione”⁷³. La dottrina dominante rifiuta dunque l’assimilazione della c.m.c. all’istituto della estinzione, e interpreta l’inciso contenuto nel dato normativo “il giudizio si estingue” nel senso di una mera constatazione che la conseguenza più immediata della dichiarazione *de qua* è la chiusura del giudizio in corso. Si registra dunque un generale rifiuto di trarre dal dato normativo alcuna

⁷² In questo senso, MARINI, *Le vicende anomali del processo tributario*, In *Il processo tributario*, (a cura di) DELLA VALLE, FICARI, MARINI, Cedam, Padova, 2008; V. CASTALDI, *Il nuovo processo tributario, Commentario*, Milano, 2004, 466 ss. ove più ampi riferimenti. Per un approfondimento si veda inoltre TESAURO, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2009, 187-192, che sottolinea come la legge colleghi gli effetti dell’accordo conciliativo al verificarsi di fatti successivi, più precisamente il versamento dell’intero importo dovuto o, in caso di rateizzazione, il pagamento della prima rata con contestuale presentazione della garanzia, in assenza dei quali il processo non si estingue. In giurisprudenza, Cass., 21 aprile 2011, n. 9219. Nella medesima direzione anche la Circolare ministeriale del 23 aprile 1996, n. 98/E/II-3-1011-*Stralcio*.

⁷³ Cfr. P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, 502-503 puntualizza come sia senz’altro improprio annoverare siffatta fattispecie tra le ipotesi di estinzione del giudizio. Infatti, ricollegandosi necessariamente la c.m.c. al verificarsi di fatti ed eventi nel corso del processo la cui portata sia tale da rendere superflua la prosecuzione di quest’ultimo verso il suo epilogo naturale, appare netta la differenza tra questa e l’estinzione, la quale, viceversa, discende dalla rinuncia agli atti del giudizio o dalla inattività delle parti. MARCHESELLI, *op. cit.*, 519; DELLA VALLE, *op. cit.*, 635. In ipotesi di avvenuto condono, la declaratoria di estinzione, accertando l’intervenuta “definizione” di una pendenza tributaria, importa la caducazione di tutti i provvedimenti resi nel processo relativo non applicandosi la diversa regola di cui all’art. 310 c.p.c., in quanto il perdurare degli effetti ivi previsto per le predette pronunce contrasterebbe con l’accertata definizione del rapporto oggetto delle stesse. A nulla varrebbe inoltre invocare la formazione del giudicato interno su un punto della controversia (Cass., 8 luglio 2008, n. 18640).

conseguenza in ordine alla natura dell'istituto⁷⁴. Pertanto, la soluzione preferibile appare quella secondo la quale l'accostamento della c.m.c. alla fattispecie processuale dell'estinzione dovrebbe ritenersi circoscritta ai soli fini della forma del provvedimento per il tramite del quale il giudice dà atto che la materia del contendere è venuta meno⁷⁵. Dunque, esclusa la possibilità di trarre dal dato normativo solidi argomenti in ordine alla ricostruzione della natura della pronuncia in questione, occorre approfondire proprio tale ultimo aspetto, nella consapevolezza della difficoltà di offrire una soluzione unitaria, stante le intrinseche diversità esistenti tra le ipotesi richiamate dall'art. 46 d. lgs. n. 546/1992.

Anzitutto, quanto all'ipotesi di soddisfacimento delle pretese dal ricorrente avvenuto in seguito alla revoca, annullamento o sostituzione dell'atto in via di autotutela da parte del Fisco, è condivisa l'opinione che considera la c.m.c., in questo caso, una pronuncia di merito⁷⁶. Al fine di terminare il giudizio in questi termini, il

⁷⁴ Si veda FINOCCHIARO, *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Milano, 1996, 645-646; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, cit., 503, esclude l'applicabilità degli articoli 310 e 338 c.p.c. alle ipotesi di c.m.c.. *Contra* Cass., 6 maggio 1998 n. 4583, in *Mass. Giust. civ.*, 1998, 956, la quale, onde giustificare l'affermazione per cui la pronuncia di c.m.c. avrebbe nel processo civile un'efficacia meramente processuale, e pertanto non sarebbe ravvisabile in essa alcuna idoneità preclusiva, ricorda tra l'altro che espressamente l'art. 46 d.lgs. n. 546/1992 parla di giudizio estinto per effetto della c.m.c.. Critica E. VIANELLO, *op. cit.*, 699, che, nel commentare la sentenza appena riportata, insiste sul fatto che l'assimilazione della disciplina processuale della c.m.c. a quella dell'estinzione, vada apprezzata ai soli fini processuali di rendere possibile l'applicazione analogica delle norme sull'estinzione per ciò che attiene alla forma del provvedimento e i rimedi esperibili. Anche G. TESAURO, *op. cit.*, 186-187, ravvisa una differenza tra l'estinzione del processo per c.m.c. e le altre cause di estinzione, in quanto solamente la prima rappresenta una vicenda di diritto sostanziale che incide in maniera ablatoria sull'oggetto del contendere, a differenza dei casi di estinzione per rinuncia o per inattività che portano alla chiusura del processo per un fatto di natura processuale. Sulla base di queste premesse l'A. ritiene che gli effetti della estinzione per c.m.c. siano diversi da quelli derivanti dalla estinzione per motivi processuali; infatti, "se cessa la materia del contendere il processo si estingue e gli effetti di diritto sostanziale sono determinati dall'evento che ha fatto venir meno la ragion d'essere del processo".

⁷⁵ Soggiunge autorevole dottrina che la riconduzione della c.m.c. all'estinzione è stata influenzata dall'uso del legislatore tributario di qualificare come ipotesi di estinzione del processo quelle che più propriamente andrebbero ricondotte alla cessazione della materia del contendere. *Amplius* FINOCCHIARO, *op. cit.*, 646, ove più ampi riferimenti.

⁷⁶ *Ex multis*, Cass., 12 novembre 2003, n. 16987. Propone una distinzione inedita Cass., 15 ottobre 2007, n. 21529: per opinione della Corte, la sentenza dichiarativa della cessazione della materia del contendere produce effetti diversi a seconda che consegua al mero riscontro del venir meno dell'atto impugnato per effetto di una unilaterale determinazione dell'ufficio, ovvero discenda dall'adozione, da parte della medesima Amministrazione, di un atto conforme alla pretesa avanzata dal contribuente. Mentre nel primo caso la declaratoria di cessazione della materia del contendere non sortisce effetti sostanziali nei rapporti tra fisco e contribuente, nel secondo essa fa stato in merito alla definitiva realizzazione dell'interesse di quest'ultimo, sicché una volta passata in giudicato è preclusa all'erario la possibilità di annullare, in via di autotutela, il provvedimento che aveva determinato la cessazione della "res litigiosa". *Contra*, Cass., 3 marzo 2006, n. 4744, secondo cui nulla è in grado di ostacolare l'eventualità di una successiva rimozione dell'annullamento in autotutela che aveva dato causa alla terminazione del processo per avvenuta c.m.c.

giudice è chiamato a valutare la conformità dell'operato dell'Ufficio alle istanze del ricorrente; solamente una modificazione dell'atto impugnato interamente soddisfattiva delle pretese del contribuente può determinare una chiusura del giudizio per cessata materia del contendere. Così intesa, la declaratoria consisterebbe in una presa d'atto, volta ad accertare che la modificazione intervenuta sul piano sostanziale ha determinato, per il ricorrente, l'ottenimento delle stesse identiche utilità cui costui ambiva con l'invocazione della tutela giudiziaria. La c.m.c. sarebbe dunque una pronuncia di merito, idonea a fare stato tra le parti ai sensi dell'art. 2909 c.c. e a costituire il presupposto di un eventuale giudizio di ottemperanza. Inoltre, il giudicato formatosi su una sentenza di c.m.c. che assuma a presupposto l'intervenuta definitiva realizzazione, in conformità alle richieste dell'amministrazione, dell'interesse del contribuente attraverso l'annullamento in via di autotutela dell'atto impositivo, costituisce impedimento all'emanazione di un ulteriore provvedimento in autotutela che pretenda di far rivivere il debito tributario⁷⁷.

In sintesi, stando all'opinione maggioritaria, in dottrina e giurisprudenza, la cognizione del giudice, in questo caso, si estenderebbe all'accertamento della realizzazione della pretesa del ricorrente in seguito al sopraggiunto esercizio del potere di autotutela da parte dell'Amministrazione finanziaria⁷⁸. La stessa conclusione non viene considerata sempre valida anche per l'ipotesi speculare, in cui è la posizione della parte pubblica ad essere soddisfatta in virtù della sottomissione volontaria del ricorrente alla pretesa contributiva, e per l'ipotesi in cui, pendente una controversia per la ripetizione di quanto indebitamente pagato dal contribuente, l'Amministrazione finanziaria provveda al rimborso di tale somma. È proprio al ricorrere di tali eventualità che la giurisprudenza tributaria guarda alla cessazione della materia del contendere come plasmata dalla prassi civile, chiudendo il giudizio in conseguenza della sopravvenuta carenza di interesse alla prosecuzione dello stesso.

Si disconosce pertanto l'idoneità al giudicato sostanziale (con particolare riferimento all'efficacia positivo-conformativa dello stesso) della dichiarazione di c.m.c.

⁷⁷ Cass., n. 21529/2007; *Contra*, in precedenza, Cass., n. 15062/2001; Cass., 1048/2000; Cass., n. 4714/2006.

⁷⁸ In questo senso P. RUSSO, *op. cit.*, SPATARO, *op. cit.*, BUSCEMA, *op. cit.*; A. SCALA, *op. cit.* 150 ss. secondo cui la dichiarazione di c.m.c. (emessa in conseguenza della rinuncia definitiva dell'amministrazione alla pretesa o dell'annullamento dell'atto in conformità alle richieste del ricorrente, con contestuale rinnovazione dell'esercizio della funzione impositiva) contiene l'accertamento della soddisfazione della pretesa vantata ed ha dunque natura di merito, con conseguente idoneità al giudicato. In giurisprudenza, Cass., n. 7335/2010.

Infine, quanto all'ipotesi di c.m.c. per avvenuto condono, l'opinione maggioritaria è orientata nel senso di considerare la relativa pronuncia, anche in questo caso, una pronuncia di merito, idonea al giudicato sostanziale e capace di costituire il presupposto di un eventuale giudizio di ottemperanza⁷⁹. Alcune perplessità in ordine all'idoneità a divenire cosa giudicata sostanziale della pronuncia di c.m.c. conseguente all'avvenuto condono potrebbero sorgere in considerazione di alcuni elementi, quali: un margine di apprezzamento del giudice maggiormente limitato (residuano incertezze sul tipo di valutazione che il giudice è chiamato a compiere successivamente alla comunicazione dell'avvenuto condono proveniente dall'Agenzia delle entrate: non è chiaro, in buona sostanza se l'organo giudicante possa procedere a valutare la sussistenza dei presupposti del condono, e dunque la legittimità, oppure debba limitarsi a prendere atto dell'avvenuta sostituzione della fonte regolatrice dei rapporti tra Fisco e contribuente); la preferenza per la forma dell'ordinanza che, per anni, la giurisprudenza ha reputato maggiormente idonea a regolare tali situazioni, in virtù della sua revocabilità in ipotesi di successiva emersione di vizi del procedimento di condono.

⁷⁹ A. SCALA, *op. cit.*, 150 ss., secondo cui la c.m.c. in ambito tributario avrebbe sempre natura di merito, anche in ipotesi di avvenuto condono o conciliazione ai sensi dell'art. 48 del d. lgs. n. 546/1992. Per Scala infatti, in questi due casi la pronuncia di c.m.c. contiene l'accertamento della sostituzione della fonte dei rapporti tra fisco e contribuente (mentre, si è appena visto che in ipotesi di esercizio dell'autotutela da parte dell'amministrazione finanziaria, la pronuncia di c.m.c. andrebbe qualificata tra le pronunce di merito in considerazione dell'accertamento che la stessa contiene della realizzazione della pretesa del ricorrente, seppur in forma lievemente diversa rispetto a quanto avviene nel processo amministrativo (Scala, *op. cit.*, 152). BUSCEMA, *La declaratoria di cessazione della materia del contendere tra giudicato sostanziale e principio della soccombenza*, in *Il fisco*, n. 22/1997, pag. 6109, che attribuisce natura di merito a questa pronuncia sulla base dell'accertamento ivi contenuto dell'assetto di interessi che le parti hanno raggiunto in sede stragiudiziale; Secondo P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, cit., 503, questa conclusione appare l'unica in grado di depurare l'art. 46 dalle sue improprietà terminologiche e concettuali; per Glendi, a livello pratico, ove la commissione dichiara la c.m.c. sulla base di una ritenuta applicabilità del condono, quand'anche non ne sussistano i presupposti, ove la sentenza non venga ritualmente impugnata, la lite dovrà ritenersi in tal modo definitivamente risolta". SPATARO, *Spese processuali e cessazione della materia del contendere*, in *Fisco*, 2004, 46, 7775. Quanto alla giurisprudenza, Cass., 8 agosto 1990, n. 8000; Cass., 24 luglio 1987, n. 6446; Cass., 11 gennaio 1990, n. 46. Per Cass., 2424/2012 la sentenza è idonea al giudicato quanto all'accertamento dei fatti che determinano il venir meno della contesa. *Contra*, Cass secondo cui la c.m.c. per avvenuto condono dà luogo a una pronuncia che non è idonea ad acquistare l'efficacia di giudicato sostanziale. La Corte soggiunge che è escluso che dalla suddetta pronuncia possa derivare il consolidamento dei crediti d'imposta esposti dal contribuente nelle dichiarazioni oggetto di rettifica da parte dell'ufficio tributario. Cfr. Cass., 23 luglio 2002, n. 13854. Tale conclusione nel senso dell'esclusione della natura di merito alla c.m.c. per avvenuto condono pare potersi estendere altresì alle ipotesi di c.m.c. per avvenuta conciliazione giudiziale ex art. 48 d.lgs. n. 546/1992. In tempi passati, Cass., 24 luglio 1987, n. 6446, in *Giust. civ. Rep.*, 1987 voce Procedimento civile, riteneva che la dichiarazione di cessata materia del contendere trovasse un ostacolo nell'accertamento della nullità assoluta dell'atto introduttivo del giudizio e, quindi, nella sua conseguente inidoneità a una valida instaurazione del rapporto giuridico processuale, in quanto, in questa eventualità sarebbe preclusa al giudice la cognizione di ogni altra questione di rito e di merito su cui intervenire con una valida pronuncia giurisdizionale.

Tale possibilità è stata mantenuta anche dal legislatore del 1992, dal momento che, quanto alla forma, l'art. 46 dispone che la cessazione della materia del contendere sia dichiarata, “*salvo quanto diversamente disposto da singole norme di legge*”, dal Presidente con decreto o dalla Commissione con sentenza. L'inciso parrebbe dunque riferirsi alle disposizioni specifiche presenti nei provvedimenti legislativi di condono⁸⁰.

A ogni modo, stando all'opinione prevalente, anche in caso di avvenuto condono, la dichiarazione di c.m.c. rappresenterebbe una vera e propria pronuncia dichiarativa, idonea a porre fine al processo a seguito dell'accertamento da parte del giudice di merito del venir meno della pretesa di diritto sostanziale in esso fatta valere.

Procedendo nell'analisi della disposizione, non si può fare a meno di rilevare come l'assimilazione della formula *de qua* all'estinzione del giudizio aveva sortito un'ulteriore, deprecabile, conseguenza. Condizionato dalla qualificazione in termini di estinzione del giudizio, il 3° comma della disposizione stabiliva che le spese restassero “a carico della parte che le aveva anticipate, salvo diverse disposizioni di legge”. La disciplina non appariva congrua per l'ipotesi di ritiro dell'atto impugnato da parte dell'amministrazione resistente in cui vi si poteva leggere un sostanziale riconoscimento della bontà dei motivi d'impugnazione fatti valere dal ricorrente⁸¹. Sul punto la critica veniva formulata in maniera unanime dalla dottrina, anche da chi valorizzava la necessità di non scoraggiare, con il timore della condanna al pagamento delle spese di

⁸⁰ Così anche DI PAOLA, *op. cit.* 959-960. In giurisprudenza, Cass., n. 15574/2006; Per Cass., 3 ottobre 2006, n. 21324, in tema di condono fiscale, e con riferimento alla definizione agevolata dei rapporti tributari pendenti prevista dalla legge 30 dicembre 1991, n. 413, l'estinzione del giudizio conseguente alla presentazione della dichiarazione integrativa, deve essere dichiarata con ordinanza, la quale attribuisce all'Amministrazione finanziaria il potere di chiedere con una semplice comunicazione la revoca del provvedimento, determinando in tal modo la riapertura del giudizio, nel quale il giudice deve decidere con sentenza in ordine alla fondatezza sia dell'istanza di revoca che della pretesa sostanziale avanzata dall'Amministrazione. Ancora, secondo Cass., 23 luglio 2004, n. 13854 la pronuncia di cessata materia del contendere, a seguito di intervenuta definizione delle pendenze tributarie (nella fattispecie, definizione automatica ex art. 49 della legge 30 dicembre 1991, n. 413), comporta, da un lato, la caducazione di tutte le pronunce emanate nei precedenti gradi di giudizio e non passate in giudicato, e, dall'altro, la sua assoluta inidoneità ad acquistare efficacia di giudicato sostanziale, diversa da quella limitata all'accertamento del venir meno dell'interesse alla prosecuzione del giudizio.

⁸¹ Critico su questo punto FINOCCHIARO, *op. cit.*, 448, che osserva come sul presupposto che la c.m.c. possa conseguire anche al sostanziale riconoscimento, da parte dell'Amministrazione, del diritto azionato con il ricorso, non si vede la ragione per la quale alla parte sostanzialmente vittoriosa non debba essere riconosciuto il diritto ad ottenere le spese anticipate. Inoltre, a differenza della rinuncia al ricorso, la norma non dà spazio a diversi accordi delle parti in tema di spese. Nella stessa direzione anche RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, cit., 502-503, che avrebbe preferito che il legislatore avesse lasciato libertà al giudice di decidere in punto di spese.

causa, la respiscenza dell'Amministrazione finanziaria⁸². Anche la giurisprudenza si manifestava sensibile a tale problematica, sollevando più volte la questione di legittimità costituzionale della norma in relazione agli artt. 3, 24 e 97 Cost. Per ben sei volte la Consulta si è espressa nel senso di escludere l'asserito contrasto tra l'art. 46, 3° c. e i principi costituzionali richiamati non ravvisando "alcun privilegio a favore della Pubblica Amministrazione bensì un legittimo bilanciamento tra le istanze dei singoli e la conservazione delle peculiari caratteristiche di snellezza del processo tributario"⁸³. La posizione della Corte non mancò di sollevare malumori. Proprio in risposta all'orientamento della Consulta, si registravano episodi di sostanziale disapplicazione del 3° comma dell'art. 46 da parte del giudice tributario⁸⁴. In alcune decisioni, la giurisprudenza di merito, mossa da ideali di giustizia sostanziale e incurante della invero evidente forzatura del dato normativo, dichiarava l'estinzione del giudizio per cessata materia del contendere con contestuale condanna dell'Ufficio impositore al pagamento delle spese del giudizio. Tale scelta si basava sulla circostanza per cui l'annullamento dell'atto avvenuto in autotutela equivalesse a un sostanziale

⁸² In particolare, PORCARO, *Ritiro del provvedimento impugnato e rifusione delle spese di lite*, in *Fisco*, 1997, 13249 ss. rilevava che la formulazione dell'art. 46, 3° comma finiva per non incentivare il ritiro dell'atto in un momento antecedente all'instaurazione del giudizio. Tra coloro i quali si sono espressi in maniera critica rispetto alla previsione di legge, RUSSO, DELLA VALLE, *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Il processo tributario, giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, diretta da G. TESAURO, Torino, 1998, 632 – 636. Anche il disegno di legge c.d. Marongiu, contenente modifiche e integrazioni ai decreti n. 545 e 546 del 1992 prevedeva la modificazione del 3° comma "al fine di consentire al giudice di avvalersi eventualmente del criterio della soccombenza virtuale, evitando così un'evidente disparità di trattamento a danno dei contribuenti. SPATARO, *op. cit.*; MONTUORI, *Ritiro dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione finanziaria in corso di causa: regime delle spese processuali anticipate dal ricorrente*, in *Fisco*, 2000, 34, 10579; G. PORCARO, *Ritiro del provvedimento impugnato e rifusione delle spese di lite*, in "il fisco" n. 45/1997, pag. 13249, G. FERRAÙ, *Le spese del giudizio estinto a carico della parte che le ha anticipate*, (nota a sentenza della Corte Costituzionale n. 53/1998), in *Corr. trib.*, n. 20/1998, A. BUSCEMA, *La declaratoria della cessazione della materia del contendere tra giudicato sostanziale e principio di soccombenza*, *op. cit.*, GRAZIANO, *La Consulta "salva" le spese del giudizio anticipate dalla parte*, (nota a ordinanza della Corte Costituzionale n. 465 del 3 novembre 2000), in *Corr. trib.* n. 17/2000, M. FOSSA, *La disciplina delle spese al vaglio della Corte costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, II, 1999, GLENDI, *Condanna delle spese in caso di estinzione del giudizio per cessata materia del contendere*, *op. cit.*, G. PETRILLO, *Le spese processuali nell'estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere*, in "il fisco" n. 31/1999, pag. 10392; BENIGNI, *Condanna alle spese e responsabilità aggravata nella cessata materia del contendere*, in *Riv. dir. trib.*, n. 5/2002, II, 345-369.

⁸³ La Corte Costituzionale, con sentenza 12 marzo 1998, n. 53 aveva dichiarato per la prima volta infondata la questione di legittimità costituzionale prospettata; nel medesimo senso si sono poi susseguite le ordinanze 28 ottobre, 1998, n. 368, 18 marzo 1999, n. 77, 23 giugno 1999, n. 265 e 3 novembre 2000, n. 465. Infine, con ordinanza 29 gennaio 2005, n.368, la Consulta aveva ritenuto inammissibile la questione prospettata.

⁸⁴ Per un approfondimento, BRUZZONE, *Le spese nella cessazione della materia del contendere*, in *Fin. E Trib.*, 2005, 24, ove ampi riferimento giurisprudenziali. Per un'analisi dettagliata dei tentativi posti in essere dalla giurisprudenza di merito si consulti SPATARO, *op. cit.*

riconoscimento della illegittimità del proprio operato: in altri termini, la prassi ravvisava in ciò un'ammissione di soccombenza. Inoltre, l'irragionevolezza del dettato normativo si appalesava nel raffronto con quanto previsto dall'art. 23, comma 7° della l. n. 1034/1971 per l'ipotesi di annullamento o riforma dell'atto in via di autotutela nel caso del processo amministrativo⁸⁵.

Con la sentenza n. 274 del 12 luglio 2005, è stata infine accolta la censura di illegittimità costituzionale. Per opinione della Corte Costituzionale, “è contrario al principio di ragionevolezza consacrato nell'art. 3 Cost. l'art. 46, comma 3° laddove dispone che le spese del giudizio estinto, non solo nei casi di definizione delle pendenze tributarie previste dalla legge, ma anche in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere, restino a carico della parte che le ha anticipate”⁸⁶. Di conseguenza, resta fermo, per i casi di definizione delle pendenze tributarie previste dalla legge, il regime di compensazione *ope legis* delle spese ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 546/1992, mentre, per le altre ipotesi di c.m.c., il giudice dovrà fondare la propria decisione circa la sopportazione delle spese di causa sul principio di responsabilità. Di conseguenza, tanto in ipotesi di ritiro dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione, quanto nel caso di acquiescenza del ricorrente alla pretesa contributiva, il giudice tributario dovrà determinare l'allocazione delle spese del giudizio sulla base del principio di

⁸⁵ Per Comm. Trib. Prov. Torino, 7 giugno 2000, n. 110, l'ipotesi di c.m.c. è frutto di un comportamento dell'Ufficio che si adegua, dopo l'instaurazione del processo tributario, alla richiesta del contribuente, non è regolata dall'art. 46, bensì dall'art. 15 dello stesso decreto e si applicano i principi della soccombenza virtuale. In precedenza, Comm. Trib. Prov. Lecce, 23 maggio 1997, n. 60; Comm. Trib., Torino, 23 agosto 1999, n. 160, secondo cui il 3° comma dell'art. 46 non può trovare applicazione nel caso in cui la c.m.c. consegua al comportamento dell'Ufficio che, aderendo alle richieste del contribuente, rinunci alla pretesa impositiva. Anche secondo questa pronuncia il giudice tributario deve, in tal caso, liquidare le spese ai sensi dell'art. 15 del decreto.

⁸⁶ Nella pronuncia si legge che, posto che “il processo tributario è in linea generale ispirato – non diversamente da quello civile o amministrativo – al principio di responsabilità per le spese del giudizio”, “la compensazione *ope legis* delle spese nel caso di cessazione della materia del contendere, rendendo inoperante quel principio, si traduce, dunque, in un ingiustificato privilegio per la parte che pone in essere un comportamento (il ritiro dell'atto, nel caso dell'amministrazione, o l'acquiescenza alla pretesa tributaria, nel caso del contribuente) di regola determinato dal riconoscimento della fondatezza delle ragioni altrui, e, corrispondentemente, in un del pari ingiustificato pregiudizio per la controparte, specie quella privata, obbligata ad avvalersi, nella nuova disciplina del processo tributario, dell'assistenza tecnica di un difensore”.

A proposito C. GLENDI, *La Consulta boccia la norma sulle spese compensate per cessata materia del contendere*, in *Corr. Trib.*, 2005, 2693-2700, che plaude il tanto atteso intervento della Corte, sottolineando la intrinseca irragionevolezza dall'originario comma 3° dell'art. 46 che imponeva la compensazione *ope legis* delle spese del giudizio indiscriminatamente per tutti i casi di intervenuta c.m.c. compresi quelli scaturiti dal ritiro dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione finanziaria. Si confronti anche F. RUSSO, *Le spese processuali nel processo tributario*, in *Fisco*, 2009, 12, 1898; BRUZZONE, *op. cit.*; FELICETTI – SAN GIORGIO, *Cessazione della materia del contendere e condanna al pagamento delle spese*, in *Corr. Giur.*, 2005, p.1292 ss.

responsabilità, ponendole a carico della parte virtualmente soccombente, ovvero compensandole ex art. 15 del d. lgs. n. 546/1992, ove ritenga che sussistano “gravi motivi”⁸⁷. Quanto detto conferma, da altra angolazione, l’esistenza di due categorie distinte di fatti di cessazione in ambito tributario e la ontologica diversità che le separa.

In via di ulteriore conferma di quanto affermato, occorre segnalare, in una prospettiva *de iure condendo*, il disegno di legge n. 988, presentato al Senato il 1° agosto 2013, volto all’introduzione di un vero e proprio “Codice del processo tributario”⁸⁸. Nel contesto di questa proposta, si ritrova un articolo, contenuto nel capo relativo all’estinzione del giudizio, dedicato alla cessazione della materia del contendere. Ci si riferisce all’art. 80, rubricato, per l’appunto, “Estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere”. Il 1° comma ricalca sostanzialmente il comma di apertura dell’art. 46, d. lgs. n. 546/1992, ma vi aggiunge, in coda, una precisazione: viene disposto che “il giudizio si estingue, in tutto o in parte, nei casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge e in ogni altro caso di cessazione della materia del contendere *per venir meno dell’oggetto del processo*”⁸⁹. In tema di distribuzione delle spese giudiziali, il 2° comma recepisce i risultati derivanti dall’intervento della Corte Costituzionale avvenuto nel 2005 e dall’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale successiva. Si legge, infatti, che “le spese del giudizio estinto a norma del comma 1° restano a carico delle parti che le hanno anticipate, nei casi di definizione delle pendenze tributarie previsti dalla legge. In ogni altro caso, il collegio liquida le spese secondo il criterio della soccombenza virtuale. È fatta salva la facoltà di compensare le spese soltanto qualora ricorrano i presupposti di cui all’articolo 21, comma 7”, ossia in caso di soccombenza reciproca o qualora sussistano gravi ed eccezionali ragioni.

⁸⁷ Per una panoramica del nuovo corso intrapreso dalla giurisprudenza successivamente all’arresto della Consulta, DI SIENA, *L’estinzione del processo per cessazione della materia del contendere, in Il processo tributario*, (a cura di) DELLA VALLE, FICARI, MARINI, Padova, 2008, 533-536; Di Paola, op. cit., 977. Cfr. Cass., n. 21530/2007; Cass., n. 21380/2006; Cass., n. 634/2006.

⁸⁸ Il testo del d.d.l. è contenuto in C. GLENDI, A. CHIZZINI, *Codice del processo tributario annotato*, 1701-1748, con commento di A. CHIZZINI, *Il codice del processo tributario nel sistema del “giusto processo”*, 1749-1760.

⁸⁹ Con riferimento all’altra ipotesi, tradizionalmente ricondotta alla c.m.c. vale a dire quella di conciliazione giudiziale, l’art. 118 del d.d.l. prevede che “il collegio, riscontrata la formale ritualità dell’accordo, dà atto dell’intervenuta conciliazione. Se l’accordo esaurisce l’oggetto del giudizio, il collegio pronuncia sentenza di cessazione della materia del contendere. Se l’accordo conciliativo riguarda soltanto una parte di quanto forma oggetto di giudizio, il collegio procede all’ulteriore trattazione della causa e dell’intervenuta cessazione parziale della materia del contendere si dà atto nella sentenza che definisce la controversia”.

Questi, dunque, i risultati dell'indagine relativa ai due luoghi dell'ordinamento processuale italiano nei quali il legislatore ha ritenuto opportuno intervenire per consacrare l'esistenza della formula. Vi è stata dunque un'iniziativa da parte del legislatore italiano, a differenza di quanto avvenuto con riferimento al processo civile, ove la formula non ha ricevuto formale riconoscimento. Della concreta possibilità di tipizzare la formula di cessata materia del contendere si è parlato una sola volta nell'ambito del progetto di legge per la riforma organica del processo civile elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. Tarzia nel 1995⁹⁰. Il disegno di legge delega prevedeva, al punto 22, un regime differenziato a seconda che fosse intervenuto, o viceversa non fosse intervenuto l'accordo tra le parti in ordine all'avvenuta cessazione della materia di contendere: nel primo caso la pronuncia sarebbe dovuta avvenire con ordinanza non impugnabile dal giudice istruttore, mentre, in caso di disaccordo, avrebbe dovuto provvedere il giudice con sentenza. Venivano altresì individuate quattro categorie di ipotesi di c.m.c.: a) se una parte succede all'altra nel diritto controverso, a titolo universale o particolare; b) se una parte prova che nel corso del processo essa ha stipulato con l'altra parte una transazione sul rapporto controverso, o che l'altra parte ha rinunciato alla domanda; c) se nel corso del processo si è estinto il diritto controverso; d) se nel corso del processo è venuta meno la parte attrice o convenuta in un'azione che non si trasmette. Inoltre, il punto 11 prevedeva che il provvedimento dichiarativo della c.m.c. dovesse pronunciare sulle spese, salvo esplicita volontà delle parti di rinunciarvi⁹¹. È evidente come quella proposta non fosse altro che una previsione di massima, aperta a ulteriori puntualizzazioni da parte del legislatore delegato; proprio l'atto d'incarico stabiliva che il compito della Commissione fosse quello di provvedere allo studio e all'elaborazione, redigendo apposito schema di legge delega, dei principi e dei criteri direttivi per un'organica e completa revisione delle norme del c.p.c. e delle disposizioni di attuazione. A questo riguardo si noti come, per opinione della

⁹⁰ Per un approfondimento, G. TARZIA, *Sul progetto di riforma organica*, cit.

⁹¹ A riguardo, A. BRIGUGLIO, *La pregiudizialità e le vicende anomale del processo*, in TARZIA (a cura di), *Sul progetto di riforma organica*, 45 – 59, che sottolinea come la c.m.c. sia stata assimilata alle vicende anomale per convenzione distributiva. Secondo l'A. - membro della Commissione incaricata - l'assenza di qualsiasi supporto normativo diretto fa della c.m.c. un istituto dagli incerti confini, affidata com'è a un'elaborazione giurisprudenziale non sempre limpida. Favorevole all'introduzione di una disciplina positiva della c.m.c., E. GRASSO, 177, il quale ritiene giusto normativizzare la cessazione della materia del contendere, che è stata per lungo tempo un oggetto misterioso. Inoltre, per G. TARZIA, *Relazione illustrativa*, cit. 283, il rinvio già vigente delle norme sul giudizio d'appello a quelle di primo grado, in quanto applicabili, consentirà, nei medesimi casi, la dichiarazione della cessazione della materia del contendere da parte del Collegio investito del gravame.

Commissione, si sarebbe potuto procedere, durante la fase di ulteriore puntualizzazione del progetto, a un'ulteriore specificazione della categoria potenzialmente più ampia relativa all'estinzione del diritto, per consentire di rendere evidente il crinale fra il versante della cessazione della materia del contendere ed il versante del rigetto della domanda⁹². Scontato dire che al ddl non è seguita l'introduzione di alcuna disciplina della c.m.c.

II SEZIONE
 PROFILI COMPARATIVI.
 IL FATTO SOPRAVVENUTO NELL'ORDINAMENTO TEDESCO,
 AUSTRIACO E FRANCESE

1. Die Erledigung der Hauptsache nell'ordinamento tedesco

Nelle pagine che precedono si è avuto modo di porre in evidenza come le problematiche e le esigenze riconnesse all'irrompere, sul giudizio in corso, di un fatto idoneo ad elidere l'oggetto del processo - e quindi a far venire meno la materia del contendere - siano state avvertite in sistemi processuali di ogni tempo e luogo⁹³. Se comune si è rivelata la necessità di scegliere ed individuare un dato momento come quello più adatto per fotografare la situazione giuridica e fattuale da sottoporre al giudice ai fini della decisione, generalizzata è apparsa altresì l'opportunità di attribuire rilievo a determinati eventi, nonostante questi vengano ad esistenza successivamente a

⁹² Di questo avviso, in particolare, BRIGUGLIO, *op. cit.*, 58 e 59.

⁹³ Con riferimento al fattore "tempo" si rinvia *supra* cap. 1, par. 1, nt. 6 per un rapido resoconto di come le incertezze ricollegabili al fenomeno in questione abbiano interessato già i giuristi dell'età classica del diritto romano. Inoltre, per un ulteriore approfondimento a riguardo si consulti, G. DE STEFANO, *Considerazioni generali sulla cessazione della materia del contendere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 38-39, GÖPPINGER, *Die Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache*, Stoccarda, 1958, 17-19, e EL-GAYAR, *Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichtsprozess*, Carl Heymanns Verlag Kg, Berlin, 1998, 13-14, ove preziosi riferimenti anche con riguardo al periodo di diritto comune.

Per quanto concerne il fattore "spazio" si rinvia a G. DE STEFANO, *Sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, in *Riv. Trim. dir. proc.*, 1961, 569-584, per una panoramica del modo di affrontare l'eventualità in esame fatto proprio da alcuni ordinamenti processuali europei.

detto istante di cristallizzazione della realtà processuale. Di conseguenza, proprio perché aspetto connaturale alla durata e rigidità dei sistemi processuali moderni, non meraviglia che il delicato intreccio di problematiche sotteso alla c.m.c. sia stato oggetto di studio anche in ordinamenti stranieri. Tra questi, viene in rilievo anzitutto l'ordinamento germanico, ove il fenomeno in questione è noto sotto il nome di *Erledigung der Hauptsache*. In tale contesto giuridico, il fatto sopravvenuto ha costituito oggetto di approfondito esame da parte degli interpreti germanici; grande è infatti la varietà di proposte, sia ricostruttive che risolutive. Prima di entrare nel vivo dell'analisi della *Erledigung der Hauptsache*, giova premettere alcune considerazioni di ordine generale. Anzitutto, quanto alla premessa di tutta l'elaborazione gravitante attorno al fatto sopravvenuto, occorre sottolineare come questa sia comune a quella accolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza italiane: concordia regna sulla circostanza per cui il giudice investito della causa debba tenere in considerazione i fatti che abbiano un'incidenza sulla materia del contendere, seppur intervenuti in un momento successivo alla proposizione della domanda. Così la decisione sulla domanda giudiziale non avverrà in base alla situazione di fatto e di diritto esistente al momento della sua proposizione, bensì in base alla situazione *di fatto* sussistente al momento della chiusura della discussione orale e in base alla situazione *di diritto* esistente al momento della decisione⁹⁴. Si ammette, dunque, seppur con alcune limitazioni, che una domanda, originariamente ammissibile e fondata, divenga inammissibile o infondata a causa del sopraggiungere, lite pendente, di un evento idoneo a incidere sugli elementi di fatto e di diritto sussistenti al momento della proposizione della stessa. Proprio questa eventualità ha rappresentato la ragione per l'introduzione del par. 91 a nel ZPO, rubricato "*Kosten bei Erledigung der Hauptsache*" e relativo ai criteri cui il giudice deve attenersi nella distribuzione del carico delle spese giudiziali per il caso in cui il processo venga a terminare a causa della *concorde* dichiarazione della parti che l'oggetto del contendere è venuto meno. Il dettame normativo costituirà oggetto di approfondito esame nei prossimi paragrafi. Quel che preme anticipare sin d'ora è come l'intervento legislativo

⁹⁴ Anche in questo ordinamento è noto e indiscusso il principio della sensibilità del processo alle modificazioni di fatto e di diritto successive all'instaurazione del procedimento: "*für die Frage der Zulässigkeit und Begründetheit einer Klage kommt es nicht auf den Zeitpunkt der Klageerhebung, sondern hinsichtlich des Tatsachenstoffes auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung und hinsichtlich des Rechts, das anzuwenden ist, auf den Zeitpunkt des Erlasses des Urteils an*". Cfr. ASSMANN, 180; ROSEMBERG-SCHWAB, § 134 II; THOMAS-PUTZO § 300; ZÖLLER-VOLLKOMMER, § 300 Rdnr. 3.

non sia riuscito nell'intento di apprestare una disciplina generale e soddisfacente del fatto sopravvenuto. Questo *Paragraph* infatti ha riguardo solamente dell'ipotesi in cui le parti dichiarino di comune accordo che la materia del contendere è venuta meno, un po' come accade guardando all'elaborazione giurisprudenziale italiana in tema di c.m.c. Rimane estranea alla soluzione positivamente data l'eventualità in cui una parte soltanto dichiara l'avvenuta cessazione, mentre l'altra o ne contesti la verifica, oppure ambisca a una chiusura del processo con una consueta decisione di merito. Ben presto gli interpreti tedeschi si sono resi conto dei limiti della norma e dell'inadeguatezza della stessa a regolare talune ipotesi di fatto sopravvenuto, a discapito di quello che costitutiva lo scopo dichiarato, ossia congegnare un meccanismo in grado di recepire le sopravvenienze⁹⁵. Ciò ha dato vita a un'elaborazione dottrinale che ha considerato le possibili sorti del processo nel caso in cui la dichiarazione di avvenuta *Erledigung der Hauptsache* rimanga unilaterale, i cui risultati si sono sviluppati parallelamente al Par. 91a ZPO. Si parla dunque di *einseitige Erledigungserklärung* in contrapposizione alla *übereinstimmende Erledigungserklärung*. La seconda, si è detto, è stata considerata dal legislatore tedesco, mentre la prima continua a rimanere un'elaborazione dottrinale. Le due figure di *Erledigungserklärung* costituiranno oggetto di approfondito esame di seguito; per adesso, occorre procedere a delineare il quadro d'insieme della problematica del fatto sopravvenuto come avvertita e impostata nell'ordinamento germanico e, in un secondo momento, illustrare gli altri interventi legislativi che si sono registrati a riguardo.

Un primo elemento molto importante concerne il travaglio storico-evolutivo della *Erledigung der Hauptsache*: anche la *Erledigung der Hauptsache* è un prodotto di origine giurisprudenziale. Dunque, anche nell'ordinamento tedesco, è stata la prassi a farsi portatrice delle esigenze riconosciute alla formula in esame, assumendosi la responsabilità della scelta di non seguire i moduli legislativamente prefissati, ma di terminare il processo in corso con la dichiarazione *de qua*, non appena risultasse venuto meno l'oggetto del contendere. Occorre segnalare, inoltre, che la casistica era, per

⁹⁵ La disposizione normativa non è di per sé risoltrice del problema. È una soluzione che, al pari di quella offerta dalla giurisprudenza italiana, ha gioco solamente in caso di accordo tra le parti. K. SCHWAB, *Die einseitige Erledigungserklärung*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1959, 128, rileva come la legge del 1950 non abbia in nessun modo contribuito alla chiarificazione del problema.

sommi capi, la medesima riscontrabile anche nei repertori giurisprudenziali italiani⁹⁶. Da questo ceppo comune, le strade percorse dalle due elaborazioni finiscono per distanziarsi notevolmente, e ciò, principalmente, in virtù di alcuni interventi del legislatore germanico. Dunque, su una quasi totale sovrapposibilità di ambiti applicativi si è inserito l'intervento del *Gesetzgeber* che, in un primo momento, ha avuto riguardo dei fatti di cessazione comportanti l'autocomposizione della lite (riconoscimento del diritto, rinuncia all'azione, transazione) e, successivamente, ha introdotto la norma di cui al par. 91a ZPO.

Quanto al primo intervento legislativo, fatti di cessazione quali il riconoscimento del diritto e la rinuncia all'azione sono stati autonomamente disciplinati e, in tal modo, allontanati dall'elaborazione giurisprudenziale in tema di *Erledigung der Hauptsache*. Si è visto come la problematica sottesa a questi particolari comportamenti degli originari contendenti sia quella relativa ai limiti del potere dispositivo delle parti, e quindi al rapporto tra potere delle parti e libertà di valutazione del giudice. Ebbene tale problematica è stata risolta a monte dal legislatore tedesco, con una soluzione orientata nel senso di attribuire massima rilevanza al potere dispositivo delle parti. Nel dettaglio, a questi atti, manifestazione della volontà della parte di sottomettersi alla richiesta avversaria, è stata attribuita incidenza diretta sul contenuto della sentenza; la rinuncia all'azione e il riconoscimento del diritto vincolano il giudice nella compilazione della pronuncia. Dunque, le conseguenze di simili atti unilaterali sono state regolate normativamente muovendosi entro i binari dell'alternativa accoglimento-rigetto nel merito della pretesa azionata. Nel disegno del legislatore germanico, queste due ipotesi corrispondono alle due facce della medaglia di una sentenza di merito. Pertanto, nel caso in cui il convenuto riconosca il buon diritto dell'attore, il giudice si vedrà costretto a compilare una sentenza di accoglimento nel merito⁹⁷. Specularmente, nel caso in cui

⁹⁶ Per una panoramica della giurisprudenza riguardo alla *Erledigung der Hauptsache* si consulti BECKER-EBERHARD, *Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess, in Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*, Monaco, 2000, 274, ove viene brevemente riportata la prima causa che, sottoposta all'esame del *Reichsgericht* nel 1886, trovò il proprio epilogo in una declaratoria *Erledigung der Hauptsache*. A riguardo la ricerca condotta da EL-GAYAR, op. cit., 15 giunge alla conclusione per cui, a quel tempo, la discussione circa la figura processuale in questione aveva già raggiunto un apprezzabile grado di approfondimento e precisione, ma, ciò nonostante, né la relazione di accompagnamento alla *Zivilprozessordnung* del 1877, né i verbali della Commissione redigente incaricata contenevano alcun riferimento alla *Erledigung der Hauptsache*.

⁹⁷ In questo senso dispone il par. 307 ZPO, come modificato dalla legge sull'ammodernamento della giustizia del 24 agosto 2004 (*Justizmodernisierungsgesetz*). Nello specifico, la disposizione prevede che

l'attore rinunci a portare avanti la propria pretesa, il giudice dovrà trasporre questa volontà in una sentenza di rigetto nel merito, con l'unica differenza rappresentata dal fatto che sarà onere della parte avvantaggiata dalla rinuncia di instare per la compilazione di una sentenza di merito che consacrì l'avvenuta rinuncia⁹⁸. Pertanto, al sopravvenire di questi accadimenti, non si verificherà una *Erledigung zufolge gegenstandslosigkeit des Prozesses*, bensì il processo potrà proseguire sino a una sentenza di merito. In definitiva, il legislatore tedesco ha risolto la problematica sottesa a questi due, tradizionali, fatti di cessazione accordando la preferenza al potere dispositivo delle parti, sacrificando così la libertà di giudizio dell'organo giudicante.

Sempre ragionando in termini di potere dispositivo, le parti possono scegliere di porre termine al processo senza passare per una decisione del giudice, semplicemente siglando un accordo transattivo⁹⁹. La transazione è una figura contrattuale che trova la propria disciplina nel BGB; qualora simile accordo venga raggiunto nel corso del giudizio la transazione assume la qualifica di *Prozessvergleich* e, la relativa allegazione in giudizio va considerata come un'attività processuale con un esito tipico: ai sensi del par. 794, Nr. 1 ZPO, la transazione processuale termina il giudizio e assume valore di titolo esecutivo. In questo senso viene comunemente sostenuta la *Doppelnatur (materielle Rechtsnatur e processuale Rechtsnatur)* dell'accordo transattivo raggiunto tra le parti di un processo¹⁰⁰.

In conclusione, in ipotesi di autocomposizione della lite i non si discorre più di *Erledigung der Hauptsache*. Il discorso è diverso per altri fatti sopravvenuti, tradizionalmente considerati fatti di cessazione tanto dalla prassi italiana che da quella tedesca: ci si riferisce alle ipotesi in cui venga a mancare una parte in giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili. Il legislatore tedesco ha previsto che al

la parte che abbia riconosciuto, in toto o parzialmente, il diritto contro sé medesima vantato debba essere condannata, con sentenza di merito, nei limiti del riconoscimento.

⁹⁸ Il par. 306 ZPO disciplina espressamente l'ipotesi in cui l'attore decida di rinunciare alla propria domanda nel corso della trattazione orale della causa. In questo caso, l'immediata compilazione della sentenza è subordinata alla richiesta del convenuto; solamente nell'ipotesi in cui il convenuto chieda il rigetto nel merito della pretesa il giudice provvederà nel senso desiderato, motivando la propria sentenza proprio con l'atto di rinuncia dell'attore.

⁹⁹ Si avrà modo di appurare meglio oltre come il principio dispositivo risulti il canone ispiratore anche del par. 91a Zpo relativo alla *übreinstimmende Erledigungserklärung*.

¹⁰⁰ In realtà, la disciplina positiva riservata a questa figura processuale è a dir poco minimale: la ZPO ne fa espressa menzione solamente al par. 794 contenente l'elenco dei diversi titoli esecutivi. A riguardo si confronti anche A. SCALA, *La cessazione*, cit., 35, e A. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto*, cit., 481-496, in particolare si consulti la nota 22.

sopraggiungere di questi avvenimenti il processo trovi il proprio epilogo nella pronuncia di avvenuta *Erledigung der Hauptsache*. In particolare, con riferimento alla morte di una parte in un giudizio di separazione personale, il par. 619 ZPO dispone che se uno dei coniugi viene a mancare prima che la sentenza intervenuta nel relativo giudizio acquisti autorità di cosa giudicata, allora la lite dovrà considerarsi conclusa per avvenuta *Erledigung*. Il par. 640 ZPO, relativo all'eventualità in cui venga meno una parte nel corso del giudizio di filiazione, dispone l'applicabilità proprio del poc'anzi esaminato par. 619 ZPO. Un'applicazione analogica della viene prevista anche per il caso in cui spiri la persona dell'interdicendo o inabilitando pendente il relativo giudizio. Pertanto, il par. 619 ZPO viene direttamente in gioco per l'ipotesi di morte del coniuge separando, viene richiamato per l'eventualità in cui venga a mancare una parte in un giudizio di filiazione e ne viene imposta un'applicazione analogica per disciplinare l'ipotesi di decesso dell'interdicendo o dell'inabilitando¹⁰¹. Quanto agli effetti, si tratta di una mera chiusura in rito del processo a causa del venir meno dell'oggetto della lite¹⁰². La decisione sulle spese giudiziali avverrà secondo le indicazioni contenute nel Par. 93a ZPO, che prescrive all'organo giudicante di liquidare i costi processuali avendo riguardo dello stato della causa e secondo il suo equo apprezzamento.

Tanto premesso, riprendendo le fila del discorso, occorre spendere alcune parole sui motivi che inducono a considerare estremamente fecondo un esame di tutta l'elaborazione gravitante attorno alla problematica del fatto sopravvenuto. Le ragioni che consigliano di guardare all'ordinamento germanico, nell'intento di reperire suggestioni e possibili soluzioni ai problemi che la c.m.c. solleva, sono essenzialmente due: con riferimento alla categoria di fatti di cessazione comportanti l'autocomposizione della lite, vi è stato un intervento legislativo che ha avuto cura di disciplinare il rapporto e il confine tra potere dispositivo delle parti e libertà e autonomia del giudice nella compilazione della sentenza; con riguardo all'altra categoria di fatti di cessazione, caratterizzati dalla sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta in giudizio dall'attore, vi è stato un intervento legislativo che ha apprestato una soluzione sovrapponibile a quella offerta dalla giurisprudenza italiana, incardinata sul requisito

¹⁰¹ Pertanto nel caso in cui sopraggiunga la morte del coniuge pendente il processo di separazione personale, il decesso della persona dell'interdicendo o dell'inabilitando pendente il relativo giudizio, o, ancora, venga a mancare una delle parti in un processo vertente su una questione di filiazione, il giudice dovrà, per espressa disposizione di legge, chiudere il processo per avvenuta *Erledigung der Hauptsache*.

¹⁰² Per un approfondimento si veda GÖPPINGER, op. cit., 251-256.

dell'accordo tra le parti, e vi è stata la migliore dottrina tedesca che si è occupata dell'ipotesi in cui il recepimento del fatto sopravvenuto non possa passare per l'incontro della volontà delle parti.

Occorre, a questo punto, procedere all'esame della *Erledigungserklärung*, dapprima della *übereinstimmende Erledigungserklärung* e successivamente della *einseitige Erledigungserklärung*.

1.1. Il par. 91a ZPO e la übereinstimmende Erledigungserklärung: somiglianze con la cessazione della materia del contendere come configurata dalla prassi civile italiana

Si è detto che l'intervento del *Gesetzgeber*, avvenuto nel pieno del secondo conflitto mondiale, e che ha portato all'introduzione della figura processuale cui il succitato paragrafo della ZPO fa riferimento, non è riuscito nell'intento di apprestare una soluzione in toto soddisfacente alle problematiche scaturenti del fatto sopravvenuto¹⁰³. Occorre nondimeno approfondire la conoscenza della norma.

Tra tutte le problematiche che la c.m.c. è in grado di sollevare, particolarmente cara al potere legislativo tedesco appariva quella inerente ad una equa ripartizione delle spese di causa a seguito del sopraggiungere di un evento che avesse reso una domanda originariamente ammissibile e fondata, successivamente inammissibile o infondata. Al verificarsi di tale ipotesi, infatti, la posizione dell'attore non poteva essere in alcun modo garantita con i moduli legislativi allora predisposti; in base al par. 91 del ZPO che

¹⁰³ Scopo dichiarato dell'introduzione del par. 91a ZPO era quello di apprestare un rimedio soddisfacente per l'eventualità che su di un processo pendente sopraggiungesse un fatto di cessazione; obiettivo non raggiunto per opinione condivisa tra gli interpreti. Quanto al travaglio storico della disposizione occorre rilevare come la prescrizione ivi racchiusa fosse, in precedenza, contenuta in maniera pressoché identica nel par. 4 della *Dritten Vereinfachungsverordnung* (d'ora in poi VVO) datata 16 maggio 1942. Quindi, questo articolato normativo ha trovato la luce in una legge speciale e, solo grazie all'art. 2 Nr.11 della legge del 12 settembre 1950 per il recupero della unità giuridica, è stato inglobato nel codice di rito della *Bundesrepublik*. In realtà, è dato ritrovare una differenza tra le due versioni, ma questa concerne unicamente la possibilità di impugnazione della decisione sulle spese emessa in ossequio ai criteri enunciati dalla norma; questa infatti, negata dal par. 4 VVO, è stata ammessa con la novella del 1950 e separatamente disciplinata nel par. 91a II ZPO. Per un ulteriore approfondimento si consulti EL-GAYAR, *op. cit.*, 14. Inoltre, si rinvia al par. 3.1.1 del presente capitolo per un approfondimento delle ragioni di politica legislativa sottese all'introduzione di questo paragrafo e *infra* par. 3.2, nt. 16, per un esame delle novelle legislative di cui è stato fatto oggetto.

stabilisce il criterio della soccombenza (e attribuisce allo stesso valenza generalizzata) la condanna dell'attore alla sopportazione delle spese di causa sarebbe stata inevitabile.

Simile eventualità non pareva potesse essere scongiurata nemmeno dal correttivo previsto al par. 93 ZPO e consistente nel principio di causalità nella distribuzione dei costi¹⁰⁴. Tornando per un istante indietro al momento dell'introduzione legislativa del par. 91a, occorre rilevare come il legislatore avesse a disposizione diverse alternative per disciplinare in maniera equa l'eventualità per la quale la domanda dell'attore fosse divenuta inammissibile o infondata a causa del sopraggiungere di un evento a questi non imputabile. Con particolare riferimento alla problematica relativa all'individuazione della parte da onerare del carico delle spese processuali, due erano le possibili strade da percorrere per giungere all'esenzione dell'attore. Una prima alternativa suggeriva di "sospendere" l'applicazione della comune regola che individuava nella soccombenza il criterio per liquidare i costi del processo. La seconda possibilità, invece, non rinunciava a mantenere operativo il tradizionale criterio distributivo in materia di costi, e ravvisava la soluzione della questione nell'introduzione di una pronuncia che consentisse alla causa di terminare senza alcuna decisione di merito¹⁰⁵. Ebbene, con l'introduzione del par. 91a ZPO, il potere legislativo tedesco ha optato per la seconda delle alternative prospettate.

Occorre, a questo punto, procedere alla lettura della disposizione: il paragrafo 91a della ZPO rubricato "*Kosten bei Erledigung der Hauptsache*" prevede che allorquando le parti si siano accordate e, sulla base di tale accordo, abbiano dichiarato, in maniera concorde per l'appunto, che l'oggetto del contendere è venuto meno, la cognizione del giudice venga ristretta al solo profilo relativo ai costi processuali e, alla ripartizione delle spese, si proceda avendo riguardo dello stato della causa e secondo l'equo apprezzamento del magistrato¹⁰⁶.

¹⁰⁴ In questo senso EL-GAYAR *op. cit.*, 14-15.

¹⁰⁵ Cfr. DEUBNER, *Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache*, in *Jus*, 1962, 205-206, dove ampi riferimenti.

¹⁰⁶ L'attuale formulazione del par. 91 a ZPO differisce notevolmente dalla versione originaria del 1950. Il paragrafo è stato fatto oggetto di svariati interventi normativi, tutti volti ad ampliare la gamma delle modalità ritenute idonee a condurre al perfezionamento di una dichiarazione concorde di cessazione. Dalla iniziale possibilità di conclusione di tale accordo solamente durante la trattazione orale della causa, la *Rechtspflege-Vereinfachungsgesetz* del 17 dicembre 1990 ha aggiunto la possibilità di pervenire alla dichiarazione concorde anche mediante l'introduzione di documenti scritti, quali il verbale del cancelliere a tal fine redatto oppure documenti di differente natura confezionati dalla parti in sede stragiudiziale. Sempre nell'intento di agevolare una conclusione del giudizio in tali termini, il legislatore del 2004 ha introdotto un inciso in chiusura del primo *Absatz* che equipara la mancata opposizione del convenuto alla

Dunque, il meccanismo di recepimento del fatto di cessazione predisposto dal legislatore tedesco è incardinato sull'accordo delle parti. L'operazione concettuale è in tutto e per tutto affine a quella posta in essere dall'elaborazione giurisprudenziale italiana in tema di cessazione della materia del contendere. Infatti – lo si vedrà - si scontra contro il medesimo ostacolo.

La disposizione solleva alcuni dubbi interpretativi dovuti principalmente all'essenzialità – o forse laconicità - del testo di legge; in particolare, non si registra unanimità di vedute né sulla natura giuridica della dichiarazione di cessazione proveniente dalla parte, né, tantomeno, sulla natura giuridica della declaratoria di c.m.c., così come non regna concordia sulle conseguenze giuridiche ricollegate al perfezionamento della fattispecie normativa.

Occorre procedere a un'ordinata disamina della norma, guardando anzitutto ai presupposti: presupposto applicativo cardine della stessa (che si presta altresì a costituire l'elemento caratteristico) è la concorde dichiarazione mediante la quale le parti danno atto che la materia del contendere è venuta meno, e dunque l'accordo. Nella conformazione dell'istituto, è stata attribuita massima importanza al potere dispositivo delle parti a discapito del profilo oggettivo rappresentato dal fatto di cessazione. Per dirsi perfezionata, la fattispecie non abbisogna dell'intervento di un fatto di cessazione sul processo pendente, ma solamente di una validamente espressa volontà delle parti in senso dispositivo del giudizio in corso. Naturale conseguenza di ciò è che l'evento rileva gran poco ai fini del par. 91a ZPO; rileva ai fini della decisione della parte di perseguire una chiusura del giudizio per avvenuta *Erledigung der Hauptsache*, ma non

dichiarazione di cessazione dell'attore (nel termine di due settimane dall'avvenuta notificazione) alla dichiarazione d'assenso, necessaria per il perfezionamento della fattispecie. Prima di questa novella legislativa, per favorire massimamente una terminazione del processo in tali termini, si tendeva a ravvisare il perfezionamento di una dichiarazione concorde di c.m.c. con molta facilità. A riguardo DEUBNER *op. cit.* 206, ci riporta come valesse a configurare una dichiarazione concorde di cessazione la mancata replica della parte costituita nei confronti della dichiarazione in questo senso effettuata dell'altra. Inoltre veniva equiparata a una dichiarazione bilaterale ai sensi del par. 91a ZPO il comportamento delle parti che, abbandonando le domande e le eccezioni in precedenza formulate, sollecitassero una decisione del giudice solamente riguardo al profilo delle spese del giudizio.

Si ritiene inoltre che fintantoché il convenuto non abbia aderito l'attore possa revocare la propria dichiarazione di *Erledigung der Hauptsache* e perseverare nelle proprie originarie conclusioni. *Ex plurimis, BGH, Urteil, 7.06.2001*, secondo cui: “*Erklärt der Kläger den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt, so ist diese Erklärung grundsätzlich frei widerruflich, solange sich der Bekl. ihr nicht angeschlossen und das Gericht noch keine Entscheidung über die Erledigung der Hauptsache getroffen hat. Bis zu diesem Zeitpunkt kann der Kläger regelmäßig – auch in der Revisionsinstanz – von der einseitig gebliebenen Erledigungserklärung Abstand nehmen und ohne das Vorliegen weiterer Voraussetzungen zu seinem ursprünglichen Klageantrag zurückkehren*”.

assurge a elemento essenziale della fattispecie. Questo emerge dalla stessa struttura dell'istituto ex par 91a: infatti, l'allegazione agli atti del giudizio della dichiarazione concorde di c.m.c. determina, automaticamente, la fine della litispendenza, spogliando quindi il giudice del potere di conoscere il merito della causa e di accertare il reale sopraggiungere dell'evento. Ne discende che, in questo contesto, il fatto di cessazione può anche sopraggiungere in un momento anteriore alla rituale instaurazione del giudizio (così come può non sopraggiungere per nulla)¹⁰⁷. Pertanto, una volta manifestata in giudizio la concorde volontà di terminare il giudizio, il giudice potrà unicamente provvedere in ordine alla distribuzione delle spese giudiziali sulla base di una cognizione sommaria e secondo il suo equo apprezzamento, fatta salva la facoltà delle parti di rinunciare a simile statuizione.

In considerazione dei tratti fondamentali dell'istituto ex par. 91a ZPO, si è sostenuto che simile figura processuale altro non sarebbe che un'ulteriore possibilità, concessa alle parti, di giungere a una conclusione del processo senza dover offrire alcun tipo di motivazione. Infatti, per porre a termine alla litispendenza e accedere a una decisione semplificata in punto di spese giudiziali, risultano sufficienti le due dichiarazioni, concordi nel ritenere che l'oggetto della controversia è venuto meno. Non vi sarà dunque nessun accertamento né circa l'originaria ammissibilità e fondatezza della domanda, né sull'effettivo verificarsi dell'evento¹⁰⁸.

Quanto al profilo della qualificazione giuridica dell'istituto ex par. 91a ZPO, i primi commentatori hanno ravvisato nel meccanismo delineato dalla norma l'operare simultaneo di due rinunce: la rinuncia dell'attore a ottenere una pronuncia di merito sulla pretesa dedotta in causa e la rinuncia del convenuto a ottenere un rigetto della domanda proposta. Nell'inquadramento offerto da Nikisch e Donau quello disciplinato dal *Paragraph* in esame sarebbe un un "*prozessualen Gesamtakt*", ossia l'unione giuridica di due atti processuali speculari, entrambi finalizzati a perseguire il medesimo

¹⁰⁷ In questo senso STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2004, par. 91a; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, Monaco, 2004, 904 ss. e HABSCHEID *Die gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung der Rechtsstreit in der Hauptsache*, in *Juristen Zeitung*, 1963, 578 – 582; 624 - 631, che sottolinea come, risolvendosi la dichiarazione concorde di c.m.c. in un atto di disposizione delle parti, la strada delineata dal par. 91a deve rimanere liberamente percorribile dai contendenti tanto nell'ipotesi in cui manchi il fatto, quanto nell'ipotesi in cui questo sopraggiunga in un momento antecedente all'instaurazione del giudizio.

¹⁰⁸ In questo senso ASSMANN, *Die einseitige Erledigungserklärung*, in *Erlanger Festschrift für Schwab*, 1990, 192

effetto giuridico (c.d. *Verzichtstheorie*)¹⁰⁹. Diversamente, per Habscheid, l'istanza bilaterale darebbe luogo a una “*prozessuale Vereinbarung*”, avente un'efficacia dispositiva sull'oggetto del contendere, come tale idonea a privare il giudice del proprio potere decisionale¹¹⁰.

In senso contrario rispetto alla configurazione dell'accordo ex par. 91a ZPO alla stregua di un contratto si pone Deubner, il quale rileva come non sia affatto certo che le parti pervengano alla dichiarazione sulla base di una comune trattativa; infatti, può darsi che queste, semplicemente, affermino una di seguito all'altra l'avvenuta *Erledigung*, senza essere state vicendevolmente influenzate in questa scelta. Inoltre, scopo di un contratto è anche quello di regolare il rapporto giuridico intercorrente tra i contraenti; di questo aspetto non vi è traccia nella dichiarazione di cessazione. Anzi, mediante questa manifestazione di volontà, gli originari contendenti perseguono unicamente una fine immediata del processo senza alcuna decisione di merito. Dunque, proprio in considerazione di questo obiettivo, Deubner ritiene che simili atti vadano qualificati quali dichiarazioni processuali concordi¹¹¹.

Ancora diversa è la posizione assunta a riguardo da Göppinger. L'A. descrive la fattispecie in commento come una rinuncia alla decisione sulla lite in corso, avendo premura di specificare come l'atto di “rinuncia” vada inteso in senso atecnico. Pertanto non si tratterebbe di un caso di rinuncia alla domanda come inizialmente proposta, ma di un meccanismo innescato da due semplici atti processuali e finalizzato unicamente alla cancellazione della litispendenza¹¹².

¹⁰⁹ Si noti come, seguendo questa ricostruzione, la rinuncia dell'attore si tradurrebbe in qualcosa di diverso rispetto all'atto di abdicazione disciplinato dal par. 306 ZPO, che, si è visto, non determina la fine automatica della litispendenza e anzi può, dietro richiesta del convenuto, dare forma a una pronuncia di rigetto nel merito. Pertanto, stante la non sovrapponibilità dei due atti di rinuncia, è logica la conclusione che conduce gli Autori a ravvisare nel par. 91a ZPO l'operare di un istituto in nessun modo riconducibile alle figure processuali consuete. Per un approfondimento si consulti HABSCHIED, *Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache*, in *Festschrift für Friedrich Lent*, Monaco-Berlino, 1957, 153 – 177 e HABSCHIED *Die gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung der Rechtsstreit in der Hauptsache*, cit. In quest'ultimo saggio, l'A. muove alcune critiche alla configurazione del fenomeno offerta da Donau. Secondo Habscheid, il ragionamento seguito dallo Studioso apparirebbe equivoco e contraddittorio; non si comprendere infatti il motivo per il quale, pur ravvisando nella dichiarazione dell'attore resa ex par. 91a ZPO una rinuncia ad una decisione di merito, Donau neghi la possibilità che quest'ultima possa coincidere con quella tipizzata nel codice di rito.

¹¹⁰ A proposito si veda HABSCHIED, *Die gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung der Rechtsstreit in der Hauptsache*, cit., il quale sottolinea come la fine della litispendenza sia un effetto subordinato all'allegazione dell'accordo agli atti di causa.

¹¹¹ Cfr. DEUBNER, *op. cit.*, 209.

¹¹² Per un approfondimento, GPPINGER, *op. cit.*, 81-90.

Queste dunque sono le possibili ricostruzioni dell'istanza bilaterale di *Erledigung der Hauptsache*, che maggior seguito hanno avuto in dottrina e in giurisprudenza. Ovviamente, a seconda della qualificazione giuridica che si intenda riconoscere all'atto di volontà delle parti, muta l'efficacia preclusiva ricollegabile a una simile terminazione del processo. A riguardo, la maggioranza degli interpreti è orientata nel senso di considerare le dichiarazioni come meri atti processuali, proprio poiché gli effetti ad esse ricollegati sarebbero, per l'appunto, solamente processuali¹¹³. Non vi sarà, pertanto, alcuna efficacia preclusiva, e la domanda potrà essere riproposta; ciò viene argomentato considerando che né la legge impedisce questa evenienza, né si può registrare l'avvento di una decisione sul merito della pretesa, idonea al giudicato sostanziale e a spiegare l'efficacia negativo-preclusiva del *ne bis in idem*. La riproposizione della medesima domanda potrebbe tutt'al più essere impedita dal fatto che l'attore, contestualmente o anteriormente alla dichiarazione di *Erledigung der Hauptsache*, abbia rinunciato ritualmente alla propria azione oppure abbia rimesso il debito al convenuto. Queste volontà dovranno essere racchiuse in specifiche dichiarazioni; all'istanza di *Erledigung* non può infatti essere attribuito altro significato rispetto all'affermazione che l'oggetto del contendere è venuto meno¹¹⁴.

In caso di riproposizione della medesima domanda si potrebbe semmai attribuire alla dichiarazione formulata in precedenza dall'attore il valore di un importante indizio della infondatezza o dell'inammissibilità della pretesa; tuttavia, ciò potrà avvenire solamente nel caso e nella misura in cui l'attore abbia ammesso il sopravvenire del fatto di cessazione, cosa abbastanza inusuale stante la mancanza dell'obbligo di motivare la dichiarazione ex par. 91a ZPO. Sempre allo scopo di dotare la decisione ex par. 91a ZPO di una certa stabilità, e scongiurare quindi il rischio di una reiterazione della medesima domanda, si è tentato di attribuire alle dichiarazioni delle parti anche una valenza di diritto sostanziale. Così, si è affermato che, nell'istanza di *Erledigung der*

¹¹³ D'accordo nel ritenere processuale la natura dell'atto posto in essere concordemente dalle parti anche LENT, *op. cit.*, 172-173, il quale esclude la possibilità che l'applicazione del par. 91a ZPO possa essere consentita sulla base di una dichiarazione di diritto sostanziale analoga alla rinuncia o alla remissione del debito.

¹¹⁴ Così, potrà capitare che le parti, prima di effettuare la dichiarazione, si impegnino contrattualmente a porre termine definitivamente alla vertenza. A riguardo STEIN-JONAS, *op. cit.*, sottolinea come, in questa ipotesi, qualora la parte si rifiuti di effettuare la dichiarazione, la controparte possa produrre in giudizio l'accordo intercorso tra le stesse e al giudice sia consentito di attribuire direttamente al documento negoziale in questione l'efficacia di porre termine alla controversia. A ogni modo, si ritiene che simile accordo non possa mai essere opposto per impedire l'instaurazione di futuri giudizi vertenti sulla medesima pretesa.

Hauptsache, le parti non si limiterebbero a dichiarare terminata la lite, ma, più drasticamente, affermerebbero che è la materia del contendere ad essere venuta meno. Se così fosse, potrebbe allora ammettersi l'irreversibile eliminazione della materia del contendere. Nella dichiarazione concorde, dunque, si ravviserebbe uno scambio di promesse tra le parti: il convenuto accondiscenderebbe a prestare la dichiarazione di c.m.c. - sottomettendosi a un giudizio equitativo sulle spese di causa - solo ed esclusivamente in cambio dell'impegno, preso dall'attore, a non azionare più in giudizio la medesima pretesa¹¹⁵. Si pone in maniera affine a questa ricostruzione la proposta ricostruttiva di Habscheid; sempre nell'intento di dotare la dichiarazione ex par. 91a ZPO di un'idoneità preclusiva, l'A. intende la *prozessuale Vereinbarung* alla stregua di un'intesa raggiunta tra le parti sotto un duplice aspetto: accanto alla volontà di porre termine alla litispendenza, gli originari contendenti si sarebbero reciprocamente impegnati anche a non intentare nuove cause aventi ad oggetto la medesima pretesa sostanziale. Per Habscheid, quest'ultimo impegno contrattuale discenderebbe direttamente dal tenore stesso delle dichiarazioni. Infatti, nel momento in cui le parti affermano che è venuta meno la materia del contendere – non già l'opportunità di proseguire il processo – è lecito ravvisare in simile espressione la volontà di porre termine definitivamente alla controversia che aveva occasionato il processo¹¹⁶.

Ad ogni modo, la soluzione preferibile appare quella sostenuta, oltretutto dalla maggioranza degli Autori, anche dalla giurisprudenza quasi unanime, e orientata nel senso di negare a tale decisione l'idoneità a divenire giudicato materiale, con la ovvia conseguenza per cui la domanda rimarrà liberamente riproponibile.¹¹⁷ Di conseguenza,

¹¹⁵ *Amplius*, ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *op. cit.*, 908.

¹¹⁶ *Amplius* HABSCHIED, *Die gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung der Rechtsstreit in der Hauptsache*, cit., 580, il quale rileva come anche la *Verzichtstheorie* di Nikisch e Donau sia in grado di raggiungere tale obiettivo. Tanto premesso, l'A. ravvisa però un possibile inconveniente di questa ricostruzione nella circostanza per cui viene richiesto che l'atto collettivo si formi dinanzi al giudice. Ebbene, se al cospetto del giudice, una parte, venendo meno all'impegno precedentemente assunto, si rifiuta di prestare la dichiarazione di cessazione, la controparte non avrà a disposizione alcun rimedio per perseguire ugualmente l'effetto desiderato. Diversa tutela viene predisposta a favore della parte lesa da Habscheid. Lo Studioso infatti ammette che l'accordo di cessazione possa venire in essere anche stragiudizialmente, con la rilevante conseguenza che, in caso di successivo tergiversare di una parte dinnanzi al giudice, l'altra sarà legittimata a esibire il documento attestante l'intesa, in modo da determinare gli effetti ex par. 91a. La situazione che si verrà a creare sarà dunque analoga a quella conseguente al perfezionamento di un qualunque altro contratto processuale, con l'unica particolarità rinvenibile nel fatto che, in codesta ipotesi, le parti hanno liberamente deciso di disporre dell'oggetto del processo nella sua interezza.

¹¹⁷ La giurisprudenza del BGH è orientata proprio in questo senso. Per un approfondimento sull'evoluzione storica della giurisprudenza del BGH si consulti BECKER-EBERHARDT, *op. cit.* dove,

nessuna attitudine preclusiva di eventuali futuri giudizi vertenti sulla medesima pretesa può essere riconosciuta a una decisione che, tra l'altro, non contiene il benché minimo accertamento di merito. Infatti, si è già avuto modo di appurare, come, nel momento stesso in cui la dichiarazione venga prodotta in giudizio, il potere decisorio del giudice venga limitato al solo profilo delle spese di causa, inibendo a costui qualunque esame nel merito della domanda, sia quanto alla sua originaria ammissibilità e fondatezza, che con riferimento alla modificazione della situazione giuridica avvenuta in seguito al sopraggiungere del fatto di cessazione. Eccezionalmente, si potrà avere una sentenza di mero accertamento: tale eventualità viene comunemente ammessa previa dimostrazione di uno specifico interesse della parte, attrice o convenuta. Quindi, l'attore che dimostri di avere uno specifico interesse, potrà ottenere l'accertamento della originaria ammissibilità e fondatezza della propria pretesa, mentre, specularmente, il convenuto, sempre assistito da un interesse giuridicamente apprezzabile, potrà dare impulso al processo sino a una sentenza che dichiari l'infondatezza sopravvenuta della domanda in ragione dell'avvento di un fatto di cessazione. A questo fine, l'attore dovrà procedere a modificare ex par. 264 Nr. 2 la propria pretesa, restringendo la propria domanda al solo profilo relativo all'accertamento dell'originaria fondatezza; il convenuto, invece, dovrà proporre la domanda di accertamento, contestualmente alla dichiarazione di *Erledigung der Hauptsache*.

Proseguendo nell'indagine della norma, la decisione emessa ai sensi del par. 91 a ZPO determina la rimozione, con efficacia *ex tunc*, delle sentenze emesse in precedenza e sarà impugnabile con i consueti mezzi di gravame, ad eccezione dell'ipotesi in cui il valore della causa non superi la soglia determinata dallo stesso legislatore al par. 511. È previsto poi il dovere, in capo all'organo giudicante, di ascoltare la controparte prima di pronunciare la decisione sull'impugnazione. La decisione ex par. 91a ZPO

Riepilogando, la dichiarazione concorde ex par. 91a ZPO produce i seguenti effetti: determina la fine immediata e automatica della litispendenza; travolge, ponendole nel nulla, le sentenze emesse in precedenza che non siano passate in giudicato; consente alle parti di ottenere un decisione semplificata sulle spese del giudizio. A proposito, con riferimento ai principi che devono ispirare la decisione del

tra le tante, viene riportata la prima decisione di questo consesso riguardo alla dichiarazione concorde avvenuta nel 1956, a poco più di un lustro dalla sua introduzione.

giudice sulle spese di causa, dottrina e giurisprudenza una lettura orientata del par. 91a ZPO, tale da non scardinare l'intero sistema di ripartizione dei costi. Di conseguenza, la valutazione equitativa del giudice dovrà coniugarsi con i consueti principi in materia di distribuzione delle spese processuali, come delineati dal legislatore tedesco ai paragrafi 91, 92, 93, 94, 95, 344 della *Zivilprozessordnung*¹¹⁸.

In conclusione, si può osservare come la disciplina positiva della *Erledigung der Hauptsache* manifesti elementi di affinità rispetto alla configurazione della cessazione della materia del contendere offerta dalla giurisprudenza italiana. Il meccanismo di recepimento del fatto sopravvenuto è il medesimo, così come è il medesimo l'ostacolo cui va incontro. Se infatti l'adeguamento della realtà processuale all'intervenuta modificazione della realtà sostanziale è compito devoluto all'accordo tra le parti, occorre interrogarsi sulle sorti del processo nel caso in cui tra i contendenti non si registri concordia quanto all'avvento del fatto di cessazione o quanto alla sua portata¹¹⁹.

Una possibile risposta a questo interrogativo viene offerta dalla dottrina tedesca con l'approfondita elaborazione in tema di *einseitige Erledigungserklärung*.

1.2. Il mancato accordo pone fuori gioco il rimedio previsto dal Gesetzgeber. Die einseitige Erledigungserklärung

Si è detto che la soluzione formalizzata nel par. 91a ZPO può rivelarsi, talvolta, insoddisfacente; ciò avviene quando il convenuto non aderisca alla dichiarazione di

¹¹⁸ Cfr. BECKER-EBERHARDT, *op. cit.*, 284; ROSENBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *op. cit.*, 908.

¹¹⁹ Diversa soluzione è stata offerta con riferimento alla *Erledigung der Hauptsache* nel contesto del giudizio amministrativo. La *Verwaltungsgerichtsordnung* è entrata in vigore il 21 settembre 1960, quasi a vent'anni di distanza dall'introduzione del par. 4 della *Dritten Vereinfachungsverordnung*. La differenza tra le due norme riguarda anzitutto l'approccio al problema: la norma relativa al contenzioso tra privati e Pubblica Amministrazione considera il fenomeno per la sua ingerenza in senso elidente sul processo in corso mentre dapprima il par. 4 della *Dritten Vereinfachungsverordnung*, e successivamente il par. 91a della ZPO, guardano solamente all'avvenuto accordo. Il differente approccio si riverbera sulla stessa struttura della disposizione di legge: a differenza del par. 4 della VwGO e del par. 91a della ZPO che, in rubrica come nel testo, si riferiscono alla "dichiarazione" di cessazione della materia del contendere, il par. 161 II della *Verwaltungsgerichtsordnung* parla solamente di "*Erledigung der Hauptsache*". La differenza non è meramente terminologica; la circostanza che il par. 161 II della VwGO non parli di "dichiarazione" di cessazione ha fatto propendere sin da subito gli interpreti per ravvisare in tale norma la disciplina positiva di un istituto, il cui funzionamento è direttamente collegato a un effettivo ed oggettivo mutamento della situazione processuale e che, in quanto tale, prescinde da qualunque volontà delle parti. Per un ulteriore approfondimento o si rinvia a EL-GAYAR, *op. cit.*, 24-27.

Erledigung proveniente dall'attore. In questo caso la fattispecie di cui al par. 91a ZPO non giunge a perfezionamento a causa dell'opposizione del convenuto che può riguardare tanto il reale avvento del fatto di cessazione (anche sotto il profilo temporale) che le conseguenze giuridiche da ricollegare allo stesso. Al ricorrere di questa eventualità ci si ritrova, d'un tratto, dinanzi alle problematiche, note e presenti anche nell'ordinamento italiano, riconnesse al sopraggiungere di un fatto con portata estintiva della situazione giuridica dedotta in giudizio.

Su questo aspetto si è concentrata la migliore dottrina tedesca: in particolare ci si è chiesti in che modo offrire tutela all'attore la cui domanda sia diventata, lite pendente, inammissibile o infondata allorquando il convenuto non intenda aderire all'istanza di *Erledigung der Hauptsache* e, anzi, insista per il rigetto della pretesa. Gli istituti messi a disposizione dalla ZPO, e che potrebbero trovare applicazione in questa ipotesi, non riescono a garantire la posizione dell'attore o, quantomeno, non riescono a liberarlo dall'onere di dover sopportare i costi del procedimento. Infatti, ove decidesse di revocare la propria domanda, si vedrebbe costretto a sostenere le spese giudiziali; lo stesso accadrebbe ove decidesse di battere la strada della rinuncia all'azione ai sensi del par. 306 ZPO. Si è visto poc'anzi che, nell'ipotesi in cui l'attore rinunci alla propria azione, costui dovrà sostenere le spese del giudizio per il disposto del par. 91 ZPO; si avrebbe inoltre un rigetto della domanda, ma solo su istanza del convenuto. Pertanto stando, al modello previsto dalla ZPO, in ipotesi di fatto sopravvenuto che abbia privato di fondamento la pretesa, l'attore dovrebbe effettuare la dichiarazione e sperare che il convenuto vi aderisca; questa appare l'unica possibilità per l'attore di addivenire a una decisione a sé conveniente quanto alle spese di causa. Infatti, ove il convenuto aderisse alla prospettazione attorea e dichiarasse a sua volta il venir meno della contesa, il processo non troverebbe il proprio epilogo in una sentenza e la regolazione dei costi non avverrebbe sulla base del criterio della soccombenza canonizzato nel par. 91 ZPO, bensì in base a una valutazione equitativa che tenga conto dello stato della causa e delle vicende processuali intervenute. Tuttavia, il convenuto può opporsi alla *Erledigungserklärung* e perseverare per il rigetto della domanda. Ebbene, che ne deve essere del processo in questo caso? Al configurarsi di tale eventualità, la dichiarazione dell'attore perde la sua efficacia oppure, sotto l'osservanza di precisi presupposti, può

continuare a mantenere un preciso significato giuridico? Per chiarire questa questione occorre prima di tutto mettere in evidenza gli interessi propri di ciascuna parte.

Con riferimento alla posizione dell'attore, costui ambisce, fundamentalmente, alla realizzazione dello schema delineato dal par. 91a ZPO; così confida nel perfezionamento di un accordo circa l'avvenuta *Erledigung der Hauptsache* in modo da poter giungere a una ripartizione delle spese di causa in base a una valutazione equitativa che tenga conto dell'intervenuta modificazione delle circostanze di fatto o di diritto alla base della domanda. A questo fine, lo si è detto, è necessaria l'adesione del convenuto. La circostanza che il convenuto non presti il proprio consenso non influisce sullo scopo cui mira l'attore; costui rimane pur sempre interessato a una terminazione del processo senza la formalizzazione della sua soccombenza e a una decisione dei costi a lui conveniente. Tuttavia, l'attore non ambisce più a una decisione nel merito che abbia riguardo all'originaria ammissibilità e fondatezza della domanda. Con la sua dichiarazione egli afferma solamente che è sopraggiunto un evento che ha privato di fondamento la sua pretesa, in origine fondata e ammissibile.

Il convenuto, dal canto suo, potrebbe volere la prosecuzione del processo e il rigetto della domanda. Nella maggior parte dei casi, la posizione di rifiuto viene argomentata sulla base della originaria inammissibilità o infondatezza della domanda e, solo marginalmente, rilevando il mancato intervento del fatto di cessazione. Infatti, se la domanda fosse stata originariamente fondata e ammissibile e il convenuto avesse provveduto a contestare solo il profilo relativo al verificarsi dell'evento, allora costui avrebbe dedotto in giudizio fatti, che, qualora accertati, avrebbero come conseguenza la sua stessa soccombenza in giudizio. Si pensi all'ipotesi di adempimento con riserva: in questo caso il convenuto non contesta l'avvento del fatto di cessazione rappresentato dall'adempimento da lui stesso prestato, bensì la spettanza di quanto pagato e dunque l'originaria fondatezza della pretesa dell'attore.

Dunque, alla luce di queste considerazioni, occorre procedere ad approfondire il significato e la valenza giuridica della dichiarazione di *Erledigung der Hauptsache* che rimanga unilaterale a causa dell'opposizione del convenuto¹²⁰.

¹²⁰ Quanto al soggetto dichiarante, la dottrina maggioritaria tende a escludere la possibilità che sia il convenuto a compiere tale dichiarazione. Ciò per un duplice ordine di ragioni: anzitutto perché essendo il processo stato messo in moto per iniziativa dell'attore si ritiene che una simile dichiarazione possa essere solamente nella disponibilità di quest'ultimo. Inoltre, la dichiarazione di cessazione è precipuamente finalizzata ad evitare un rigetto nel merito della domanda, esito processuale quest'ultimo cui tende invece

Negli anni '70 la migliore dottrina tedesca si è confrontata vivacemente sul punto; le elaborazioni allora confezionate rappresentano ancora oggi le opinioni maggiormente accreditate¹²¹. Negli anni, poi, sono affiorate alcune varianti delle tesi tradizionali e si è andata consolidando l'opinione maggioritaria che vede nella dichiarazione unilaterale una modificazione della domanda. Occorre dunque esaminare ex professo le diverse opinioni in tema di *einseitige Erledigungserklärung*.

1.3. La dichiarazione unilaterale nella dottrina tedesca. La *Klageänderungstheorie*

Gli aspetti maggiormente dibattuti in tema di *einseitige Erledigungserklärung* possono essere sintetizzati in tre questioni fondamentali: in primo luogo non è chiaro se

proprio il convenuto. Sarebbe pertanto illogico e superfluo consentire alla parte convenuta di effettuare una dichiarazione mediante la quale si tende ad evitare proprio quello cui invece la medesima parte ambisce. In questo senso DEUBNER, *op. cit.*, 208, il quale rileva come la dichiarazione unilaterale di c.m.c. sia una eventualità processuale ammessa, pur nel silenzio della legge, al fine precipuo di evitare all'attore di andare incontro a un sicuro rigetto nel merito della propria pretesa con corrispondente condanna a sopportare le spese del giudizio. Sempre per opinione dell'A. sarebbe proprio lo scenario processuale che si verrebbe a creare a seguito dell'intervento del fatto di cessazione a impedire logicamente la possibilità di concedere anche al convenuto la facoltà di instare per una declaratoria di c.m.c.; infatti, l'intervento del fatto di cessazione consentirebbe a questa parte di ipotecare la vittoria della causa, nel senso di ottenere il rigetto della domanda attorea e la condanna della controparte a sopportare le spese del giudizio. Ciononostante non mancano voci dissidenti che, partendo da una particolare ricostruzione del fenomeno, giungono ad ammettere anche la possibilità che una tale dichiarazione giunga dalla parte convenuta in giudizio. A riguardo degne di nota sono le valide riflessioni svolte da Göppinger e Schwab, alle quali si rinvia infra par 1,4 e 1.5.

¹²¹ Tra gli Studiosi italiani si è occupato in maniera approfondita della *Erledigungserklärung*, De Stefano, *op. cit.*, 56 ss., il quale ha analizzato l'elaborazione dottrinale germanica più risalente nel tempo. Con riferimento alla dichiarazione unilaterale che tanto ha interessato gli interpreti tedeschi, l'Autore si è interrogato sulla natura di tale atto e ha escluso che dietro simile dichiarazione si celi una modificazione della domanda o la proposizione di una domanda nuova. Con riferimento all'ordinamento italiano, e in maniera coerente con la sua spiegazione del fenomeno, l'A. ritiene che l'attore che faccia valere un motivo di cessazione della materia del contendere formuli una dichiarazione complessa, in cui si possono distinguere tre atti logicamente e giuridicamente connessi: l'allegazione del fatto sopravvenuto; l'affermazione dell'effetto riconnesso al fatto, ossia la cessazione; infine l'istanza volta all'ottenimento della dichiarazione giudiziale di c.m.c., che, lo si ricorda, nell'opinione dell'A. equivale a una chiusura del processo senza pronuncia di merito. Una dichiarazione di volontà – quest'ultima – accompagnata da due dichiarazioni di scienza, la prima di scienza relativa ai fatti, la seconda di scienza relativa ad effetti giuridici. Si noti come, avendo in mente l'opinione dell'A., l'unico atto indispensabile dei tre il cui contenuto è stato appena enunciato appare il primo. Infatti, se il fatto di cessazione determina l'impossibilità per il giudice di decidere la lite con conseguente chiusura in rito del processo, si necessita solamente dell'allegazione in giudizio di tale evento. Di conseguenza, la seconda dichiarazione, quella relativa alla situazione giuridica insorta dopo il fatto sopravvenuto non appare necessaria stante il principio *iura novit curia*; quanto al terzo atto, l'istanza di cessazione non appare strettamente necessaria dato che il provvedimento del giudice può essere emanato anche d'ufficio.

la *Erledigung der Hauptsache* dichiarata a seguito dell'istanza unilaterale del solo attore presupponga necessariamente l'originaria ammissibilità e fondatezza della pretesa oppure si possa prescindere da tale qualità; in secondo luogo non regna concordia circa la natura giuridica della dichiarazione unilaterale di parte attrice; infine non regna uniformità di vedute sullo sviluppo processuale successivo alla dichiarazione *de qua*. Questi sono i punti cardine della questione; occorre a questo punto esaminare come le diverse teorie dottrinali abbiano inteso rispondere a questi interrogativi.

L'opinione maggiormente accreditata, e di gran lunga più seguita in dottrina e in giurisprudenza, ravvisa nell'istanza unilaterale dell'attore una modificazione della domanda. Fautore di questa fortunata ricostruzione è Habscheid, che ha messo a punto la teoria nel giro di pochi anni dall'entrata in vigore del par. 91a ZPO¹²².

I tratti fondamentali della *Klageänderungstheorie* sono ben presto spiegati: Habscheid ritiene che l'istanza di *Erledigung* abbia di mira una decisione che accerti, con efficacia di giudicato, che la domanda era originariamente ammissibile e fondata e che, durante la pendenza della lite, la stessa è divenuta inammissibile o infondata. In tale dichiarazione si giunge dunque a ravvisare una modificazione della domanda ai sensi del par. 268 Nr. 2, da ritenersi pienamente ammissibile per diritto consuetudinario. A tal fine, inoltre, non occorre la dimostrazione di uno specifico interesse ad agire. Quindi, seguendo il punto di vista dello Studioso, la dichiarazione mediante la quale l'attore afferma che la materia del contendere è venuta meno, equivarrebbe a una domanda su un mutato oggetto. Occorre peraltro chiedersi a che tipo di sorte vada incontro la pretesa originaria, dilemma, questo, di grande rilievo ai fini di un'eventuale riproposizione della medesima. Proprio su tale punto di capitale importanza l'A. ha avuto modo di ripensare e rettificare la propria opinione nel giro di pochi anni. Infatti, se nella prima illustrazione della teoria Habscheid costruisce la tutela del convenuto sul concetto d'interesse ad agire, nella versione più matura il riferimento in precedenza individuato in tale condizione dell'azione viene lasciato cadere a fronte di una inedita configurazione dell'oggetto del giudicato di una sentenza di *Erledigung der Hauptsache*.

¹²² La teoria è stata presentata in *Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache*, in *Festschrift für Lent*, Monaco, 1957, salvo poi essere stata oggetto di rielaborazione da parte dell'A. La versione modificata è contenuta in HABSCHIED, *Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache*, cit., 624.

Inizialmente, Habscheid faceva ricorso alla figura dell'interesse ad agire per tutelare il convenuto dal rischio di successive azioni basate sulla medesima pretesa; si riteneva, infatti, che una pronuncia di *Erledigung der Hauptsache* non precludesse la riproposizione della medesima domanda, né ragionando in termini di litispendenza (stante l'identità meramente parziale dell'oggetto), né in virtù dell'efficacia negativo-preclusiva del giudicato (dato che il relativo accertamento non avrebbe potuto riguardare anche la pretesa originaria a causa dell'intervenuta modificazione della domanda). Di conseguenza, Habscheid cuciva la tutela del convenuto sull'eccezione volta a far rilevare la mancanza di interesse ad agire dell'attore¹²³.

Nel giro di pochi anni, lo Studioso è tornato su questo aspetto, rettificando la propria opinione, e costruendo la tutela del convenuto su una maggiore estensione dell'accertamento contenuto in una pronuncia di *Erledigung der Hauptsache*: simile pronuncia accerta, infatti, sia che la domanda era originariamente ammissibile e fondata, sia che la stessa è divenuta inammissibile o infondata a causa del sopravvenire del fatto di cessazione¹²⁴. Dunque, la declaratoria di *EHS* conterrà una vera e propria statuizione sull'oggetto iniziale del processo, con l'ulteriore conseguenza per cui non sarà la mera mancanza di interesse ad agire a tutelare il convenuto, bensì il formarsi di un giudicato materiale sulla domanda dell'attore considerata nella propria interezza¹²⁵. L'aspetto innovativo della teoria riposa dunque su una diversa estensione dei limiti oggettivi del giudicato.

Si consideri poi il caso in cui la decisione del giudice abbia contenuto negativo per l'attore. A riguardo occorre distinguere: nel caso in cui la domanda si rivelasse fin

¹²³ *Contra* ASSMANN, *op. cit.*, 191, la quale rileva un fallimento della ricostruzione di Habscheid nel momento in cui questa richiede per aversi una declaratoria di c.m.c. il positivo scrutinio della originaria ammissibilità e fondatezza della domanda a tutta tutela del convenuto opponente, nonostante poi, su questo aspetto, non verrà più sentenziato dato che la modificazione della domanda ha fatto cadere questo oggetto.

¹²⁴ Si noti come è proprio in considerazione della duplice affermazione contenuta nella sentenza di c.m.c. che questa si lascia nettamente distinguere da una consueta decisione di rigetto nel merito. Inoltre, è sempre in virtù di questo suo aspetto aggiuntivo che riesce a pervenire a ammirevoli risultati, preclusi invece a quest'ultima. Si avrà modo di riprendere tale aspetto nel corso del prossimo capitolo.

¹²⁵ Il giudicato scongiurerà il rischio di riproposizione della domanda così come la litispendenza impedirà una nuova decisione di merito fintantoché la sentenza di *EHS*. non abbia acquisito autorità di cosa giudicata. In HABSCHIED, *Die gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung der Rechtsstreit in der Hauptsache*, cit., 629, si ritrova una, forse superflua, ulteriore specificazione: infatti, al fine di scongiurare l'eventualità che vengano sollevate obiezioni di tale sorta nei confronti della sua teoria, l'A. puntualizza come a quanto da lui previsto non si oppone la circostanza che la originaria domanda fosse una azione di condanna o costitutiva. Infatti, l'iter di verificaione della c.m.c. è un processo di mero accertamento che non può che sfociare in una sentenza di tale identica natura, allo stesso modo in cui una qualsiasi azione di condanna o costitutiva venga rigettata nel merito con una decisione che è per l'appunto dichiarativa.

dal principio inammissibile o infondata, questa andrà incontro a una tradizionale sentenza di rigetto del merito, e ciò, si badi, nonostante la modificazione della domanda. Diversamente, se fosse l'accertamento dell'effettivo avvento del fatto di cessazione a dare esito negativo, il processo potrà proseguire al fine di pervenire a una decisione in merito alla domanda originaria solamente nella misura in cui l'attore si sia premurato di mantenerla in vita in via sussidiaria¹²⁶.

Per quanto concerne il profilo delle spese processuali, Habscheid ritiene che queste vadano distribuite secondo i consueti criteri, primo fra tutti quello della soccombenza ex par. 91 ZPO, escludendo quindi categoricamente la possibilità del ricorso a un'applicazione analogica del par. 91a ZPO. Oltre alla difficoltà cui si andrebbe incontro al fine di utilizzare i criteri di decisione semplificata previsti dal par. 91a ZPO, lo Studioso sottolinea come un giudizio sommario-equitativo per la distribuzione del carico delle spese non sia né necessario né opportuno. Infatti, seguendo le indicazioni offerte dalla *Klageänderungstheorie*, l'accertamento del reale intervento del fatto di cessazione non preclude la possibilità di espletare un'ulteriore attività istruttoria che chiarisca le originarie *chances* di successo della domanda. Pertanto, nonostante il perfezionamento della fattispecie di EHS, la causa verrà istruita al fine di consentire al giudice di conoscere a fondo il merito della originaria domanda sulla quale – occorre ribadirlo – cadrà il vincolo del giudicato. Per quanto concerne le spese, quindi, non si registra alcun ostacolo a una decisione basata sul principio della soccombenza, la quale verrà perfettamente delineata. Non occorre dunque chiedere al giudice di basare la propria statuizione su un giudizio di verosimiglianza come è quello previsto dal par. 91a ZPO¹²⁷.

¹²⁶ Pertanto, nel caso in cui il giudice giunga alla convinzione che un fatto di cessazione non è sopraggiunto, si procederà nell'esame della iniziale domanda solamente se con la presentazione dell'istanza di c.m.c. l'attore abbia mantenuto altresì quest'ultima *hilfsweise*. In caso contrario, il processo terminerà con un rigetto della istanza di c.m.c. e la originaria pretesa sostanziale fatta valere risulterà nuovamente e liberamente azionabile. Si noti come questo aspetto della *Klageänderungstheorie* sia stato oggetto di feroci critiche da parte di chi ha plasmato la propria ricostruzione della unilaterale di c.m.c. proprio al fine di evitare l'inconveniente di una terminazione del processo per insussistenza del fatto di cessazione senza alcun esame sulla originaria domanda che comporterebbe dunque l'instaurazione di un futuro giudizio. Ci si riferisce in particolare a Schwab la cui teoria sarà oggetto di approfondimento nel prossimo paragrafo.

¹²⁷ Si noti come, proprio facendo leva sulla impossibilità di una applicazione analogica del par. 91a ZPO e quindi sulla necessità che la decisione sulle spese giunga a seguito di una compiuta cognizione della causa, Habscheid sia riuscito a ricavare un ulteriore argomento a favore di una decisione giudiziale sulla, ormai completamente istruita, questione concernente l'originaria ammissibilità e fondatezza della domanda. Infatti, è ovvio che le accuse di provocare un inutile dispendio di risorse mosse a costui

Questi sono i tratti fondamentali della teoria che vede nella dichiarazione di *EHS* una modificazione della domanda. Occorre ora dare brevemente conto delle critiche che sono state mosse alla *Klageänderungstheorie*, sferrate su piani distinti. Anzitutto quanto al profilo relativo all'interesse ad agire: se per Habscheid non occorre che l'attore dimostri di avere uno specifico interesse alla modificazione della domanda, per autorevole dottrina occorrerebbe invece la dimostrazione di un simile interesse, che, nel caso di specie, mancherebbe¹²⁸. In poche parole non vi sarebbe un interesse giuridicamente rilevante in grado di rendere ammissibile una simile domanda di accertamento. A riguardo, è lo stesso Habscheid a ribattere a queste obiezioni: con riferimento alla parte della sentenza relativa all'accertamento della originaria ammissibilità e fondatezza della domanda, l'interesse ad agire dell'attore sarebbe da considerarsi *in re ipsa*, in considerazione della inequivocabile volontà dell'attore di evitare di dover sopportare le spese giudiziali. Diversamente, con riferimento al secondo oggetto della sentenza in questione, secondo lo Studioso è incontestabile l'esistenza, nel sistema di diritto processuale civile tedesco, di un diritto del convenuto volto a ottenere una decisione nel merito della domanda contro lo stesso spiegata. Questa constatazione legittima quindi un accertamento giudiziale ad ampio raggio. Di conseguenza, se la sentenza dichiarativa che ne deriverà verrà emessa anche nell'interesse del convenuto, secondo l'A., non si capisce la ragione per richiedere che sia l'attore a dover dimostrare di avere uno specifico interesse all'accertamento dell'inammissibilità o infondatezza della domanda in conseguenza del sopraggiungere dell'evento¹²⁹.

Un'altra osservazione critica che è stata mossa a questa teoria e riguarderebbe il contenuto della dichiarazione dell'attore: si è sostenuto infatti che, seguendo la ricostruzione di Habscheid, si finirebbe per “vedere troppo” nella dichiarazione di *Erledigung* proveniente dall'attore¹³⁰. Infatti, se si guarda al tenore della dichiarazione, emerge come questa contenga in realtà solamente l'affermazione che la materia del

principalmente da Schwab e Göppinger siano destinate a cadere nel momento in cui un approfondito esame nel merito della originaria domanda si dimostri doveroso e obbligatorio ai fini della distribuzione del carico delle spese di causa.

¹²⁸ È proprio sotto il profilo della mancanza di interesse ad agire in capo all'attore che Schwab e Göppinger hanno mosso le loro critiche più aspre nei confronti della *Klageänderungstheorie*. Inoltre anche ASSMANN, *op. cit.*, 187, non esita a rilevare la mancanza di interesse ad agire ex par. 256 ZPO per una simile domanda di accertamento.

¹²⁹ Cfr. HABSCHIED in *Der gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache*.

¹³⁰ In questo senso ASSMAN, *op. cit.*, 189; in precedenza POHLE, *Zur rechtlichen Bedeutung der Erledigungserklärung nach Deutschem Recht*, in *Festschrift für Maridakis*, 427-449.

contendere è venuta meno. Nulla viene precisato in ordine all'originaria ammissibilità e fondatezza della domanda. Inoltre, l'attore non intende più perseguire una decisione sulla pretesa originaria; egli desidera solamente terminare il processo e giungere a una ripartizione delle spese di causa che gli sia favorevole. Pertanto, si è ritenuto eccessivo ravvisare nella dichiarazione dell'attore una modificazione della domanda solo perché il convenuto non abbia prestato adesione alla proposta ex par. 91a ZPO. In definitiva, si è sostenuto che l'attore non vorrebbe modificare la propria domanda, ma solo lasciarla cadere. A questo riguardo, è lo stesso Habscheid, forte del presupposto indiscusso secondo cui per avere una sentenza occorre sempre una domanda, che precisa, in più occasioni, come non sia affatto corretto parlare di “*Erklärung*”. L'agire dell'attore non si risolve, infatti, in un mero dichiarare.

In conclusione, questi sono i tratti essenziali della *Klageänderungstheorie*, che rappresenta, ancora oggi, la teoria maggioritaria, tanto in dottrina, quanto in giurisprudenza. Occorre, a questo punto, procedere all'esame delle altre opinioni espresse in tema di *einseitige Erledigungserklärung*.

1.4. Die Zwischenstreitstheorie

Si è avuto modo di rilevare come, nonostante le indubbie particolarità, la *Klageänderungstheorie* sia riuscita nell'impresa di armonizzare le conseguenze legate al sopraggiungere dell'evento utilizzando schemi processuali positivamente previsti nell'ordinamento tedesco. Il medesimo obiettivo è stato perseguito dalla *Zwischenstreitstheorie*, il cui esponente di spicco va individuato in Schwab¹³¹. Il dibattito tra questa scuola di pensiero e quella che fa capo a Habscheid è sempre stato molto vivace. I seguaci della *Zwischenstreitstheorie* convengono con i colleghi della *Klageänderungstheorie* sulla necessità di tutelare il convenuto, evitando di riversare su costui le conseguenze negative di una pretesa, sin dal principio, inammissibile o non fondata su buone ragioni di diritto sostanziale. Nonostante la preoccupazione comune,

¹³¹ Concorda con le affermazioni di Schwab anche D. ASSMAN, *op. cit.*, 194.

nulla hanno a che vedere tra loro i meccanismi congegnati per evitare di scivolare nell'ingiustizia. Si è avuto modo di approfondire quanto sostenuto dalla *Klageänderungstheorie* a riguardo; occorre adesso procedere all'esame della disciplina del fenomeno offerta dalla *Zwischenstreitsstheorie*. Ciò non senza segnalare l'aspirazione di fondo di quest'ultima teoria: secondo lo stesso Schwab, la *Zwischenstreitsstheorie* è votata a "primarie ragioni di economia processuale". È proprio all'insegna di questo principio che vengono sacrificate le principali esigenze considerate e soddisfatte dalla *Klageänderungstheorie*.

Occorre quindi procedere a illustrare i tratti salienti di questa ricostruzione. Il primo carattere distintivo consiste nel fatto che viene ammessa la possibilità per cui il soggetto dichiarante la *EHS* coincida con la persona del convenuto. L'istanza di *EHS*, infatti, non viene fatta coincidere con una modificazione della domanda o con altra attività processuale prerogativa solamente dell'attore. Mediante tale dichiarazione non si modifica l'oggetto del processo, né si rinuncia allo stesso; semplicemente si instaura, sul processo in corso, un particolare tipo di giudizio incidentale (*Zwischenstreit*). Questo giudizio, instaurato con l'istanza unilaterale dell'attore o del convenuto, ha ad oggetto l'accertamento del reale sopraggiungere del fatto di cessazione; si inserisce a monte di qualunque decisione di merito sulla pretesa azionata, non diversamente dal caso in cui si rilevi la mancanza di un presupposto processuale. Dunque, per i seguaci della *Zwischenstreitsstheorie*, il fatto di cessazione si atteggia come una condizione di decidibilità della causa nel merito, solamente di segno negativo, nel senso che solamente la sua assenza consentirà al processo di giungere fino a una decisione sulla fondatezza della domanda azionata. In altre parole, l'istanza di *EHS* dà avvio a un giudizio incidentale volto ad accertare unicamente il reale sopraggiungere dell'evento. Nessuno spazio viene riservato all'accertamento dell'originaria ammissibilità e fondatezza della domanda. Il giudizio incidentale risulta finalizzato solamente a verificare il perfezionamento della fattispecie di *Erledigung der Hauptsache*; una volta accertata la portata estintiva del fatto sopravvenuto rispetto alla pretesa originariamente dedotta in causa il processo potrà terminare, in quanto si ritiene che il desiderio di ottenere una decisione giudiziale abbia perduto di attualità e pertanto non vada più tenuto in considerazione. Dunque, nel caso in cui la verifica dell'intervento del fatto di cessazione dovesse dare esito positivo, il processo si concluderà con una declaratoria di

EHS motivata proprio con il sopraggiungere dell'evento. Nulla verrà statuito in ordine all'originarie possibilità di successo della domanda¹³². All'opposto, nell'ipotesi in cui all'esito del giudizio incidentale venisse accertato che la materia del contendere non è venuta meno – e dunque che l'aspirazione a ottenere una decisione di merito è rimasta attuale – il processo proseguirà come se nulla fosse avvenuto e il giudice darà atto dei risultati dell'accertamento incidentale indifferentemente con una *Zwischenurteil* oppure con la sentenza definitiva.

Alla luce di quanto esposto emerge come il rischio sopra prospettato (per cui il convenuto debba rispondere delle conseguenze negative derivanti da una domanda già originariamente inammissibile o infondata) venga evitato semplicemente richiedendo, ai fini di una chiusura del processo per *EHS*, l'accertamento del reale sopravvenire di un fatto di cessazione. Posto questo presupposto, l'attore non risulta libero di divincolarsi dal processo a sua discrezione, perché potrà farlo solamente in presenza dell'evento causa di cessazione¹³³.

¹³² In tale ipotesi l'epilogo del processo troverà formale suggello in una sentenza, invero particolare, ma pur sempre di rito. Tralasciando per il momento l'esame dei tratti peculiari di questa sentenza di natura processuale, occorre anzitutto rilevare come ciò si ponga in evidente contrasto con quel diritto del convenuto – che prima si era appurato sussistente – ad ottenere una decisione di merito sulla domanda contro sé medesimo proposta.

In realtà, i sostenitori della *Zwischenstreitstheorie* liquidano il contrasto appena individuato come apparente; infatti, il diritto del convenuto ad ottenere una chiusura del processo con una statuizione sul merito della pretesa si ricava dal par. 269 ZPO e ferma la possibilità che questo assurga ad oggetto di un principio generale, la legge lo prevede e ne delinea i contorni avendo riguardo di una ipotesi ben particolare, ossia dell'ipotesi in cui l'attore decida arbitrariamente di effettuare atto di revoca. Di conseguenza questa garanzia nei confronti del convenuto varrà sicuramente per l'ipotesi di revoca, ma non altrettanto potrà dirsi per il caso in cui successivamente all'instaurazione del giudizio intervenga un evento – in alcun modo dipendente dalla volontà dell'attore – che elida completamente l'oggetto del contendere e che pertanto impedisca alla parte instauratrice del giudizio di portare lo stesso sino al suo esito naturale. *Amplius* ASSMANN, *op. cit.*, 196, che ribadisce come le due situazioni – quella delineata dal par. 269 ZPO e quella che si viene a verificare a seguito dell'avvento del fatto di cessazione – non possano essere in alcun modo paragonabili. Infatti, la necessità del consenso della parte convenuta richiesta dal par. 269 ZPO appare più che altro il controbilanciamento della facoltà concessa all'attore di revocare la propria domanda senza dover addurre motivo alcuno. Ancora, secondo l'A. a giustificare questo trattamento differenziato concorrerebbe anche l'elemento della prevedibilità; infatti, Assmann non esclude che in caso di revoca l'attore possa avere conoscenza già al momento della instaurazione del giudizio del motivo che successivamente lo indurrà a ritirare la propria richiesta di protezione giuridica. Inoltre, si ritiene che l'attore al momento della proposizione della domanda sia ben consapevole della ammissibilità e fondatezza o meno di questa. Pertanto, non pare giusto consentire a costui di proporre una domanda non supportata da valide ragioni di diritto sostanziale magari al fine di “sondare il terreno” oppure di esercitare pressione sulla controparte di modo da indurla a prestare qualcosa di non dovuto. In conclusione, l'A. ritiene approvabile l'aver garantito un diritto del convenuto ad ottenere una decisione di merito su una domanda perseguita a tal punto da essere giunto il processo alla fase della trattazione orale, mentre non appare in alcun modo opportuno garantire la medesima posizione al convenuto nel caso in cui l'attore manifesti la propria volontà di porre termine al giudizio per una oggettiva e allo stesso in alcun modo imputabile modificazione della situazione giuridica o fattuale.

¹³³ Nulla verrà mai accertato riguardo alle originarie possibilità di vittoria della parte attrice.

In conclusione, la *Zwischenstreitsstheorie* riesce nell'intento di offrire una valida tutela alla parte convenuta, con un sensibile risparmio di tempo e di costi. Quanto alla distribuzione delle spese del giudizio, in assenza di qualunque accertamento circa la fondatezza originaria della domanda, l'unica soluzione prospettabile è il ricorso a un'applicazione analogica dei criteri previsti al par. 91a ZPO.

1.5. Altre teorie minoritarie

Entrambe le teorie esaminate, la *Klageänderungstheorie* e la *Zwischenstreitsstheorie*, ravvisano nella declaratoria di *Erledigung der Hauptsache* una decisione sull'oggetto del processo e, proprio sulla base di questo elemento, vengono comunemente ricondotte alla categoria delle “*materielle Entscheidungslehren*”. A queste si contrappongono altre due teorie, note sotto il nome di “*Rechtshängigkeitsbeendigungslehren*”, su cui occorre ora soffermarsi¹³⁴. Viene in rilievo, anzitutto, la *Theorie der privilegierten Klagerücknahme*¹³⁵, la quale, come traspare in maniera evidente della stessa denominazione, risolve la problematica relativa al fatto sopravvenuto utilizzando la figura tipica della revoca della domanda, salvo poi configurarne una variante privilegiata in punto di spese del giudizio. Principale sostenitore di questa teoria è Blomeyer, il quale ritiene che l'attore, con la dichiarazione unilaterale di *EHS*, intenda conseguire gli stessi effetti riconducibili a una revoca della domanda, fatta eccezione, ovviamente, per il profilo relativo alle spese di causa. Di conseguenza, alla dichiarazione unilaterale di cessazione andrebbe riconosciuta natura di revoca della domanda e, per tale via, andrebbe assoggettata alla disciplina prevista dal par. 269 ZPO, relativo alla *Klagerücknahme*. Quanto agli effetti giuridici, a seguito della dichiarazione di *Erledigung der Hauptsache*, la litispendenza terminerà

¹³⁴ Oltre alle teorie esposte sono rinvenibili anche posizioni intermedie, risultato della combinazione di più teorie. Per una panoramica si consulti M. EL-GAYAR, *op. cit.*, 78-84.

¹³⁵ Contraria a siffatta ricostruzione della natura giuridica della dichiarazione di cessazione dell'attore anche D. ASSMANN, *op. cit.*, 196, la quale rileva come l'unica cosa che hanno in comune la dichiarazione di revoca e quella di c.m.c. è riassumibile nel fatto che l'attore rende esplicito che non desidera più una decisione di merito sulla pretesa dedotta. Tale unico punto di contatto non è ovviamente sufficiente per considerare la unilaterale dell'attore come un tipo di revoca della domanda.

automaticamente, senza alcuna verifica giudiziale sull'effettivo venir meno della materia del contendere, inutile e superflua a detta degli aderenti a questa teoria. Necessaria conseguenza di questa impostazione è la riproponibilità, libera e assoluta, della medesima pretesa in altro e futuro giudizio.

L'altra *Rechtshängigkeitsbeendigungslehre* è conosciuta come *Theorie des privilegierten Klageverzichts*¹³⁶. Allo stesso modo della *Theorie der privilegierten Klagerücknahme*, questa ricostruzione ricollega all'attività di parte la fine automatica della litispendenza, senza alcun coinvolgimento dell'organo giudiziale, eccetto per il profilo relativo alla distribuzione delle spese di causa. Tuttavia, a differenza di Blomeyer, gli aderenti a questa teoria non ammettono la possibilità di una valida ed utile riproposizione della medesima pretesa di diritto sostanziale in altro e successivo giudizio, finendo pertanto per riconoscere alla declaratoria di EHS una sorta di preclusione *pro iudicato*.

Ragionano con l'istituto processuale della rinuncia ex par. 306 ZPO anche Hellwig, Kisch e Goldschmidt, i quali tuttavia ravvisano la soluzione alla problematica del fatto sopravvenuto nel principio di causalità nella ripartizione delle spese giudiziali previsto dal par. 93 ZPO¹³⁷. Secondo questi A., l'attore potrebbe reagire al sopraggiungere del fatto di cessazione facendo atto di rinuncia (andando dunque incontro a un rigetto nel merito della propria domanda), ma potrebbe addirittura restare inerte e attendere l'inesorabile sentenza di segno negativo. Infatti, stante la previsione nella ZPO del par. 93 che stabilisce il criterio di causalità nella distribuzione delle spese del giudizio, ben potrebbe il giudice condannare il convenuto a sopportare i costi del processo qualora risulti che, seppur formalmente vittorioso nel merito, sia stato costui, con il proprio comportamento, ad aver dato causa all'iniziativa giudiziale dell'attore¹³⁸.

Pertanto, il rigetto nel merito da un lato, e il principio di causalità per quanto concerne la distribuzione delle spese processuali dall'altro, risulterebbero in grado di far fronte agli inconvenienti ricollegati al sopraggiungere del fatto di cessazione, senza che

¹³⁶ Fra gli esponenti di questa teoria si registrano i nomi di Zöller la cui opinione viene riportata in HABSCHIED, *Die gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung der Rechtsstreit in der Hauptsache*, cit., 625, e Grunsky il cui punto di vista è illustrato in EL-GAYAR, op. cit., 70-78.

¹³⁷ I tratti salienti di questa teoria sono riportati in DEUBNER, op. cit., 208.

¹³⁸ Si possono riscontrare alcune analogie tra questa teoria e quanto sostenuto, con riferimento all'ordinamento italiano, da A. ATTARDI, *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987 e, parzialmente, da B. SASSANI, *La cessazione della materia del contendere*, in *Enc. giur. Treccani*.

occorra ricorrere all'utilizzo di formule terminative non previste dall'ordinamento di diritto positivo¹³⁹.

Occorre infine dare brevemente conto della spiegazione del fenomeno offerta da Göppinger, il quale finisce per prendere in prestito e combinare tra loro aspetti caratteristici delle *materielle Entscheidungslehren* e delle *Rechtshängigkeitsbeendigungslehren*¹⁴⁰. Lo Studioso ritiene anzitutto che la dichiarazione di *EHS* non costituisca un atto di per sé idoneo a porre termine alla litispendenza. Nella dichiarazione bisognerebbe leggere un atto di abbandono della domanda, accompagnato dall'istanza volta a ottenere una declaratoria che stabilisca, da un lato, che la domanda è stata lasciata cadere ammissibilmente e, dall'altro, che la pendenza della lite è venuta meno. Dunque, a differenza di quanto sostenuto da Blomeyer, per Göppinger la fine della litispendenza sarebbe un effetto ricollegabile alla pronuncia di *EHS*, da intendersi quale sentenza dotata dell'effetto costitutivo di porre termine alla lite. La dichiarazione unilaterale dell'attore sarebbe un atto costitutivo processuale finalizzato all'abbandono della domanda e all'ottenimento della declaratoria di *Erledigung der Hauptsache*. Nel contesto di questa ricostruzione, scarso rilievo viene riconosciuto al fatto sopravvenuto, che costituirà solo un elemento alla base della decisione del giudice. In conclusione, per Göppinger l'istanza di *EHS* si risolverebbe in una richiesta meramente processuale, finalizzata ad ottenere l'emissione di una sentenza la cui natura è costitutiva nella sola ed unica misura in cui pone fine della pendenza della lite.

¹³⁹ In realtà questa opinione non ha avuto molto seguito in dottrina e giurisprudenza. Le obiezioni che le sono state mosse sono principalmente due: anzitutto, si è rilevato che il rigetto del merito non sarebbe in grado di tutelare adeguatamente l'attore, in quanto consentirebbe al convenuto di agire per la ripetizione dell'indebito con maggiore facilità. In secondo luogo, si è sottolineato come il principio di causalità ex par. 93 ZPO non potrebbe garantire completamente la posizione del convenuto poiché non avrebbe una così ampia estensione.

¹⁴⁰ Per completezza di indagine occorre segnalare come la tesi di Göppinger non sia l'unica a porsi al di fuori delle due macrocategorie di opinioni che si è avuto modo di illustrare. Non riconducibile ai due grandi blocchi vi è anche quella scuola di pensiero che lavora con il concetto di *Rechtsschutzbedürfnis* di parte convenuta. Seguendo questa ricostruzione, nel momento in cui l'attore prende le distanze dalla sua iniziale domanda, perseguendo solamente una declaratoria di *EHS*, il convenuto perderebbe la facoltà di ottenere un rigetto della pretesa originariamente azionata e si vedrebbe quindi costretto ad abbandonare tale richiesta. Si noti come, oltre a non essere di facile classificazione, questa teoria venga giudicata sterile. A proposito Habscheid, rileva come l'obbligo di decisione indubbiamente sussistente in capo al giudice, riguarderebbe la domanda di parte attrice e non la richiesta di rigetto formulata dal convenuto. Pertanto, fintantoché la domanda dell'attore va considerata pendente, il giudice è tenuto a statuire nel merito della stessa; se questa viene revocata l'organo giudicante non è più tenuto a fornire alcuna decisione, nonostante il convenuto perseveri nella propria difesa.

2. *La problematica relativa al fatto sopravvenuto nell'ordinamento austriaco. Introduzione al problema (e alla soluzione)*

Anche gli interpreti austriaci si sono confrontati con la problematica relativa al sopraggiungere di un fatto di cessazione, tanto nell'ipotesi in cui questo si risolve in un fatto estintivo della fattispecie di diritto sostanziale dedotta in giudizio, quanto nel caso in cui l'evento denoti l'avvenuta riconciliazione tra le parti. Il sistema di diritto positivo austriaco mostra evidenti affinità con quello germanico, soprattutto con riferimento agli eventi di cessazione appartenenti alla categoria dei fatti comportanti l'autocomposizione della lite, vale a dire la rinuncia all'azione, il riconoscimento del diritto e la transazione. A tutti e tre questi accadimenti viene riservata un'apposita disciplina normativa nel contesto della ZPO; inoltre, occorre sottolineare come questi tre istituti risultino legati assieme dall'opinione tradizionale che li qualifica alla stregua di *doppelfunktionellen Prozesshandlungen*, per rimarcare la duplice valenza, processuale e sostanziale degli stessi¹⁴¹.

Occorre dunque procedere all'esame del dato normativo, cominciando dalle due ipotesi di atti unilaterali, la rinuncia all'azione e il riconoscimento del diritto. Della prima si occupa il par. 394 ZPO, stabilendo il contenuto della sentenza in conseguenza dell'atto abdicativo; qualora l'attore dichiari di rinunciare alla propria azione, il convenuto potrà chiedere al giudice di trasfondere la rinuncia in una sentenza di merito, instando per la compilazione di una sentenza di rigetto. Del riconoscimento del diritto si occupa, invece, il successivo par. 395, che stabilisce il contenuto della pronuncia con la quale dare atto dell'avvenuto riconoscimento del diritto¹⁴². Lo schema è il medesimo, solamente a parti invertite: se il convenuto riconosce la fondatezza del diritto vantato dall'attore, quest'ultimo può instare affinché l'avvenuto riconoscimento venga suggellato in una sentenza di accoglimento della domanda. Le norme non differiscono,

¹⁴¹ RECHBERGER – SIMOTTA, *op. cit.*, 342.

¹⁴² Il Par. 394, rubricato "*Urteil auf Grund von Verzicht*", dispone che "*Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Streitverhandlung auf den geltend gemachten Anspruch, so ist die Klage auf Antrag des Beklagten auf Grund des Verzichtes durch Urtheil abzuweisen. Bezieht sich der Verzicht nur auf einen von mehreren in der Klage geltend gemachten Ansprüchen oder auf einen Theil eines Anspruches, so kann auf Grund des Verzichtes auf Antrag ein Theilurtheil erlassen werden*". Il Par. 395, relativo alla sentenza in caso di riconoscimento stabilisce che "*Wenn der Beklagte den gegen ihn erhobenen Anspruch bei der mündlichen Streitverhandlung ganz oder zum Theile anerkennt, so ist auf Antrag des Klägers dem Anerkenntnis gemäß durch Urtheil zu entscheiden*".

nella sostanza, da quelle presenti nella ZPO germanica su cui si è soffermati *supra*. Entrambe le dichiarazioni, tanto quella proveniente dall'attore, quanto quella proveniente dal convenuto, costituiscono atti di disposizione del diritto in contesa, soggetti al limite rappresentato dalla natura disponibile del diritto. Entrambe le figure, inoltre, hanno degli equivalenti sul terreno del diritto sostanziale. La *Klageverzicht* si differenzia dalla *Verzicht des materiellen Rechts* prevista dal par. 1444 ABGB dal punto di vista dell'efficacia, poiché mentre la prima abbisogna di essere recepita in una sentenza, la seconda produce i suoi effetti direttamente. Quanto al profilo della validità dell'atto di rinuncia ex par. 394 ZPO, si ritiene che la duplice natura giuridica propria dei *doppelfunktionellen Prozesshandlungen* non sia senza conseguenze: infatti, qualora la rinuncia – intesa come atto processuale – risulti inefficace a causa della violazione o della mancanza di un presupposto stabilito dalla legge processuale, ciò non esclude che possa esplicare i propri effetti dal punto di vista del diritto sostanziale. In altre parole, il vizio di natura processuale che affligge la rinuncia non esclude che questa possa essere considerata e valutata come negozio giuridico di diritto sostanziale, in presenza, ovviamente, dei requisiti richiesti dalla legge.

Il riconoscimento del diritto prestatato dal convenuto in corso di causa si differenzia invece dal *privatrechtliches Anerkenntnis* dal punto di vista della funzione, nonché della natura giuridica: quest'ultimo è un contratto avente ad oggetto l'esistenza di rapporti giuridici obbligatori, ai quali si sostituisce, con efficacia costitutiva, come nuova fonte dei rapporti tra le parti. Il riconoscimento del diritto, invece, è una dichiarazione processuale indirizzata al giudice, in grado di incidere sul diritto sostanziale dedotto in causa. Inoltre, il riconoscimento del diritto diverge dalla confessione, in quanto non ha ad oggetto singoli fatti, bensì la pretesa formulata dall'attore nel suo complesso (riguarda dunque sia i fatti che la sussunzione prospettata dall'attore)¹⁴³.

Tornando alla disciplina codicistica della rinuncia all'azione e del riconoscimento del diritto, occorre sottolineare come, in entrambi i casi, non risulti sufficiente l'atto di sottomissione per dare corpo alla sentenza favorevole alla controparte, bensì si renda necessaria l'istanza della parte avvantaggiata dalla

¹⁴³ Per un approfondimento, si consulti il commento di DEIXLER – HÜBNER ai par. 394 e 395 contenuto in FASCHING – SONECNY, *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Wien, 2004. Per un approfondimento sul riconoscimento del diritto si consulti FUCIK, *Das Anerkenntnis im Prozess*, ÖJZ, 2011/53, 485.

dichiarazione. In ambo le ipotesi la limitazione della *potestas iudicandi* del giudice è evidente, e la stessa pare operare su due piani diversi: sia dal punto di vista del potere di direzione del processo, che dal punto di vista contenutistico, relativo al tenore della sentenza. Quanto al primo profilo, i due paragrafi, il 394 e il 395, configurano un'eccezione al principio tradizionale – consacrato anche nel par. 394 ZPO – per cui è il giudice che rimette la causa in decisione quando ritiene la stessa matura per la decisione. In conseguenza dell'atto di rinuncia o di ammissione, il processo non potrà terminare automaticamente, ma, al fine di addivenire a una sentenza di merito, la controparte dovrà domandare *die Fallung eines Verzichts- oder Anerkenntnisurteils*. Solamente l'istanza di parte consentirà al giudice di trasfondere l'atto dispositivo in una sentenza di merito con tutti i crismi. Venendo dunque al secondo profilo, il giudice potrà accertare solamente la sussistenza dei presupposti processuali e la natura disponibile del diritto oggetto della dichiarazione, ma non anche la corrispondenza tra la realtà sostanziale e quanto dichiarato dalla parte. Il giudice potrà rifiutarsi di emettere una *Verzichtsurtel* o una *Anerkenntnisurteil* solamente se queste risultino essere il mezzo per raggiungere una situazione giuridica contraria alla legge o al buon costume.

Emerge dunque il rilievo primario riconosciuto al potere dispositivo delle parti a discapito della libertà di apprezzamento del giudice.

Proseguendo oltre nell'indagine, occorre segnalare come l'atto di ammissione della parte possa dare luogo anche a una terminazione del processo per intervenuta transazione. L'ordinamento processuale austriaco ammette infatti l'eventualità per cui la transazione si basi unicamente sulla sottomissione di una parte all'altra, prescindendo così dall'elemento delle reciproche concessioni, che rimane requisito solamente della transazione di diritto sostanziale disciplinata dal par. 1380 ABGB. Così il riconoscimento o la rinuncia potranno essere trasfuse sia in una sentenza di merito, che in un *Prozessvergleich*, noto come *Submissionsvergleich*. Della transazione giudiziale la ZPO tratta ai par. 204 e 206, stabilendo che, una volta perfezionato, l'accordo transattivo produca tre effetti differenti: la *Bereinigungswirkung* (la transazione diventa la nuova fonte di regolamentazione dei rapporti tra le parti), la *Prozessbeendigungswirkung* (l'accordo pone termine al processo) e *Vollstreckungswirkung* (la transazione costituisce titolo esecutivo).

Questo, in definitiva, è il quadro di riferimento quanto alle ipotesi di autocomposizione della lite, le quali, a ben vedere, hanno ricevuto una disciplina tutto sommato compiuta. Occorre, a questo punto, soffermarsi sull'altra categoria di fatti di cessazione, vale a dire su quelle ipotesi in cui il sopraggiungere dell'evento comporti l'estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta a titolo della domanda. Queste eventualità non sono state considerate dal legislatore; anzi, proprio il par. 41 ZPO impone che, nell'ipotesi in cui il convenuto adempia, in corso di causa, la prestazione vantata dall'attore, i costi del processo gravino sull'attore. La problematica si presenta in termini noti. In particolare, il problema assume caratteri simili rispetto all'ordinamento germanico. Anche la ZPO austriaca prevedeva, e prevede tutt'ora, istituti astrattamente idonei a recepire la sopravvenienza, in modo però non del tutto appagante rispetto ad esigenze di giustizia sostanziale. Vengono in rilievo le due figure, entrambe tipiche, della *Klagerücknahme* e della *Klageverzicht*. Su quest'ultima ci si è già soffermati ampiamente *supra*. La *Klagerücknahme* è disciplinata dal par. 327 che, al 1° *Absatz* prevede, accanto alla figura tradizionale di revoca della domanda con effetti meramente processuali perché circoscritti al processo in corso, la figura ibrida della *Klagsrücknahme unter Anspruchsverzicht*. Si tratta di una revoca della domanda accompagnata da una rinuncia alla tutela giurisdizionale relativa alla posizione di diritto sostanziale dedotta in giudizio.

Tornando all'esempio prospettato, l'attore – creditore, la cui pretesa sia stata soddisfatta in corso di causa, avrebbe a disposizione tre alternative per evitare il rigetto nel merito della domanda, nessuna delle quali appagante dal punto di vista della distribuzione del carico delle spese giudiziali.

Si registrava pertanto l'assenza, nel sistema di diritto positivo, di efficaci meccanismi di adeguamento della realtà processuale al mutato contesto di diritto sostanziale. Ebbene, anche in questo contesto, è stata la giurisprudenza a farsi portatrice delle esigenze riconnesse al sopraggiungere del fatto di cessazione. La riflessione ha condotto a una soluzione, semplice ma efficace: posto che il fatto di cessazione ha come effetto quello di rendere infondata la pretesa, la prassi ha inteso risolvere tale situazione di *impasse* consentendo all'attore di limitare la propria domanda al solo capo relativo alle spese giudiziali. Si evita così un sicuro rigetto nel merito della domanda, e, al contempo, si apre la strada alla possibilità di una ripartizione delle spese giudiziali che

tenga conto degli accadimenti di causa, e quindi che si discosti, in misura maggiore o minore, dal criterio della soccombenza. Così, qualora nel corso di un giudizio avente ad oggetto un diritto di credito, il convenuto paghi quanto preteso dall'attore, quest'ultimo potrà limitare la propria domanda, riducendola al solo profilo relativo alla distribuzione delle spese giudiziali. Pertanto, con la *Klagseinschränkung auf Kosten* si consente all'attore di ridurre la propria domanda (ormai privata di fondamento) al solo profilo relativo alla distribuzione delle spese processuali.

Simile possibilità, all'ordine del giorno nei tribunali austriaci, non è mai stata riconosciuta dal legislatore. Ciò ha fatto sì che rimanessero insoluti molti dei problemi sorti dall'applicazione pratica di questo istituto, derivanti proprio dalla mancanza di una disciplina di diritto positivo. Ad ogni modo, prima di approfondire gli aspetti controversi, occorre procedere nell'analisi dei caratteri propri della figura, indagando, in primo luogo, il significato giuridico di una simile dichiarazione processuale, per poi passare all'esame della natura e delle modalità procedurali della stessa, e, infine, interrogarsi sulle sorti della domanda originaria.

2.1. Die Klagseinschränkung auf die Kosten. Nozione e presupposti

Si è detto che non di rado accade che, in una qualsiasi fase del processo, l'attore dichiari di voler ridurre la propria domanda al solo capo relativo alle spese giudiziali. La ragione alla base di un simile comportamento risiede, il più delle volte, nella volontà di reagire all'adempimento del convenuto, che, intervenuto lite pendente, abbia reso la petizione infondata, con evidenti conseguenze sfavorevoli all'attore. Ragionando in termini generali, può capitare che, in conseguenza della sopravvenuta modificazione della situazione di fatto o di diritto dedotta dall'attore a sostegno della propria pretesa, costui non intenda più portare avanti il procedimento (poiché è consapevole che ciò condurrebbe a una pronuncia di reiezione della sua domanda), ma, nondimeno, rimanga dell'avviso per cui i costi del processo debbano essere sopportati dal convenuto sulla base del principio di causalità. Si è detto che una simile ipotesi non è contemplata dalla legge austriaca e che la soluzione è stata indicata dalla prassi. Al configurarsi di tale

eventualità, la giurisprudenza suggerisce all'attore di abbandonare la propria domanda (ormai divenuta infondata) e di dare impulso al processo perché prosegua con un oggetto più ristretto, circoscritto al solo capo relativo alle spese. Questa è, in via di prima approssimazione, l'idea alla base della *Klagseinschränkung auf Kosten*. Occorre soffermarsi e approfondire la soluzione predisposta dalla prassi austriaca, la quale, lo si è detto, proprio in considerazione dell'origine pretoria, sconta il prezzo di gravi incertezze dogmatiche e applicative.

In primo luogo, è la stessa legittimità dell'istituto a essere stata posta in discussione. Come la cessazione della materia del contendere italiana, anche la *Klagseinschränkung auf Kosten* non ha trovato formale riconoscimento da parte del legislatore austriaco nonostante il frequente utilizzo¹⁴⁴; condivide dunque con la c.m.c. i dubbi gravitanti sull'opportunità di ricorrere a schemi procedurali ignoti al sistema di diritto positivo. La questione trova risposta affermativa, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza, seppur sulla base ad argomentazioni diverse¹⁴⁵. L'ammissibilità della figura viene tradizionalmente sostenuta e argomentata nel collegamento con istituti processuali tipici; così, a rendere possibile la *Klagseinschränkung auf Kosten* vi sarebbe, per alcuni, la parentela con la figura tipica della revoca della domanda (*Zurücknahme der Klage*), mentre per altri, il fondamento dogmatico dell'istituto andrebbe ricercato nella disciplina positiva in tema di modificazione della domanda¹⁴⁶. È d'uopo approfondire le diverse opzioni ricostruttive, indagando, al contempo, i caratteri dei due istituti di riferimento, vale a dire la revoca e la modificazione della domanda.

Quanto alla prima proposta interpretativa, si è tentato di soddisfare le esigenze riconnesse al sopraggiungere di un fatto di cessazione istituendo un legame tra la *Klagseinschränkung auf Kosten* e la *Zurücknahme der Klage*. A riguardo si è sostenuto,

¹⁴⁴ Secondo LORBER, *Die Einschränkung des Klagebegehrens auf Kostenersatz*, in *JB*, 1971, 612, la prassi ha dato vita all'istituto per assecondare le esigenze di giustizia che sempre più si avvertivano nelle aule dei tribunali austriaci.

¹⁴⁵ Quanto all'elaborazione dottrinale, LORBER, *op. cit.* lamenta la mancanza di una riflessione approfondita sul punto; secondo l'A., gli autorevoli Studiosi che si sono occupati dell'argomento ne hanno trattato dando per assodata la questione preliminare relativa alla compatibilità di tale schema terminativo del processo con l'impianto del codice di rito.

¹⁴⁶ Diversamente, la prassi esclude, da sempre, qualunque tentativo di avvicinare la *Klagseinschränkung auf Kosten* alla *Verzicht ex par. 394 ZPO*: la *Klagseinschränkung auf Kosten* rappresenta solamente una limitazione della domanda spiegata in giudizio, che non può condurre a una pronuncia di merito *ex par. 394 ZPO* con la quale suggellare l'avvenuta rinuncia. In questi termini già LGZ Wien EvBl 1937/618; LGZ Wien EvBl 1937/712

infatti, che la riduzione della domanda risulterebbe ricompresa nella figura della revoca, perché ne rappresenterebbe un *minus* quantitativo. Simile affermazione pare trovare una base legittimante sia nella disciplina della revoca e della riduzione, che nella delineazione del rapporto tra le due, contenuta nella *Exekutionsordnung*. Il par. 41, Abs. 1 della EO considera la riduzione dell'azione esecutiva come qualcosa in meno rispetto alla revoca totale della stessa. Inoltre, un altro argomento in tal senso potrebbe essere tratto dal tenore letterale del par. 208 Abs. 1 ZPO, che, nell'elencare le dichiarazioni di parte, pronunciate in udienza, che, stante la loro rilevanza, debbono essere verbalizzate, menziona l'ipotesi della riduzione, ma non quella della revoca. Ebbene, si è sostenuto che la mancata menzione della revoca sarebbe dovuta al fatto che questa non costituirebbe altro che una particolare – poiché completa, totale – riduzione della domanda. In buona sostanza, non vi sarebbe alcuna dimenticanza da parte del legislatore proprio perché la *Klagezurücknahme* rappresenterebbe l'ipotesi per eccellenza di *Einschränkung des Klagebegehrens*. Quindi, se una riduzione totale della domanda coinciderebbe con la revoca della stessa, la *Klageseinschränkung auf Kosten* andrebbe intesa come una revoca parziale della domanda (*teilweise Zurücknahme*) e, per tale via, assoggettata alla disciplina contenuta nel par. 237 ZPO.

Dunque, con riferimento all'esatto contenuto della *Klageseinschränkung auf Kosten*, si è sostenuto che la scelta di restringere la domanda al solo capo relativo alle spese contenga in sé una revoca della domanda, salvo poi approfondire se si versi in un'ipotesi di revoca pura (*Klagerücknahme ohne Anspruchsverzicht*, 1° Absatz, prima parte) oppure di revoca accompagnata da una rinuncia alla pretesa sostanziale (*Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht*, 1° Absatz, seconda parte). Il sistema di diritto processuale austriaco conosce infatti due fattispecie diverse di revoca: la prima è una revoca in senso stretto; la seconda rappresenta, invece, una fattispecie ibrida, a metà tra revoca e rinuncia. Il punto non è scevro di conseguenze; nel primo caso, la dichiarazione di revoca risulta avere efficacia solamente quanto al processo in corso, cosicché l'attore sarebbe libero di riproporre la domanda in un successivo eventuale giudizio. Proprio per questo motivo la legge richiede l'accettazione del convenuto per il perfezionamento di questo tipo di revoca. Diversamente, nel secondo caso, la revoca è accompagnata da una rinuncia alla possibilità di tutelare giuridicamente quella determinata situazione di diritto sostanziale. In questa ipotesi non occorre,

evidentemente, alcuna accettazione da parte del convenuto, perché la domanda non può essere più riproposta in un altro giudizio¹⁴⁷.

In sintesi, la revoca è l'atto processuale con cui l'attore rinuncia alla tutela giurisdizionale della propria situazione giuridica soggettiva; questa può essere circoscritta a un determinato processo oppure avere valenza definitiva, ove accompagnata da una rinuncia alla pretesa. Nel primo caso occorrerà raccogliere il consenso del convenuto; nel secondo caso se ne potrà prescindere in forza dell'atto di rinuncia formulato dall'attore. Ebbene, a seconda del contenuto della dichiarazione di riduzione, si verserebbe nell'un caso oppure nell'altro: nella *Klagseinschränkung auf Kosten* si ravviserebbe dunque il perfezionarsi di una *Klagerücknahme ohne Anspruchsverzicht* oppure di una *Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht*.

Un ostacolo - invero non insuperabile – con cui devono confrontarsi i molti seguaci di questa teoria è rappresentato dalla disciplina delle spese giudiziali. In particolare ci si chiede se la spiegazione della *Klagseinschränkung auf Kosten* in termini di revoca della domanda imponga una distribuzione delle spese di causa secondo quanto prescritto dal par. 237, 3 Abs. ZPO. Quest'ultima disposizione stabilisce che, in assenza di diverso accordo tra le parti, l'attore dovrà rimborsare il convenuto delle spese sostenute. Inoltre, al ricorrere di tale eventualità, il giudice non potrà in nessun caso valutare le originarie possibilità di successo della domanda¹⁴⁸. Con la *Klagseinschränkung auf Kosten*, però, l'attore ambisce a raggiungere un risultato diametralmente opposto. Proprio per superare tale inconveniente, si sono individuate diverse vie percorribili: si è ipotizzato, ad esempio, che il pagamento incondizionato, effettuato in corso di causa, racchiudesse in sé anche un accordo ex par. 237 Abs 3 ZPO, tale da imporre al convenuto di accollarsi le spese giudiziali. Oppure, in caso di adempimento di un'obbligazione pecuniaria, si è pensato di cercare rifugio nelle disposizioni dell'ABGB sul calcolo di un pagamento parziale (par. 1415 e 1416

¹⁴⁷ Ai sensi della prima parte del 1° Absatz del par. 237, “Die Klage kann ohne Zustimmung des Beklagten nur bis zum Einlangen der Klagebeantwortung oder des Einspruchs gegen den Zahlungsbefehl zurückgenommen werden”; l'Absatz prosegue poi stabilendo che “Wenn gleichzeitig auf den Anspruch verzichtet wird, kann die Klage ohne Zustimmung des Beklagten bis zum Schlusse der mündlichen Streitverhandlung zurückgenommen werden”. La ragione di simile trattamento differenziato è spiegata dal successivo 4° Absatz, secondo cui: “Die zurückgenommene Klage kann neuerlich angebracht werden, wenn nicht bei deren Zurücknahme auf den gelten gemachten Anspruch verzichtet wurde”. Per Rechberger, commento ai par. 237-238 ZPO, anche la *Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht* rappresenterebbe un atto processuale con una doppia funzionalità, una doppia anima.

¹⁴⁸ LGW Wien MietSlg 34.741.

ABGB), nell'obiettivo di far confluire in un unico ammontare di debito, l'obbligazione originaria e i costi processuali (comprensivi di interessi) venuti in essere fino a quel momento. Ancora, si è sostenuto che l'attore - a partire dal momento dell'adempimento del convenuto - possa ancora proporre una domanda di risarcimento per il danno da ritardo eventualmente patito, e che, proprio nell'ambito di questa petizione, possano confluire anche le spese giudiziarie sostenute. Più spesso – e più semplicemente – si sostiene, che, in questi casi, il par. 237, Abs 3 ZPO subirebbe una deroga¹⁴⁹. Pertanto, in ipotesi di *Klagseinschränkung auf Kosten*, il giudice dovrebbe pronunciarsi sulla ripartizione delle spese giudiziali, sulla base dei fatti di causa. Ciò implica che, in conseguenza della riduzione della domanda, il processo proseguirebbe solamente sul profilo relativo alle spese, ma la fondatezza originaria della pretesa assumerebbe rilievo quale *Vorfrage* della relativa decisione¹⁵⁰. Pertanto, la riconduzione alla figura delineata dal par. 237 ZPO non sortirebbe alcun effetto quanto alla disciplina delle spese giudiziali, che, anzi, andranno ripartite secondo il criterio della soccombenza virtuale.

In definitiva, queste sarebbero le conseguenze legate alla spiegazione della *Klagseinschränkung auf Kosten* quale *Klagezurücknahme*; inoltre, a seconda del tenore della dichiarazione dell'attore si potrebbe versare in un'ipotesi di *Klagezurücknahme* pura e semplice (con conseguente onere, per l'attore, di osservare le prescrizioni stabilite dal par. 237 ZPO e raccogliere il consenso del convenuto) oppure di *Klagerücknahme unter Anspruchsverzicht*. Tale ultima fattispecie viene ravvisata dalla giurisprudenza in ipotesi di pagamento sopravvenuto, in modo da consentire all'attore di reagire liberamente all'adempimento della controparte, senza l'osservanza di limiti temporali e senza che si renda necessario il consenso del convenuto¹⁵¹.

Sempre nell'intento di offrire all'attore la possibilità di evitare un rigetto nel merito e di non dover sopportare costi di causa, la giurisprudenza ha guardato anche all'istituto della modificazione della domanda, proponendo una collocazione della *Klagseinschränkung auf Kosten* a cavallo tra la riduzione parziale della domanda e la

¹⁴⁹ Per un approfondimento, HULE, *op. cit.*, 374-375.

¹⁵⁰ La questione relativa all'originaria fondatezza della domanda rappresenta la *entscheidende Vorfrage* quanto alla statuizione sul capo relativo alle spese giudiziali. Cfr. RECHBERGER – SIMOTTA, *op. cit.*, 333.

¹⁵¹ In questo senso RECHBERGER, *op. cit.*, 1109; FASCHING; BYDLINSKY, RZ 1989. In giurisprudenza OLG Wien, EvBl 1952/69. Tutto dipende, in definitiva, dal motivo addotto alla base della riduzione: se l'attore è stato soddisfatto in virtù dell'iniziativa del convenuto, non risulterà necessaria l'accettazione di quest'ultimo, mentre, ove l'attore intenda revocare la propria pretesa perché si è reso conto di non avere valide *chances* di vittoria, troverà applicazione la disciplina del par. 237 senza eccezioni, né quanto al profilo del consenso del convenuto, né con riferimento alla ripartizione delle spese di causa.

totale revoca della stessa¹⁵². L'accostamento alla modificazione della domanda manifesta alcuni profili problematici, nonostante appaia, nel complesso, maggiormente lineare. Anzitutto, ai fini di tale operazione ricostruttiva si potrebbe contare sulla lettera della norma dettata in tema di modificazione della domanda. Il par. 235, infatti, regola l'istituto della modificazione della domanda, ponendo alcuni limiti a tale possibilità di parte attrice. A questi limiti, tuttavia, non soggiacerebbe la *Einschränkung des Klagebegehrens*, che, ai sensi del 4° Absatz, rappresenterebbe una forma di modificazione della domanda libera da vincoli. Dunque la *Einschränkung des Klagebegehrens* appartiene alla categoria della modificazione della domanda, pur non soggiacendo alle regole stabilite dal par. 235 ZPO. In questo senso andrebbe interpretato il dettato normativo per cui "*als eine Änderung der Klage ist es nicht anzusehen, (...) wenn ohne Änderung des Klagegrundes, das Klagebegehren in der Hauptsache oder in Beziehung auf Nebenfordrungen beschränkt wird*"¹⁵³. In altri termini, ai sensi del par. 235 ZPO, la *Einschränkung* della domanda non determina una modificazione del libello e, dunque, non deve soddisfare i requisiti stabiliti dalla norma. In conseguenza di ciò, autorevoli Studiosi hanno ricostruito la volontà del legislatore nel senso di non voler limitare, in alcun modo, la possibilità di riduzione della domanda: l'attore potrà quindi ridurre la propria domanda in qualunque momento e senza il consenso del convenuto. Inoltre, a tal fine, non occorrerà alcuna pronuncia giudiziale di presa d'atto. Si consideri poi che la domanda lasciata cadere potrà essere riproposta senza limitazione alcuna in un nuovo giudizio; nella riduzione, infatti, non si può ravvisare, solitamente, alcuna rinuncia alla pretesa¹⁵⁴.

¹⁵² In questo senso BREYCHE, RZ, 1996, 129. Ragionano in termini di modificazione della domanda anche Hule e Zeder, le cui opinioni costituiranno oggetto d'esame di seguito.

¹⁵³ Ai sensi del par. 235, la modificazione della domanda è libera fino alla rituale instaurazione della causa; successivamente si rende necessario il consenso del convenuto. Tuttavia, ai sensi del comma 3°, il giudice può autorizzare la modificazione anche ignorando l'obiezione del convenuto quando ciò non determini un rallentamento e appesantimento della trattazione. Per un approfondimento, RECHBERGER, Commento al par. 235, in KOMMENTAR ZUR ZPO, 2006, 1093-1101

¹⁵⁴ Così, ai sensi del par. 235, Abs. 4 ZPO, una riduzione della domanda, senza una contestuale rinuncia alla stessa, sarebbe possibile fino alla chiusura della discussione orale, senza che si renda necessario né il consenso del convenuto, né il vaglio del giudice; né l'organo giudicante, né la controparte potrebbero impedire una riduzione della domanda, salva l'ipotesi in cui vengano al contempo a mutare le ragioni giustificative poste a basa della domanda. Inoltre, l'attore, che abbia ridotto la propria domanda, potrebbe, in ogni tempo, ristenderla e dunque riproporre nuovamente la medesima pretesa. Tra le tante, OLG Wien, EvBl 1948/522; EvBl 1970/298. Allo stesso modo FASCHING, *op. cit.*, Rz 1228; LOVREK in FASCHING/KONECNY par 237.

Ebbene, è proprio nella mancanza di prescrizioni idonee a garantire la posizione del convenuto che si è individuato il tallone d'Achille di questa opzione ricostruttiva. Inoltre, tale teoria porta al risultato paradossale per cui, una riduzione della domanda che lasci libero l'attore di riproporre la medesima pretesa, sarebbe ammissibile fino alla chiusura della discussione e non abbisognerebbe del consenso del convenuto, mentre una *Zurücknahme*, di gran lunga più favorevole per il convenuto, sarebbe assoggettata a precisi e ristretti limiti temporali. Ben si comprende, quindi, come dottrina e giurisprudenza abbiano cercato di arginare tale interpretazione. Proprio in considerazione del fatto che sarebbe incoerente non garantire alla controparte lo stesso standard di tutela sancito dalla norma in tema di revoca, certa dottrina ha suggerito di considerare la *Klagseinschränkung auf Kosten* alla stregua di una *partielle Klagerücknahme* rendendo, di conseguenza, applicabile il par. 237 ZPO¹⁵⁵. La giurisprudenza, dal canto suo, sempre valorizzando le esigenze di tutela del convenuto, è giunta a ravvisare nella dichiarazione dell'attore una vera e propria *Verzicht* alla pretesa¹⁵⁶. In realtà, l'argomento più rilevante pare essere quello per cui il 4° *Absatz* del par. 235 ZPO è stato pensato per le riduzioni parziali della pretesa e non per offrire la disciplina a una riduzione totale della domanda. Di conseguenza, il par. 235, 4° abs risulterà applicabile solo nelle ipotesi di mera riduzione quantitativa del *petitum*, in cui la domanda rimane, nella sostanza, in piedi.

In generale, dunque, anche nel solco dell'opinione che vede nella *Klagseinschränkung auf Kosten* una modificazione della domanda, si ritiene che la soluzione preferibile sia ispirata al canone della flessibilità e della considerazione della situazione concreta. Si dovrebbe quindi guardare al motivo addotto dall'attore a sostegno della propria scelta – e, ancora prima, imporre all'attore di esplicitare sempre le ragioni alla base della sua determinazione - verificando se la riduzione sia stata determinata dall'adempimento sopraggiunto di quanto preteso (il che confermerebbe di fatto la fondatezza della domanda originaria) oppure, semplicemente, l'attore abbia ridotto la propria pretesa perché non più interessato a portare avanti il processo, a causa di una mancanza di speranze e prospettive di vittoria o a causa di un mutamento del

¹⁵⁵ PETSCHKE, Zbl 1936, 755; HOLZHAMMER, 195, RECHBERGER - SIMOTTA, Rz 544; Kralik Rz 1228.

¹⁵⁶ RECHBERGER, op. cit. Questo avviene, invero, anche nelle ipotesi consuete di riduzione della domanda e non solamente in conseguenza dell'irrompere sulla scena processuale del fatto sopravvenuto.

rapporto per fatti non imputabili al convenuto¹⁵⁷. Pertanto, la soluzione del caso particolare dovrà tenere conto del motivo indicato dall'attore a sostegno della propria riduzione, in un più ampio contesto di bilanciamento dei contrapposti interessi delle parti in causa¹⁵⁸. Talvolta la dichiarazione dell'attore necessita di essere ricondotta a una riduzione della domanda che contenga in sé anche una revoca della stessa, così da soggiacere ai limiti stabiliti dal par. 237 ZPO (si parla in questo caso di *besondere Klagseinschränkung mit Rücknahmecharakter*), mentre, talaltra, andrebbe qualificata come una riduzione della domanda libera da vincoli, come previsto dal 4° capoverso del par. 235 ZPO¹⁵⁹. Nel primo caso i costi del processo dovranno essere sostenuti dall'attore rinunciante, mentre, nell'altro caso, il giudice dovrà decidere sulle spese tenendo conto del motivo posto a base della riduzione. Infatti, ove la riduzione della domanda sia stata indotta dal sopravvenuto riconoscimento o adempimento del convenuto, l'attore avrà diritto al rimborso delle spese sostenute, non diversamente da come ne ha diritto chi abbia ottenuto il soddisfacimento della propria pretesa tramite una sentenza di accoglimento e la successiva esecuzione forzata¹⁶⁰. Ebbene, è quest'ultima ipotesi di riduzione che viene in gioco in ipotesi di sopraggiunta soddisfazione di quanto preteso dall'attore per opera del convenuto.

¹⁵⁷ In questo senso HULE, *op. cit.*

¹⁵⁸ Dunque, la soluzione ottimale andrebbe calibrata caso per caso, in una cornice di attenzione per la posizione di entrambi i contendenti. Tutto dipende, in definitiva, dal motivo addotto alla base della riduzione: se attore è stato soddisfatto in virtù dell'iniziativa del convenuto, non risulterà necessaria l'accettazione di quest'ultimo, mentre, ove l'attore intenda ridurre la propria pretesa perché si è reso conto di non avere valide *chances* di vittoria, troverà applicazione la disciplina del par. 235 senza eccezioni. Pensando alla posizione dell'attore, se costui raggiunge, grazie all'adempimento del convenuto, l'obiettivo che lo aveva spinto ad agire in giudizio (il soddisfacimento delle sue pretese) già durante la pendenza del processo e quindi non ha più bisogno di una decisione del giudice, allora, a rigore, non dovrebbe dover percorrere la via d'uscita processuale prevista per l'ipotesi di revoca dato che, oggettivamente, è l'attore il vincitore del processo. Avrebbe dunque il sapore di un'ingiustizia offrire all'attore, in questo caso, la sola alternativa di porre in essere una revoca della domanda. Quanto alla posizione del convenuto, invece, vi è la necessità di tutelarlo rispetto a limitazioni arbitrarie del *thema decidendum*. Si consideri infatti che, da un determinato momento in avanti, il convenuto acquista il diritto a poter ottenere una decisione sulla domanda. Di conseguenza, o l'attore rinuncia definitivamente alla propria pretesa, oppure al diritto a una sentenza che pronunci sulla domanda azionata in giudizio può rinunciare solo il convenuto acconsentendo alla revoca della domanda nell'ipotesi di *Klagerücknahme* non accompagnata da rinuncia. Occorre dunque salvaguardare questo principio di giustizia, ammettendo che l'attore possa ridurre liberamente la propria domanda (evitando così una pronuncia del giudice) solo in determinate ipotesi, come quella di adempimento sopravvenuto.

¹⁵⁹ Cfr. HULE, *op. cit.*, 376. Condivide questa affermazione FASCHING, *op. cit.*: qualunque riduzione della domanda senza i caratteri della revoca non soggiace alle condizioni e presupposti del par. 237; non operano dunque le condizioni restrittive del par. 237, la domanda ridotta potrà nuovamente essere fatta valere e la decisione sui costi non avviene in base al par. 237,3 Abs. ZPO.

¹⁶⁰ Secondo questa ricostruzione, l'attore soddisfatto dal convenuto in corso di causa ha gli stessi diritti dell'attore soddisfatto dal giudice senza la collaborazione del convenuto. Per un approfondimento, HULE, *op. cit.*, 376-377.

Ancora, occorre sottolineare come, sempre rimanendo del perimetro della modificazione della domanda, non è mancato chi, anche sulla scorta delle indicazioni provenienti dall'ordinamento germanico – in particolare dai seguaci dell'opinione maggioritaria che fa discendere dalla dichiarazione unilaterale dell'attore una modificazione della domanda – ha ravvisato nella *Klagseinschränkung auf Kosten* un contenuto complesso: con l'istanza di riduzione della domanda, oltre ad ridurre la pretesa originaria, l'attore chiederebbe al giudice di accertare che, sino al momento in cui si è verificato l'evento, la sua domanda era ammissibile e fondata¹⁶¹. Dunque, la particolarità di questa ricostruzione consisterebbe nel fatto che l'attore non vorrebbe lasciar cadere la propria domanda bensì farne accertare l'originaria ammissibilità e fondatezza¹⁶². Di conseguenza, l'attore dovrebbe motivare tale istanza deducendo l'evento sopravvenuto.

In conclusione, sono queste le principali linee interpretative in tema di *Klagseinschränkung auf Kosten*, le quali, si è visto, ricostruiscono diversamente la natura della dichiarazione dell'attore, e con essa, a scalare, i presupposti, i requisiti, le conseguenze sulla domanda originaria.

Occorre, da ultimo, spendere qualche parola in merito alla decisione sui costi resa a seguito di *Klagseinschränkung*¹⁶³. Anche relativamente a questo aspetto non si registra uniformità di vedute. La giurisprudenza prevalente richiede la forma della sentenza, l'unica idonea a essere impugnata con i consueti mezzi di gravame, mentre, in dottrina vi è chi aderisce all'opinione giurisprudenziale¹⁶⁴, e chi predilige la forma più snella dell'ordinanza¹⁶⁵. Coloro i quali ritengono preferibile la forma dell'ordinanza sostengono la natura accessoria e processuale del capo relativo alle spese; soprattutto ritengono che la natura della decisione sui costi non debba subire mutamento alcuno in conseguenza della riduzione della domanda. Il merito della causa (la *Hauptsache*), infatti, rileva solamente quale *Vorfrage* per addivenire a una decisione sulle spese.

¹⁶¹ Ci si riferisce all'opinione di Zeder.

¹⁶² Le spese verrebbero ripartite poi sulla base dei risultati dell'accertamento. La tesi è stata criticata sotto il profilo della mancanza di interesse ad agire ex par. 228 ZPO da Fasching e da Bydlinsky.

¹⁶³ La disciplina delle spese giudiziali è racchiusa nei *Paragraphen* 40-41; per un'analisi si rinvia a BYDLINSKY, in FASCHING, *Zivilprozessgesetze*, Manz Online Bibliothek,

¹⁶⁴ In questo senso anche LORBER, op. cit. 612., e LAMBAUER, oJz, 1969, 169; HOLZHAMMER, 114.

¹⁶⁵ FASCHING, *Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrecht*, 2. Auflage, Wien, 1990, 224-225. Del medesimo avviso BYDLINSKY, RZ 1989, 159, PAUPIER, e HOLE, op. cit., 377-378, secondo cui la prassi predilige la forma della sentenza per sentirsi legittimata a indagare tutta la materia del contendere ai fini della decisione sulle spese. Per opinione dell'A., invece, la decisione sui costi andrebbe assunta con ordinanza, senza che si renda necessaria la fissazione e svolgimento di una discussione orale.

Anche in caso di *Klagseinschränkung auf Kosten* ci si troverebbe innanzi a una consueta decisione sulle spese, da adottarsi con ordinanza, secondo quanto previsto dalla legge processuale, e impugnabile unicamente per *Rekurs* ai sensi del par. 55 ZPO. In realtà, è proprio per evitare tale ultima conseguenza e consentire l'impugnabilità della decisione con gli strumenti ordinari che altra parte della dottrina predilige la forma della sentenza¹⁶⁶. In questo senso si è detto che è assestata anche la giurisprudenza consolidata, la quale è costante nel decidere il capo relativo alle spese con sentenza, qualora ricorra un'ipotesi di riduzione della domanda.

3. Il fatto di cessazione quale causa di extinction de l'action nell'ordinamento francese

La problematica relativa alle conseguenze, quanto al giudizio pendente, dell'irrompere sulla scena processuale di un fatto di cessazione ha interessato altresì gli interpreti francesi. Il dibattito, già vivo nel vigore del *code de procédure civile* del 1806, ha condotto a conseguenze ammesse tanto in dottrina quanto in giurisprudenza¹⁶⁷. Si parlava, a tal riguardo, di accidenti del processo, riferendosi con tale locuzione a quegli atti o fatti giuridici il cui effetto consisteva nel sospendere il processo, interromperlo, farlo regredire oppure estinguerlo senza alcuna decisione definitiva. Con riferimento a quest'ultima categoria, si riteneva, in particolare, che l'estinzione del processo senza alcuna sentenza di merito potesse avvenire per via accessoria o principale. La terminazione del giudizio a titolo accessorio si verificava in conseguenza dell'autocomposizione della lite, vale a dire di un atto giuridico, unilaterale o convenzionale, per mezzo del quale il litigio riceve una soluzione volontaria (così in caso di rinuncia all'azione, riconoscimento del diritto e transazione). A tale ipotesi veniva accostata quella di compromissione in arbitri della lite, avvenuta in un momento successivo all'instaurazione del giudizio. L'estinzione a titolo principale si configurava

¹⁶⁶ Opinione dottrinale invero maggioritaria; tra questi Holzhammer, Petschek-Stagel; Lorber; Lambauer. Per un approfondimento, cfr. RECHBERGER – SIMOTTA, *op. cit.*, 247

¹⁶⁷ Per un approfondimento, CORNU-FOYER, *Procédure civile, Presses Universitaires de France*, 1996, 461 ss.

invece nelle ipotesi tipiche di rinuncia all'*instance* e di perenzione, cui la giurisprudenza affiancava, in via interpretativa, l'ipotesi di prescrizione estintiva. L'*ancien code de procédure civile* disciplinava unicamente la fine incompiuta del giudizio in ipotesi di perenzione e di rinuncia dal contenuto meramente processuale¹⁶⁸. Ciò non ha impedito a dottrina e giurisprudenza di rendersi protagonisti di una riflessione approfondita in tema di fatto di cessazione, che si è sviluppata a margine del dato positivo. L'opinione al tempo più accreditata vedeva nel sopraggiungere di questi fatti una sopravvenuta estinzione del diritto d'azione, che determinava, in via consequenziale, la terminazione del processo, senza alcuna sentenza in merito. L'estinzione accessoria del processo esprimeva abbastanza bene il concetto di adattamento della situazione processuale all'intervenuto mutamento dell'assetto sostanziale dei rapporti tra le parti. Quanto all'eventuale successiva riproposizione della medesima domanda, si riteneva che questa andasse incontro a una *fin de non-recevoir*.

Questi erano dunque i risultati cui erano giunti gli interpreti, che sono stati, in buona sostanza, recepiti nel disegno del *nouveau code de procédure civile*. Nel passaggio dal taglio pragmatico del codice di stampo napoleonico alla normativa di più ampio respiro dogmatico introdotta con i quattro decreti degli anni '70, il legislatore transalpino ha dedicato un apposito articolo alle ipotesi di sopravvenuta estinzione del *droit d'action*¹⁶⁹. Nell'articolo 384, collocato nel primo libro del codice relativo alle *dispositions communes à toutes les juridictions*, il legislatore francese ha fissato positivamente le conseguenze, rispetto al processo in corso, di alcuni fatti di cessazione: ai sensi di legge, "*En dehors des cas où cet effet résulte du jugement, l'instance s'éteint accessoirement à l'action par l'effet de la transaction, de l'acquiescement, du désistement d'action ou, dans les actions non transmissibles, par le décès d'une partie*". La norma prosegue poi dettando le concrete modalità procedurali ("*L'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement*") e si chiude con una disposizione dal contenuto invero particolare sulla quale ci si soffermerà analiticamente

¹⁶⁸ Per un approfondimento sugli atti abdicativi nel vigore del testo originario del codice di procedura, RAYNAUD, *Le désistement d'instance, Contribution à l'étude de la renonciation à un droit*, in *Revue trimestrielle*, 1942, 1-29. Si consulti inoltre, VINCENT, voce *Action*, Enc., 1978.

¹⁶⁹ La norma è stata introdotta con l'ultimo dei quattro decreti fondanti il nuovo codice di rito, detto anche *Professorenrecht* per l'appartenenza accademica dei componenti della Commissione Foyer incaricata della novella. I decreti sono stati a loro volta trasfusi nel decreto n. 75-1123 del 5 dicembre 1975, che ha istituito formalmente il *nouveau code de procédure civile*, entrato in vigore il 1° gennaio 1976. Per un approfondimento sul dibattito e sui lavori che hanno preceduto l'introduzione del *n.c.p.c.*, PARODI, *L'esprit général et les innovations du nouveau code de procédure civile*, *Deffrénois*, 1976, I, 673 e 737.

di seguito (“*Il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence*”).

Alla luce di quanto esposto, si può dunque affermare che, relativamente alle problematiche connesse al fatto sopravvenuto, l’opera degli interpreti francesi ha trovato un importante sostegno nella disposizione contenuta nell’art. 384 *n.c.p.c.* (d’ora in avanti *c.p.c.* in considerazione dell’avvenuta abrogazione del testo originario del codice di rito avvenuta nel 2007). Sulla base di queste premesse, occorre ora procedere ad analizzare dettagliatamente i risultati raggiunti dall’elaborazione sviluppatasi nell’ambito del sistema giuridico francese.

3.1. *Extinction de l'action et extinction de l'instance ex art. 384 n.c.p.c.*

Ai sensi dell’art. 384 *c.p.c.*, il sopraggiungere di taluni fatti di cessazione determina la sopravvenuta carenza del diritto d’azione, che, a sua volta, comporta l’estinzione dell’*instance*. Anzitutto, con riferimento al perimetro applicativo, la norma ha riguardo di quattro categorie di fatti di cessazione: la transazione; l’acquiescenza alla pretesa avversaria (che comprende tanto l’ipotesi di completa soddisfazione della pretesa, che l’ipotesi di mero riconoscimento del diritto); la rinuncia all’azione; la morte di una parte in giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili.

L’operazione ricorda, sotto alcuni aspetti, quella posta in essere dalla giurisprudenza italiana; il legislatore francese – e, prima ancora la prassi transalpina – ha ritenuto di individuare il minimo comune denominatore di tali fatti di cessazione nel venir meno del diritto d’azione. Si è forse in presenza, anche in questo caso, di un’approssimazione classificatoria. Occorre dunque verificare la sostenibilità di questa impressione indagando se, realmente, la spiegazione del fenomeno offerta dal legislatore francese sconti il prezzo di un’eccessiva generalizzazione, conducendo a risultati poco appaganti dal punto di vista della precisione concettuale. A tale fine, giova anzitutto approfondire l’esatta portata del *droit d'action* o *d'agir*, partendo dalla definizione offerta dal codice di rito all’art. 30: “*L'action est le droit, pour l'auteur*

d'une prétention, d'être entendu sur le fond de celle-ci afin que le juge la dise bien ou mal fondée. Pour l'adversaire, l'action est le droit de discuter le bien-fondé de cette prétention". La prima e principale causa di estinzione del diritto d'azione è la sentenza definitiva pronunciata dal giudice, che, decidendo il merito, esaurisce il diritto d'azione, inteso tanto come diritto a ottenere la tutela di una propria situazione giuridica soggettiva, quanto come diritto di difesa. Le *droit d'action* consiste dunque nel diritto del privato di adire l'apparato giurisdizionale al fine di veder soddisfatta la propria domanda di tutela; la pronuncia dell'organo giudicante determina la fine del processo e l'esaurimento di tale diritto. Il diritto d'azione può, tuttavia, venire meno per altre cause, e queste possono verificarsi in ogni momento del processo. Secondo un'impostazione autorevole, l'estinzione dell'azione può porsi quale conseguenza di due cause distinte: cause derivate e cause proprie. Considerando che tra azione e diritto sostanziale sussiste un legame così forte tale per cui la prima segue le sorti del secondo, si potrà configurare un'ipotesi di estinzione dell'azione *in via derivata* quando, per esempio, si verifichi il pagamento di quanto preteso, la compensazione, la prescrizione, la confusione o, in ipotesi di giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili, venga meno la parte, estinguendosi così il diritto sostanziale oggetto del processo. Dunque, normalmente, le azioni subiscono le ripercussioni legate alle cause d'estinzione che affliggono il diritto o la prerogativa giuridica di diritto sostanziale¹⁷⁰. Di conseguenza, ove il diritto d'azione sia già stato esercitato – e dunque il processo sia in atto – l'estinzione della situazione giuridica sostanziale comporterà l'estinzione del processo; viceversa, ove la fattispecie estintiva si verifichi prima dell'esercizio dell'azione, la domanda eventualmente proposta andrà incontro a una *fin de non-recevoir* ai sensi dell'art. 122 *c.p.c.*¹⁷¹.

Si consideri poi che le azioni possono anche risultare afflitte da cause di estinzione che sono loro proprie. Si pensi all'ipotesi di rinuncia all'azione, di mero riconoscimento del diritto da parte del convento o di avvenuta transazione. In questi casi l'azione si estingue in seguito all'avvenuta rinuncia alla tutela (ma non necessariamente

¹⁷⁰ VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*, 164.

¹⁷¹ Infatti, ai sensi dell'art. 122 *n.c.p.c.*, "*Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée*".

al diritto sostanziale) da parte del soggetto titolare¹⁷². Dunque, in ipotesi di autocomposizione della lite, il diritto d'azione si estingue per cause proprie.

Poste queste premesse, occorre, a questo punto, analizzare le ipotesi di fatto sopravvenuto contemplate dalla norma, per vedere, più da vicino, come operi in loro confronto il riferimento al diritto d'azione e la spiegazione in termini di sopravvenuta carenza dello stesso.

3.2. *Fattispecie*

Nello schema ideato dal legislatore francese, l'estinzione del processo può avvenire *par voie accessoire ou principale*¹⁷³. L'art. 384 *c.p.c.* ha riguardo delle ipotesi di estinzione dell'*instance* a titolo accessorio, che si pongono cioè quale conseguenza

¹⁷² Questi atti possono intervenire in diversi momenti, sia prima dell'instaurazione del giudizio (a condizione che il diritto d'azione sia già nato c.d. *renonciations anticipées*), che in un momento successivo. Per CORNU-FOYER, *op. cit.*, 361, simili atti si caratterizzano per quattro aspetti: hanno l'effetto radicale di estinguere il diritto d'agire (pertanto una nuova domanda andrà incontro a una *fin de non-recevoir*); il soggetto che le pone in essere deve avere la capacità di disporre del diritto litigioso; possono presentarsi in forma espressa o tacita; in linea di principio, non necessitano dell'accettazione della controparte.

¹⁷³ I casi in cui il processo non giunge sino a una sentenza di merito sono stati considerati dal legislatore francese dall'art. 384 al 410 *c.p.c.* nella parte del codice dedicata agli incidenti dell'*instance*. Il nuovo codice di procedura civile tratta delle cause di estinzione dei processi in due articoli confinanti, distinguendo tra le ipotesi di estinzione che si pongono come conseguenza della sopravvenuta carenza del diritto d'agire o d'azione e quelle che si producono in via principale. Inoltre, quattro cause di estinzione sono oggetto di disposizioni particolari raggruppate in sezioni distinte (la perenzione, il *désistement d'instance*, la *caducité de la citation* e l'acquiescenza. L'articolo successivo a quello oggetto d'approfondimento, il 385 *c.p.c.*, ha riguardo alle ipotesi di estinzione dell'istanza a titolo principale. Ai sensi dell'art. 385 *n.c.p.c.*, "*l'instance s'éteint à titre principal par l'effet de la péremption, du désistement d'instance ou de la caducité de la citation. Dans ce cas, la constatation de l'extinction de l'instance et du dessaisissement de la juridiction ne met pas obstacle à l'introduction d'une nouvelle instance, si l'action n'est pas éteinte par ailleurs*". In via interpretativa si tende ad aggiungere alla lista anche l'ipotesi di compromissione della lite in arbitri e l'ipotesi prevista dall'art. 229 *c.c.*, vale a dire il caso in cui, pendente il giudizio di divorzio, gli sposi pervengano un accordo e quindi propongano al giudice una richiesta congiunta. In quest'ultimo caso, infatti, si ritiene che il mutuo consenso metta fine al giudizio instaurato da uno solo dei coniugi, lasciando tuttavia persistere il diritto d'azione. In queste eventualità, il processo si estingue, lasciando impregiudicato il diritto d'azione, cosicché un nuovo processo potrà essere instaurato, salvo che l'azione non sia nel frattempo venuta meno per altre cause quali la prescrizione. Dunque, occorre sottolineare come gli effetti del *dessaisissement* non saranno identici a quelli risultanti dal venir meno del diritto d'azione ai sensi dell'art. 384 *n.c.p.c.* su cui ci si soffermerà di seguito. In particolare, si è detto che una nuova domanda avente il medesimo oggetto potrà essere dedotta in un nuovo giudizio, salvo che l'azione non si sia estinta per dinamiche di diritto sostanziale, prima tra tutte per decorso del termine prescrizione.

della sopravvenuta carenza del diritto d'azione: comportano simile epilogo processuale eventi quali la transazione, l'acquiescenza, la rinuncia all'azione e il decesso di una parte in giudizi aventi ad oggetto situazioni giuridiche intrasmissibili¹⁷⁴. L'estinzione dell'*instance* non è altro che una manifestazione epidermica della risoluzione del litigio avvenuta sul terreno del diritto sostanziale. In altri termini, l'estinzione del processo non è altro che la conseguenza più immediata della composizione del litigio.

Nel sistema delineato dal legislatore transalpino, il sopraggiungere del fatto di cessazione va a incidere, in senso estintivo, sul diritto d'azione, che, a sua volta, determina l'epilogo del processo, ponendo nel nulla la pregressa attività processuale e impedendo una statuizione nel merito della pretesa. Prima di soffermarsi sui principali effetti di una chiusura del giudizio ex art. 384 *c.p.c.*, occorre analizzare le quattro categorie di fatti che, ove sopravvenuti, possono (possono ma non devono necessariamente, come si avrà modo di appurare meglio di seguito) determinare una chiusura anzitempo del processo per la sopraggiunta scomparsa del presupposto processuale rappresentato dal *droit d'action*.

Una prima causa di *extinction de l'action et extinction de l'instance* è stata ravvisata nell'ipotesi in cui venga a mancare la parte in giudizi aventi ad oggetto diritti o situazioni giuridiche intrasmissibili. La riconduzione di questa ipotesi nell'alveo delle fattispecie di estinzione del diritto d'azione rappresenta un'intuizione del legislatore della riforma. In precedenza – e in una certa misura anche negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore della disposizione – era controversa la questione relativa alle sorti della sentenza di primo grado ove l'evento luttuoso si fosse verificato nel corso del giudizio d'appello: vi era infatti chi riteneva che il decesso sopravvenuto

¹⁷⁴ L'inconveniente maggiore di un'enumerazione enunciativa è il rischio che la stessa risulti incompleta, come è avvenuto nel caso di specie. In particolare, la norma omette di menzionare il *retrait litigieux* previsto dall'art. 1699 c.c.: eppure, qualora, lite pendente, il debitore paghi quanto preteso dal creditore, l'*action* di quest'ultimo viene meno, mettendo pertanto fine all'istanza. Si noti che, in un tempo non troppo lontano, veniva ricondotta nell'ambito di questo articolo anche l'ipotesi in cui la medesima controversia pendesse, contemporaneamente, dinnanzi a un giudice straniero e dinnanzi a un giudice francese. Infatti, quando la litispendenza non era ancora stata ammessa in diritto internazionale la soluzione che si proponeva era quella per cui una sentenza straniera pronunciante il divorzio, qualora in possesso dei requisiti per essere riconosciuta in Francia, comportasse l'estinzione del processo di divorzio parallelamente instaurato in Francia. Inoltre, in aggiunta al particolare utilizzo dello strumento che veniva fatto per fronteggiare la duplice pendenza del medesimo processo, si ricorreva all'art. 384 *c.p.c.* anche per le ipotesi di incidenti procedurali e parentesi di opposizione nell'ambito di procedure collettive, regolamenti giudiziari o liquidazioni di beni: così, se nell'ambito della procedura principale di ammissione al passivo, il credito, originariamente escluso, venisse successivamente ammesso, la procedura instaurata dal creditore in origine escluso avrebbe dovuto trovare epilogo per effetto dell'art. 384 *c.p.c.*

rendesse definitiva la pronuncia di primo grado, comportandone il passaggio in giudicato, e chi sosteneva che lo spirare della parte ponesse nel nulla l'intero giudizio, travolgendo anche la sentenza di prime cure. La prima presa di posizione sul punto si è avuta il 4 febbraio 1981, con un *arrêt* della prima camera del Supremo Collegio, che ha negato che la morte della parte potesse dare luogo all'estinzione dell'azione, con una decisione invero poco conforme al dato positivo¹⁷⁵. L'orientamento è stato ribadito dalla giurisprudenza successiva¹⁷⁶, e abbandonato in tempi recenti. Attualmente, l'interpretazione preferibile è nel senso di ritenere che la scomparsa della parte, sopraggiunta nelle more del giudizio d'impugnazione, non comporti il passaggio in giudicato della sentenza di primo grado, bensì travolga l'intero giudizio, che volgerà a termine per sopravvenuta estinzione del diritto d'azione¹⁷⁷.

Proseguendo nell'indagine del perimetro applicativo dell'art. 384 *c.p.c.*, la norma contempla le tre ipotesi tradizionali di autocomposizione della lite; tra queste, si ritrova l'acquiescenza, la cui definizione è contenuta nell'art. 408 *c.p.c.*, ai sensi del quale "*l'acquiescement à la demande emporte reconnaissance du bien-fondé des prétentions de l'adversaire et renonciation à l'action. Il n'est admis que pour les droits dont la partie a la libre disposition*". La norma pone in risalto i due effetti tipici del comportamento acquiescente: il riconoscimento della fondatezza della pretesa avversaria e la rinuncia all'azione, intesa quale diritto di difesa. Così configurata, l'acquiescenza consiste nel comportamento di una parte, la quale sceglie di sottomettersi alla pretesa vantata dalla controparte, rinunciando, al contempo, a contestarla¹⁷⁸. Il

¹⁷⁵ La decisione, intervenuta pendente un'azione di revocazione dell'adozione, è stata annotata da J. VIATTE, in *Gaz. Pal.* 1981-2-577.

¹⁷⁶ In particolare, con specifico riferimento all'ipotesi di revoca dell'adozione, la Cassazione ha fondato il proprio convincimento sulla disciplina sostanziale dell'istituto racchiusa negli artt. 370, 370-2, 355 e 361 *code civil*, secondo cui gli effetti della revocazione retroagiscono e si sprigionano dal momento della proposizione della domanda: da ciò la conseguenza per cui il decesso dell'adottante non impedisce al giudice adito di decidere in merito alla revocazione. Inoltre, l'azione di revocazione dell'adozione può essere proseguita dagli eredi del *de cuius*, coincida questo con l'adottato oppure con l'adottante. Si tratta dunque di un caso di cui l'azione – di carattere personale – una volta esperita può, in un secondo momento, essere proseguita dagli eredi. Cass., 1re Chambre, 21 giugno 1989, Bull., I, n. 249, p. 166.

¹⁷⁷ A proposito, VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*, 164, ove si mette in luce l'orientamento in voga all'interno della giurisprudenza della Cassazione francese che tende a far proseguire il processo, nonostante il carattere personalissimo dei diritti e salvo eccezioni legali o convenzionali. Si pensi alle ipotesi nelle quali il prosieguo del processo metta in gioco delle considerazioni morali che non si possono lasciare all'apprezzamento degli eredi, come, ad esempio, in materia di separazione personale e di divorzio, di revocazione di un'adozione, di ricerca della paternità naturale.

¹⁷⁸ La parte acquiescente perde dunque il diritto di contestare la pretesa avversaria, sia nel contesto del processo in atto, sia nella prospettiva di una successiva contestazione della decisione conseguente

successivo articolo 409 *c.p.c.* si occupa dell'acquiescenza alla sentenza, i cui caratteri si conformano a quelli dell'*acquiescement à la demande*, seppur con l'importante differenza rappresentata dal fatto che l'organo giudicante ha già avuto modo di esprimersi, almeno una volta, sulla domanda. Ove la parte presti acquiescenza alla sentenza, si avrà il duplice effetto consistente, da un lato, nella sottomissione al disposto della pronuncia e, dall'altro, nella rinuncia al diritto d'azione, declinato alla maniera della rinuncia alla possibilità di impugnazione ("*emporte soumission aux chefs de celui-ci renonciation aux voies de recours*"). Quello descritto nelle due norme è il medesimo schema, seppur attuato in maniera parzialmente diversa al fine di tenere conto della differente situazione processuale nella quale ha a intervenire: ove la sottomissione, accompagnata dalla rinuncia, si indirizzi nei confronti della domanda, si verificherà un *incident de procédure*, idoneo a determinare l'estinzione anticipata del giudizio per via accessoria; diversamente, l'altra forma di acquiescenza, concretandosi in una rinuncia alla possibilità di impugnazione, metterà sì fine al processo, determinando però il passaggio in giudicato della sentenza interessata.

Ai fini dell'indagine in tema di fatto sopravvenuto rileva, in modo particolare, l'acquiescenza alla domanda, la quale rappresenta un valido mezzo per armonizzare le conseguenze dell'evento rappresentato dal sopraggiunto soddisfacimento delle pretese vantate dall'attore. È questa l'ipotesi contemplata dall'art. 384 *c.p.c.* su cui occorre indugiare ancora. L'idea che l'acquiescenza alla domanda equivalga alla rinuncia a un diritto impone delle specifiche condizioni d'esercizio¹⁷⁹. Come tutte le rinunce, l'acquiescenza implica la possibilità di disporre pienamente del diritto in causa. Esige pertanto che il diritto sia disponibile e che il convenuto abbia la capacità e il potere di disporre. Dunque, non tutte le situazioni giuridiche soggettive azionate in giudizio possono validamente formare oggetto di acquiescenza; si pensi alle ipotesi di giudizi vertenti su diritti indisponibili. Tuttavia, in questi casi, si riconosce alla parte convenuta la possibilità di *ammettere* l'esistenza dei fatti costitutivi invocati dall'attore, con

all'avvenuta acquiescenza, che sarà irricevibile. Non così ove la parte contesti l'esistenza, la validità o la portata dell'acquiescenza. Cass., 5 marzo 1986, in *Bull. Civ.*, II, n. 30.

¹⁷⁹ Così tanto il rappresentante di una persona giuridica, che il rappresentante di un incapace dovrà soddisfare le medesime formalità richieste per porre in essere validi atti di rinuncia (Cfr. artt. 389-5; 464, al. 2 e art. 495 *c.c.*). Inoltre si esige che il mandatario *ad litem* sia stato investito di un potere speciale e specifico.

conseguenze di ordine probatorio¹⁸⁰. Guardando alle concrete modalità procedurali, l'acquiescenza può essere espressa o implicita. Ampia è la casistica formata sul tema¹⁸¹. Ad ogni modo, che sia espressa oppure implicita, l'importante è che la portata del comportamento di parte sia certo, vale a dire risulti da azioni incompatibili con la volontà di contestare la pretesa avversaria¹⁸². Inoltre, tale manifestazione di volontà deve essersi formata liberamente, risultando dunque esente da vizi.

Con riferimento alla natura giuridica, in dottrina sono state offerte due spiegazioni: quella per cui l'acquiescenza alla domanda non rappresenterebbe null'altro che una sottospecie di acquiescenza alla sentenza (così intesa, l'acquiescenza alla domanda non sarebbe altro che un'anticipata sottomissione alla sentenza che deve ancora intervenire), oppure, si è sostenuto che l'adesione alla domanda comporterebbe la formazione di un vero e proprio contratto (che renderebbe al contempo inutile la prosecuzione del giudizio). Su questo aspetto si è espressa anche la Cassazione, che, con

¹⁸⁰ La giurisprudenza francese ritiene che i fatti ammessi possano valere come presunzioni e indizi liberamente valutabili, e quindi come elementi di prova che, se corroborati da altre risultanze, possono fondare il convincimento del giudice.

¹⁸¹ È dato registrare un certo consenso sia relativamente alle ipotesi che tradizionalmente non vengono ritenute idonee a integrare gli estremi di un'acquiescenza implicita, che relativamente alle ipotesi ricondotte alla figura. Quanto alle prime, in una pronuncia del 30 giugno 1896 la Cassazione ha precisato che non vale acquiescenza alla domanda la semplice conclusione con cui una parte dichiara di rimettersi a giustizia; simile interpretazione non è mai stata posta in dubbio (Cfr. Cass., 21 luglio 1965, *Bull. Civ.*, IV, n. 601; Cass., 25 novembre 1980, *Bull. Civ.*, I, n. 303; Cass., 21 ottobre 1997). Allo stesso modo, delle conclusioni tendenti alla conferma della sentenza non valgono acquiescenza alla stessa e quindi non si pongono d'ostacolo alla proposizione di un appello incidentale (Cass., 6 luglio 1964, *Bull.* I, n. 361, p. 280; Cass., 18 maggio 1966, *Bull.* II, n. 371, p. 262; Cass., 13 giugno 1979, *Bull.* III, n. 130, p. 98). Ancora, secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, non comporta acquiescenza il pagamento senza riserva di parte delle somme pretese, in quanto manifesterebbe unicamente la volontà del debitore di incentrare la propria difesa solamente su alcuni profili della pretesa avanzata dalla controparte (Cass., 6 maggio 1987, *Bull.* II, n. 94, p. 56). Per giurisprudenza consolidata non può considerarsi un comportamento acquiescente nemmeno quello della parte che si faccia rappresentare alle operazioni peritali senza formulare alcuna riserva (Cass., 13 giugno 1968, *Bull. Civ.*, III, n. 274). Costituiscono, invece, ipotesi di acquiescenza: la dichiarazione del convenuto con cui dichiara di non opporsi alla circostanza che sia fatta giustizia alla domanda avversaria (Cass., 5 marzo 1986, *Bull. Civ.*, II, n. 30); l'accettazione delle conclusioni provenienti dalla controparte, tali per cui il credito invocato non possa più essere posto in discussione (Cass., 10 giugno 1964, *Bull. Civ.*, I, n. 311); l'esecuzione dell'obbligazione pretesa senza la benché minima riserva (Cass., 25 gennaio 1965, *Bull. Civ.*, I, n. 61). Diversamente, l'adempimento con riserva impedisce una chiusura del giudizio ex art. 384 *c.p.c.*. La riserva riconduce la fattispecie alla tematica della dichiarazione unilaterale di cessazione, come impostata nell'ordinamento germanico, riproponendo i le medesime problematiche. Infatti, in tale eventualità il processo dovrà proseguire fino ad una pronuncia sul merito della controversia. Per un approfondimento, *Code de procédure civile commenté*, p. 278 ss.; GIUNCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz-Action, 2001-2002, p. 839 ss.

¹⁸² In questo senso, *ex plurimis*, Cass., 10 aprile 1962, *Bull. Civ.*, II, n. 390 (“*l'acquiescement ne peut présumer ni résulter d'actes équivoques*”) Cass., 9 maggio 1988, *Bull.* II, n. 107, p. 57; Cass., 25 maggio 1994, secondo cui, “*l'existence d'un acquiescement implicite à la demande ne sera, quant à elle, admise que si la volonté du défendeur en ce sens est certaine, c'est-à-dire si les actes ou les faits pris en considération la démontrent avec évidence*”.

l'arresto del 18 novembre 1999 n. 4093, ha riaffermato la natura di atto unilaterale dell'acquiescenza, la quale, dunque, per produrre i propri effetti, non abbisogna né dell'accettazione della controparte, né di essere constatata dal giudice¹⁸³. A questo riguardo è necessaria una precisazione. Infatti, se si considerano le possibili sfaccettature del comportamento acquiescente, emerge come l'acquiescenza possa tradursi tanto nell'integrale soddisfacimento di quanto preteso dall'attore, quanto nel mero riconoscimento della bontà del diritto dallo stesso vantato. Ebbene, nel secondo caso, può darsi che la parte avvantaggiata dall'avvenuto riconoscimento ambisca a qualcosa di diverso rispetto a una terminazione immediata del giudizio come invece prevede l'art. 384 *c.p.c.* Lo stesso desiderio può coinvolgere la parte soddisfatta anche nel primo dei casi riportati. A tal proposito, si ammette, in via interpretativa, che, ove la parte vi abbia interesse, il processo possa proseguire sino alla compilazione di una sentenza di merito con tutti i crismi, che assumerà le vesti di un *jugement d'expédient*, pronuncia invero particolare, su cui ci si soffermerà di seguito. Esiste inoltre la possibilità – di più facile spiegazione ove si condivida la qualificazione giuridica dell'acquiescenza quale contratto tacito tra le parti – che, nell'ipotesi di riconoscimento mero, la parte avvantaggiata dalla prestata acquiescenza possa chiedere che, quanto avvenuto venga formalizzato in un accordo. Così facendo, l'accordo potrà essere allegato in giudizio, con la conseguenza per cui la parte potrà usufruire dello strumento messo a disposizione dal 3° comma dell'art. 384 *c.p.c.* Il punto costituirà oggetto di approfondito esame di seguito; per il momento, il dato rilevante da rimarcare è quello per cui il sopraggiungere del fatto consistente nel riconoscimento o nel soddisfacimento delle pretese della controparte non comporta, quale conseguenza automatica ed ineluttabile, una chiusura del processo ex art. 384 *c.p.c.* Il diritto d'azione non viene sempre e necessariamente meno, o meglio, l'interesse proprio di una parte all'ottenimento di una pronuncia nel merito permette al processo di proseguire (offrendo altresì qualche utile indicazione per ricostruire la natura della pronuncia ex art. 384 *c.p.c.*, su cui, però, ci si soffermerà nel corso del prossimo paragrafo).

¹⁸³ Per Cass., 19 novembre 1999, in *RTD civ.*, 2000, 157, “*l'acquiescement est un acte juridique dépourvu de toute solennité qui est parfait dès que s'exprime la volonté d'acquiescer à la demande, et non point du jour où le juge en a constaté l'existence*”. Quindi l'acquiescenza provoca l'estinzione dell'istanza con effetto dal momento in cui interviene e non dal momento in cui viene constatata dal giudice. La decisione è annotata da R. PERROT, *Procédure de l'instance: jugements et voies de recours. Procédures civiles d'exécution*, *RTD civ.*, 2000, n. 1, 156-159.

Procedendo nell'esame del campo di applicazione della norma, un altro caso di *l'extinction de l'action* si avrà in seguito alla rinuncia all'azione (*désistement d'action*), vale a dire in conseguenza di un atto unilaterale abdicativo del diritto, per mezzo del quale l'attore (o il convenuto che abbia proposto domanda riconvenzionale) dichiara di abbandonare la propria pretesa, andando, di fatto, incontro all'avversario. I caratteri del *désistement d'action* vengono desunti dal raffronto con la figura tipica del *désistement d'instance*, ossia la rinuncia di carattere e portata meramente processuale prevista dagli artt. 398 e seguenti *c.p.c.*, la cui efficacia estintiva è limitata al processo in corso senza coinvolgere il diritto d'azione, che sopravvive ex art. 385 *c.p.c.*¹⁸⁴. Le *désistement d'action*, invece, per la sua attitudine a incidere anche sul diritto sostanziale cui l'azione si riferisce, deve sottostare a precisi limiti: presuppone la capacità e il potere di disporre del diritto da parte del suo autore e, in ogni caso, non può avere ad oggetto diritti indisponibili. Quanto alla forma, pur in assenza di specifiche prescrizioni, la giurisprudenza richiede che la rinuncia risulti in maniera chiara ed espressa. Inoltre, proprio in considerazione delle conseguenze ad essa riconnesse sul piano del diritto sostanziale, la prassi è orientata nel senso di valutare scrupolosamente (e restrittivamente) la sussistenza di una volontà abdicativa che coinvolga il diritto d'azione, qualificando la rinuncia, in caso di dubbi, alla stregua di un *désistement d'instance*. Negli anni, dunque, si è andata consolidando una presunzione a favore del *désistement d'instance*: infatti, secondo la Cassazione, la rinuncia all'azione rappresenta un atto troppo grave per essere ravvisato in assenza di una volontà chiara e inequivocabile in questo senso¹⁸⁵.

Quanto alla natura giuridica, anche la rinuncia all'azione è un atto unilaterale, che quindi, in linea di principio, non abbisogna dell'accettazione della controparte. A questo riguardo, occorre segnalare come alcune decisioni della Cassazione facciano salva l'ipotesi in cui l'avversario nutra un interesse ad opporsi alla conclusione del processo in conseguenza della rinuncia. Anche in questo caso, similmente a quanto può avvenire in ipotesi di acquiescenza, è prevista la possibilità che la controparte decida di sottrarsi ad una chiusura del processo ex art 384 *c.p.c.*, adducendo un "legittimo

¹⁸⁴ La differenza tra le due figure è scolpita nell'art. 398 *c.p.c.* secondo cui "*le désistement d'instance n'emporte pas renonciation à l'action, mais seulement, extinction de l'instance*". Tuttavia, nella pratica, può risultare difficile distinguere tra *désistement d'action* e *désistement d'instance*.

¹⁸⁵ A proposito, Cass., 12 gennaio 1993, in *Bull.* V, n. 5; Cass., 26 novembre 1979, *JCP*, 1980, IV, 57; Paris, 28 marzo 1965, *JCP*, 1965-II-14413.

interesse” a che la rinuncia venga consacrata in una sentenza di rigetto nel merito. Pertanto, anche in ipotesi di rinuncia all’azione esistono - e vengono riconosciute – alcune esigenze e necessità che non trovano risposta soddisfacente nell’istituto ex art. 384 *c.p.c.* In via di ulteriore conseguenza di quanto appena esposto, si assiste a una progressiva mitigazione della distinzione tra rinuncia all’azione e rinuncia all’*instance*.

Proseguendo nell’indagine, alla *transaction* viene dedicata particolare attenzione dalla disposizione in commento. La norma fa riferimento alla transazione intesa quale formalizzazione dell’intervenuta soluzione bonaria della controversia, senza dunque ricercare necessariamente il carattere della reciprocità delle concessioni¹⁸⁶. Della transazione si occupa anche il codice civile, il cui art. 2052 dispone che “*les transactions ont, entre les parties, l’autorité de la chose jugée en dernier ressort*”. Ciò significa che la successiva domanda, avente ad oggetto situazioni giuridiche soggettive fatte oggetto di transazione, sarebbe irricevibile anche a prescindere dall’esistenza dell’art. 384 *c.p.c.* Tuttavia, la soluzione individuata dal legislatore processuale francese si lascia apprezzare soprattutto per l’ipotesi in cui la transazione intervenga in fase di gravame, vale a dire in un momento in cui il sopraggiungere di tale fatto di cessazione porta con sé la necessità di rimuovere le sentenze pronunciate precedentemente alla stipula dell’accordo transattivo. Inoltre, tale articolo manifesta un profilo di grande utilità nel 3° comma della disposizione, che prevede la possibilità per le parti di instare affinché l’accordo transattivo venga dotato di efficacia esecutiva¹⁸⁷. Il terzo comma dell’art. 384 *c.p.c.* prevede il potere per il giudice di attribuire efficacia esecutiva al documento in cui è stato racchiuso l’accordo transattivo, sia nell’ipotesi in cui quest’ultimo si perfezioni in giudizio, sia nell’eventualità in cui l’accordo venga confezionato in sede stragiudiziale. Con riferimento a quest’ultima eventualità, la soluzione mostra una certa affinità con la prassi, consueta e consolidata all’interno della giurisprudenza francese, di *donner acte* all’accordo, di natura privata, intercorso tra gli originari contendenti. Tale osservazione offre lo spunto per approfondire la questione relativa all’incidenza del potere dispositivo riconosciuto alle parti nella formazione della

186

¹⁸⁷ Si è detto dell’equiparazione tracciata dall’art. 2052 c.c. tra transazione e sentenza passata in giudicato; questa non consente di certo che all’accordo privato vengano estesi gli effetti propri dell’atto autoritativo giurisdizionale. Tuttavia, l’ordinamento francese offre tutela alla parte che ambisca ad ottenere i medesimi effetti riconnessi a una pronuncia di merito - come ad esempio la possibilità di iscrivere ipoteca giudiziale – consentendo la cooperazione tra le parti e il giudice nella formazione della sentenza.

sentenza, riprendendo e approfondendo altresì le nozioni sopra menzionate di *jugement d'expédient* o *convenu*. Su tali concetti, richiamati trattando delle possibili alternative alla chiusura del processo ex art. 384 *c.p.c.* in ipotesi di acquiescenza e rinuncia all'azione, non regna concordia tra gli interpreti. Si tratta, in sostanza, di sentenze *sui generis* - talvolta definite *jugements d'expédient, convenus*, talvolta *contrats judiciaires* oppure come dei *jugements de donné acte* - che non poche difficoltà creano dal punto di vista dell'inquadramento giuridico. Tutte queste espressioni designano delle decisioni accomunate e contraddistinte da un tratto caratteristico: si tratta di pronunce - emesse dal giudice e accostabili, da un punto di vista formale, alle consuete sentenze - che recepiscono l'accordo intervenuto tra le parti. Con il termine "accordo" ci si riferisce, in questo contesto, alla ritrovata cooperazione e sintonia tra le parti; rientrano infatti, in questa nozione, tutte e tre le tradizionali ipotesi di autocomposizione della lite, vale a dire la rinuncia all'azione, il riconoscimento del diritto e la transazione¹⁸⁸. Ebbene, può darsi che le parti addivengano a un accordo, ma, ciò nonostante, intendano sfruttare la circostanza che un processo tra loro stesse sia già in corso.

Molto si è dibattuto su tale possibilità. Una questione essenziale concerne la natura giuridica della decisione assunta dal tribunale; ove le si riconosca carattere giurisdizionale, avverso la decisione saranno esperibili le consuete impugnazioni e la stessa sarà idonea a passare in giudicato; viceversa, qualora le si riconoscesse carattere amministrativo, la pronuncia avere solamente il valore di una convenzione autenticata dal giudice e potrebbe essere aggredita con l'azione di nullità. Il problema ha dato luogo a un'abbondante letteratura. Nel tentativo di fissare alcuni punti fermi appare opportuno tracciare una distinzione: in una prima serie di ipotesi, infatti, le parti, per ragioni di convenienza, decidono di tenere nascosto ai terzi l'accordo tra le stesse intervenute. In tale eventualità, le parti potranno scegliere se "avvertire" il giudice, e passargli così un progetto di sentenza (si dice, comunemente, "passare un dispositivo al tribunale"), oppure se simulare un contenzioso, facendo in modo che, alla conclusione, il giudice si veda obbligato a decidere proprio ciò che loro speravano. In entrambe i casi, il giudice pronuncia una vera e propria sentenza, corredata dai motivi e dal

¹⁸⁸ Si è detto che, a proposito della transazione, il sistema giuridico francese non reputi l'elemento della reciprocità delle concessioni l'aspetto determinante ai fini della valida configurabilità della stessa; dunque, si può discorrere di transazione anche in ipotesi di mera sottomissione di una parte alle pretese dell'altra.

dispositivo; infatti, il controllo che egli esercita e la constatazione che dirime conferiscono all'atto carattere giurisdizionale in senso proprio. A ben vedere, infatti, il giudice si è appropriato degli elementi convenzionali predisposti dalle parti, siano essi stati posti nella sua disponibilità alla luce del sole o tramite simulazione. Così, in queste ipotesi, si discorre, più volentieri, di decisione *d'expédient*, che potrà poi costituire oggetto d'impugnazione tramite i rimedi predisposti dal *code de procédure civile*. Si noti che il beneficio per le parti è notevole: costoro ottengono – senza dover passare per un notaio – un atto autentificato, munito di forza esecutiva, idoneo a fondare l'iscrizione dell'ipoteca giudiziale. Il titolo diverrà poi ben presto inattaccabile, se si considera che le parti dovranno attendere solo lo scadere dei termini per impugnare, mentre, normalmente, un contratto rimane esposto all'azione di nullità per i successivi cinque o trent'anni¹⁸⁹.

Quanto detto vale per un primo gruppo di ipotesi. In una seconda serie di casi, il giudice si limita a *donner acte* all'accordo intervenuto tra le parti. In questa eventualità al giudice viene richiesto di “omologare” l'accordo, e non di elaborare una vera e propria sentenza, il che fa ritenere che l'atto in questione abbia carattere amministrativo. Il *jugement de donné acte* non è infatti idoneo a divenire cosa giudicata. Pertanto, la qualificazione preferibile di tale figura è quella di *contratto giudiziario*. Le *jugement de donné acte* è dunque un atto giudiziario nella forma, ma convenzionale nell'origine, che riceve la propria autorità dalla volontà delle parti e non dalla decisione del giudice. Di conseguenza, potrà essere impugnato solamente con l'azione di nullità; un appello ordinario non sarà possibile così come l'opposizione di terzo.

In definitiva, tirando le fila del discorso, nel contesto dell'ordinamento francese si suole distinguere tra *jugement de donné acte* e *jugement d'expédient*. Entrambi sono atti risultanti dall'accordo tra le parti, seppur di natura diversa: i *jugements d'expédient* sono atti giurisdizionali veri e propri, mentre i *jugements de donné acte* sono degli

¹⁸⁹ Da quanto affermato emerge come la simulazione sia, in linea di principio, ammessa nell'ordinamento francese, con l'unica condizione rappresentata dalla circostanza per cui l'oggetto del processo simulato non abbia carattere di ordine pubblico. Si discorre di processo fittizio quando le parti in causa non sono in disaccordo, ma simulano un litigio nel quale una di loro non si difenderà, al fine di conferire a quella che in realtà è una convenzione, le forme e l'apparenza di una decisione giudiziaria. Con riferimento all'aspetto nozionistico, due elementi concorrono a definire il contenzioso simulato: l'assenza di contestazione reale e la simulazione di un processo. Tale contenzioso può essere realizzato con un accordo che precede il giudizio (e quindi il giudice viene adito di comune accordo), anche se, più spesso un litigio sarà veramente nato, un'istanza introdotta, ma un accordo risolutore del litigio interverrà tra le parti in corso del processo prima della sentenza definitiva.

accordi contrattuali, sottoposti dalle parti al giudice. In questo secondo caso, il giudice non fa altro che constatare l'accordo e autenticarlo, senza però pronunciarsi sulla sua validità; l'organo giudicante non esercita alcun controllo sulla legalità dell'accordo, così come, più in generale, sul rispetto o meno delle regole giuridiche¹⁹⁰. In questo senso è orientata anche la giurisprudenza prevalente, che considera queste pronunce degli atti giudiziari non giurisdizionali; sono atti che “non contengono una decisione consacrante il riconoscimento di un diritto”, o ancora, “che non hanno alcun valore giuridico indipendente dalla convenzione preliminare alla quale si riferiscono integralmente le disposizioni”. Per la Cassazione ci si troverebbe innanzi a misure di amministrazione giudiziaria; l'espressione *jugement* appare dunque inappropriata¹⁹¹.

Poste queste premesse, si può ora tentare di qualificare, con maggiore cognizione di causa, la misura prevista dal legislatore al 3° comma dell'art. 384 *c.p.c.* Ebbene, il dato normativo pare proprio contemplare la possibilità che all'accordo venga

¹⁹⁰ Si sofferma sul profilo relativo alla cosa giudicata, S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, cit., 930, secondo cui il discrimine tra *jugement d'expédient* e *convenu* va individuato nel fatto che, in certi casi, anche se le parti sono d'accordo sulla soluzione del litigio, il giudice pronuncia comunque una decisione, controllando gli elementi di fatto e di diritto; si tratta allora di un *jugement d'expédient* al quale la giurisprudenza (sin dal 1904) e la dottrina accordano autorità di cosa giudicata. Un tale *jugement* è frutto dell'esercizio dell'attività giurisdizionale e acquista, pertanto, l'autorità di cosa giudicata. Diversamente, se il giudice si limita a constatare l'accordo intervenuto tra le parti senza pronunciare alcuna decisione sulla causa, l'atto assume la forma di un *jugement*, ma conserva la natura di contratto giudiziario o di *jugement de donné acte*; non possiede l'autorità di cosa giudicata e potrà essere fatto oggetto di un'azione di nullità contrattuale.

¹⁹¹ Molto si è discusso sulla natura dell'atto del giudice che conferisce la forza esecutiva a un accordo delle parti. Da un punto di vista teorico, non c'è dubbio che un tale atto non sia giurisdizionale, rilevando più l'*imperium* che la *iurisdictio*. Questo è il caso, per esempio, dell'atto per il quale il giudice “acquisisce” l'accordo transattivo intervenuto al di fuori del processo su semplice richiesta di una parte che gli domanda di attribuire forza esecutiva. Non si tratta né di omologazione, né di giurisdizione volontaria, perché se si ha un litigio al quale la transazione ha posto fine, il giudice non fa altro che registrare la volontà delle parti, senza metterci volontà propria e senza conoscere la causa (salvo il caso di frode). Allo stesso modo, l'atto non è un'ordinanza su richiesta, perché non risponde ai criteri posti dall'art. 493 *c.p.c.*: non è *stricto sensu* provvisorio e non interviene perché la pretesa è fondata e allo stesso tempo non appellata dalla controparte. Si tratta quindi di un atto giudiziale non giurisdizionale che dà forma alla soluzione amichevole del conflitto la cui natura rimane contrattuale. Nondimeno il fatto che la forza esecutiva possa essere domandata da una sola parte, senza necessariamente raccogliere il consenso della controparte, pone la questione, lasciata in sospeso dagli artt. 1441-4 *c.p.c.*, di quale debba essere l'impugnazione più appropriata nel caso in cui l'altra parte reputi pregiudizievole la decisione assunta su richiesta dell'altra. La Cassazione è intervenuta recentemente su tale questione: in maniera pragmatica ha deciso di qualificare come *ordonnance su requête* l'atto previsto dall'art. 1441-4 *c.p.c.*, lasciando in disparte la precisione per le categorie giuridiche. Da simile qualificazione discende che il ricorso dovrà essere confezionato conformemente all'art. 496 *c.p.c.*

In realtà, a dispetto delle analisi della dottrina, la messa in opera di tale distinzione si rivela sempre molto delicata, tanto più che esiste un'altra forma di “*donné acte*” che si configura quando il giudice, in occasione di una sentenza contenziosa, riserva espressamente i diritti di una parte sui quali non è a lui demandato di statuire. Da molti quindi viene auspicato un intervento chiarificatore del potere legislativo. Per un approfondimento, si consulti GUINCHARD – FERRAND – CHAINAIS, *Procédure civile*, cit. 249 ss.

donné acte. A riguardo, nulla viene disposto relativamente al tipo di verifica che l'organo giudicante è tenuto ad effettuare in merito all'accordo intercorso tra le parti. La soluzione preferibile si muove nel senso di demandare all'organo giudicante il controllo sulla regolarità dell'accordo tanto nel merito (si pensi all'accordo intervenuto su diritti indisponibili) che nella forma. Questo vale sia in caso di transazione giudiziale che di transazione stragiudiziale. Pare pertanto che il 3° *alinéa* dell'art. 384 *c.p.c.* consenta alle parti di trasfondere l'accordo tra le stesse raggiunto in un *jugement de donné acte*, ossia un contratto giudiziario, che rimane privato nell'origine e nella natura, e quindi soggetto all'azione di nullità¹⁹². In questo caso, l'intervento del giudice si configura come un'attività meramente amministrativa, di omologazione del contratto; qualora invece le parti intendano ottenere tutti gli effetti tipici di una sentenza di merito, si ammette, in via interpretativa, che le stesse abbiano facoltà di optare per la terminazione del giudizio tramite un *jugement d'expédient*.

In definitiva sono questi i risultati cui ha condotto una lettura attenta della norma; occorre, a questo punto, passare all'esame della natura giuridica della decisione ex art. 384 *c.p.c.*, sottolineando che, quanto detto in merito alla possibilità riconosciuta alle parti di affidare il recepimento del fatto sopravvenuto a meccanismi diversi da quello previsto dall'articolo in questione, è in grado di giocare un ruolo rilevante a questi fini, così come al fine di una valutazione complessiva della norma.

3.3. Natura del provvedimento e considerazioni d'insieme

Ai sensi del 2° *alinéa* dell'art. 384 *c.p.c.*, “*l'extinction de l'instance est constatée par une décision de dessaisissement*”. La disposizione rappresenta una novità rispetto

¹⁹² Il comma 3° rappresenta un'altra novità *del nouveau code de procédure civile*. Certo, già dopo il decreto 30 ottobre 1935 concernente i giudici di pace e la legge 9 febbraio 1949 concernente i tribunali civili, si era stabilito che il verbale di conciliazione redatto dal magistrato (g.d.p.) o dal tribunale in corso di causa fosse rivestito di forza esecutiva. La soluzione è stata poi ripresa e generalizzata dall'art. 131 del *c.p.c.* L'art. 281 permette ugualmente al giudice di donare forza esecutiva all'atto esponente l'accordo intervenuto tra le parti durante le operazioni peritali. Sicuramente il testo dell'art. 384 va un po' più lontano, in quanto stabilisce la regola per cui, ormai, la forza esecutiva può essere conferita dal giudice rispetto a tutti gli atti constatanti l'accordo intervenuto, lite pendente, tra le parti.

all'elaborazione che si era andata consolidando nell'epoca antecedente alla novella legislativa e che, in caso di sopravvenuta estinzione del diritto d'azione, raccomandava al giudice di chiudere il processo il prima possibile, utilizzando lo strumento – poco impegnativo – della radiazione della causa dal ruolo¹⁹³. In termini più precisi, tale epilogo si rendeva possibile nell'ipotesi in cui il sopraggiungere del fatto, così come la sua portata e le sue conseguenze, risultassero profili pacifici e ammessi da entrambi gli originari contendenti; diversamente, qualora sorgesse contestazione su alcuno di questi aspetti, il giudice avrebbe dovuto prendere posizione sul punto e, ove riscontrasse la sopravvenuta carenza del diritto d'azione, avrebbe dovuto spogliarsi della causa dichiarando di *se dessaisir*.

Il secondo *alinéa* dell'articolo in commento pone una regola nuova, che obbliga il tribunale adito, una volta preso atto dell'avvenuta estinzione del *droit d'action*, a constatare l'estinzione dell'*instance*, sempre e comunque, tramite una decisione di *dessaisissement*. Non vi è più nessuno spazio per la radiazione dell'istanza. La presa d'atto, tramite decisione giudiziale, dell'avvenuta *extinction de l'action* chiarifica la situazione, il che manifesta aspetti positivi anche in ipotesi di mancata opposizione delle parti. Occorre spendere qualche parola sulla decisione di *dessaisissement*, cominciando dal dato normativo: ai sensi dell'art. 481, *premier alinéa*, “*le jugement dès son prononcé, dessaisit le juge de la contestation qu'il tranche*”. Il *dessaisissement du juge* è un effetto che compete a qualunque pronuncia definitiva; il *dessaisissement* del magistrato che ha già sentenziato è un principio di ordine pubblico, che consacra la regola tradizionale *lata sententia, judex desinit esse judex*. Con riferimento al sopraggiungere del fatto di cessazione, la previsione normativa configura, in capo all'organo giudicante, il dovere di spogliarsi del potere di giudicare la controversia non appena abbia rilevato il sopraggiungere dell'evento o, che dir si voglia, la sopravvenuta estinzione del diritto d'azione. Si tratta, in definitiva, di una presa d'atto *qu'il n'y a plus lieu a statuer*.

La decisione, da assumere con ordinanza, sarà di ostacolo a eventuali nuove dispute relative al venir meno dell'azione e impedirà l'introduzione di una nuova

¹⁹³ La radiazione è la misura d'amministrazione giudiziaria che si pone come conseguenza del potere attribuito al giudice di sanzionare il difetto di diligenza delle parti qualora si traduca in inattività; la radiazione non comporta la soppressione della causa, ma solamente la sospensione della stessa, che entra in uno stato di quiescenza.

domanda avente il medesimo oggetto. Un'eventuale riproposizione della domanda andrà incontro e verrà sbarrata da una *fin de non-recevoir*. Ai sensi dell'art. 122 *c.p.c.*, “*constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée*”. In altri termini, la parte che oppone una *fin de non-recevoir* contesta l'esistenza stessa del diritto d'azione in capo all'avversario. Tradizionalmente, si sottolinea la natura mista della *fin de non-recevoir*: questo strumento di difesa appare affine alle eccezioni meramente processuali se si considera che il relativo esame, da parte del giudice, non presuppone un'indagine nel merito della causa; tuttavia, una volta accolta, questa eccezione può essere equiparata, dal punto di vista degli effetti, alle difese nel merito, poiché il suo accoglimento mette fine definitivamente al processo, precludendo la riproposizione della medesima domanda per irricevibilità¹⁹⁴.

Quanto al profilo relativo alle spese giudiziali, due regole particolari ne governano la distribuzione in ipotesi di *desistement d'action* e di *acquiescement*: al ricorrere di queste eventualità le spese andranno sostenute dal rinunciante o dalla parte acquiescente. Si tratta di una specificazione del principio di causalità, il quale informa l'intera disciplina dei costi processuali¹⁹⁵.

In conclusione, sono queste le coordinate essenziali dall'art. 384 *c.p.c.* La spiegazione offerta dal legislatore francese vede nell'avvento di fatti di cessazione, quali la transazione o l'adempimento senza riserva di quanto preteso dall'attore, un'ipotesi di sopravvenuta carenza di un presupposto processuale. Nello specifico, il fatto sopravvenuto comporterebbe il venir meno del diritto d'azione, che determinerebbe a sua volta e in via consequenziale l'estinzione del processo. Dal punto di vista della precisione concettuale, il richiamo alla figura del diritto d'azione non appare pienamente soddisfacente. L'impressione è che il riferimento al diritto d'azione sia il risultato di un'eccessiva generalizzazione del fenomeno. A ben guardare, infatti, tanto nell'ipotesi in cui venga a mancare la parte in giudizi aventi ad oggetto diritti

¹⁹⁴ Quanto al regime giuridico, l'art.123 *c.p.c.* dispone che queste eccezioni possono essere sollevate *en tout état de cause*. Per un approfondimento, COUCHEZ, *Procédure civile*, 2000, 132-133.

¹⁹⁵ La disciplina contenuta negli artt. 695 ss. *c.p.c.* è ispirata al criterio della soccombenza: l'art. 696 consacra la regola per cui, *en principe, la partie perdante est condamnée aux dépens*. Il disposto viene temperato dal successivo capoverso del medesimo articolo che attribuisce al giudice la discrezionalità di accollare la totalità o parte delle spese a carico della parte non soccombente.

intrasmissibili, che in ipotesi di sopravvenuto adempimento di quanto preteso dall'attore, ciò che viene meno non è tanto il diritto d'azione, bensì il diritto sostanziale dedotto in giudizio. Diversamente, in ipotesi di acquiescenza e di rinuncia all'azione, la circostanza che, al sopraggiungere di tali fatti di cessazione, le parti possano evitare una chiusura ex art. 384 *c.p.c.* e dare impulso al processo sino alla pronuncia di una sentenza di merito (seppur particolare) lascia emergere come non sia corretto affermare che, in questo caso, venga meno il diritto d'azione. Infatti, le parti possono decidere di recepire queste sopravvenienze tramite un *jugement d'expedient*, al fine di ottenere gli effetti tipici sentenza di merito. Inoltre, proprio l'esistenza di questa prassi rafforza l'idea che quella ex art. 384 *c.p.c.* non sia una pronuncia di merito, bensì una particolare presa d'atto, di natura processuale, che la materia del contendere è venuta meno.

A ogni modo, il sistema di recepimento predisposto dal legislatore francese manifesta anche indubbi aspetti positivi, soprattutto in fase di gravame, in cui una pronuncia di "presa d'atto", quale è quella ex art. 384 *c.p.c.*, svolge perfettamente il compito di adeguamento assegnatole, ponendo nel nulla la pregressa attività processuale.

CAPITOLO TERZO

CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

1. Alcuni punti fermi in merito alla problematica relativa al fatto sopravvenuto

Sin dalle pagine introduttive del presente lavoro, si è inteso calare la locuzione “cessazione della materia del contendere” nel più ampio contesto relativo allo studio della problematica riconducibile al fatto sopravvenuto. La formula, infatti, non rappresenta che la sintesi della soluzione congegnata dalla giurisprudenza civile per fronteggiare simile eventualità. Tale più ampia prospettiva d’indagine ha consentito di ravvisare dinamiche e questioni comuni anche in altre branche processuali o in altri ordinamenti giuridici; ciò ha reso fecondo, e allo stesso tempo familiare, lo studio del fatto sopravvenuto al di fuori del processo civile italiano. È nota agli interpreti dei diversi sistemi processuali l’eventualità per cui un fatto, di rilevanza decisiva ai fini del giudizio in corso, venga in essere in un momento successivo all’instaurazione del processo (o, meglio ancora, in un momento successivo a quello stabilito per la sua rituale acquisizione). Si tratta di una possibilità connaturale alla durata e rigidità dei sistemi processuali moderni. Dall’indagine svolta nel contesto del secondo capitolo, è emersa la comunanza di alcuni snodi fondamentali in tema di sopravvenienze: anzitutto e in via preliminare, viene tradizionalmente ammessa la possibilità di considerare il fatto sopravvenuto. Sotto l’osservanza di alcune condizioni, si consente dunque che l’evento sopraggiunto trovi ingresso e considerazione nel processo in corso. Si tratta di un principio immanente al sistema, non contemplato espressamente da alcuna norma, ma conosciuto e applicato dalla prassi, capace di trascendere la problematica particolare per trovare la propria naturale collocazione sul piano della teoria generale del processo: ammettere la rilevanza del fatto sopravvenuto significa prestare adesione a una concezione del processo quale struttura parzialmente aperta, sensibile ai mutamenti di fatto e di diritto successivi alla sua introduzione. Sulle vetuste origini di questo principio ci si è soffermati nella parte introduttiva dell’indagine; occorre ora approfondire i fondamenti sui quali poggia, in tempi moderni, l’opportunità di attribuire

rilevanza al fatto sopravvenuto. A favore della considerazione del fatto sopravvenuto militano considerazioni di ordine generale, legate allo scopo e all'identità della funzione giurisdizionale, in concorso con ragioni di giustizia del caso concreto e a forti spinte di economia processuale. Quanto al primo aspetto, è primaria l'esigenza di preservare e custodire il primato (se non più il monopolio) della funzione giurisdizionale quale metodo di risoluzione dei conflitti. A questo riguardo, si è riconosciuta l'inopportunità di consentire il formarsi di una vera e propria dissociazione tra realtà sostanziale e processuale, di uno scarto non trascurabile tra la conformazione dei rapporti sul piano sostanziale e la proiezione processuale degli stessi, che finirebbe per rendere inattuale la funzione giurisdizionale, condannandola all'inutilità, quantomeno quale mezzo di risoluzione del conflitto. Il ruolo stesso dell'organo giudicante "degraderebbe" a quello di uno storico, deputato a ricostruire l'andamento dei fatti più che a dettare la regola di comportamento cui conformarsi. Quanto agli altri profili, si ricorderà come sia stato Chiovenda, per la dottrina processualcivilistica italiana, a indicare i motivi per i quali un fatto, venuto a esistenza in un momento successivo alla proposizione della domanda, possa, in determinati casi, assumere rilievo, nonostante l'esistenza di un principio opposto, in forza del quale il giudice deve tenere conto solo della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della proposizione della domanda. La spiegazione, secondo lo Studioso, andrebbe ricercata nel principio di economia dei giudizi. L'esigenza, propria e imprescindibile del diritto moderno, di orientare l'esercizio dell'attività giurisdizionale a canoni in senso lato economicistici induce, infatti, ad attenuare la rigidità dell'opposto principio che sancisce l'insensibilità del processo ai mutamenti di fatto e di diritto intervenuti successivamente alla sua instaurazione. È proprio alla luce di queste considerazioni che Chiovenda apporta un temperamento al proprio stesso insegnamento, secondo cui la sentenza di accoglimento dovrebbe attuare la legge come se ciò avvenisse al momento della domanda giudiziale, in modo che la durata del processo non vada a detrimento dell'attore che ha ragione. Infatti, un'applicazione rigorosa di questo principio porterebbe alla conseguenza per cui, ai fini della decisione, il giudice non potrebbe tenere conto né dei fatti estintivi del diritto venuti in essere posteriormente alla proposizione della domanda, né dei fatti costitutivi intervenuti successivamente a tale momento¹.

¹ G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1965, 137; ID, *Istituzioni di*

La questione relativa alla rilevanza del fatto sopravvenuto ai fini del giudizio in corso è stata considerata anche da altri Studiosi. In particolare, nell'opinione di Mortara, è presente il tentativo di fondare la considerazione del fatto sopravvenuto su una disposizione di legge: costui giustificava la rilevanza del fatto sopravvenuto in base al precetto dell'art. 36 c.p.c. allora vigente, relativo all'interesse ad agire e a contraddire. Proprio in base all'applicazione di questo principio, si potrebbe attribuire rilievo, ai fini della decisione, alla situazione venuta a maturazione nel corso del giudizio. Così si poteva giungere a convalidare un'azione o un'eccezione, che altrimenti non avrebbero potuto trovare accoglimento². Per opinione dello Studioso, l'ingerenza del potere giurisdizionale, una volta provocata nelle debite forme, è bene, nell'interesse sociale, che si spieghi e compia il suo ufficio, a sedare definitivamente il contrasto e ad esaurire il rapporto processuale. In tempi recenti, vi è stato chi ha individuato un addentellato normativo nell'ormai abrogato art. 184-*bis* c.p.c. (ci si riferisce a Balena. In realtà la rilevanza del fatto sopravvenuto viene tradizionalmente ammessa anche nel processo del lavoro, rito che non contemplava una norma quale quella ex art. 184-*bis* c.p.c.); oppure nella disciplina del giusto processo ex art. 111 Cost., in particolare nel principio della ragionevole durata dello stesso, che oltre a consentire l'ingresso del fatto sopravvenuto ne imporrebbe l'allegazione tempestiva³.

Dunque, nel processo civile – ma anche negli altri contesti processuali esaminati – si ammette la rilevanza di un fatto idoneo a incidere sull'oggetto del giudizio, anche qualora sia intervenuto in un momento in cui ne sarebbe stata preclusa l'allegazione e la considerazione. In particolare, la giurisprudenza italiana consente l'allegazione in giudizio del fatto sopravvenuto purché tempestiva, *rite et recte*, cioè nel primo atto difensivo o alla prima udienza successiva all'intervento dello stesso⁴. Si propende, quindi, per far rientrare il fatto sopravvenuto nella sfera del deducibile, con tutte le conseguenze del caso in termini di estensione del successivo giudicato e limiti

diritto processuale, Napoli, 1960, 154-155 (ristampa II edizione).

² L. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, II, n. 474, 604 e ss. Sulla sensibilità del processo ai fatti sopravvenuti, con conseguente applicazione del principio *ius superveniens firmat actionem vel exceptionem*, Cass., 31 marzo 1930, in *Giur. it.*, 1930, I, 162; Cass., 26 marzo 1931, in *Giur. it. Mass.*, 1931, 209; Cass., 19 maggio 1931, in *Giur. it. Mass.*, 1931, 323; Cass., 3 maggio 1925, in *Foro it.* 1926, I, 969; Cass., 1 giugno 1920, in *Foro it.*, 1920, I, 892; Cass., 24 giugno 1929, in *Giur. it.*, 1929, I, 1, 1116.

³ Cass., 6 febbraio 2013, n. 2758; Cass., n. 116/1990; Cass., n. 7065/1987; Cass., 5616/1984.

⁴ A seguito dell'ingresso del fatto si dovrà consentire il corretto sviluppo del contraddittorio sul punto. Cassazione, III Sez. Civile, sent. del 18.10.2012 n. 17896; Cass. n. 3322/2008; 24 ottobre 2012, n. 18195.

cronologici della decisione. Di conseguenza, in una certa misura e sotto l'osservanza di precise condizioni, si tende ad ammettere la rilevanza del fatto sopravvenuto, nonostante simile apertura sia in grado di scardinare, o quantomeno mettere fuori gioco, temporaneamente, il sistema delle preclusioni. A quest'ultimo riguardo, occorre rilevare come la deroga al sistema positivamente dato trovi il proprio fondamento nell'idea per cui le specifiche norme processuali debbano ricevere applicazione in una situazione caratterizzata in termini di normalità, tale per cui lo stato di fatto e di diritto presente al momento della proposizione della domanda si ripresenti immutato al momento della decisione⁵. Se però il fatto sopravvenuto sia andato a incidere sulle circostanze di fatto e di diritto esistenti al momento della proposizione della domanda – modificandole – la situazione processuale si presenterebbe anomala, e ciò giustificherebbe la compressione del sistema di preclusioni positivamente dato. Simile compressione (temporanea, ma soprattutto ben circoscritta e determinata) deve ispirarsi a ideali di giustizia e di parità processuale tra le parti. Si è avuto modo di rilevare, infatti, come, frequentemente, il fatto soddisfi le ragioni della parte che ha invocato la tutela determinando, però, la soccombenza della stessa sul versante processuale: alla soddisfazione delle pretese sul piano sostanziale si accompagna la soccombenza, nel contesto processuale, per sopravvenuta infondatezza o inammissibilità della domanda. Emerge dunque la necessità di controbilanciare la situazione determinata dal sopraggiungere dell'evento⁶. Si tratta di un'esigenza che è stata avvertita comunemente: anche nei contesti processuali analizzati, l'apertura del processo al fatto sopravvenuto è stata accompagnata da una diffusa preoccupazione per la parte svantaggiata – in termini di posizione processuale – dall'avvento del fatto. Inoltre, dall'analisi condotta è emerso come, nei contesti esaminati, sia stata la giurisprudenza – accompagnata e sorretta da

⁵ L'idea è presente anche in E. GARBAGNATI, *op. cit.* e si manifesta in relazione alla disciplina delle spese processuali: secondo l'A., in caso di fatto sopravvenuto, non troverebbero applicazione le regole previste agli artt. 91 e ss. c.p.c. proprio in quanto si verserebbe in una situazione anomala, di successiva modificazione delle circostanze di fatto e di diritto esistenti al momento della proposizione della domanda.

⁶ Proprio su questo profilo di controbilanciamento a lungo si sono confrontati gli interpreti. Con riferimento al processo civile, si ricorderanno le parole di G. CHIOVENDA, *op. cit.* secondo cui il giudice sarà tenuto a pronunciare in base a quanto gli conterà al momento della chiusura della discussione e, quindi, ad accogliere la domanda dell'attore nel caso in cui il fatto costitutivo si sia verificato durante la pendenza della lite e, specularmente, ad assolvere il convenuto se il diritto dedotto si sia estinto durante il corso del processo. In quest'ultimo caso, però - e qui risiede la particolarità della ricostruzione - il giudice non potrà dichiarare la domanda infondata, dovendo motivare l'assoluzione con la cessazione della materia del contendere.

un'attenta elaborazione dottrinale - a occuparsi di entrambi aspetti evidenziati: sia di consentire l'ingresso del fatto sopravvenuto, che di offrire tutela alla parte "colpita" dalla sopravvenienza. Due sono, in buona sostanza, gli snodi fondamentali e comuni ai contesti esaminati: da un lato, la generale ammissibilità del fatto sopravvenuto, che risulta essere accompagnata, dall'altro lato, da una particolare attenzione per la fase processuale successiva all'ingresso e alla considerazione dell'evento. Il problema è stato considerato dapprima dalla prassi per poi, in alcuni casi, ricevere l'attenzione del legislatore, con soluzioni più o meno compiute⁷.

2. *Analisi dei risultati dell'indagine comparatistica*

Dopo aver posto alcune premesse riepilogative in tema di fatto sopravvenuto, occorre procedere a fissare i risultati dell'indagine sinora condotta, analizzando, in chiave critica, le indicazioni provenienti dallo studio comparatistico. Guardando anzitutto ai luoghi dell'ordinamento italiano in cui la formula è stata considerata normativamente⁸, si è avuto modo di rilevare come la problematica relativa al fatto

⁷ Peraltro, pare consentito ravvisare il fenomeno in questione – o, quantomeno, emergono alcune delle problematiche proprie dello stesso - anche nelle ipotesi in cui l'accadimento intervenga in un momento antecedente la proposizione domanda, ma l'attore ne ignori, senza colpa, l'esistenza e giunga a conoscenza dello stesso solamente a processo instaurato. Si tratta, tuttavia, di un'ipotesi di infondatezza o inammissibilità non già sopravvenuta bensì originaria. È G. DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere*, Milano, 1972, che, quanto ai limiti temporali di rilevanza del fatto di cessazione, prospetta tale possibilità. L'Autore tralascia tuttavia di distinguere tra mancata conoscenza colpevole e incolpevole. A riguardo, si ritiene che ai fini di una valida configurabilità del fenomeno c.m.c. possa rilevare solo la mancata conoscenza incolpevole, che appare l'unica in grado di determinare una diversa ripartizione delle spese della lite, sganciata da una rigida delineazione della soccombenza formale. Pertanto, ove la mancata conoscenza sia colpevole, la rilevanza del fatto, accaduto prima dell'instaurazione del rapporto processuale, sarà quella che compete agli altri eventi che rendono una pretesa infondata e inammissibile, determinandone il rigetto.

⁸ Senza dimenticare come l'art. 182-ter, 5° comma l. fall., introdotto con il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 15, successivamente modificato dal d.lgs. 12 settembre 2007, n. 179 preveda espressamente un'altra causa di c.m.c.: il 5° comma dispone espressamente che l'avvenuta transazione fiscale, e per l'effetto, la chiusura della procedura di concordato ai sensi dell'art. 181 l.fall., determini la cessazione della materia del contendere nelle liti vertenti sui tributi oggetto di accordo.

Inoltre, occorre segnalare come non siano mancati tentativi di scorgere, nell'ordinamento di diritto processuale civile, ipotesi positivamente disciplinate di c.m.c.. Ad esempio, nell'art. 423 c.p.c si è intravista una causa tipizzata di parziale cessazione della materia del contendere. Ci si riferisce all'opinione di E. MERLIN, *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1009-1062. Il contributo dell'Autrice, propiziato dall'entrata in vigore dell'art. 186-bis per opera

sopravvenuto abbia ricevuto grande attenzione nel contesto del giudizio amministrativo. L'analisi del processo amministrativo si è rivelata feconda sotto molteplici aspetti: per l'ampiezza della prospettiva d'indagine, per la profondità di quest'ultima, e perché ha consentito l'innescarsi di meccanismi di ragionamento nuovi. Ripercorrendo l'evoluzione storica dell'istituto in questo tipo di contenzioso, si è visto come la problematica relativa al fatto sopravvenuto abbia da sempre catturato l'attenzione degli interpreti; in considerazione della struttura del rito e della concezione tradizionale dell'oggetto amministrativo, l'annullamento dell'atto amministrativo oggetto di impugnazione poneva, infatti, problemi strutturali, di certo non trascurabili. Ebbene, il ragionamento svolto dalla giurisprudenza amministrativa si sviluppava su due binari diversi, a seconda che il fatto sopravvenuto - oltre a estinguere la situazione giuridica dedotta a titolo del ricorso - determinasse o meno la soddisfazione della pretesa del ricorrente. Si è visto come il Consiglio di Stato parlasse di due specie all'interno del *genus* della cessazione della materia del contendere: la prima si verificava nell'ipotesi in cui il fatto sopravvenuto andasse a incidere sulla situazione dedotta in giudizio, rendendola conforme alle istanze del ricorrente; mentre la seconda si configurava quando l'evento fosse andato a incidere su alcune di quelle situazioni di fatto o di diritto addotte dal ricorrente a sostegno della propria pretesa, senza tuttavia determinare la soddisfazione delle sue istanze, anzi privandolo dell'interesse a proseguire il giudizio.

Nell'elaborazione più recente, la prima fattispecie veniva identificata come un'ipotesi di cessazione della materia del contendere, mentre la seconda come un'ipotesi di sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere. Il discrimine rappresentato dalla conformità alle istanze del ricorrente (e dunque la soddisfazione delle pretese di costui) è stato poi formalizzato dal legislatore amministrativo, da ultimo e in maniera perspicua, nel codice del processo amministrativo del 2010. È d'uopo indugiare

della l. n. 353/1990, configura l'ordinanza di cui all'art. 423, 1° c. c.p.c., prevista per il rito del lavoro, quale ipotesi di c.m.c. Tale affermazione viene basata su due presupposti: che l'ordinanza non sia revocabile - si determinerebbe pertanto lo stralcio definitivo delle somme non contestate dal *thema decidendum* - e che la legge le attribuisca espressamente efficacia di titolo esecutivo. Di conseguenza, secondo l'A., l'emissione dell'ordinanza in questione porterebbe a una riduzione dell'oggetto del processo, senza però che sull'effettiva esistenza del diritto alle somme non contestate si formi alcun giudicato. La spiegazione di tutto questo risiederebbe nel fatto che la non contestazione della parte convenuta esaurirebbe definitivamente l'esigenza di qualunque accertamento stabile e definitivo sulla pretesa vantata dall'attore. Da ciò la riconduzione del provvedimento alle fattispecie di c.m.c. in virtù della considerazione che questa formula ricomprenda in sé le ipotesi nelle quali il giudizio volga a termine per sopravvenuta carenza di interesse ad agire, proprio sulla scia della concezione fatta propria dalla giurisprudenza.

sull'ultima tappa del percorso legislativo amministrativistico, in particolare sulla considerazione del fatto sopravvenuto contenuta nel nuovo impianto codicistico. Le implicazioni riconnesse al sopraggiungere di un fatto con portata estintiva della situazione giuridica dedotta dal ricorrente a sostegno della propria petizione sono state considerate ad ampio spettro, con soluzioni diversificate a seconda che l'evento abbia soddisfatto o meno le istanze del ricorrente. La prima soluzione è racchiusa nell'art. 34,5 ° comma c.p.a., che ha incluso la c.m.c. entro il novero delle sentenze di merito: “qualora nel corso del giudizio la pretesa del ricorrente risulti pienamente soddisfatta, il giudice dichiara cessata la materia del contendere”. Dunque, qualora, pendente il giudizio, il fatto sopravvenuto abbia inciso sulla situazione di diritto sostanziale proprio nel modo auspicato dal ricorrente, il ricorso non andrà rigettato per sopravvenuta infondatezza, bensì il processo volgerà a termine con una pronuncia neutra. In ipotesi di sopraggiunta soddisfazione della pretesa del ricorrente, il legislatore ha stabilito che il giudice possa limitarsi a prendere atto dell'avvenuta modificazione, senza dover decidere sulla domanda proposta e senza che si renda necessario delineare una vera e propria soccombenza. In altri termini, il giudice può limitarsi a prendere atto dell'intervenuta modificazione della realtà sostanziale, in deroga al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; con la pronuncia di c.m.c. il giudice può esimersi dal decidere nel merito del ricorso proposto. La soluzione congegnata dal legislatore consiste nel consentire al giudice di porre termine al giudizio con un particolare tipo di pronuncia, che tenga luogo di un'inesorabile sentenza di rigetto per sopravvenuta infondatezza del ricorso. La dichiarazione di cessata materia del contendere si pone come una sentenza il cui tenore è neutro, quando, a rigore, si sarebbe in presenza di un'ipotesi di rigetto del ricorso per infondatezza, sebbene sopravvenuta; infatti, qualora si dovesse valutare l'efficacia del fatto sopravvenuto in relazione al ricorso originario, non si potrebbe fare altrimenti che rigettare lo stesso per (sopravvenuta) infondatezza. Il legislatore ha dunque consentito al giudice di limitarsi ad accertare l'avvenuta modificazione, recidendo dunque la rigida corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

Altra particolarità della soluzione racchiusa nel c.p.a. concerne l'efficacia riconosciuta alla sentenza di cessazione della materia del contendere. A questo proposito, si è ritenuto opportuno “stabilizzare” gli effetti prodotti dal fatto

sopravvenuto, cristallizzando la situazione venuta in essere, al fine di far conseguire al ricorrente le stesse identiche utilità che avrebbe potuto ottenere con l'accoglimento del ricorso, soprattutto con riferimento all'incidenza, in termini conformativi, della pronuncia sull'attività amministrativa successiva. Questa, dunque, la soluzione apprestata per il primo capo dell'alternativa, vale a dire per le ipotesi in cui il fatto sopravvenuto determini – oltre all'estinzione della situazione giuridica dedotta in giudizio – la soddisfazione delle istanze del ricorrente. Si tratta, a ben vedere, della soluzione auspicata, *de iure condendo*, dalla dottrina processualcivilistica; simile disciplina del fatto sopravvenuto potrebbe infatti rivelarsi congrua anche per il processo civile. Allo stato, tuttavia, tale soluzione non è praticabile: manca infatti un'apposita disciplina positiva che attribuisca al giudice la facoltà di sentenziare in questi termini, in deroga al principio della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato contenuto nell'art. 112 c.p.c.

Diversa potrebbe essere la conclusione con riferimento alle altre indicazioni provenienti dallo studio del sistema di giustizia amministrativa, soprattutto alla luce del nuovo codice di rito. Si è visto infatti come il legislatore amministrativo non si sia occupato di sopravvenienze limitatamente alle ipotesi di sopraggiunto soddisfacimento delle istanze del ricorrente (semmai, il profilo dell'avvenuta soddisfazione delle istanze del ricorrente assume importanza poiché separa queste ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta a titolo del ricorso, dalle altre, in cui la sopravvenuta infondatezza o improcedibilità del ricorso non risulta essere accompagnata dalla soddisfazione delle pretese del ricorrente). Nell'impianto del codice vengono considerate anche quelle ipotesi in cui il fatto sopravvenuto abbia il solo effetto di privare la petizione di fondamento, senza determinare la soddisfazione delle pretese enunciate nell'atto di ricorso. La sopravvenuta infondatezza o inammissibilità del ricorso discende dalla modificazione – non soddisfattiva - delle circostanze di fatto e di diritto addotte originariamente a titolo della domanda. Si pensi al caso di annullamento con efficacia *ex nunc* dell'atto impugnato, che dava forma al *petitum* e alla *causa petendi* della domanda del ricorrente. La questione è la medesima sottostante altresì alla problematica della c.m.c.: si tratta di armonizzare gli effetti determinati dal sopraggiungere di un fatto con incidenza sulla situazione di fatto e di diritto su cui si fonda la pretesa del ricorrente. Se la cessazione della materia del contendere si

determina quando l'attività della P.A. resistente si riveli integralmente soddisfattiva dell'interesse azionato, la sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere può derivare sia da un mutamento della situazione di fatto e di diritto esistente al momento della presentazione del ricorso, che dall'adozione, da parte dell'Amministrazione, di un provvedimento che, seppur non soddisfattivo per il ricorrente, determini l'inutilità dell'eventuale sentenza di accoglimento.

Occorre, a questo punto, focalizzare l'attenzione sulle sorti della domanda proposta dal ricorrente, qualora, lite pendente, sopravvenga l'estinzione non soddisfattiva della pretesa avanzata dal privato; in questo caso il processo non potrà concludersi con quella particolare pronuncia di accertamento che è la c.m.c. ex art. 34, 5° comma c.p.a. Nondimeno il fatto sopravvenuto è andato ad incidere sulle circostanze di fatto e di diritto invocate dal ricorrente a sostegno della propria domanda, determinando l'infondatezza sopravvenuta della stessa (in ipotesi in cui venga meno l'atto amministrativo impugnato) o la sopraggiunta mancanza dell'interesse a ricorrere qualora la sopravvenienza incida su altri elementi di fatto invocati dall'attore a titolo della domanda. Ebbene, al ricorrere di queste ipotesi, una volta appurato che l'eventuale accoglimento dell'impugnativa non comporterebbe, per il ricorrente, alcun vantaggio effettivo e reale, si è visto che il giudice dovrà decretare l'*improcedibilità* (non già l'inammissibilità) del ricorso ai sensi della lettera c) del 1° comma dell'art. 35 c.p.a. Quanto detto però non esclude che il ricorrente conservi un interesse giuridicamente rilevante all'accertamento dell'illegittimità dell'operato della Pubblica amministrazione.

Può darsi infatti che la parte non nutra più alcun interesse all'annullamento, ma mantenga un interesse a ottenere il ristoro del pregiudizio patito in conseguenza dell'illegittimo esercizio del potere pubblico. Altrimenti detto, viene meno l'interesse alla tutela in forma specifica consistente nell'annullamento dell'atto, ma permane l'interesse a conseguire una tutela per equivalente, che risarcisca il privato dei danni patiti a causa dell'illegittimo esercizio del potere amministrativo. Ebbene, a tal fine, occorre un accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato. In questa direzione si è mosso il legislatore amministrativo: ai sensi del terzo comma dell'art. 34 c.p.a., *"quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste*

l'interesse ai fini risarcitori"⁹. Si consente dunque la conversione dell'azione di annullamento, originariamente esperita, in un'azione di mero accertamento dell'illegittimità dell'atto (sancendo, al contempo, il definitivo superamento della c.d. pregiudiziale amministrativa). Si pensi al caso in cui l'atto lesivo abbia esaurito i propri effetti: per esempio, in caso di intervenuta integrale esecuzione dell'appalto pendente il giudizio volto all'annullamento degli atti di gara. In questo caso risulta inutile, per il ricorrente, perseverare nella richiesta di annullamento. Ciò nonostante, venuto meno l'interesse all'annullamento, persiste nel ricorrente l'interesse all'accertamento dell'illegittimità degli atti di gara, perché, proprio sulla base di tale accertamento il privato potrà agire per ottenere il risarcimento dei danni patiti per effetto dell'illegittimità provvedimentoale. Si pensi ancora al giudizio instaurato avverso la graduatoria di un concorso da chi, pendente il processo, ha perduto interesse all'assunzione per avere vinto altro e maggiormente prestigioso concorso, ma ha invece conservato l'interesse al risarcimento del danno patito per effetto della mancata assunzione. Anche in questo caso il ricorrente non nutre più alcun interesse alla rimozione dell'atto; e anche in questo caso può darsi che persista, in capo al ricorrente, un interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, sul quale basare una pretesa risarcitoria.

Nelle ipotesi considerate, il fatto sopravvenuto è andato a incidere sulle circostanze di fatto e di diritto su cui poggiava la pretesa originaria del ricorrente, privando di fondamento la domanda costitutiva. Preclusa la possibilità di ottenere l'effetto costitutivo rappresentato dall'annullamento dell'atto, permane la possibilità di accertare l'originaria illegittimità dello stesso: si procede a silenziare il *quid* di tutela costitutiva presente nella domanda del ricorrente, al fine di lasciar sussistere solamente la componente dichiarativa, diretta all'accertamento dell'illegittimo esercizio del potere amministrativo. Si afferma, infatti, che la richiesta di accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato è contenuta nel *petitum* di annullamento come un antecedente necessario: "siccome il più contiene il meno, il giudice limita la sua pronuncia ad un contenuto di accertamento in seguito ad una valutazione dell'interesse a ricorrere, che

⁹ In base all'art. 30, 5° comma del c.p.a., qualora sia stata proposta un'azione di annullamento, il medesimo ricorrente potrà formulare la connessa domanda risarcitoria sino a centoventi giorni dal passaggio in giudicato della relativa sentenza, che può essere appunto anche di mero accertamento della illegittimità dell'atto lesivo.

deve sussistere sottoforma di interesse all'accertamento a fini risarcitori¹⁰. Così, l'azione costitutiva si depotenzia di quel *quid pluris* – la modificazione di una situazione giuridica – che la caratterizza rispetto al contenuto di accertamento proprio di ogni azione, per ridursi a tutela meramente dichiarativa, che trova il proprio presupposto nell'interesse a fini risarcitori¹¹.

A ben vedere, quello sancito dal 3° comma dell'art. 34 c.p.a. costituisce un principio generale del sistema di giustizia amministrativa, deputato sia a inibire l'annullamento di atti che abbiano ormai esaurito i propri effetti, sia a tutelare, in presenza dei necessari presupposti, l'interesse all'accertamento giudiziale dell'illegittimità dell'atto impugnato¹². A quest'ultimo riguardo, per accedere a questa particolare tipologia di tutela dichiarativa, il ricorrente deve dimostrare la sussistenza di uno specifico interesse a ricorrere in mero accertamento, la cui esistenza deve essere accertata dal giudice in concreto. In particolare, l'organo giudicante deve tenere presente le allegazioni del ricorrente, alla luce della possibilità, accordata dall'ordinamento, di formulare una nuova domanda risarcitoria entro il termine di centoventi giorni dal passaggio in giudicato della sentenza che abbia pronunciato su profili impugnatori. Pare dunque che il profilo relativo all'efficacia conformativa del giudicato quale limite al successivo esercizio del pubblico potere non possa giocare alcun ruolo per concretare l'interesse necessario alla conversione della domanda. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ritiene, infatti, inammissibile una pronuncia di mero accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo che non risulti utile ai fini del conseguimento della tutela per equivalente¹³.

Dunque, seppur unicamente (o quantomeno marcatamente) a fini risarcitori, il legislatore amministrativo (ma prima ancora gli interpreti) ha inteso controbilanciare la situazione determinata dal fatto sopravvenuto in modo innovativo: a fronte dell'impossibilità di conseguire l'effetto giuridico richiesto (l'effetto in senso lato modificativo), si ammette la conversione (che altro non è che una riduzione) della

¹⁰ Cfr. Cons. St., V, 12 maggio 2011, n. 2817.

¹¹ Cfr., FERRARI, *Commento all'art. 34, in Il nuovo codice del processo amministrativo*, III ed., 288-305.

¹² In questo senso si esprime anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato: *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916.

¹³ Cons. St., V, 17 gennaio 2011, n. 203. (Tar Campania, sez. VI, 3 dicembre 2010, n. 26791; sez. VI, 25 ottobre 2010, n. 21366). Per esempio, Tar Campania, sez. VI, 3 dicembre 2010, n. 26791 ha affermato che la produzione da parte del ricorrente della sopravvenuta istanza di condono (che di per sé significa ammettere la contestata abusività dell'opera per cui è causa) esclude la sussistenza di un interesse all'accertamento dell'illegittimità dell'atto impugnato ad eventuali fini risarcitori.

petizione in domanda di mero accertamento dell'illegittimità dell'atto, vale a dire di mero accertamento dell'originaria sussistenza del diritto ad ottenere una modificazione giuridica. Si è in presenza dunque di una riduzione della pretesa al substrato di mero accertamento.

In definitiva sono questi i caratteri della disciplina legislativa in tema di fatto sopravvenuto. Alla luce di quanto esposto, si può affermare che quella avvenuta nel contesto del processo amministrativo – e oggi scolpita nel c.p.a. – è una riflessione ad ampio raggio in tema di fatto sopravvenuto, che considera analiticamente le diverse ipotesi, tutte accomunate dalla circostanza per cui l'evento interviene sul processo in corso determinando l'infondatezza, l'inammissibilità o l'improcedibilità del ricorso. L'importanza e la fecondità dell'indagine condotta emergono se sol si considera che queste dinamiche sono note anche al processo civile: può capitare infatti che l'evento vada a incidere sulla fondatezza della domanda, senza tuttavia soddisfare le istanze di tutela della parte oppure, semplicemente, l'attore intenda conseguire le utilità che gli sarebbero spettate in conseguenza di un epilogo giudiziale con una sentenza di accoglimento della sua domanda.

Passando all'altro luogo dell'ordinamento processuale italiano in cui la formula ha trovato formale riconoscimento da parte dal legislatore, si è avuto modo di approfondire la problematica relativa al fatto sopravvenuto nel contenzioso tributario, soprattutto alla luce della disciplina predisposta dall'art. 46 d.lgs. n. 546/1992. Dall'indagine condotta è emersa l'esistenza di due categorie differenti di fatti di cessazione: da un lato le ipotesi di sopravvenuta estinzione o modificazione dell'atto impositivo oggetto di ricorso (che manifestano dunque indubbi profili di affinità con la problematica del fatto sopravvenuto nota al processo amministrativo) e, dall'altro, le ipotesi in cui il ricorrente si avvalga di istituti premiali, quali condoni e sanatorie. Lo studio di ambedue queste categorie si è rivelato significativo per l'approfondimento della problematica relativa al fatto sopravvenuto in ambito civile. Quanto al primo ordine di ipotesi (quelle in cui l'ufficio finanziario proceda al ritiro dell'atto impugnato), si può riscontrare l'elemento della soggezione a un potere autoritativo reiterabile e la completa soddisfazione di quanto preteso dal ricorrente. L'ipotesi ricalca quella paradigmatica nel processo amministrativo, e non pare troppo distante da alcune situazioni civilistiche alquanto delicate, quali l'impugnazione di delibere assembleari o

dell'atto di recesso datoriale. In realtà, ai fini di un approfondimento del fenomeno quanto al giudizio civile, più che l'analisi di tali fattispecie, potrebbe rivelarsi maggiormente utile l'esame dell'elaborazione relativa alle ipotesi di definizione agevolata delle pendenze tributarie (del c.d. condono tributario in modo particolare). Ciò appare vero soprattutto con riferimento alla transazione, fatto che determina la composizione amichevole della lite con contestuale sostituzione della fonte di regolamentazione dei rapporti. A questo riguardo, occorrerà valutare in che misura la discussione avvenuta in passato circa questa ipotesi di cessazione nel processo tributario (soprattutto con riferimento all'inadempimento, da parte del contribuente, dell'obbligo di versamento di quanto dovuto in base al condono) possa rivelarsi un valido ausilio nella soluzione di un'ipotesi analoga: ci si riferisce al caso in cui il giudizio si chiuda per c.m.c. a seguito della stipula di una transazione semplice, che rimarrà tuttavia inadempita con conseguente risoluzione ex art. 1976 c.c. Su tale aspetto, di grande rilievo pratico, ci si soffermerà di seguito.

Ad ogni modo, tornando al processo tributario, anche in questo caso può affermarsi come i profili più interessanti si sviluppino su piani diversi rispetto a quello della mera tipizzazione della formula, in considerazione anche del fatto che l'intervento del legislatore tributario non ha condotto a risultati troppo soddisfacenti, anzi, sono numerosi i dubbi e i problemi esegetici che la norma pone. Comunque, anche in questo caso, la sentenza di cessata materia del contendere – a prescindere dalla natura di merito o di rito – consente al giudice di non decidere, o meglio gli consente di esimersi dal compilare una sentenza di rigetto. Anche nel processo tributario si è in presenza di una pronuncia di presa d'atto, che va ad affiancarsi ai consueti epiloghi processuali.

Procedendo oltre, occorre riepilogare i risultati dell'indagine comparatistica. In tutti e tre i sistemi giuridici esaminati, la problematica relativa al fatto sopravvenuto è stata considerata, dapprima, dalla giurisprudenza. In particolare, con riferimento all'ordinamento francese, il legislatore transalpino ha trasfuso i risultati dell'elaborazione giurisprudenziale in un'apposita norma del *noveau code de procedure civile*. L'articolo 384 *n.c.p.c.* offre la disciplina (unitaria) delle quattro ipotesi paradigmatiche di fatto sopravvenuto di cessazione: la transazione, l'acquiescenza alla domanda proposta dalla controparte, la rinuncia all'azione e lo spirare della parte in giudizi aventi ad oggetto diritti o situazioni giuridiche soggettive intrasmissibili. Il

riferimento dogmatico è stato individuato nel *droit d'action*, che viene meno nel caso in cui le parti concordino sull'efficacia estintiva del fatto sopravvenuto, ma permane nel caso in cui non si formi l'accordo, per avere, uno dei contendenti, interesse a una chiusura del processo con una sentenza di merito. La pronuncia *ex art. 384 n.c.p.c.*, infatti, non è una sentenza di merito con tutti i crismi, ma una mera presa d'atto (processuale) che, in virtù del sopravvenire di un determinato accadimento, si è consumato il diritto d'azione, originariamente sussistente in capo all'attore. Viene dunque riconosciuto (e tutelato) l'interesse a *proseguire* il processo, anche a seguito e nonostante il sopraggiungere dell'evento, al fine di ottenere un accertamento definitivo dell'assetto dei rapporti tra le parti; ciò avviene, ovviamente, tramite alcuni strumenti, noti alla tradizione francese, fortemente ispirati a una concezione del processo come "affare tra privati", quali i *jugements convenu* o *d'expedient* in cui, sostanzialmente, le parti "passano il dispositivo al giudice".

In sintesi, la soluzione alla problematica del fatto sopravvenuto di matrice francese passa, da un lato, per una disposizione di legge che consente al giudice di non esprimersi sulla domanda proposta in ragione del venir meno del diritto d'azione e, dall'altro, per le possibili varianti allo schema delineato dall'art. 384 *n.c.p.c.*, marcatamente ispirate a una concezione privatistica del processo e della funzione giurisprudenziale, tale per cui la sentenza può, nell'accordo tra le parti, essere compilata secondo la loro comune volontà, senza che ciò si ponga in contrasto con i principi di ordine pubblico. La distanza rispetto ai principi sui quali poggia il processo civile italiano è notevole.

Una concezione maggiormente affine a quella cui è ispirato l'ordinamento italiano, relativamente al rapporto tra potere dispositivo delle parti e libertà, autonomia e indipendenza del giudice, è presente nei sistemi processuali tedesco e austriaco, nei quali, infatti, l'eventualità in cui la parte intenda dare impulso al processo, successivamente e nonostante il sopraggiungere dell'evento, ha trovato sistemazione in percorsi di ragionamento più familiari a un giurista italiano. Procedendo con ordine, occorre anzitutto evidenziare un dato molto importante, che è emerso dall'esame dei due ordinamenti considerati e che riguarda i fatti di cessazione appartenenti alla categoria delle ipotesi di autocomposizione della lite. Si è visto, infatti, come l'eventualità per cui una parte si sottometta alle pretese dell'altra sia stata considerata

direttamente dal legislatore. In particolare, le ipotesi di riconoscimento del diritto e rinuncia all'azione sono state disciplinate con una normativa che appare in controtendenza rispetto alla concezione pubblicistica del processo accolta in questi ordinamenti e che impone al giudice di conformare la propria decisione a simili atti in senso lato di disposizione del proprio diritto. All'opposto insomma di quanto avvenuto nell'ordinamento italiano, in cui, proprio per evitare qualsiasi tipo di condizionamento (e, lo si ripete, in mancanza di qualunque tipizzazione normativa) la giurisprudenza ha ricondotto queste ipotesi alla c.m.c., in modo di disciplinare queste situazioni con una formula neutra e incolore. Ebbene, proprio nel raffronto con questi due sistemi oggetto di comparazione è emersa la doppia anima della cessazione della materia del contendere italiana, vale a dire di una formula ideata non già e non solo per fronteggiare la problematica relativa al fatto sopravvenuto estintivo della posizione giuridica dedotta in giudizio, bensì anche per liberare il giudice dallo stato di soggezione in cui si sarebbe trovato nell'ipotesi in cui alla parte fosse stato riconosciuto il potere di determinare, e quindi imporre, il contenuto della sentenza. Dall'indagine comparatistica è emersa, ancora più nitidamente, la duplice esigenza cui è chiamato a far fronte l'istituto della cessazione della materia del contendere e ciò ha consentito di rimarcare ulteriormente la bipartizione tra quella categoria di "fatti di cessazione" comportanti l'autocomposizione della lite e quell'altra in cui si ritrovano i fatti comportanti la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Proseguendo oltre, quanto a quest'ultima serie di casi, l'attenzione mostrata, in entrambi i contesti - austriaco e tedesco - è stata notevole: in tutti e due i sistemi considerati si registra il tentativo, compiuto da dottrina e giurisprudenza, di affrancare l'attore dalle conseguenze negative del fatto sopravvenuto.

Tra gli interpreti austriaci domina l'idea per cui l'attore, soddisfatto da un punto di vista sostanziale in virtù del sopraggiungere dell'evento, possa restringere la propria domanda al solo profilo relativo al pagamento delle spese giudiziali, al duplice fine di evitare un rigetto della propria petizione e ottenere una condanna alla sopportazione dei costi processuali della parte convenuta. L'emissione di una sentenza negativa viene pertanto evitata onerando l'attore di adeguare la propria domanda al mutato contesto sostanziale, riducendola al solo capo relativo alle spese.

La situazione tedesca si pone in termini ancora diversi; proprio la soluzione di matrice legislativa (basata sull'accordo tra i contendenti) e la conseguente particolare conformazione del problema (relativo al mancato accordo), riescono a spiegare bene l'essenza della problematica anche con riferimento all'ordinamento italiano. Quanto alla soluzione legislativa racchiusa nel par. 91a ZPO, è forte l'assonanza con la costruzione italiana della cessazione della materia del contendere: si tratta, in entrambi i casi, di strumenti basati sull'incontro delle volontà dispositive delle parti. Nella disposizione normativa tedesca l'influenza riconosciuta al potere dispositivo delle parti è massima; addirittura l'intesa raggiunta tra le parti si pone quale atto causativo della fine della litispendenza. Ad ogni modo, la soluzione ex par. 91a ZPO - cui l'istituto giurisprudenziale della cessazione della materia del contendere appare fortemente ispirato - non opera in caso di disaccordo. Ove permanga la posizione di contrasto tra le parti, il rimedio di matrice legislativa non può trovare applicazione. Proprio in questa direzione e per far fronte a questa situazione si è sviluppata la notevole elaborazione dottrinale, che è giunta a ipotizzare scenari processuali differenti, tutti conseguenti al sopraggiungere del fatto e tutti finalizzati a riequilibrare (a favore dell'attore) la situazione processuale venuta in essere.

Estremamente feconda si è rivelata l'analisi delle differenti teorie, in particolare di quella maggioritaria, che ravvisa la soluzione in una modificazione della domanda di parte attrice ai sensi del par. 268, Nr. 2 ZPO, la cui ammissibilità poggia, oggi, su un orientamento giurisprudenziale costante e consolidato. Anche in questo contesto, dunque, si è optato per onerare l'attore di porre in essere un'attività di adeguamento, finalizzata ad adattare la propria domanda al mutato contesto sostanziale.

3. (segue) Lo sviluppo processuale successivo all'intervenire dell'evento: possibilità

È d'uopo, a questo punto, fissare alcuni punti fermi. Dall'analisi condotta emerge la generale ammissibilità del fatto sopravvenuto, controbilanciata da una certa attenzione per lo sviluppo processuale successivo al sopraggiungere dell'evento. Ciò

che con un linguaggio approssimativo viene indicato come “modalità di recepimento del fatto” o come “necessità di adeguamento della realtà processuale alla mutato contesto di diritto sostanziale” indica la particolare attenzione e considerazione mostrata dalla prassi, dalla dottrina e dal legislatore per la situazione processuale cui il sopraggiungere del fatto dà origine: si tratta di una situazione anomala tale per cui la scelta di attribuire rilievo all’evento sopraggiunto determina la soccombenza dell’attore (salvo le ipotesi di rinuncia all’azione e di riconoscimento del diritto). Ebbene, proprio per far fronte a questa situazione particolare – riequilibrandola – si sono percorse tre vie distinte, che partono tutte dallo stesso presupposto e si muovono nella stessa direzione: il presupposto è quello per cui il fatto esplica la propria efficacia sulla *causa petendi* della domanda, andando a estinguere tutte o alcune di quelle circostanze di fatto e di diritto su cui si fondava la pretesa (il fatto sopravvenuto ha dunque efficacia modificativa, impeditiva ed estintiva dei fatti costitutivi invocati dall’attore); l’obiettivo è quello di evitare che gli effetti e l’incidenza del fatto siano considerati in relazione alla domanda originaria – come, del resto, impone l’art. 112 c.p.c. – perché ciò comporterebbe la soccombenza dell’attore - vincitore dal punto di vista sostanziale - determinando una situazione di aperta ingiustizia. A rigore, infatti, ove non si intervenisse in alcun modo, e si lasciasse all’organo giudicante il compito di trarre le conseguenze legate al sopraggiungere del fatto, l’attore andrebbe incontro a un rigetto della propria petizione, con tutte le conseguenze del caso in termini di distribuzione del carico delle spese e di contenuto della sentenza sul quale cadrà, poi, il vincolo del giudicato. Tale esito è inevitabile, quantomeno in assenza di attività, poste in essere dalla parte, dirette ad adeguare la realtà processuale al sopravvenuto mutamento di quella sostanziale. Proprio questa conseguenza non è apparsa equa, ragione per cui si è cercata una soluzione alternativa: dall’analisi condotta emerge come tre siano le vie astrattamente percorribili, e come tutte e tre si frappongano all’emissione di una sentenza di rigetto per sopravvenuta infondatezza o inammissibilità. In concreto, si può pensare di impedire una pronuncia del giudice nel merito della domanda originaria (che, si è detto, avrebbe un contenuto necessariamente negativo) oppure di agire sul *thema decidendum*, nell’intento di modificare e adeguare i termini della contesa. Quanto alla prima alternativa, è proprio questa la via seguita quando si prevede la possibilità, per l’organo giudicante, di “prendere atto” dell’avvenuta cessazione della materia del contendere,

come avvenuto nell'ambito del processo amministrativo, tributario e, in una certa misura, nel processo civile francese. A tal fine si rende necessaria un'apposita disciplina normativa che consenta all'organo giudicante di definire il giudizio al di fuori della rigida osservanza del rispetto della corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato; in altre parole, viene reciso il legame tra domanda e sentenza, il che permette al processo di terminare con una pronuncia di presa d'atto del nuovo assetto di conformazione dei rapporti sul piano di diritto sostanziale. È questa, del resto, la soluzione auspicata, *de iure condendo*, dalla maggioranza della dottrina processualistica italiana. Si tratta di un epilogo processuale allo stato, ovviamente, impraticabile, in assenza di un'apposita disciplina legislativa che attribuisca la facoltà al giudice di sentenziare in questi termini.

Nella medesima direzione – e dunque nel senso di impedire una pronuncia dell'organo giudicante relazionata alla domanda originaria che sarebbe, inevitabilmente, di rigetto - si muove altresì un'altra possibile soluzione (che corrisponde a quella predisposta dal legislatore tedesco al par. 91a ZPO, e, in parte, a quella congegnata dalla prassi civile italiana): attribuendo grande rilievo al potere dispositivo delle parti, si ritiene che l'accordo tra le stesse raggiunto – e dunque l'unione dei due poteri dispositivi, o, meglio, l'esercizio unidirezionale degli stessi – possa porre nel nulla il processo, trascinando con sé la pregressa attività processuale ad eccezione delle sentenze passate in giudicato. Con riferimento all'ordinamento germanico si è visto come l'accordo intervenuto tra le parti spogli il giudice della potestà di decidere la causa, ponendo termine, automaticamente, alla litispendenza; su una linea parzialmente diversa si muove la soluzione confezionata dalla giurisprudenza italiana, che attribuisce all'accordo una valenza diversa a seconda delle circostanze del caso concreto (e dunque alla luce del comportamento tenuto dalle parti e dell'estensione dell'intesa raggiunta, vale a dire se la stessa coinvolga tutti gli elementi della precedente controversia oppure permanga un contrasto residuo in ordine all'onere di sopportazione delle spese del giudizio). In definitiva, una pronuncia dell'organo giudicante, relazionata alla domanda originaria, può essere impedita sia incidendo sul rapporto tra pronuncia e petizione (andando a spezzare, in ipotesi di fatto sopravvenuto, la corrispondenza tra chiesto e pronunciato), che valorizzando l'accordo intervenuto tra le parti fino a ricollegare allo stesso un'efficacia dispositiva tale da determinare la fine del processo in corso. Si è detto come la prima soluzione abbisogni di uno specifico intervento normativo che

inserirca, accanto alle consuete formule terminative del processo, un particolare tipo di pronuncia che si ponga come una presa d'atto dell'intervenuta modificazione della realtà sostanziale dedotta in giudizio; l'altra soluzione, invece (al di là della questione, cui in questa sede si può solo accennare, relativa alla reale estensione del potere dispositivo riconosciuto alle parti, e del rapporto tra questo e la posizione dell'organo giudicante), necessita, immancabilmente, dell'accordo tra le parti. In assenza di questo, dunque, e in assenza altresì di una disciplina positiva della cessazione, intesa quale presa d'atto che la materia del contendere è venuta meno, l'unico modo per evitare l'emissione di una sentenza di rigetto pare essere quello di onerare la parte – l'attore – di porre in essere delle attività in grado di adeguare la propria domanda all'intervenuta modificazione della situazione sostanziale. Di conseguenza, una volta sopraggiunto l'evento, l'attore non potrebbe rimanere inerte, ma dovrebbe adeguare la domanda al mutato contesto sostanziale. Viene dunque demandato alle parti, segnatamente all'attore, il compito di armonizzare le conseguenze dell'irrompere del fatto sopravvenuto sul processo in corso: l'attore, dopo aver preso atto della sopravvenuta impossibilità di conseguire l'effetto inizialmente richiesto (perché la sua pretesa è già stata soddisfatta o perché, per cause di forza maggiore, la pretesa non potrà più essere soddisfatta), dovrebbe ridurre la propria domanda al profilo di mero accertamento della sua originaria ragione. Nulla, quindi, di troppo diverso dallo schema delineato dall'art. 35 c.p.a., relativo alla sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere, che prevede la possibilità che si abbia una degradazione della domanda al substrato di mero accertamento, al fine di ottenere una pronuncia dichiarativa dell'illegittimità dell'operato della Pubblica amministrazione (il che equivale a dire dell'originaria fondatezza della pretesa del ricorrente).

Sono questi, in definitiva, i possibili sviluppi processuali successivi all'irrompere, sul processo pendente, di un fatto sopravvenuto. Occorre, a questo punto calare questi risultati nel contesto del processo civile italiano.

4. La soluzione apprestata dalla giurisprudenza civile demanda all'accordo intervenuto tra le parti il compito di neutralizzare gli inconvenienti riconducibili al fatto sopravvenuto. Nell'eventualità in cui non si perfezioni l'accordo emerge la necessità di offrire una soluzione alternativa, la quale si pone in termini diversi a seconda che il fatto appartenga alle ipotesi di autocomposizione della lite oppure alla categoria di casi nei quali l'evento determini la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta a titolo della domanda

A lungo ci si è soffermati sulla soluzione di origine pretoria nota sotto il nome di cessazione della materia del contendere; si può, a questo punto, affermare come la prassi civile, predisponendo simile rimedio, ha optato per la prima delle alternative poc'anzi esposte. Si consideri infatti, alla luce di quanto detto, la definizione tratteggiata del fenomeno secondo cui “la cessazione della materia del contendere, quale evento preclusivo della pronuncia giudiziale, può configurarsi solo quando nel corso del processo sopravvenga una situazione che elimini completamente e in tutti i suoi aspetti la posizione di contrasto tra le parti, facendo in tal modo venir meno del tutto la necessità di una decisione sulla domanda quale originariamente proposta in giudizio ed escludendo così sotto ogni profilo l'interesse delle parti ad ottenere l'accertamento, positivo o negativo, del diritto, o di alcuno dei diritti inizialmente dedotti in causa”¹⁴. La soluzione è stata individuata nell'impedire una pronuncia giudiziale in merito alla domanda inizialmente spiegata e il mezzo per conseguire tale risultato è stato individuato nell'accordo tra le parti, in senso dispositivo del processo. Si è avuto modo di rilevare infatti come tutta l'elaborazione gravitante attorno alla formula di cessata materia del contendere risulti incardinata sull'elemento dell'accordo tra gli originari contendenti; accordo che può avere una valenza diversa a seconda dei casi. Si ricorderà come, nel disegnare i caratteri dell'istituto, la prassi civile non abbia incentrato la propria attenzione sull'interferenza dell'evento in senso estintivo della situazione giuridica azionata in giudizio, bensì abbia imperniato la ricostruzione del fenomeno sul concetto d'*indifferenza*, di *disinteresse* delle parti rispetto a una pronuncia dell'organo giurisdizionale. Questa scelta ha consentito di costruire due ponti di collegamento, volti

¹⁴ Cfr. Cass. 27 gennaio 1998 n. 801.

ad agganciare, da un punto di vista sistematico, l'istituto della c.m.c. sia all'estinzione del giudizio che all'interesse ad agire. Il ruolo centrale è rivestito, in entrambi i casi, dall'accordo, che opera però in maniera diversa. L'incontro delle volontà dispositive opera, infatti, differentemente a seconda che si proceda secondo lo schema dell'estinzione del processo oppure secondo quello della sopravvenuta carenza di interesse ad agire. Nel primo caso, all'accordo intervenuto tra le parti viene riconosciuta una particolare efficacia dispositiva del processo in corso, capace di condurre a una terminazione senza alcuna statuizione in ordine all'originaria domanda e di porre nel nulla la pregressa attività processuale, ad eccezione delle sentenze passate in giudicato. Diversamente, in caso di sopravvenuta carenza di interesse ad agire, l'accordo manifesta la propria incidenza sui caratteri del fatto sopravvenuto, comportando una modificazione per così dire genetica degli stessi. Si è detto più volte come il fatto di cessazione altro non sia che un fatto estintivo, impeditivo o modificativo dei fatti costitutivi dedotti in giudizio dall'attore; ove fosse venuto ad esistenza prima della proposizione della domanda, questo fatto avrebbe integrato una consueta eccezione di merito, in senso stretto oppure in senso lato. Ebbene, l'accordo raggiunto tra i contendenti circa la portata risoltrice del fatto sopravvenuto fa sì – almeno stando alla ricostruzione offerta dalla giurisprudenza civile – che si verifichi la sopravvenuta carenza di un presupposto processuale, dell'interesse ad agire. Il fatto di cessazione, dunque, sarà alla base del rilievo, da parte dell'organo giudicante, della sopravvenuta mancanza di una delle condizioni di decidibilità della causa nel merito.

In poche parole, al potere dispositivo viene demandato il compito di armonizzare le conseguenze legate all'irrompere, sul processo pendente, di un fatto sopravvenuto con efficacia estintiva della situazione giuridica azionata così come di un fatto comportante l'autocomposizione della lite. La soluzione si dimostra efficace (l'accordo tra le parti – sia che lo si intenda come manifestazione del venir meno dell'interesse ad agire, sia che si attribuisca all'accordo stesso il potere di determinare una fine del giudizio – è in grado di annullare gli inconvenienti riconnessi al sopraggiungere del fatto di cessazione), ma non può operare in ipotesi di dissenso residuo, per contestare una parte il profilo relativo al reale avvento del fatto oppure le conseguenze giuridiche allo stesso ricollegate. La cessazione della materia del contendere, infatti, presuppone che le parti si diano reciprocamente atto del sopravvenuto mutamento della situazione

sostanziale, dedotta in giudizio, e precisino al giudice conclusioni conformi in tal senso. Solo in questo caso può affermarsi che nel corso del processo sia sopravvenuta una situazione che abbia eliminato “*completamente e in tutti i suoi aspetti la posizione di contrasto tra le parti*”, facendo venir meno del tutto la necessità di una decisione sulla domanda. In caso contrario, il processo dovrà proseguire tenendo conto dell’evento sopraggiunto, il che fa sorgere tutta una serie di interrogativi legati all’incidenza di quest’ultimo sulla situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Ebbene, occorre domandarsi che ne debba essere del processo nell’ipotesi in cui non si formi l’accordo tra le parti, in particolare con riferimento al possibile contenuto della sentenza conclusiva dello stesso: in ipotesi di disaccordo, la pronuncia giudiziale è inevitabile e questa sarà necessariamente relazionata alla domanda dell’attore. Occorre dunque procedere all’esame di questo profilo, analizzando *ex professo* le conseguenze legate al sopraggiungere dei fatti sopravvenuti, le quali appaiono diverse a seconda che l’evento appartenga alla categoria delle ipotesi di autocomposizione della lite oppure alla categoria dei fatti comportanti la sopravvenuta estinzione della fattispecie giuridica soggettiva dedotta in giudizio.

5. I fatti comportanti l’autocomposizione della lite: per le ipotesi di riconoscimento del diritto e di rinuncia all’azione si ritiene che la soluzione auspicabile sia quella in grado di preservare l’autonomia e la libertà decisionale dell’organo giudicante

Le figure del riconoscimento del diritto, della rinuncia all’azione e della transazione appaiono legate tra loro da legami differenti, alcuni dei quali hanno trovato conferma anche nei risultati dell’analisi comparatistica. L’accostamento può essere motivato da ragioni diverse: tra i diversi fili che paiono legare assieme questi istituti si può anzitutto ricordare l’autorevole opinione di chi ravvisava nelle “reciproche concessioni” di cui all’art. 1965 c.c. la combinazione di una rinuncia all’azione e di un atto di riconoscimento della fondatezza dell’altrui pretesa¹⁵. Si è visto come a questa

¹⁵ Ci si riferisce alla ricostruzione di Carnelutti oggetto d’esame *supra*.

concezione risulti ispirato tanto l'ordinamento tedesco che quello austriaco; aderendo a questa ricostruzione il legame tra queste figure sarebbe addirittura strutturale. Ancora, questi istituti potrebbero manifestare un tratto comune rappresentato dall'elemento della rinuncia, ravvisabile, con intensità e sfumature diverse, in tutte e tre le fattispecie¹⁶: è questo un dato che trova conferma nell'ordinamento francese in cui anche il riconoscimento del diritto (*acquiescement à la demande*) viene declinato alla maniera di rinuncia al diritto d'azione, da intendersi quale diritto di difesa. Di certo si tratta, in tutti e tre i casi, di comportamenti che lasciano trasparire la ritrovata armonia tra gli originari contendenti; non vi è più bisogno di una risoluzione eteronoma della controversia poiché le parti sono giunte, loro stesse, a una composizione autonoma.

In realtà, almeno con riferimento al processo civile italiano, pare che il legame principale sia quello relativo alla necessità che ha suggerito di ricorrere alla formula terminativa di cessata materia del contendere al sopraggiungere di queste ipotesi: l'esigenza di evitare una compressione della libertà di valutazione del giudice. Si è già detto, infatti, come, in queste eventualità, una chiusura per c.m.c. pare essersi imposta per evitare che il giudice si vedesse costretto ad attribuire il sigillo di stato a una decisione della quale non aveva contribuito a costruire le premesse. Proprio nell'intento di confinare il potere dispositivo delle parti entro precisi limiti, in modo che la libertà di giudizio dell'organo giudicante non subisse imposizione alcuna, la prassi ha preferito astenersi dal confezionare una pronuncia di merito, optando per una chiusura del processo con la semplice presa d'atto dell'avvenuta rinuncia o riconoscimento. La formula *de qua*, il cui significato è di immediata percezione, soddisfaceva proprio l'esigenza di terminare il giudizio con una formula neutra, incolore, ma soprattutto senza alcuna decisione di merito. Ovviamente, per poter ricorrere all'utilizzo della

¹⁶ Ci si riferisce a quella possibilità ricostruttiva che ravvisa l'elemento primo e unificante di queste figure in una rinuncia al diritto d'azione. Si è detto che la rinuncia all'azione può essere spiegata come un atto abdicativo che riguarda il diritto sostanziale azionato, oppure come un atto abdicativo che si riferisce al diritto d'azione, da intendersi quale diritto a un provvedimento di merito, in tutela di una determinata situazione giuridica di diritto sostanziale. Ebbene, se si accogliesse proprio quest'ultima proposta ricostruttiva - e quindi si considerasse la rinuncia all'azione alla stregua di una rinuncia al diritto di agire in giudizio al fine di tutelare una propria posizione giuridica sostanziale - si potrebbe forse giungere alla conclusione per cui l'elemento caratterizzante dell'intera categoria risulterebbe essere proprio la rinuncia all'azione così intesa. In altre parole, si qualificherebbe come rinuncia al diritto d'azione la componente di disposizione del diritto presente anche nella transazione e nel riconoscimento del diritto. Cfr. ZANZUCCHI, *op. cit.*, che, evocando la dottrina degli anni '40, afferma che al convenuto, per il solo fatto di essere stato citato in giudizio, spetta il c.d. diritto d'azione (c.d. mera azione) al fine di ottenere l'accertamento negativo della domanda attrice.

formula di c.m.c., occorre che si raggiunga un accordo in tal senso tra gli originari contendenti; secondo giurisprudenza consolidata, ai fini di una chiusura del giudizio senza una decisione relativa alla domanda originaria, tanto gli atti unilaterali di sottomissione alla pretesa vantata dalla controparte – il riconoscimento del diritto e al rinuncia all’azione – che l’atto che racchiude in sé le reciproche concessioni – la transazione – devono essere accompagnati dall’accordo, tra gli originari contendenti, per una terminazione del processo per cessata materia del contendere. Accordo – dispositivo del processo o idoneo a determinare la crisi dell’interesse ad agire - che non sempre viene raggiunto tra le parti. Occorre, pertanto, chiedersi che ne debba essere del processo in ipotesi di mancato accordo; il che equivale a interrogarsi sull’efficacia da riconoscere a simili fatti. A riguardo, si ritiene che la soluzione preferibile si muova nel senso di preservare l’indipendenza e l’autonomia decisionale dell’organo giudicante. Dunque, escluso che il potere dispositivo delle parti possa spingersi sino a compilare la sentenza, obbligando il giudice a pronunciare conformemente alla volontà espressa dai contendenti, in assenza di una prescrizione di legge, si ritiene inopportuno alterare il delicato congegno dei rapporti che corrono nel processo tra l’attività delle parti e quella del giudice. Se questa è l’impostazione di fondo che si ritiene di accogliere, appare corretto circoscrivere l’efficacia del riconoscimento del diritto e della rinuncia all’azione al profilo relativo alla questione di fatto e dunque su un piano probatorio. La dichiarazione della parte potrà vincolare il giudice solo per la posizione del fatto, non anche per la deduzione e affermazione degli effetti giuridici del medesimo. Il campo dell’applicazione delle norme di legge è il momento in cui domina, con tutta la sua forza, il principio *iura novit curia*. Il principio dispositivo, invece, opera sul terreno del fatto: come riteneva Liebman, dopo che la domanda è stata proposta e i fatti relativi ad essa siano stati affermati e provati, “cessa il controllo delle parti sulla decisione del giudice, il quale subentra a sua volta, con pienezza di poteri nella posizione di dominatore della decisione, arbitro dell’applicazione della legge e della dichiarazione *iusti et iniusti*”¹⁷. Sussisterebbe quindi una diversità di poteri nelle due distinte operazioni logiche del sentenziare, l’analisi della questione di fatto e di quella di diritto. Nella prima di queste fasi, che riguarda la pura e semplice ricostruzione storica degli avvenimenti, il potere delle parti può giungere sino a vincolare il giudice circa

¹⁷ E.T. LIEBMAN, *Sul riconoscimento*, cit., 478.

l'esistenza o inesistenza di un fatto; diversamente, le affermazioni anche concordi delle parti circa la questione di diritto non vincolano minimamente il giudice. Le parti delimitano l'oggetto su cui può decidere il giudice, ma non hanno, quantunque concordi, alcun potere di determinare il contenuto della sua decisione.

Pertanto, alla luce queste premesse, si ritiene che non sia ammissibile, nell'ordinamento italiano, la figura del riconoscimento della domanda a cui compete l'efficacia di determinare interamente il contenuto della sentenza; le parti sono libere, in qualunque momento, di rinunciare all'emissione della sentenza se hanno raggiunto un accordo circa il modo di regolare i loro rapporti, ma, se preferiscono che il giudice pronunci la sentenza, non possono in alcun modo influire sulla risoluzione che egli vorrà dare alla questione di diritto. Sempre citando le parole di Liebman, "dove vi è sentenza, là vi è anche, in quel campo, libertà di convincimento del giudice"¹⁸. Il riconoscimento del diritto, dunque, opererebbe unicamente nella fase di accertamento storico degli accadimenti, vincolando il giudice al pari di una confessione. Di conseguenza, il riconoscimento non potrebbe avere per oggetto l'affermazione giuridica nel suo complesso, cioè il diritto così come è stato dedotto in giudizio, bensì volgerebbe unicamente sopra le singole circostanze di fatto. In definitiva, la soluzione preferibile pare essere quella per cui il riconoscimento avrà il valore di una confessione piena di tutte le circostanze di fatto affermate dall'attore qualora la dichiarazione provenga dalla parte personalmente o da un suo procuratore speciale, mentre varrà come semplice ammissione dei fatti nell'ipotesi in cui la dichiarazione sia stata fatta dal procuratore *ad lites*. Così inteso, il riconoscimento della domanda finisce per perdere ogni consistenza autonoma; a tale dichiarazione varrà, a seconda dei casi, come confessione o come ammissione.

Il discorso si pone in termini analoghi per quanto concerne la rinuncia all'azione. Analoghi, ma non identici, se si considera che una domanda può essere rigettata per molteplici ragioni diverse (ricomprese nei casi di infondatezza e inammissibilità della pretesa), mentre la sentenza di accoglimento può basarsi su un'unica considerazione: l'accertamento, compiuto dal giudice, che la domanda è fondata perché il diritto dedotto in giudizio dall'attore esiste. Ad ogni modo, nonostante la diversità delle due ipotesi, si ritiene che anche in questo caso debba prevalere con forza il principio della libertà e

¹⁸ *Ivi*, 481.

autonomia decisionale dell'organo giudicante. Dunque, a prescindere di come si voglia ricostruire, in concreto, l'efficacia della rinuncia all'azione, sicuramente non si ritiene di accogliere l'opinione di chi ci vede una sostituzione dell'attore al giudice nella formazione di una sentenza di merito. In altri termini, se molteplici sono le ricostruzioni proposte della natura e degli effetti della rinuncia all'azione, le uniche che si intendono rifiutare sono quelle che vorrebbero far conseguire all'atto abdicativo la compilazione di una sentenza di rigetto nel merito. Si ritiene dunque di escludere che alla rinuncia competa questa efficacia; poi, quanto alla portata concreta della rinuncia all'azione, le soluzioni prospettabili appaiono molteplici. Questa figura infatti soffre in modo particolare dell'assenza di indicazioni legislative; questo era vero sotto l'imperio del codice abrogato - della rinuncia si discorreva, molto e confusamente già all'inizio del secolo scorso e molti ne auspicavano una tipizzazione con il codice del 1940¹⁹ - e vale ancora oggi, dato che anche attualmente la situazione si presenta lontana da un approdo definitivo. In dottrina vi è chi attribuisce natura sostanziale alla figura (di conseguenza, una manifestazione di volontà espressa in questi termini da parte del titolare della situazione giuridica soggettiva azionata equivarrebbe a un atto di disposizione del diritto

¹⁹ La definizione e la natura dell'atto di rinuncia all'azione hanno da sempre rappresentato aspetti controversi tanto in dottrina che in giurisprudenza. Quanto alla dottrina formatasi vigente il codice di rito post-unitario, si registravano posizioni differenti: vi era chi non la distingueva dalla confessione (Pescatore, Mattiolo, Messina); chi vedeva nella rinuncia all'azione e nel riconoscimento della domanda una rinuncia alla pretesa o un riconoscimento della ragione della pretesa (Carnelutti) e chi vi vedeva una sostituzione da parte dell'attore o del convenuto al giudice, nella formazione logica della sentenza (Calamandrei). Infine per Zanzucchi, Redenti e Rocco, la rinuncia all'azione non sarebbe stato altro che la manifestazione della volontà della parte di non volere ottenere una pronuncia di merito sulla domanda, prescindendo da ogni giudizio sulla sua fondatezza. Così intesa, la rinuncia all'azione si sarebbe distinta dalla rinuncia agli atti del giudizio poiché si riteneva che precludesse alla parte, anche per l'avvenire, di chiedere in un nuovo processo, la pronuncia di merito (poi, come la rinuncia agli atti, si tratta di un atto estintivo del processo o, quanto meno, influisce sul contenuto della sentenza che ne dà atto). Cfr. Zanzucchi, *op. cit.* 133 ss., il quale, argomentando sulla disciplina normativa dell'estinzione del giudizio (facendo leva soprattutto sull'inciso per cui "l'estinzione non estingue l'azione"), attribuiva alla nozione di azione questo significato: dall'esame della disciplina dell'estinzione emerge come la parola azione, in quel contesto, venga utilizzata come sinonimo di diritto sostanziale, o quantomeno come sinonimo di facoltà di far valere in giudizio il diritto sostanziale. In caso di estinzione del processo per rinuncia agli atti, il diritto sostanziale potrà ancora essere fatto valere, anche giudizialmente, in un nuovo processo; diversamente in caso di rinuncia all'azione. Con la rinuncia all'azione si rinunciava, quindi, a questo. Nel periodo a cavallo dell'avvicendamento tra i due codici (anni '40-'50), la dottrina dominante era così assestata: l'opinione prevalente configurava la rinuncia all'azione come la dichiarazione dell'attore, che la propria domanda è infondata. In tal guisa veniva contrapposta al riconoscimento dell'azione, cioè al riconoscimento, da parte del convenuto, della fondatezza della domanda dell'attore. ZANZUCCHI, *op. cit.*, 133, ricorda come – ancora sotto l'imperio del codice abrogato - la figura della rinuncia all'azione fosse prevista in ben tre progetti per un nuovo codice di procedura civile: il progetto Carnelutti, quello Chioyenda e quello Vaticano.

in senso abdicativo²⁰. Così configurata, la rinuncia all'azione non necessiterebbe dell'accettazione del convenuto, perché condurrebbe a una sentenza di rigetto nel merito della domanda che, da un lato, sarebbe in grado di soddisfare pienamente il diritto del convenuto ad ottenere una statuizione di merito sulla pretesa contro lo stesso proposta e, dall'altro, lo proclamerebbe vincitore con tutte le conseguenze del caso, soprattutto in tema di spese processuali). Per altri Autori, la rinuncia all'azione riguarderebbe il diritto d'azione, da intendersi quale diritto a un provvedimento di merito su quella data situazione sostanziale: ciò a cui si rinunciarebbe sarebbe quindi l'invocazione della tutela giurisdizionale con riferimento a una determinata situazione giuridica soggettiva²¹. La giurisprudenza, dal canto suo, non accede a una ricostruzione in particolare, ma soprattutto a nessuna in maniera esclusiva²²: emerge comunque una tendenza a evitare chiusura del processo tramite una sentenza di merito²³. Il potere dispositivo delle parti non potrebbe dunque spingersi sino a imporre al giudice il contenuto della sua sentenza, quand'anche di rigetto. Infatti, alla rinuncia la prassi non fa conseguire una sentenza consueta, bensì una decisione di c.m.c., che giustifica poi, a seconda delle circostanze, equiparandola, per taluni effetti, a una sentenza di merito²⁴,

²⁰ Tra questi Autori, Scala, Micheli, Massari. Per un ulteriore approfondimento si rinvia a A. GIUSSANI, *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 843-899.

²¹ Tra questi, Picardi, Sassani e Giussani.

²² La prassi oscilla tra la spiegazione della rinuncia alla stregua di un atto di disposizione del diritto sostanziale azionato, oppure della possibilità di invocare la tutela giurisdizionale.

²³ In passato la giurisprudenza aveva creato figure ancillari, sempre nel tentativo di divincolarsi dalla costrizione di dover decidere nel senso indicato dalla parte: tra queste la figura del riconoscimento della inconsistenza dell'azione proposta e quella del recesso dalla domanda. Cass., 9 agosto 1973, n. 2280, in *Foro it.*, 1973, I, 2975; Cass., 17 febbraio 1975, n. 629, in *Mass. Foro it.* 1975, 147; Cass., 4 agosto 1977, n. 3500, in *Foro it.*, 1978, I, 1133; Cass., 1 febbraio 1979, n. 711, in *Mass. Foro it.*, 1979, 158; Cass., 9 gennaio 1981, n. 190, in *Mass. Foro it.*, 1981, 41; Cass., 22 febbraio 1982, n. 1112, in *Mass. Foro it.*, 1982, 247. Trib. Cagliari, 10 marzo 1994, in *Riv. giur. sarda* 1995, 114, con nota di CORPINO. Per Cass., 27 aprile 2000, n. 5393, la rinuncia all'azione - che non richiede l'accettazione della controparte a differenza della rinuncia agli atti del giudizio, la quale importa invece una definizione in rito del processo - impone una pronuncia di cessazione della materia del contendere. Tale pronuncia, espressione del principio dispositivo delle parti esercitabile in qualsiasi controversia civile, si fonda sul venir meno - a seguito appunto dell'estinzione dell'azione - dell'interesse della controparte alla prosecuzione del giudizio per l'ottenimento di una pronuncia negativa sull'azione promossa dall'attore, e produce lo stesso effetto della pronuncia con cui si rigetta la domanda attrice. A riguardo si confronti inoltre Cass., 25 febbraio 2000, n. 2180; Cass. 13 marzo 1999 n. 2268; Cass. 11 aprile 1995 n. 4151; Cass. 17 febbraio 1975 n. 629.

²⁴ A riguardo, Cass., 13 marzo 1999, n. 2268, in *Giust. civ.*, 1999, 2689, afferma che "mentre per l'operatività della rinuncia agli atti è necessaria l'accettazione della controparte poiché comporta una definizione in rito del processo, invece per l'operatività della rinuncia all'azione non è necessaria l'accettazione del convenuto che non ha alcun interesse giuridicamente apprezzabile ad opporvisi poiché ad essa consegue una pronuncia di merito equivalente alla reiezione della domanda". La sentenza è annotata da C. ASPRELLA, *Brevi cenni sulla rinuncia all'azione e sulla cessazione della materia del contendere*, in *Giust. civ.*, 1999, 2689.

oppure mantenendo ferma la ricostruzione del fenomeno quale sopravvenuta carenza di interesse ad agire.

In conclusione, nonostante le grandi incertezze sul punto, si ritiene che la soluzione preferibile sia nel senso di qualificare la rinuncia all'azione come un atto preclusivo dell'esercizio del diritto d'azione, da intendersi quale diritto a invocare l'intervento dell'autorità giudiziaria al fine di tutelare una determinata situazione giuridica soggettiva. Aderendo a simile opzione interpretativa, la rinuncia all'azione esplicherebbe i propri effetti unicamente nel contesto processuale; si potrebbe poi ipotizzare un carattere temporaneo della rinuncia che anziché porre termine al processo si limitasse a sospenderne il corso, purché agganciata a un evento determinato. Non è questa la sede per approfondire quella che è solamente una suggestione e che potrebbe manifestare una propria utilità relativamente al rapporto tra rinuncia all'azione e transazione intervenuta in corso di causa²⁵.

²⁵ Si pensi al caso in cui due parti, A e B, siano *partner* in affari e quindi intercorrano tra loro svariati rapporti obbligatori. A seguito del mancato pagamento di una consistente somma di denaro, A propone ricorso per decreto ingiuntivo; il giudice emette il decreto, che viene notificato a B, il quale propone opposizione. Pendente la fase di opposizione, le parti stipulano una transazione semplice, che viene allegata in giudizio con richiesta concorde di c.m.c. Il processo si chiude in questi termini. Successivamente, B non adempie agli obblighi assunti con il contratto transattivo. Ebbene, ci si chiede se A – preteso creditore – avrebbe potuto tutelarsi altrimenti, in particolare concludendo sì la transazione con B, ma alimentando al contempo il giudizio sino a un accertamento del proprio diritto di credito, in modo da garantirsi e premunirsi di un titolo esecutivo. A questo riguardo vengono in gioco considerazioni di ordine differente, quali: lo spirito della transazione e il principio di responsabilità della parte (la parte è libera di transigere la lite o portare il processo sino all'ottenimento di una determinazione giudiziale della ragione e del torto); il contenuto della sentenza (si tratterebbe di una sentenza di condanna “congelata” poiché condizionata a qualcosa; sarebbe una sentenza di condanna la cui efficacia risulterebbe subordinata all'avvenuta risoluzione della transazione. In altre parole, una sentenza di condanna sospensivamente condizionata alla risoluzione della transazione. Inoltre, si tratterebbe di accertare una situazione giuridica momentaneamente non attuale, ma anche potenzialmente non più attuale); il rapporto con l'istituto della conciliazione giudiziale (che consiglierebbe alla parte di trasfondere l'accordo transattivo nel verbale giudiziale di conciliazione, in modo da dotarlo efficacia esecutiva).

Alla luce delle considerazioni svolte, si ritiene preferibile negare che la parte (il creditore, convenuto nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo) possa condurre il processo sino all'ottenimento di una decisione di merito, in modo da premunirsi di uno strumento che lo possa tutelare dal rischio dell'inadempimento degli obblighi contrattuali assunti dalla controparte in virtù dell'accordo transattivo.

6. (segue) *In caso di transazione non accompagnata dall'accordo tra le parti, il giudice dovrà decidere sulla domanda proposta tenendo conto del fatto impeditivo (in caso di transazione semplice) o novativo (in caso di transazione novativa)*

Nelle pagine che precedono è emerso come il legame tra la rinuncia all'azione e la transazione sia sempre stato molto forte. In passato si riteneva che alla transazione intervenuta lite pendente potesse essere riconosciuta un'efficacia terminativa del processo solamente se accompagnata da un atto di rinuncia. Tradizionalmente, quindi, la transazione poteva essere considerata come un fatto di cessazione – idonea dunque a porre termine al processo senza alcuna decisione nel merito della domanda proposta – solamente se ed in quanto accompagnata da un atto di rinuncia. In tempi recenti, all'atto abdicativo è stato affiancato l'accordo tra gli originari contendenti circa l'efficacia risolutiva del conflitto propria della transazione. Quindi, se accompagnata da un atto di rinuncia o dall'accordo tra le parti (tanto sul reale avvento della transazione, che sulle conseguenze giuridiche della stessa), la transazione – semplice o novativa che sia – è in grado di condurre a una terminazione del processo senza alcuna decisione sulla domanda originaria. In questo caso il giudice attribuirà valore all'accordo transattivo considerato nella sua interezza, senza che ne venga in rilievo il contenuto concreto e specifico: il giudice non dovrà spingersi sino a considerare il contenuto della transazione con riferimento al *thema decidendum*, ma dovrà limitarsi a chiudere il giudizio - senza alcuna pronuncia in ordine alla fondatezza della domanda proposta - nella consapevolezza che la situazione giuridica originariamente dedotta in causa è stata superata dalla transazione, che si pone come la nuova fonte di regolamentazione dei rapporti sostanziali tra le parti.

Ebbene, alla luce di queste premesse, occorre interrogarsi sulle conseguenze da ricollegare alla produzione in giudizio dell'accordo transattivo nell'ipotesi in cui questo non risulti essere accompagnato da un atto di rinuncia e non si registri il consenso tra le parti in ordine alla portata e agli effetti del contratto transattivo stesso. In altri termini, occorre domandarsi quale efficacia possa essere riconosciuta a questo fatto sopravvenuto in relazione al processo pendente. Al verificarsi di questa eventualità, si ritiene che il giudice debba conoscere del contenuto concreto dell'accordo transattivo

per valutare l'incidenza delle disposizioni contenute nello stesso con riferimento all'oggetto del processo in corso, non diversamente da qualunque altro fatto sopravvenuto con efficacia modificativa, estintiva e impeditiva della domanda formulata dall'attore. Il giudice dovrà quindi esaminare il contenuto concreto dell'accordo e valutare le singole disposizioni in relazione alla domanda originaria (ovviamente dovrà attenersi a valutare le sole disposizioni incidenti sull'oggetto del processo, tralasciando gli altri contenuti).

Dunque, in assenza dell'accordo tra le parti o di un atto di rinuncia posto in essere dall'attore, della transazione non si potrà tenere conto nella sua globalità, bensì il giudice dovrà valutare le conseguenze delle singole disposizioni dell'accordo contrattuale con riferimento all'oggetto del processo, in relazione, ovviamente, al contenuto della domanda²⁶. In altri termini, il giudice dovrà tenere conto del nuovo assetto dei rapporti tra le parti in relazione alla domanda introduttiva del giudizio; dovrà considerare il fatto sopravvenuto solamente ai fini della decisione della domanda proposta. La transazione dunque non potrà essere considerata nella propria interezza, ma andrà scorporata e acquisterà rilievo solo nella misura in cui abbia inciso sulla situazione giuridica soggettiva originariamente dedotta in giudizio²⁷.

In definitiva, qualora vi sia controversia tra le parti in merito al contenuto o alla rilevanza giuridica della transazione, la pronuncia giudiziale sarà necessaria e dovrà valutare la fondatezza della domanda originaria tenendo conto del fatto impeditivo (in caso di transazione semplice) o novativo (in caso di transazione novativa)²⁸.

²⁶ Solo se accompagnata dall'accordo tra le parti la transazione, semplice o novativa che sia, elimina la posizione di contrasto fra le parti con conseguente venir meno dell'interesse delle stesse ad una pronuncia sulla domanda come proposta o come evolutasi in corso di causa, correlativamente determinando l'inutilità della pronuncia medesima (Cass., n. 18417/2013 del 1° agosto 2013).

²⁷ In questo senso, già Cass. 25 febbraio 1952, secondo cui la composizione della lite avvenuta fuori dal processo non esclude una pronuncia del giudice, ma questa è limitata all'effetto che la composizione ha nel processo.

²⁸ In questo senso, Cass., n. 3598 del 24 febbraio 2015, che sottolinea l'inevitabilità di una pronuncia giudiziale in merito alla domanda introduttiva del giudizio, che tenga conto del contenuto dell'accordo transattivo.

7. In ipotesi di fatti comportanti la sopravvenuta estinzione della situazione giuridica soggettiva dedotta in giudizio, la soluzione potrebbe essere nel senso di onerare l'attore di porre in essere una riduzione della propria domanda

Alla luce di quanto è emerso nelle pagine che precedono, a differenza delle ipotesi di autocomposizione della lite, l'utilizzo della c.m.c., in ipotesi di sopravvenuta estinzione della situazione giuridica dedotta in giudizio, risulta essere orientato a considerazioni di schietta giustizia. Così, per la giurisprudenza, non era, semplicemente, giusto che colui il quale avesse agito in giudizio per tutelare un proprio diritto dovesse poi risultare soccombente a fronte della sopravvenuta soddisfazione del diritto stesso, che, determinandone l'estinzione, rendeva la domanda priva di fondamento. La parte, avvantaggiata dal fatto sul piano del diritto sostanziale ne risultava fatalmente svantaggiata in termini di posizione processuale. Ebbene, la giurisprudenza mal tollerava – e mal tollera tuttora - l'idea di dover dichiarare soccombente la parte che, sostanzialmente, aveva ragione. Vi era insomma un certo disagio nei confronti dell'emissione di una sentenza di rigetto; anche in questo caso, seppur per ragioni diverse, si scelse di terminare il processo con una formula neutra, che tenesse luogo di un'inesorabile pronuncia negativa. Ovviamente, anche in questo caso, la terminazione del processo per c.m.c. risulta essere subordinata al perfezionarsi dell'accordo tra gli originari contendenti.

Facendo un passo indietro, ci si è già soffermati lungamente sulla vastità di questa categoria e sul filo logico che lega assieme i diversi fatti sopravvenuti che la compongono. A questo riguardo giova rimarcare ancora una volta come ravvisare un meccanismo sottostante unico e unitario non significhi negare la diversità presenti tra i vari fatti di cessazione. Si tratta infatti di diversità che derivano direttamente dalla conformazione dei rapporti sul piano di diritto sostanziale e che si manifestano su piani differenti: tanto nella diversa intensità dell'efficacia estintiva propria dei vari fatti, quanto con riferimento alla compagine soggettiva (stante l'impossibilità di aversi successione nel rapporto giuridico dedotto in giudizio in considerazione della natura personalissima). Tutto ciò determina il sorgere di esigenze e problematiche differenti. Le problematiche riconducibili al sopraggiunto annullamento della delibera assembleare

viziata non si presentano nell'ipotesi di decesso del coniuge separando. La riconduzione di simili ipotesi alla medesima categoria non elimina dunque le diversità esistenti tra le stesse; consente, semmai, che, all'occorrenza, tutte queste situazioni possano accedere allo stesso strumento di tutela, rappresentato dalla possibilità di ridurre la domanda originaria al sottostrato di mero accertamento, sul quale ci si soffermerà tra breve. Per la parte, infatti, non sempre è indifferente o giuridicamente inutile un accertamento di merito circa l'originaria fondatezza della domanda: se per quelli dotati di piena efficacia eversiva l'interesse all'accertamento sarà un interesse per così dire storico, un accertamento di una situazione superata definitivamente al fine di regolare aspetti connessi e consequenziali, per gli altri fatti di cessazione l'interesse potrebbe anche assumere la configurazione di un interesse a "fissare" la situazione che si è verificata, conferendo un certo grado di stabilità al nuovo assetto sostanziale dei rapporti.

Occorre dunque chiedersi che ne debba essere del processo in ipotesi di mancato accordo. Si pensi, in particolare, ai fatti sopravvenuti la cui efficacia, sul terreno del diritto sostanziale, si ponga in termini di reversibilità. In questi casi può darsi che la parte – attore o convenuto – non aderisca all'istanza di c.m.c., ponendo fuori gioco la soluzione di matrice giurisprudenziale. Ne consegue che l'allegazione di un fatto sopravvenuto, assunto da una sola parte come idoneo a determinarla - e oggetto di contestazione dalla controparte - determina la necessità e l'inevitabilità di una pronuncia giudiziale che sarà ovviamente relazionata alla domanda, come formulata dall'attore. Infatti, lo si è ripetuto più volte, l'epilogo per cessata materia del contendere presuppone che le parti concordino "nel giudizio storico, non meno che nella valutazione delle conseguenze giuridiche" delle vicende sopraggiunte. Calando in un contesto concreto questa affermazione giurisprudenziale emerge come la mancata adesione possa provenire tanto dall'attore che dal convenuto. Infatti, con riferimento alla posizione del convenuto, si può immaginare che costui non accondiscenda a una chiusura del giudizio per c.m.c. contestando il secondo profilo, vale a dire non già l'avvento del fatto, bensì le conseguenze giuridiche riconducibili allo stesso. Si pensi all'ipotesi paradigmatica dell'adempimento sopraggiunto che, invece di essere accompagnato dal riconoscimento della bontà della pretesa dell'attore, sia stato prestato con la riserva di accertare la reale

spettanza di quanto versato²⁹. È evidente come in questo caso il convenuto non contesti il profilo relativo all'avvento del fatto (e dunque il suo adempimento), ma le conseguenze giuridiche dello stesso (quindi l'efficacia liberatoria o meno dell'adempimento relazionata alla pretesa inesistenza del credito originariamente vantato dall'attore). In questo caso, il processo non potrà trovare epilogo nella formula di c.m.c., perché manca l'accordo tra le parti e perché, ragionando assieme alla giurisprudenza italiana, la contestazione del convenuto tiene in vita l'interesse ad agire³⁰. Al ricorrere di questa eventualità, la situazione sopravvenuta non ha eliminato la posizione di contrasto tra le parti e dunque non ha fatto venir meno la necessità della pronuncia del giudice. In questi casi, il fatto sopravvenuto non si pone quale elemento di risoluzione del conflitto, bensì modifica i termini della contesa, rendendo necessario un adeguamento del contesto processuale al mutato contesto di diritto sostanziale. Infatti, in assenza di qualunque iniziativa di parte, la considerazione del fatto avverrà nella sentenza che darà conto della nuova situazione verificatasi sul piano sostanziale, rapportandosi però, necessariamente, con la domanda originaria. Pertanto, in ipotesi di adempimento sopravvenuto, il fatto di cessazione, estintivo del diritto di credito dedotto in giudizio dall'attore, darà luogo, immancabilmente, a una sentenza di rigetto per (sopravvenuta, per chi ammette che il profilo temporale possa avere un qualche rilievo) infondatezza della domanda. Infatti, una sentenza che, posteriormente all'adempimento, accogliesse la domanda di condanna relativa al medesimo diritto di credito risulterebbe, prima ancora che anacronistica, *contra ius*³¹.

²⁹ Cass., S.U., 18 maggio 1992, n. 5940; Cass., 8 giugno 1985, n. 3482, in Foro it., rep., 1985, voce procedimento civile, n. 185 per l'ipotesi in cui il soggetto obbligato al pagamento dei contributi previdenziali provveda al versamento degli stessi, ma non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza dell'obbligo contributivo a suo carico. Si pensi alla fattispecie in cui l'adempimento del credito avvenga al fine di scongiurare il rischio di esecuzione forzata e, pertanto, conviva con la riserva di accertare la reale spettanza del credito originario. Per Cass., 8 novembre 2002, n. 15705, nell'ipotesi di pagamento avvenuto nel corso del giudizio non si verifica la cessazione della materia del contendere allorché l'obbligato non rinunci alla domanda diretta all'accertamento dell'inesistenza del debito. In questo caso permane la ragione di contrasto tra le parti e con essa la necessità della pronuncia del giudice.

³⁰ Per altre ipotesi in cui viene negata l'attitudine dell'adempimento a porre fine al giudizio in termini di c.m.c., Cass., S.U., 24662/2006; Cass., n. 23289/2007. Si trattava di casi in cui l'esecuzione spontanea aveva riguardato un provvedimento non definitivo del giudice e tale comportamento non s'era accompagnato al riconoscimento espresso o implicito della domanda o alla rinuncia alla prosecuzione del giudizio medesimo.

³¹ Diversa è l'ipotesi di pagamento del credito da parte del soggetto ingiunto. Si pensi alla fattispecie per cui il creditore abbia ottenuto un decreto ingiuntivo, dichiarato esecutivo, a tutela del proprio credito e il debitore, pur aprendo la fase di opposizione al decreto, non abbia ottenuto la sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo. È un caso di adempimento con riserva che, tuttavia, data la struttura del procedimento monitorio, non pone particolari problemi di adeguamento. Più in generale si può osservare che quando sia

Proseguendo oltre, si consideri ora la posizione dell'attore: può darsi infatti che sia egli stesso a non accondiscendere a una chiusura del processo per cessata materia del contendere, perché ambisce a ottenere una sentenza di merito idonea ad accertare, con l'efficacia di giudicato, la posizione giuridica soggettiva dedotta in giudizio. Anche in questo caso l'assenza di accordo tra le parti impedisce che il fatto sopravvenuto possa assurgere a fatto di cessazione. Rimane un fatto estintivo, modificativo o impeditivo dei fatti costitutivi invocati originariamente dall'attore a sostegno della propria pretesa destinato a dare corpo a una sentenza di rigetto, salvo che l'attore intervenga adeguando la propria domanda.

Occorre a questo punto approfondire quest'ultimo profilo, analizzando le conseguenze, sul processo pendente, delle ipotesi di estinzione totale della situazione giuridica azionata in giudizio che, tuttavia, non conducano a una cessazione della materia del contendere a causa della mancata adesione di una parte alla relativa istanza (dunque nei casi in cui il fatto sopravvenuto non possenga la qualità di elemento risolutore della controversia dedotta in giudizio). Ebbene, escluso che possa essere l'incontro delle volontà delle parti ad assolvere la funzione di adeguamento (e dunque ad evitare che il processo si concluda con l'accertamento della soccombenza dell'attore che aveva ragione), ed ammesso che il recepimento giudiziale tramite una sentenza di rigetto nel merito non sempre si ponga come una soluzione auspicabile, non rimane altra possibilità che onerare i contendenti di simile incombenza. Pertanto, qualora il fatto sopravvenuto non comporti la riappacificazione tra gli originari contendenti (per il permanere del dissenso sul reale avvento del fatto o sulle conseguenze giuridiche dello stesso) oppure, semplicemente, la parte ambisca ad ottenere una pronuncia di merito idonea al giudicato, non vi è altra soluzione che onerare colui che ha proposto la

il legislatore stesso a prevedere degli schemi di tutela di condanna con riserva non si pongano problemi di recepimento del fatto sopravvenuto quando questo, pur avendo comportato l'estinzione per avvenuta soddisfazione del diritto azionato, non venga riconosciuto come dovuto dal debitore adempiente. Oltre all'ipotesi di procedimento monitorio, in cui la legge concede l'azione esecutiva immediata a chi fondi la propria pretesa su determinati titoli, si pensi alla provvisoria esecutività della sentenza di condanna, seppur gravata, e alla condanna con riserva delle eccezioni nelle sue varie manifestazioni, tra cui la clausola di cui all'art. 1462 c.c., l'eccezione di compensazione ex art. 35 c.p.c., il disposto di cui all'art. 648, 1° comma c.p.c., all'ipotesi delineata dall'art. 665 c.p.c. in cui, nei giudizi di convalida di sfratto, l'intimato comparisce in udienza ma oppone eccezioni non fondate su prova scritta e, infine, all'ipotesi di cui all'art. 65 del r.d. n. 1669 del 1933 e art. 57 del r.d. n. 1736 del 1933, relativa all'assegno bancario, in cui a condanna con riserva è pronunciata in tutti i casi in cui il convenuto sollevi eccezioni di lunga indagine e sempre che non ricorrano gravi ragioni in contrario.

domanda – e dunque l’attore – di adeguare la stessa in considerazione del mutato contesto di diritto sostanziale.

Si potrebbe così pensare a una riduzione della domanda al sostrato di accertamento proprio di qualunque tipo di pronuncia giudiziale. Come affermava Chiovenda con riferimento alle differenti tipologie di pronunce giudiziali, vi sono casi in cui la sentenza si propone esclusivamente di accertare quale è la volontà concreta della legge, di accertare cioè l’esistenza del diritto (sia diritto a una prestazione, sia diritto potestativo) senza il fine di preparare il conseguimento d’alcun bene all’infuori della certezza giuridica. Diversamente, qualora l’interessato ambisca a ottenere qualcosa in più rispetto alla certezza giuridica propria dell’accertamento incontrovertibile - in ipotesi di domanda costitutiva o di condanna, dunque – l’eventuale sentenza di accoglimento disporrà la modificazione giuridica richiesta o la condanna della controparte, ma soltanto dopo aver accertato l’esistenza del diritto, come preparazione al conseguimento del bene. Pertanto, la sentenza di condanna e la sentenza costitutiva sono anche ed innanzitutto sentenze di accertamento. Nella pronuncia del giudice vi è sempre un sostrato di accertamento del diritto dedotto in giudizio, sul quale va ad appoggiarsi l’effetto condannatorio o costitutivo, nell’ipotesi in cui la domanda originaria fosse, per l’appunto, di condanna o costitutiva. Ebbene, in ipotesi di fatto sopraggiunto che, incidendo sulla *causa petendi*, abbia reso impossibile la produzione dell’effetto giuridico richiesto, l’attore potrebbe ridurre la propria domanda al substrato di mero accertamento, e dunque al profilo relativo all’originaria esistenza del diritto alla modificazione giuridica invocata: ciò potrebbe evitare un rigetto della domanda e fissare – ove ritenuta conforme a diritto – proprio la modificazione giuridica pretesa dall’attore e avvenuta in seguito del sopraggiungere dell’evento. In questa prospettiva sarebbe la domanda – ridotta - dell’attore a occuparsi di adeguare la realtà processuale al mutato contesto di diritto sostanziale; in virtù della riduzione della domanda verrebbe riequilibrata la situazione processuale venuta in essere in conseguenza dell’irrompere, sul processo pendente, del fatto sopravvenuto. Così facendo, infatti, la domanda dell’attore conserverebbe la propria forza propulsiva, in grado di condurre il processo fino a una sentenza di merito, ancora attuale e idonea al giudicato. Tale possibilità assume consistenza anche considerando i risultati dell’analisi dell’esperienza processualamministrativistica italiana.

Seguendo lo schema di ragionamento indicato, l'attore non proporrebbe alcuna domanda nuova: infatti non si tratta di un *aliud* ma di un *minus*. Da questa prospettiva, si potrebbe addirittura sostenere la superfluità della dimostrazione di uno specifico interesse ad agire in questo senso; la riduzione della domanda al substrato di accertamento potrebbe, infatti, delinearci come qualcosa di diverso dalla proposizione di una domanda di mero accertamento. Ad ogni modo, anche qualora si ritenesse necessaria la prova di un interesse concreto e attuale all'ottenimento di una sentenza di merito circa la domanda ridotta, potrebbero entrare in gioco considerazioni di ordine diverso rispetto al vaglio di ammissibilità di una domanda *ab origine* di mero accertamento. In ipotesi di riduzione della domanda, infatti, un processo è già in atto: così, un'applicazione ultra-processuale del principio di economia processuale potrebbe suggerire di sfruttare al meglio il giudizio già in atto (alimentandolo fino a una sentenza di merito) in modo da ridurre al minimo la possibilità statistica che si verifichino nuove liti tra le medesime parti e aventi ad oggetto aspetti del medesimo rapporto. Vi è poi la necessità di decidere sulla ripartizione delle spese giudiziali. Pertanto, anche ad ammettere la necessità della dimostrazione di uno specifico interesse ad agire in mero accertamento, o di una specifica utilità legata all'ottenimento di una sentenza di merito, la soluzione preferibile appare nel senso di considerare le particolari circostanze che caratterizzano la situazione di litispendenza. Inoltre, venendo ai possibili scenari del caso concreto, si pensi anzitutto all'ipotesi in cui a seguito del sopraggiungere di un fatto estintivo della pretesa dell'attore (tale da rendere la domanda infondata), fosse il convenuto a non prestare adesione a una terminazione del processo per c.m.c. (e dunque senza alcuna decisione in ordine alla domanda originaria). Ebbene, in ipotesi di mancato accordo da parte del convenuto, l'esistenza di un interesse in capo all'attore a ridurre la propria domanda potrebbe considerarsi *in re ipsa*: solo agendo in questo modo l'attore potrebbe evitare di andare incontro a un rigetto nel merito (con tutte le conseguenze del caso, compresa una ripartizione delle spese di causa rigidamente determinata in base al criterio della soccombenza). In questo caso, quindi, la soluzione preferibile si muove nel senso di non richiedere all'attore ulteriori dimostrazioni. Diversamente, qualora fosse l'attore a non accondiscendere a una chiusura del processo per cessata materia del contendere – nonostante la sopravvenuta estinzione della propria pretesa, magari anche in ragione dell'avvenuta soddisfazione - si potrebbe pensare che all'atto della riduzione

costui debba dare conto (anche brevemente) del motivo per il quale intenda portare il processo sino a un accertamento nel merito della domanda spiegata. In ipotesi di rapporti giuridici complessi non sarà particolarmente difficile confezionare una simile motivazione: per questa tipologia di rapporti, infatti, può rivelarsi estremamente utile un accertamento di quella parte o aspetto del rapporto complesso dedotto in giudizio quando dalla sua esistenza e conformazione possano ancora derivare conseguenze giuridiche attuali. Si pensi al complicato intreccio di diritti e obblighi che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato. Così nel caso di revoca del licenziamento intervenuta pendente il giudizio promosso dal lavoratore al fine di contestare la legittimità dell'atto di recesso, il prestatore di lavoro potrebbe avere interesse all'accertamento dell'originaria illegittimità dell'atto datoriale, anche e nonostante l'avvenuta soddisfazione della propria pretesa, intervenuta lite pendente a seguito del sopraggiungere del fatto. O ancora, si pensi alla controversia decisa dalle Sezioni Unite della Cassazione con la sentenza n. 1048 del 28 settembre 2000, sulla quale ci si è soffermati *supra* e che tanto scalpore aveva suscitato³². Ebbene, proprio tale situazione si sarebbe potuta risolvere in maniera equa e soddisfacente se il datore di lavoro convenuto, anziché aderire a una chiusura del giudizio per c.m.c., avesse insistito per il rigetto della domanda attrice, contestando, in particolare, non il reale avvento del fatto, bensì il profilo relativo alle conseguenze giuridiche dell'evento. Si ricorderà, infatti, che, tra le medesime parti, vi era stato un primo giudizio in cui il gruppo di lavoratori aveva convenuto il datore per ottenere l'inclusione, nel computo dell'indennità di fine rapporto, del compenso per altre e diverse voci. Il datore di lavoro aveva riconosciuto la bontà dei diritti pretesi e, di conseguenza, aveva provveduto a dare attuazione alle prospettazioni degli attori in ordine al t.f.r.; poi, a seguito della soddisfazione integrale di quanto domandato, le parti, attori e convenuto, optavano per una chiusura del

³² Le Sezioni Unite della Corte avevano avallato l'opzione interpretativa – sostenuta da Cass., 6 maggio 1998, n. 4583 – che, sul presupposto della riconducibilità della pronuncia di c.m.c. alle vicende dell'interesse ad agire, aveva negato l'idoneità della relativa statuizione a fare stato ai sensi dell'art. 2909 c.c. La decisione è stata criticata vivacemente sotto molteplici profili; tra questi quello per cui l'atteggiamento respiscente del datore è stato "premiato" facendo conseguire ai lavoratori utilità maggiori rispetto a quelle che avrebbero ottenuto se il primo processo si fosse concluso con una vittoria nel merito. Risultato a dir poco bizzarro, ma, per opinione della Corte, inevitabile. Secondo le Sezioni Unite, qualora il giudizio proposto dal lavoratore per ottenere il computo di un determinato emolumento nella base di calcolo del t.f.r. si concluda con una dichiarazione di c.m.c., per avere il datore di lavoro accondisceso a quanto preteso dal lavoratore, non si determina alcun giudicato sostanziale, preclusivo della proposizione di una nuova domanda avente a oggetto il riconoscimento della computabilità di un diverso e ulteriore emolumento nella base di calcolo del medesimo t.f.r.

giudizio attraverso una declaratoria di cessazione della materia del contendere, e quindi senza alcuna decisione in ordine alle domande proposte. Impregiudicata la possibilità per gli attori di agire nuovamente in giudizio al fine di ottenere il computo di altra e diversa voce – possibilità che sarebbe stata invece preclusa da un epilogo nel merito del precedente giudizio, considerando che, in ambito lavoristico, costituisce un principio ormai consolidato quello dell'infrazionabilità giudiziale della pretesa volta a ottenere una diversa quantificazione del trattamento di fine rapporto – questi ultimi avevano agito nuovamente in giudizio con il risultato – paradossale – di ottenere maggiori utilità rispetto a quelle che avrebbero potuto conseguire nell'ipotesi in cui il primo processo si fosse concluso con una sentenza favorevole. Ebbene, in questa situazione, bene avrebbe fatto il datore a insistere – una volta adempiuto – per un rigetto nel merito della domanda contro sé medesimo proposta (in ragione della sopravvenuta estinzione - per avvenuta soddisfazione - del diritto calato in giudizio) per tutelare la propria posizione. Il datore non avrebbe dovuto aderire a una chiusura del processo per c.m.c., insistendo per il rigetto della petizione e inducendo così l'attore a ridurre la propria domanda. Si sarebbe così giunti a una sentenza di merito che, una volta passata in giudicato, avrebbe impedito di controvertere ancora sulla situazione giuridica già decisa. Dunque, anche per il convenuto la mancata adesione all'istanza di c.m.c. (magari successiva al suo adempimento spontaneo) potrebbe essere un momento di tutela della sua posizione giuridica in ipotesi di giudizi aventi ad oggetto rapporti complessi.

Ancora, l'utilità di un accertamento nel merito potrebbe emergere pensando a situazioni di soggezione a poteri autoritativi privati reiterabili come nel caso di impugnazione delle delibere assembleari: anche in questo caso non può escludersi che l'attore, quand'anche soddisfatto, miri a ottenere un accertamento dell'illegittimo esercizio del potere e che il relativo interesse ad agire sorga proprio dalla soggezione di costui nei confronti di un potere privato reiterabile. Oppure dalla volontà di agire per ottenere il risarcimento dei danni patiti. Il tema è indubbiamente delicato e risente della vivacità della tematica relativa al possibile esplicarsi dell'efficacia conformativa del giudicato intervenuto su simili sentenze nei confronti di successivi eventuali giudizi tra le medesime parti e aventi ad oggetto l'esercizio del medesimo potere. Si tratta di situazioni giuridiche soggettive di diritto civile affini allo schema dell'interesse legittimo, che potrebbero trovare una tutela più efficace in un accertamento giudiziale

che delimiti l'area dei comportamenti consentiti. Quel che preme sottolineare è che, nel contesto degli atti d'impugnativa di delibere assembleari, soccorre quanto stabilito dall'art. 2377 c.c., come novellato in occasione della riforma del diritto societario. L'ottavo comma prevede che *“l'annullamento della deliberazione non può aver luogo, se la deliberazione impugnata è sostituita con altra presa in conformità della legge e dello statuto. In tal caso il giudice provvede sulle spese di lite, ponendole di norma a carico della società e sul risarcimento dell'eventuale danno”*. Questo disposto normativo, sebbene collocato nel titolo dedicato alle società (in particolare, nel capo dedicato alle società per azioni), viene applicato dalla prassi come parametro regolatore di qualunque situazione nella quale si sia al cospetto di un atto assembleare, provenga questo da un'assemblea societaria oppure da un'assemblea condominiale³³. Quella tipizzata dal legislatore altro non è che un'ipotesi di impossibilità di conseguire l'effetto richiesto dall'attore tramite la proposizione della domanda giudiziale. L'annullamento, l'effetto costitutivo della domanda, non può essere disposto. Non risulta però preclusa la possibilità di ottenere un accertamento sull'originaria esistenza del diritto potestativo e ciò potrebbe avvenire a seguito di riduzione della domanda costitutiva al sostrato di mero accertamento. Questa possibilità appare compatibile con il disposto dell'art. 2377 c.c. A sostegno di quanto detto, si può rilevare come il legislatore del 2003 ben avrebbe potuto codificare un rigetto nel merito per questa ipotesi; ma ciò non è avvenuto³⁴.

Dunque, può darsi che in processi aventi ad oggetto situazioni di soggezione a un potere autoritativo reiterabile oppure rapporti giuridici complessi (come ad esempio quelli intercorrenti tra datore e prestatore di lavoro) possa darsi l'esigenza di portare il

³³ Cass. 29 agosto 1998, n. 8622, in *Mass. Giust. Civ.*, 1998; Cass., 9 dicembre 1997, n. 12439, *ivi*, 1997; Trib. Monza, 8 febbraio 2001, in *Giust. civ.*, 2001, I, 1952. La Suprema Corte non aveva mancato di precisare che la norma possa trovare applicazione sia nei casi di annullabilità che in quelli di nullità della delibera assembleare; Cass., 10 marzo 1983, n. 1794, in *Giust. civ.*, 1983, I, 2371. Tale aspetto è stato recepito dal legislatore del 2003 all'art. 2379, 4° comma c.c.

³⁴La tipizzazione di una sentenza di rigetto avrebbe potuto avvenire anche per l'ipotesi prevista dall'art. 55 della l. n. 392 del 1978, relativa alla disciplina delle locazioni di immobili urbani. La norma prevede la possibilità, per il conduttore inadempiente al pagamento dei canoni di locazione, di sanare tale morosità direttamente in giudizio, versando ivi l'importo dovuto, maggiorato degli interessi legali e delle spese giudiziali. L'ultimo comma dell'art. 55 prevede espressamente che l'avvenuto pagamento esclude la risoluzione del contratto, omettendo però di precisare gli ulteriori effetti processuali che questo è in grado di determinare. Anche in questo caso, la mancata specificazione di una sentenza di rigetto nel merito consente di argomentare a favore di una riduzione della domanda costitutiva di risoluzione al sottostrato di mero accertamento. Inoltre, quanto al profilo della (eventuale) dimostrazione di uno specifico interesse ad agire in capo all'attore si segnala il caso deciso da Pret. Lucca, 27 febbraio 1997, in *Giur. it.*, 1998, 273 secondo cui, il passaggio in giudicato della sentenza di rigetto della domanda del locatore, per sopravvenuta sanatoria giudiziale della morosità, non preclude al conduttore di chiedere la restituzione di quanto indebitamente pagato.

processo sino a una pronuncia di merito che accerti la conformazione del rapporto dedotto in causa; in questi casi si ritiene che la soluzione possa essere ravvisata in una riduzione della domanda.

In conclusione, si ritiene che la soluzione congegnata dalla giurisprudenza civile per fronteggiare la problematica relativa al fatto sopravvenuto sia efficace, ma, essendo incardinata completamente sul requisito dell'accordo, sconta il rischio che non si formi l'accordo stesso; può darsi che il convenuto non concordi sulle conseguenze giuridiche riconducibili all'evento oppure che l'attore ambisca a ottenere una pronuncia di merito relativa alla domanda proposta. Il permanere del dissenso tra le parti preclude una terminazione anzitempo del processo per avvenuta cessazione della materia del contendere. Così, qualora il fatto sopravvenuto non comporti la riappacificazione tra gli originari contendenti, oppure, semplicemente, la parte ambisca a ottenere una pronuncia di merito idonea al giudicato, occorre che la parte (l'attore) si attivi per adeguare la situazione processuale alla mutata realtà sostanziale; ciò può avvenire efficacemente mediante una riduzione della domanda, finalizzata a far degradare la petizione al substrato di mero accertamento.

BIBLIOGRAFIA:

ALLORIO E., *Bisogno di tutela giuridica*, in *Jus*, 1954, 547-561

ASPRELLA C., *Brevi cenni sulla rinuncia all'azione e sulla cessazione della materia del contendere*, in *Giust. civ.*, 1999, 2689 ss.

ASSMANN D., *Die einseitige Erledigungserklärung*, in *Erlanger Festschrift für Schwab*, 1990, 179 - 205

ATTARDI A., *Riconoscimento del diritto, cessazione della materia del contendere e legittimazione ad impugnare*, in *Giur. it.*, 1987, 481 - 496

ATTARDI A., *L'interesse ad agire*, Padova, 1955

AULETTA F., *Quando si dice che un accordo è meglio di una causa vinta: la moltiplicazione dei diritti dell'attore per effetto della dichiarazione di adesione del convenuto all'originaria pretesa contro di lui*, in *Giust. civ.*, 2000, 2824 – 2826

BALENSI I., *L'homologation judiciaire des actes juridiques*, in *Revue trimestrielle de droit civil*, 1978, 42-79

BECKER-EBERHARD P., *Die Entwicklung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Erledigung der Hauptsache im Zivilprozess*, in *Festgabe 50 Jahre Bundesgerichtshof*, Monaco, 2000, 273 – 307

BENIGNI A., *Condanna alle spese e responsabilità aggravata nella cessata materia del contendere*, in *Riv. dir. trib.*, n. 5/2002, II, 345-369

BORSI U., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1941, 307 ss.

BOLARD G., *Les principes directeurs du procès civil: Le droit positif depuis Henri Motulsky*, in *JCP*, 1993, 329-333.

BRUZZONE M., *Le spese nella cessazione della materia del contendere*, in *Fin. e Trib.*, 2005, 24

BYDLINSKY F., *Klagseinschränkung auf Kosten oder auf Feststellung?, Eine Erweiterung*, 1. Teil, in *Österreichische Richterzeitung*, Heft 6/1989, 131-135

BYDLINSKY F., *Klagseinschränkung auf Kosten oder auf Feststellung?, Eine Erweiterung*, 1. Teil, in *Österreichische Richterzeitung*, Heft 7/1989, 157-162

CAIANIELLO V., voce *Cessazione della materia del contendere (dir. amm.)*, in *Enc.giur.*

BIBLIOGRAFIA

- CALAMANDREI P., *Istituzioni di diritto processuale civile secondo il nuovo codice*, Padova, 1941, 1944
- CALAMANDREI P., *La sentenza soggettivamente complessa*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 213-260
- CALAMANDREI P., *Rinuncia agli atti*, nota a Cass., Firenze, 8 ottobre 1923, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 3 ss.
- CANNADA BARTOLI E., nota a Cons. St., VI Sez., 7 luglio 1995, n. 661, in *Giur. it.*, 1996, III, 428-442
- CANNADA BARTOLI E., *La cessazione della materia del contendere nella legge istitutiva dei tribunali amministrativi regionali*, in *Riv. dir. proc.*, 1974, 683 ss.
- CAPPUCCIO E., *In tema di cessazione della materia del contendere*, in *Foro amm.*, 1962, II, 830 ss.
- CARINGELLA F., PROTTO M., *Il nuovo processo amministrativo*, Milano, 2001, 833 ss.
- CARNELUTTI F., *Intorno al progetto preliminare del codice di procedura civile*, Milano, 1937
- CARNELUTTI F., *Istituzioni del nuovo processo civile italiano*, II volume, 1951, 122
- CARNELUTTI F., *La transazione è un contratto?*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, I, 185 ss.
- CARNELUTTI F., *Riflessioni sulla condizione giuridica della sentenza soggetta a impugnazione*, nota a Cass. 30 giugno 1927, in *Riv. dir. proc.* 1928, 189-195
- CARNELUTTI F., *Progetto del codice di procedura civile*, Padova, 1926, 90-92
- CARNELUTTI F., *Sistema di diritto processuale civile*, I e III, Padova, 1939
- CARNELUTTI F., *Sulla causa della transazione*, in *Riv. dir. comm.*, 1914, II, 573
- CARNELUTTI F., *Lezioni di diritto processuale civile, volume II, n. 83*
- CASSESE S., *Diritto amministrativo*, Milano, 2000, IV tomo
- CASTELLETT V., *Limiti all'applicazione dell'*jus superveniens**, in *Riv. dir. proc.*, 1933, 193-201.
- CHIEPPA R., *Il processo amministrativo dopo il correttivo del codice*, Milano, 2012, 317-332
- CHIOVENDA G., *Principii di diritto processuale civile*, Napoli, 1965, 137

BIBLIOGRAFIA

- CHIOVENDA G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1960, 153ss.
- Chiovenda G., *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, II, III, Milano, 1993
- CHIZZINI A., *Il codice del processo tributario nel sistema del “giusto processo”*, Torino, 2014
- CHIZZINI A., GLENDI C., (a cura di) *Codice del processo tributario annotato*, Torino, 2014
- CHIZZINI A., GLENDI C., *Codice del processo tributario annotato*, Torino, 2014
- CIACCIA CAVALLARI B., *Prospettive di interruzione nel procedimento in Cassazione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1975, 188-209
- CIACCIA CAVALLARI B., *Divorzio e cessazione della materia del contendere*, in *Fam. e Dir.*, 1995, 56-60
- CIRULLI M., *Cessazione della materia del contendere e pronuncia sulle spese del procedimento cautelare ante causam*, in *Giur. merito*, 1994, 837-852
- COMOGLIO L.P., *Il principio di economia processuale*, Padova, 1980
- CONSOLO C., *Cassazione senza rinvio e cessazione della materia del contendere: prospettive evolutive (nota a cass., S.U., n. 368/2000)*, in *Giur. it.*, 2001, 1
- CONSOLO C., *Chiosa sulla natura della cassazione (senza rinvio) della sentenza che accolse una domanda incorsa poi in cessazione della materia del contendere*, in *Corr. Giur.*, 1997, 899 ss.
- CONSOLO C., *Spiegazioni di diritto processuale civile*, Padova, 2014
- CONSOLO C., *Transazione della lite pendente il giudizio di cassazione: decisione di rito o di merito?*, in *Giur. it.*, 1997, 339 – 342
- CORNU G., FOYER J., *Procédure civile*, Presses Universitaires de France, 1996
- COSTA A., *Sopravvenuta cessazione del vincolo familiare nella lite per alimenti: rilievo d’ufficio o ad istanza di parte?*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, 81-86
- COUCHEZ G., *Procédure civile*, Dalloz, 2000
- CRISTOFOLINI T., *Inammissibilità sopravvenuta della domanda per effetto del principio solve et repete*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1936, 121-123
- CROZE H., MOREL C., *Procédure civile*, Presses Universitaires de France, 1988

BIBLIOGRAFIA

- DALLA MASSARA T., *Le sezioni unite si pronunciano in tema di cessazione della materia del contendere in seguito a transazione (nota a cass., S.U., n. 368/2000)*, in *Corriere giuridico*, 2000, 9, 1181
- DE BLASIO T., *Cessazione della materia del contendere nell'ambito della giurisdizione generale di legittimità, secondo la legge 6 dicembre 1971, n. 1034*, in *Foro amm.*, 1979, II, 1099
- DE STEFANO G., *Considerazioni generali sulla cessazione della materia del contendere*, in *Riv. dir. proc.*, 1969, 36 – 61
- DE STEFANO G., *La cessazione della materia del contendere*, Milano, Giuffrè, 1972
- DE STEFANO G., *Sulla cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 1961, 568 – 59
- DEUBNER K., *Grundprobleme der Erledigung der Hauptsache*, in *JuS*, 1962, 206 – 212
- DU RUSQUEC F., *Chose Jugée, commento a Cass, 2^e, 17 maggio, 1993*, in *JCP*, 1993, 464-465.
- EL-GAYAR M., *Die einseitige Erledigungserklärung des Klägers im Zivil-, Arbeits- und Verwaltungsgerichtsprozess*, Berlin, 1998
- FALZEA D., voce “*Efficacia giuridica*”, in *Enc dir.*, XIV, Milano, 1964, 432 – 509
- FASCHING H., *Lehrbuch des österreichischen zivilprozessrechts*, 2. Auflage, Wien, 1990
- FASCHING H., KONECNY A., *Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen*, Wien, 2004
- FAVARA F., *Il ricorso amministrativo dopo la istituzione dei Tribunali regionali amministrativi*, in *Riv. dir. proc.*, 1972, 619-675
- FERRARI F., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, diretto da ROMANO, Padova, 1992, 709-710
- FERRI A., *Struttura del processo e modificazione della domanda*, Padova, 1975, 111 ss.
- FERRO D., in *Commentario breve alle leggi sul processo tributario*, a cura di CONSOLO e GLENDI, Cedam, Padova, 2008, 473-475
- FERRONI A., *Transazione e cessazione della materia del contendere*, in *Giust. civ.*, 1985, 2024 – 2028
- FETTWEIS M., *Manuel de procédure civile*, Fac. Dr. Liege, 1987
- FINOCCHIARO G., *Commentario al nuovo contenzioso tributario*, Milano, Giuffrè, 1996, 645-646

BIBLIOGRAFIA

- FORNACIARI M., *Lineamenti di una teoria generale dell'accertamento giuridico*, Torino, 2002
- FRANCARIO G., *Sentenze di rito e giudizio di ottemperanza*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 52 SS
- FUSILLO P., *Declaratoria di cessazione della materia del contendere nel processo cautelare e liquidazione delle spese*, in *Giur. merito*, 1999, 30-34
- FUCIK B., *Das Anerkenntnis im Prozess*, ÖJZ, 2011/53, 485
- GALGANO F., *Sulla riforma del procedimento civile*, in *Riv. dir. proc.*, 1924, 136-181
- GALTIERI C., *La cessazione della materia del contendere davanti ai Tribunali amministrativi regionali*, in *Cons. St.*, 1974, II, 1187
- GARBAGNATI E., *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1982, 601-623
- GENTILE, *Effetto della cessazione della materia del contendere*, in *Nuovo dir.*, 1959, 455
- GHIRGA F., *La meritevolezza della tutela richiesta*, Giuffrè, Milano, 2004
- GIORDANO R., *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, in *Giur. merito*, 2009, 7-16
- GIOVANNONI C., *Orientamenti giurisprudenziali in tema di cessazione della materia del contendere*, in *Foro it.*, 1997, 3616 – 3527
- GIUSSANI A., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1997, 843-899
- GIUSSANI A., *Le dichiarazioni di rinuncia nel giudizio di cognizione*, Milano, 1999
- GLENDI C., *La Consulta boccia la norma sulle spese compensate per cessata materia del contendere*, in *Corr. Trib.*, 2005, 2693-2700
- GLENDI C., *L'oggetto del processo tributario*, Cedam, Padova, 1984
- GÖPPINGER H., *Die Erledigung des Rechtsstreit in der Hauptsache*, Stoccarda, 1958
- GRASSO E., *La pronuncia d'ufficio*, Giuffrè, Milano, 1967, 228-233
- GUARNIERI, *Rinuncia all'azione e cessazione della materia del contendere in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1997, 895-899

BIBLIOGRAFIA

GUARNIERI G., *Conciliazione in sede sindacale e cessazione della materia del contendere*, in *Lavoro nella giur.*, 2011, 950

GUICCIARDI E., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1957, 272-273

GUICCIARDI, E. nota a Cons. St., Ad. Plen., 3 maggio 1960, n.8, in *Giur. it.*, 1960, III, 257-280

GUICCIARDI E., *Sentenze dichiarative del giudice amministrativo?*, in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, 346-355

GIUNCHARD S., *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, 2001-2002

HABSCHEID W., *Die Rechtsnatur der Erledigung der Hauptsache*, in *Festschrift für Friedrich Lent*, Monaco-Berlino, 1957, 153 – 177

HABSCHEID W., *Die gegenwärtige Stand der Lehre von der Erledigung der Rechtsstreit in der Hauptsache*, in *Juristen Zeitung*, 1963, 578 – 582; 624 – 631

HULE H., *Die Kostenentscheidung nach Einschränkung der Klage auf Kosten*, in *OJZ*, 1976, 373-388

JAGER N., *Le sentenze di rigetto della domanda allo stato degli atti*, nota a Corte d'Appello di Firenze, 29 gennaio 1927, in *Riv. dir. proc.*, 1927, 338-349

KUAN-LING SHEN, *Die Erledigung der Hauptsache als Verfahrensrechtliches Institut zwischen Dispositionsmaxime und Kostenrecht*, Peter Lang, 2000

LAGARDE V., *Chose jugée*, commento a Cass., ass. plén., 3 giugno 1994, in *JCP*, 1994, 321-326

LENT, F. *Diritto processuale civile tedesco*, Napoli, 1962

LIEBMAN E.T., *Risoluzione convenzionale del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1932, 260-293

LIEBMAN E.T., *Sul riconoscimento della domanda*, in *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda nel venticinquesimo anno del suo insegnamento*, Padova, 1927, 451-495.

LOPARDI E., *Giudizio di legittimità e cessazione della materia del contendere*, *Giust. civ.*, 2006, 3, 661

LORBER J., *Die Einschränkung des Klagebegehrens auf Kostenersatz*, in *Juristische Blätter*, 1971, 612

LUGO A., *Sulle pronunce di cessazione della materia del contendere*, nota a Corte dei Conti, 21 febbraio 1957, in *Giust. Civ.* 1957, 144-147

- MAYR P., *Zivilprozessrecht, 2. Auflage*, Wien, Facultas, 2013
- MARCHESELLI A., *Commento all'art. 46 d. lgs. n. 546/1992*, in CONSOLO C., GLENDI C. (a cura di), *Commentario breve delle leggi del processo tributario*, Padova, 2012, 517-519
- MARINELLI M., *La clausola generale dell'art. 100 c.p.c. Origini, metamorfosi e nuovi ruoli*, Trento, 2005
- MARINI G., *Le vicende anomali del processo tributario*, DELLA VALLE E., FICARI V., MARINI G. (a cura di), *Il processo tributario*, Padova, 2008
- MARTIN L., *Les contradictions de la chose jugée*, in *JCP*, 1979, I, 2938
- MASCITELLI L., *La dichiarazione di cessazione della materia del contendere nel giudizio cautelare e la condanna alle spese*, in *Giust. civ.*, 1994, 811-813
- MATRUNDOLA A., *Sul rapporto tra la transazione stipulata in corso di causa e la successiva sentenza*, in *Giust. civ.*, 1999, 3484 – 3485
- MERLIN E., *L'ordinanza di pagamento delle somme non contestate*, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 1009-1062
- MICHELI G.A., *La rinuncia agli atti del giudizio*, Padova, 1937
- MICHELI G.A., *Rinuncia alla pretesa e riconoscimento della pretesa (a proposito di una teoria di Francesco Carnelutti)*, in *Riv. dir. proc.*, 1937, 354-369
- MICHELI G.A., *Sospensione, interruzione ed estinzione del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1942, 3-47
- MONTULSKY H., *Ècrits. Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973
- MONTUORI N., *Ritiro dell'atto impugnato da parte dell'Amministrazione finanziaria in corso di causa: regime delle spese processuali anticipate dal ricorrente*, in *Fisco*, 2000, 34, 10579
- MORTARA L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 1905
- MÜLLER-TOCHTERMANN G., *Über die einseitige Erledigungserklärung*, in *Juristische Rundschau*, 1958, 250-253
- NIGRO M., *L'appello nel processo amministrativo*, Milano, 1960, 360-362
- NOVIELLO D., *Una soluzione criticabile: l'astensione sulle spese in caso di cessazione della materia del contendere*, in *Giur. it.*, 1994, 677-680

BIBLIOGRAFIA

NUMERICO P., voce *Cessazione della materia del contendere; diritto processuale amministrativo*, in Enc. giur. Treccani

OBERMAIER J., *Kostenhandbuch, Kostenersatz im Zivilprozess und im Vefahren ausser Streit*, 2. Edizione, Vienna, 2010

PAJARDI N., *Riflessioni sulla efficacia della sentenza pronunciata allo stato degli atti*, nota a Pret. Milano, 16 dicembre 1958, in *Riv. dir. proc.* 1958, 123-129

PANZAROLA A., voce *Cessazione della materia del contendere (diritto processuale civile)*, in Enc. giur.

PAPARO B., *La sostituzione della delibera condominiale impugnata determina la cessazione della materia del contendere*, in *Corr. Merito*, 2012, 579

PARODI C., *L'esprit générale t les innovations du nouveau code de procédure civile*, Defrénois, 1976, I, 673-693 e 737-779

PERROT J., *Droit judiciaire privé*, in *RTDC*, 2009, n. 2, 366-371

PERROT J., *Procédure de l'instance: jugements et voies de recours. Procédures civiles d'exécution*, *RTDC*, 2000, n. 1, 156-159

POGGESCHI R., *Il processo d'interdizione e d'inabilitazione*, Milano, 1958

POGGESCHI R., *La morte del coniuge separando: un altro discutibile caso di cassazione senza rinvio*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, 1290-1294

POGGESCHI R., *Cassazione senza rinvio nel processo d'interdizione per morte del dichiarato interdetto?*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 320-323

QUARTULLI A., *Verbale di amichevole componimento e prima parte dell'art. 445 cod. proc. civ.*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, 138-148

RAYNAUD P., *Le désistement d'instance, contribution à l'étude de la renonciation à un droit*, in *RTD civ.*, 1942, 1-29

RAGGI L., *La forma delle rinunce agli atti del giudizio*, *Riv. dir. proc. civ.*, 1927, 52-56

RAGGI, L. *Unilateralità delle rinunce processuali*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1925, 44-53

RECHBERGER W., SIMOTTA D., *Gründriss des österreichischen Zivilprozessrechts, Erkenntnisverfahren*, 8. Auflage, Wien, 2010

RECHBERGER W., *Kommentar zur ZPO*, 2006

ROMANO A., *Cessazione della materia del contendere e carenza sopravvenuta di interesse*, in *Riv. trim. dir. pub.*, 1964, 65-84

BIBLIOGRAFIA

- ROMANO A., *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992
- RONCO A., *Nota in materia di cessazione della materia del contendere*, in *Giur. it.*, 1997, I, 1, 1110
- ROSENBERG L., SCHWAB K., GOTTWALD P., *Zivilprozessrecht*, Monaco, 2004, 904 ss.
- RUSSO F., *Le spese processuali nel processo tributario*, in *Fisco*, 2009, 12, 1898
- RUSSO P., voce *Cessazione della materia del contendere; diritto tributario*, in Enc. giur. Treccani
- RUSSO P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, 502-503
- SALEMI G., *La giustizia amministrativa*, Padova, 1952, 250
- SASSANI B., *Cessazione della materia del contendere; diritto processuale civile*, in Enc. giur. Treccani
- SASSANI B., *Interesse ad agire; diritto processuale civile*, in Enc. giur. Treccani
- SASSANI B., *Ripristino del trattamento retributivo, cessazione della materia del contendere e incoercibilità dell'ordine di reintegrazione ex art. 18 St. lav.*, in *Giust. Civ.*, 1990, I, 947
- SASSANI B., *Per una chiarificazione della formula "cessazione della materia del contendere"*, in *Temi romana*, 1982, 505-514.
- SASSANI B., *Sull'oggetto della rinuncia all'azione*, in *Riv. dir. proc.* 1977, 531-547.
- SATTA S., *Commentario al codice di procedura civile*, II, I, Milano, 1959
- SCALA A., *Comportamento delle parti e dichiarazione di cessata materia del contendere: è davvero necessario per la giurisprudenza l'accordo delle parti sul fatto sopravvenuto e sulle sue conseguenze giuridiche?*, nota a Cass. sez. lavoro, sent. 25 febbraio 2000, n. 2180, in *Foro it.*, 2000, 2556-2564
- SCALA A., *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Torino, 2001
- SCHWAB K., *Die einseitige Erledigungserklärung*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 1959, 127 - 141
- SCOCA F., *Giustizia amministrativa*, Torino, 2013
- SPAMPINATO B., *L'interesse a ricorrere nel processo amministrativo*, Milano, 2004

BIBLIOGRAFIA

SPATARO M., *Spese processuali e cessazione della materia del contendere*, in *Fisco*, 2004, 46, 7775

STABILINI A., *Cessazione della materia del contendere per carenza di interesse nell'impugnazione di una delibera riguardante la composizione dell'organo gestorio a causa dell'assunzione da parte dell'assemblea di una delibera, non impugnata, di messa in liquidazione della società e di nomina di un liquidatore*, in *Società*, 2011, 857 ss.

STEIN F., JONAS M., *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, 2014

STELLA RICHTER P., nota a Cons. St., Ad. Pl., 3 maggio 1960, n.8, in *Giust. Civ.*, 1960, II, 189-201

TARZIA, *Il progetto di riforma organica del processo civile, Atti del convegno nazionale organizzato dalla Camera Civile*, Milano, 1998

TESAURO G., *Manuale del processo tributario*, Torino, 2009, 187-192

TRAVI A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2012, 202-206

TRIOLA R., *Cessazione della materia del contendere e giudizio di cassazione*, in *Giust. civ.*, 2006, 2879-2885

TURRONI D., *Cessazione della materia del contendere nel giudizio di cassazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1995, 593-599

VIANELLO E., *Note sulla natura delle pronunce che dichiarano la cessazione della materia del contendere*, in *Riv. trim. dir. e proc.*, 1999, 685 -701

VIANELLO E., voce *Cessazione della materia del contendere*, *Digesto, discipline privatistiche*, 2000, 129-142

VIATTE J., *Acquiescement: exécution sans réserve*, *Gaz. Pal.*, 1982

VILLATA R., voce *Interesse ad agire; diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur. Treccani*

VITERBO C., *Ancora su la res dubia e la lite incerta nella transazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1947, I, 125.

WESTERMEIER G., *Die Erledigung der Hauptsache im deutschen Verfahrensrecht*, 2005

ZANZUCCHI M.T., *Diritto processuale civile, II, Il processo di cognizione*, Milano, 1947,