

cellazione³¹ e la radiazione. Appare, quindi, alquanto arduo ipotizzare che l'art. 301 cod. proc. civ., e l'effetto interruttivo conseguente, siano da ritenersi applicabili soltanto alla sospensione ed alla radiazione, ma non anche alla cancellazione, tanto più che quest'ultima continua ad essere comminata per fatti di straordinaria gravità, tra i quali (l'art. 3 della citata legge prevedeva) l'«interdizione» (temporanea dai pubblici uffici, ovvero) dall'«esercizio della professione di avvocato o procuratore» (nella specie, *ratione loci*)³².

Per contro, sarebbe fuori luogo equiparare la cancellazione agli eventi di cui al comma 3 dell'art. 301 cod. proc. civ. – in particolare, alla rinuncia, tacita ovvero espressa, alla procura – i quali fanno salva la portata del principio della *perpetuatio muneris*, in forza degli artt. 85 e 301, comma 2, cod. proc. civ., proprio perché non incidono sullo *jus postulandi* del professionista e non

³¹ Sulla riconduzione, in virtù di interpretazione estensiva, della cancellazione per motivi disciplinari in forza della citata disposizione alle ipotesi di cui all'art. 301 cod. proc. civ., v., per tutte, Cass. 31 gennaio 2012, n. 1355, in *www.altalex.com*, dal 9 febbraio 2012, con nota di M. RINALDI.

³² Malgrado la mancata autonoma riproposizione nella riforma della professione forense, l'art. 54, l. 31 dicembre 2012, n. 247 ne presuppone, infatti, l'operatività in conseguenza della sospensione per fatti di reato, sanzionati nella competente sede con la richiamata pena accessoria: sul punto, v. Cass., sez. un., 7 luglio 2014, n. 15429, in *Dir. e Giust.*, 2014 (fasc. 1), 1, con annotazioni di S. CALVETTI.

IMPEDIMENTI SOGGETTIVI E «RIMEDI» ALLA (IN)VALIDITÀ DEL CONTRATTO DI MANDATO ALLE LITI

He that will not apply new remedies
must expect new evils; for time is
the greatest innovator.

F. Bacon, *Of Innovations* [1625], in *The Works*, I, *Essays Moral, Economical and Political*, London, 1815, 113.

SOMMARIO: 1. Tra «diritti» e «rimedi»: suggestioni dal rapporto di mandato alle liti. – 2. Il caso della «incompatibilità» al patrocinio. – 3. *Segue:* (alcuni) punti fermi della giurisprudenza «nomofilattica». – 4. *Segue:* il «contrappunto» della Consulta. – 5. Ripercussioni interpretative sul mandato di patrocinio difensivo. – 6. *Segue:* spunti dalla disciplina professionale forense. – 7. L'incompatibilità come forma processuale di «incapacità negoziale speciale». – 8. *Segue:* ...e come rimedio alla «effettività» della tutela giurisdizionale.

1. Tra «diritti» e «rimedi»: suggestioni dal rapporto di mandato alle liti

Un recente volume sull'ipoteca ha dato spunto ad un raffinato dialogo sul modo di adattare

l'immobilismo di alcuni istituti essenziali, ma disciplinati in modo (oramai) inadeguato, così da ingenerare incertezze ogniqualvolta il discorso giuridico intorno ad essi appaia inappagante e reclami una rifondazione critica¹. Il rilievo si mostra particolarmente pregnante ove si ponga attenzione agli intrecci 'reticolari', sempre più fitti, tra situazioni soggettive e relativa attuazione nella moderna ottica c.d. «rimediale», che non può prescindere cioè dalle tutele sostanziali, da ripensare insieme a quelle processuali come 'trama' di un 'ordito' tessuto secondo le esigenze di 'propor-

¹ Si allude a G. BARALIS, P. SPADA, *Dialogando su dogmatica giuridica e giurisprudenza (dopo aver letto un libro sull'ipoteca)*, in *Riv. dir. priv.*, XVIII, 2013 (fasc. 1), 1-54, in merito al denso volume di A. CHIANALE, *L'ipoteca*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, IV, *Diritti reali*, VI², Torino, 2010, *passim*. Un esempio emblematico di uso «rimediale» (*i.e.*, a scopo difensivo, piuttosto che di recupero del finanziamento) connesso alla tradizionale garanzia reale immobiliare, è ora riscontrabile nell'entrata in vigore, dal 6 maggio 2015, della l. 2 aprile 2015, n. 44, che agevola il c.d. *home equity loan*, ossia il prestito vitalizio ipotecario (noto come «mutuo inverso»), già previsto dall'art. 11-*quaterdecies*, comma 12, l. 2 dicembre 2005, n. 248, con cui, in alternativa alla cessione della «nuda proprietà», è possibile ottenere una rendita, al netto di interessi passivi e spese di istruttoria ed «inesigibilità» del capitale erogato, commisurata ad una percentuale del prezzo stimato di mercato della casa di residenza, su cui sarà iscritta ipoteca nei limiti di detto valore «nominale» (così esposto a «deprezzamento» rispetto alla copertura «reale» del prestito), salvo riscatto (ma previo «integrale» rimborso in unica soluzione) da parte degli eredi del beneficiario.

di cui all'art. 170 cod. proc. civ.)³⁰; e che, d'altro lato, il venir meno di questa 'qualità' del difensore è un effetto diretto del provvedimento di cancellazione.

6. Segue: *spunti dalla disciplina professionale forense*

La rispondenza della prospettata assimilazione sembra oltremodo giustificata dall'evoluzione legislativa. Ed invero, l'art. 1 della l. 17 febbraio 1971, n. 91, che aveva sostituito l'art. 40, r.d.l. 27 novembre 1933, n. 1578, prevede(va) come distinte sanzioni disciplinari la sospensione, la can-

³⁰ Cass. 4 agosto 2006, n. 17763, in *Foro it.*, 2007, I, 1231; Cass. 20 gennaio 2006, n. 1180, cit. in V. CARBONE, A. BATÀ, *Le notificazioni. Dottrina e giurisprudenza*, Milano, 2011, 128; Cass. 6 marzo 2003, n. 3299, in *Dir. e Giust.*, 2003 (fasc. 12), 96; Cass. 17 luglio 1999, n. 7577, in *Rass. forense*, XXXIII, 2000, 384. Né tale orientamento può ritenersi smentito da quelle pronunce che – facendo corretta applicazione del fondamentale principio «rimediale» di cui all'art. 156, comma 3, cod. proc. civ. – ammettono la sanatoria dell'invalidità della notificazione per raggiungimento dello scopo: cfr. Cass. 16 ottobre 2003, n. 15482, in *Giur. it.*, CXLV, 2004, 2064, con nota di E. BERGAMO; in *Nuova giur. civ. comm.*, XX, 2004, I, 305, con nota di M. GRONDONA; in *Dir. giur.*, 2004, 525, con nota di F. BORGHI; Cass. 24 giugno 2003, n. 10001, in *Mass. Giust. civ.*, 2003 (fasc. 6), secondo cui, in caso di cancellazione volontaria del procuratore costituito dall'albo, non è configurabile la nullità del ricorso per cassazione al medesimo notificato, restando sanata dalla costituzione in giudizio della parte.

pienamente compatibile con il nuovo modello costituzionale di processo – una lettura orientata in tale direzione, che faccia rientrare nel suo ambito applicativo qualunque evento suscettibile di paralizzare, di fatto, l'attività del difensore all'insaputa della parte assistita. Una tale garanzia non può non operare, rimanendo altrimenti una vuota formula, quando l'impossibilità della difesa si concreti nel dato obiettivo della cessazione dell'«esercizio professionale», della perdita della «legittimazione processuale» agli atti difensivi; in una parola, della «qualità» di procuratore.

È giocoforza in tali ipotesi ricorrere, quindi, al procedimento analogico²⁸, parificando *quoad effectum* la «cancellazione» alla «radiazione» (così come l'«estinzione» della persona giuridica viene «equiparata» alla «morte» della persona fisica)²⁹. L'effetto che consegue ai due eventi è perfettamente identico. Per convincersene, basti pensare che, da un lato, la cancellazione dall'albo determina la perdita della «qualità» professionale, necessaria per realizzare l'esercizio dell'azione della parte nel processo, implicando la mancanza di legittimazione a «compiere» ed a «ricevere» atti processuali (ad es., le comunicazioni e notificazioni,

²⁸ Che, secondo autorevole insegnamento, riguarda propriamente non già l'«interpretazione», bensì l'«applicazione» delle norme: cfr. G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, Roma-Bari, 1992, 53.

²⁹ Peraltro, in termini critici, v. ora V. SANNA, *Cancellazione ed estinzione nelle società di capitali*, Torino, 2013, spec. p. 111.

zionalità», poiché: «giusto ed equo (...) sono qualificazioni che non si esauriscono nel richiamo al principio di legalità, ma richiamano (...) il sistema dei «valori» sotteso alle «regole»².

Si tratta, in estrema sintesi, di individuare e ricostruire la tutela più efficace per garantire l'interesse sostanziale, espressione a sua volta dell'«effettività» del rimedio teso ad accorciare, «per così dire, le distanze del mezzo di tutela rispetto all'interesse e/o al bene che si intende proteggere»³. In tale prospettiva, di chiara matrice comunitaria⁴, un'interpretazione coerente dell'art. 24 Cost., oggi valorizzato alla luce del nuovo art. 111 Cost., condurrebbe a ravvisare «la portata concreta della copertura costituzionale, stabilendo [ch]e essa riguardi [non] solo il diritto al «giusto processo» (...) [ma] anche quello all'effettiva tutela sostanziale»⁵.

² Così, giustamente, D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, LXVIII, 2014 (fasc. 3), 918; ne condivide la prospettiva metodologica, nella migliore civilistica contemporanea, G. VETTORI, *Il contratto europeo fra regole e principi*, Torino, 2015, spec. p. 19 s.

³ A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv.*, VIII, 2005 (fasc. 2), 355.

⁴ S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012, 13 s.

⁵ I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del rapporto di lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, 56. Sul fecondo dialogo tra Corte di Lussemburgo e Corte di Strasburgo all'origine del riferito connubio, cfr. N. TROCKER,

Proviamo, allora, a trarre qualche potenzialità dalla premessa impostazione, rimeditando contenuto e limiti degli istituti sottesi ad una rilettura civilistica delle tutele sostanziali, estrapolabili da un avveduto quanto non frequente provvedimento ordinatorio – assai rari risultando i precedenti noti –, qui pubblicato per gentile concessione, in tema di ‘incompatibilità’ al patrocinio processuale⁶. Vi si afferma, volendo schematizzarne la sta-

‘Civil law’ e ‘Common law’ nella formazione del diritto processuale europeo, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, XVII, 2007 (fasc. 2), 421 ss. In proposito, v. ora Cass. 27 giugno 2013, n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, 3121, con note di G. COSTANTINO, A. PALMIERI e R. PARDOLESI; in *Europa e dir. priv.*, XVI, 2013 (fasc. 4), 1097, con note di A. DI MAJO e F. PIRAINO; a cura di autorevoli annotatori in *Danno e resp.*, XIX, 2014 (fasc. 2), 123 ss., nonché in *Resp. civ. e prev.*, LXXIX, 2014, 8 ss.

⁶ Trib. Bari, ord. 19 marzo 2004, G.U. Angarano, di cui si riporta il testo per esteso: «(omissis) rilevato che (omissis) l’avv. (omissis) dava atto della sopravvenuta incompatibilità a seguito della nomina a giudice di pace (omissis); rilevato che ai sensi dell’art. 8 bis l. n. 374/1991 “gli avvocati e i procuratori legali che svolgono le funzioni di giudice di pace non possono esercitare la professione forense dinanzi al conciliatore, al giudice di pace, al pretore e al tribunale ricompresi nel circondario ove è situato l’ufficio del giudice di pace al quale appartengono e non possono rappresentare, assistere o difendere le parti di procedimenti svolti dinanzi al medesimo ufficio, nei successivi gradi di giudizio”; rilevato che la Cassazione con sentenza n. 12294/2001 ha ritenuto che l’elenco di cui all’art. 301, c. 1, c.p.c. non abbia valore tassativo e, nel caso di specie, ha statuito che la cancellazione dall’albo è equiparabile alla morte del difensore e comporta l’interruzione del giudizio

ciò stesso ‘legittimato’ all’esercizio della funzione; nella seconda ipotesi, tale effetto non si produce, poiché le cause previste incidono solo sull’atto di investitura del soggetto che ne è titolare e non sono idonee, di per sé, a determinarne l’estinzione dell’ufficio.

Orbene, la cancellazione dall’albo, al pari delle ipotesi di cui al comma 1 dell’art. 301 cod. proc. civ., a differenza di quelle del comma 3, importa la cessazione della qualifica professionale necessaria all’esercizio del patrocinio, non investendo, quindi, la sola procura ad esercitare lo *jus postulandi* nel singolo processo. Soccorre, in tal senso, il principio di ragione sotteso alla medesima disposizione dell’art. 301 cod. proc. civ., il quale deve rinvenirsi nell’esigenza di tutela della parte cui i fatti interruttivi si riferiscono; nella necessità, cioè, di una permanente operatività del principio del contraddittorio che, come massima espressione del diritto alla difesa (formale e sostanziale), il legislatore ha inteso elevare a principio costituzionale del c.d. «giusto processo», introducendo, nel novellato art. 111 Cost., la disposizione secondo cui «ogni processo si svolge nel contraddittorio delle parti, in posizione di parità».

Per quanto riguarda il principio del contraddittorio, può ben dirsi che una positiva manifestazione della sua forza, condizionante l’organizzazione stessa del processo civile, può cogliersi proprio nell’art. 301 cod. proc. civ. Di tale norma, peraltro, appare necessaria – proprio per renderla

intra districtum, correttamente argomentando in base al valore ‘non tassativo’ delle ipotesi di cui all’art. 301, comma 1, cod. proc. civ., secondo le statuizioni della giurisprudenza di legittimità ivi pure richiamata.

Ne deriva logicamente che, anche per la soluzione della questione in esame, non si possa prescindere dalla portata precettiva di quest’ultima disposizione, la quale rappresenta la «chiave di volta» dell’intero sistema legislativo attinente alle conseguenze scaturibili da casi in cui il procuratore perda le prerogative funzionali all’esercizio del patrocinio processuale²⁷.

In proposito, va anzitutto posto in risalto che l’art. 301 cod. proc. civ. disciplina due ipotesi distinte: *a)* quella dell’esistenza di cause (come, oltre la morte, la ‘radiazione’ o la ‘sospensione’ del procuratore) che impediscono l’esercizio della rappresentanza processuale, la quale richiede necessariamente l’iscrizione nei relativi albi; nonché *b)* quella di ‘fatti volontari’ relativi allo svolgimento del rapporto di mandato, quali la revoca della procura o la rinuncia ad essa. Nella prima ipotesi, si determina l’interruzione del processo, in quanto viene meno il presupposto indispensabile per l’esistenza dell’ufficio, ossia la persistenza della (civiltistica) ‘qualità giuridica’ di professionista, per

²⁷ Per tali considerazioni, v., da ultimo, A. SALETTI, C. SPACCAPELO, voce *Interruzione del processo (dir. proc. civ.)*, in *www.treccani.it*, 2013, spec. § 3.3, con bibliografia aggiornata di dottrina e giurisprudenza.

tuizione a mo’ di massima, che il conferimento in corso di causa di incarichi giudiziari onorari all’interno del circondario, in cui l’avvocato esercita il proprio ministero difensivo, ne comporta l’automatica perdita dello *jus postulandi*, con conseguente obbligo di denunciare tempestivamente la sopravvenuta incompatibilità al patrocinio, onde consentire l’interruzione del processo pendente⁷.

La questione, all’apparenza semplice nella sua linearità, rivela subito la sua complessa intelaiatura non appena si renda necessario individuare le conseguenze derivanti dal perdurante esercizio di attività difensive, aventi titolo nel relativo (‘contratto’ di) mandato di patrocinio, ma ‘interdette’ in ragione di sopravvenute situazioni di ‘incompatibilità’ che tuttavia, contrariamente a quanto accaduto nella fattispecie considerata dal segnala-

argomentando sulla perdita da parte del medesimo dello *jus postulandi*, ritenuto che nel caso in esame, in virtù della espressa previsione legislativa, vi sia comunque un difetto dello *jus postulandi* in capo al difensore della società convenuta; PQM dichiara l’interruzione del giudizio».

⁷ In senso analogo, Trib. Udine, 29 maggio 1995, in *Foro it.*, 1995, I, 3350; Trib. Roma, 4 dicembre 2001, in *Giur. rom.*, 2002, 67, per la precisazione che l’interruzione non si verifica qualora la parte interessata, all’udienza successiva alla cancellazione volontaria del proprio difensore, se ne munisca di un sostituto; Trib. Torino, 27 ottobre 2006, in *Guida dir.*, 2006 (fasc. 49), 61.

to provvedimento, ‘non’ siano state oggetto di ‘tempestiva’ denuncia⁸.

⁸ Si tralascia in questa sede di considerare scenari ben più articolati, in cui beneficiario dell’attività difensiva non è necessariamente il conferente procura alle liti, ben potendo essere colui che abbia affidato al legale il mandato di patrocinio, ancorché richiesto e svolto nell’interesse di un terzo. In tale ipotesi, collateralmente al rapporto con la parte che abbia rilasciato la procura *ad litem*, si instaurerebbe un ulteriore e distinto rapporto interno (ed extraprocessuale), regolato secondo la disciplina ordinaria del mandato, in virtù del quale la posizione di «parte assistita» viene assunta non già dal patrocinato, bensì da chi abbia richiesto per suo conto l’opera professionale. Non è insolito, infatti, che una parte, la quale debba essere difesa in un giudizio destinato a svolgersi in località diversa da quella di residenza, si rivolga ad un professionista del proprio foro, il quale la ponga in corrispondenza con un legale del foro ove si celebrerà il processo, al quale (talvolta congiuntamente con il legale con cui ha rapporto diretto) la parte medesima conferisce il mandato *ad litem*. Nel qual caso, è ben possibile che la parte abbia inteso intrattenere un rapporto di clientela unicamente con il professionista già noto ed abbia conferito al legale dell’altro foro soltanto la procura tecnicamente necessaria all’espletamento della rappresentanza processuale. Peraltro, può anche verificarsi che la parte abbia inteso direttamente conferire ad entrambi i legali il mandato di patrocinio (oltre che la procura *ad litem*), o che abbia comunque inteso conferirlo anche al legale del foro della causa, per il tramite del professionista della località di residenza, potendo allora accadere che quest’ultimo affidi l’incarico professionale al collega non solo «per conto», ma anche «in nome» della parte rappresentata (su cui, cfr. Cass. 2 dicembre 2011, n. 25816, in *Dir. e Giust.*, 2011, 399, con nota di A. DI GERONIMO). In ciascuna delle ripercorse alternative, è di tutta evidenza il diverso at-

disciplinare²⁶, appare plausibile ritenere che tale ‘divieto’ si traduca, dal punto di vista del ministero difensivo, nella perdita del relativo *jus postulandi*, quale conseguenza diretta della cancellazione obbligatoria dall’albo professionale di iniziale appartenenza.

Ciò risulta, oltretutto, pienamente conforme alla *ratio* della normativa considerata, la quale mira – come visto – ad evitare che le funzioni giudiziarie vengano espletate dal magistrato onorario in quel determinato contesto, in cui sono prevalentemente maturati i suoi rapporti professionali sia con le parti assistite, sia con gli altri avvocati del medesimo foro (a meno che quei rapporti non risultino recisi in modo netto e visibile). Di medesimo avviso si mostra il provvedimento segnalato in apertura, che ha statuito in ordine alla sopravvenuta carenza dello *jus postulandi* a motivo della nomina a giudice di pace dell’avvocato esercente

²⁶ «In tale prospettiva, il carattere stabile e continuativo della professione forense svolta dal giudice di pace nel medesimo circondario costituisce un elemento cui parame-trare la valutazione della gravità della condotta, non costituendo invece un elemento costitutivo dell’illecito disciplinare» (così, T.A.R. Lazio, sez. I, 1° febbraio 2002, n. 893, in *Foro amm.*, 2011, 430). Non a caso, l’autonoma rilevanza disciplinare dell’attività forense, sotto il profilo della negligenza o scorrettezza comportamentale, ai sensi dell’art. 9, comma 3, l. 21 novembre 1991, n. 374, sopravvive anche all’eventuale rimozione della causa di incompatibilità: cfr. Cons. St., 29 maggio 2009, n. 3357, in *Foro amm.*, 2009, 1267.

dimento, che, chiamata a ‘gestire’ gli esiti della questione di legittimità costituzionale sollevata da se medesima²⁵, rivedendo il proprio precedente orientamento, ha statuito che l’accertata violazione dei principi di «imparzialità del giudice» e del «giusto processo» (*ex art. 111 Cost. riformulato*) comporta la nullità assoluta ed insanabile dell’attività giurisdizionale compiuta, giacché il *vulnus* alla regola della terzietà della giurisdizione incide sulla stessa ‘capacità’ del giudice.

5. *Ripercussioni interpretative sul mandato di patrocinio difensivo*

Quanto precede lascia chiaramente trasparire la sottolineata particolare gravità delle situazioni individuate come forme di ‘incompatibilità’, cui pertanto non si può non reagire, in caso di violazione, con congrue sanzioni. Ponendo, così, a raffronto tali pronunciamenti (attenti alle conseguenze *a parte judicis*) con la prescritta «interdizione» all’esercizio, in modo stabile e continuativo, della professione forense, e dovendone attribuire un autonomo significato necessariamente diverso, per le ragioni evidenziate, dalla semplice misura

²⁵ Cass., sez. un., ord. 25 giugno 2002, n. 9283; poi definita da C. cost., 22 luglio 2003, n. 262, entrambe in *Foro it.*, 2003, I, 3225, con osservazioni di R. FUZIO e P.P. SABATELLI.

L’ipotesi prospettata, avuto particolare riguardo al rigido sistema delle preclusioni tra singole fasi processuali, scandite dalla novella codicistica del 1990 ed accentuate dalla riforma in vigore dal 1° gennaio 2006⁹, è tutt’altro che peregrina. Basti pensare al caso in cui il procuratore costituito dia atto, allo spirare della fase istruttoria e soltanto a seguito di eccezione sollevata dal difensore della controparte, frattanto decaduta dalle prerogative variamente esercitabili *ex art. 183, comma 5, cod. proc. civ.*, della propria nomina a giudice di pace nel medesimo circondario del Tribunale, presso il cui Ordine risulta iscritto *ratione loci*, con conseguente trasferimento della relativa iscrizione ad altro albo professionale.

Infatti, in base all’art. 8, comma 1-*ter*, l. 21 novembre 1991, n. 374 (aggiunto dall’art. 6, comma 3, l. 24 novembre 1999, n. 468), che isti-

teggarsi delle conseguenze relative alla sopravvenuta perdita (processuale) dello *jus postulandi*, alla luce del principio (sostanziale) per cui gli effetti del negozio, compiuto dal rappresentante in nome e per conto del rappresentato, si producono direttamente nella sfera giuridica di quest’ultimo.

⁹ Anteriormente alla riforma, v., per tutte, Cass. 25 novembre 2002, n. 16571, in *Dir. & Giust.*, 2003 (fasc. 9), 38, con nota di A. MAINELLA; nonché in *Giur. it.*, CXLIV, 2003, 486, con nota di G. GIANCOTTI; in seguito ed in termini, v. Cass. 12 giugno 2009, n. 13733, in *Mass. Giust. civ.*, 2009 (fasc. 6), 918. Resta altresì valido *Il processo ordinario di cognizione*, I, in *Quad. cons. sup. magistr.*, CXXXVIII, 2002, *passim*.

tuisce l'Ufficio del Giudice di Pace: «gli avvocati e i procuratori legali che svolgono le funzioni di giudice di pace 'non possono esercitare la professione forense' dinanzi al conciliatore, al giudice di pace, al pretore e al tribunale ricompresi nel circondario ove è situato l'ufficio del giudice di pace al quale appartengono e 'non possono rappresentare, assistere o difendere' le parti di procedimenti svolti dinanzi al medesimo ufficio, nei successivi gradi di giudizio» (apici aggiunti)¹⁰. Tali disposizioni sono chiaramente orientate a «garantire

¹⁰ Al fine di garantire la massima trasparenza dell'operato dei magistrati onorari, il nuovo d.d.l. 1738, presentato il 13 gennaio 2015, recante *Delega al Governo per la riforma della magistratura onoraria*, contiene una norma precettiva (art. 3, Schema di articolato) che fonde le previsioni in tema di incompatibilità già contenute nell'art. 8 della l. 21 novembre 1991, n. 374 cit. e nell'art. 42-*quater*, r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (c.d. Ordinamento Giudiziario). Inoltre, alla luce della riforma della professione forense, di cui alla l. 31 dicembre 2012, n. 247, l'incompatibilità già prevista per gli associati di studio viene estesa anche ai membri dell'associazione professionale ed ai soci delle società tra professionisti. Rispetto alle disposizioni contenute nelle predette leggi, sono state introdotte altre, più rigide ipotesi di incompatibilità, e segnatamente per quanti ricoprono o hanno ricoperto incarichi direttivi o esecutivi nelle associazioni sindacali maggiormente rappresentative. Infine, si è esclusa la sussistenza dell'incompatibilità, per gli avvocati che svolgono le funzioni di giudice di pace, ad esercitare la professione forense davanti al tribunale per i minorenni, al tribunale penale militare, ai giudici amministrativi e contabili, nonché davanti alle commissioni tributarie, a motivo della specialità delle predette giurisdizioni.

sive – della stessa Consulta, tese a ribadire come la scelta del legislatore di qualificare una determinata situazione come causa di incompatibilità ovvero di astensione e ricusazione discenda «dalla possibilità o dalla impossibilità di valutarne preventivamente e in astratto l'effetto pregiudicante per l'imparzialità del giudice (*omissis*)»²². L'incompatibilità sarebbe, dunque, ravvisabile solo laddove sussista detta possibilità mentre, qualora l'effetto pregiudicante sia meramente eventuale e vada, quindi, accertato in concreto, si dovrebbe ricorrere all'astensione ed alla ricusazione.

Sempre il Giudice delle leggi²³ ha rilevato che, nelle ipotesi configurate come cause di incompatibilità, «accanto alla tutela ripristinatoria rimessa all'iniziativa del giudice e delle parti con gli appositi strumenti dell'astensione e della ricusazione», risulta «esigibile anche una tutela preventiva da attuarsi attraverso mezzi organizzativi in grado di assicurare uno svolgimento spontaneo del principio del giusto processo». Un avallo a tale impostazione sembra giungere dalla stessa giurisprudenza nomofilattica²⁴, coeva al segnalato provve-

²² C. cost., 1° ottobre 1997, n. 308, in *Foro it.*, 1997, I, 2721; su cui, v. D. CHINNICI, *I rimedi a tutela dell'imparzialità del giudice: l'incompatibilità*, in *La giustizia penale differenziata*, III, *Gli accertamenti complementari*, a cura di M. Montagna, Torino, 2011, 335 ss., testo e note.

²³ C. cost., 14 novembre 1997, n. 331, in *Giur. cost.*, XLII, 1997, 3355, con commento di P.P. RIVELLO.

²⁴ Cass., sez. un., 21 maggio 2004, n. 9727, in *Foro it.*, 2004, I, 2745, con annotazioni di C. CEA.

benché relative al processo penale, della Corte costituzionale.

4. Segue: il «contrappunto» della Consulta

Il Giudice delle leggi²¹ ha affermato che la *ratio* della disciplina dell'incompatibilità è «primariamente quella obiettiva del rispetto della logica del processo (*omissis*), delle sue scansioni e delle differenze di ruoli che in esso i diversi soggetti sono chiamati a svolgere: il giudizio non si deve confondere, attraverso una sorta di unione personale, con altre attività che attengono al processo e che hanno una loro diversa ragion d'essere e il cui compimento potrebbe costituire pre-giudizio rispetto al giudizio medesimo»; invece, le cause di astensione e di ricusazione si collocherebbero su di un piano diverso, in quanto prescinderebbero «da qualunque riferimento alla struttura del processo e all'esistenza del rispetto della logica intrinseca ai suoi diversi momenti di svolgimento». La motivazione di tale decisione, nell'evidente ricerca di un ideale 'spartiacque', sottolinea che le cause di astensione e di ricusazione «sono previste in modo da operare non in astratto ma in concreto».

Tale impostazione è stata recepita e sviluppata da ulteriori pronunce – immediatamente succes-

²¹ Cfr. C. cost., 1° ottobre 1997, n. 306, in *Giur. cost.*, XLII, 1997, 2875, con eloquente nota di P.P. RIVELLO.

l'effettiva terzietà del magistrato onorario», «anche sotto il profilo della sua apparenza»¹¹, oltre che ad «evitare forme, ancorché larvate, di strumentalizzazione dell'attività giurisdizionale a fini professionali, ivi comprese quelle connesse all'accrescimento del “valore sul mercato” professionale di studi associati o di congiunti che possano vantare una relazione» con il medesimo¹².

2. Il caso della «incompatibilità» al patrocinio

La questione, per come delineata, a prescindere da eventuali risvolti di natura disciplinare pure presenti, attiene dunque alla sorte dell'intera attività difensiva posta in essere dal procuratore, 'inosservante' della succitata normativa, durante tutto il periodo intercorso tra la formalizzazione della nomina nel nuovo incarico onorario e la relativa comunicazione ritualmente effettuata soltanto in un momento successivo.

È bene subito sottolineare che l'enunciato del testo legislativo dianzi riportato *minus dixit quam voluit*, giacché l'espressione utilizzata (*i.e.*, «non

¹¹ T.A.R. Lazio, sez. I, 16 maggio 2008, n. 4313, cit. in D. CAVALLINI, B. GIANGIACOMO, *Magistrati onorari e responsabilità disciplinare*, Milano, 2009, 125, nt. 13; nonché T.A.R. Lazio, sez. I, 18 gennaio 2010, n. 294, in *Foro amm.*, 2010, 145.

¹² In tema, v. Cons. St., sez. II, parere 31 maggio 2011, n. 2189, in www.amministrativistaonline.it.

possono») non rende pienamente ragione della reale volontà precettiva in essa manifestata. Infatti, restando al tenore letterale, potrebbe apparire che il legislatore si sia limitato a prevedere una mera «possibilità», piuttosto che un «obbligo di astenersi», per il difensore investito di funzioni giudicanti, dallo svolgere il proprio ministero a seguito della sopravvenuta nomina.

Tale profilo merita di essere opportunamente evidenziato in virtù del fatto che, aderendo a tale (riduttiva, come si vedrà) interpretazione, sarebbe configurabile una forma di c.d. ‘impedimento soggettivo’ al patrocinio difensivo che, ove non rispettato, ne vizierebbe lo svolgimento limitatamente all’aspetto disciplinare; ovvero, a tutto concedere, concreterebbe ciò che, con terminologia (vetero)canonista, suole qualificarsi impedimento c.d. «impediente»¹³, per effetto dell’acquiescenza (peraltro, del tutto inconsapevole) della controparte.

Come anticipato, tuttavia, è lo stesso testo di legge menzionato a non autorizzare un siffatto approdo ermeneutico. Se, infatti, si prosegue nella lettura della norma evocata, il secondo periodo

¹³ Il quale *vitiatur sed non vitiat*, analogamente all’ipotesi di conversione del contratto c.d. «illegale», ossia nullo per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell’art. 1418, comma 1, cod. civ., tra cui, appunto, quelle di carattere disciplinare. Di recente, v. G. MASTROPASQUA, *Art. 1418, c. 1, c.c.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in *www.juscivile.it*, XII, 2013, 869 ss., spec. p. 883.

tivamente assimilabile a quello proprio delle norme in tema di astensione e ricusazione’ (*omissis*). La comune finalità di garantire il principio di imparzialità, in quanto espressione dell’essenza stessa dell’attività del soggetto chiamato a rendere giustizia, legittima infatti la riconduzione entro un unico paradigma esplicativo degli istituti dell’‘incompatibilità’, dell’‘astensione’ e della ‘ricusazione’. Tali istituti «se per un verso assolvono ad identica funzione, essendo predisposti per la tutela del medesimo valore, per altro verso, conseguono il medesimo effetto, cioè l’estromissione da un dato processo o da una determinata attività giurisdizionale, del giudice-persona fisica»²⁰.

Questa (parziale) intersecazione funzionale non può, tuttavia, trascurare la sussistenza di autonomi elementi caratterizzanti (oltre ad una conseguente distinta configurazione de) i rispettivi istituti; basterebbe ricordare, ad es., onde pervenire alla differenziazione dell’‘astensione’ rispetto alla ‘ricusazione’, che mentre la prima trae origine dal ‘dovere’ di imparzialità, essendo sotto questo aspetto accomunata all’incompatibilità, la seconda ha per fondamento il ‘diritto’ a tale imparzialità. Per quanto, invece, concerne l’individuazione del discrimine tra l’incompatibilità e gli istituti dell’astensione e della ricusazione, bisogna tener conto delle indicazioni provenienti da alcune pronunce,

²⁰ Così, efficacemente, T. TREVISSON LUPACCHINI, *La ricusazione del giudice nel processo penale*, Milano, 1996, 64.

prevista nella sola ipotesi in cui l'incarico onorario debba essere svolto nello stesso distretto nel cui ambito ha sede il Consiglio dell'ordine presso il quale il professionista sia iscritto al momento della nomina medesima». Quest'ultima è esattamente l'ipotesi in questione, ove appunto, a seguito della nomina a giudice di pace, il procuratore 'negligente' abbia correttamente provveduto alla cancellazione dall'albo dell'ordine forense, nel cui circondario avrebbe dovuto esercitare il conferito incarico¹⁹, iscrivendosi ad altro albo professionale.

Continuando nella lettura della motivazione, vi si precisa peraltro: «Vero è che la persistente legittimazione all'esercizio della professione forense è, nelle medesime situazioni, circondata da cautele che si compendiano nelle riferite limitazioni derivanti dall'oggetto delle controversie, dalla localizzazione delle medesime o dall'identità dei litiganti; ma è vero, del pari, che in questi termini si concreta un mero coordinamento del cumulo della suddetta persistenza con la contemporanea investitura delle funzioni giurisdizionali, al fine di garantire l'imparzialità del giudice e, quindi, 'con disciplina il cui contenuto risulta qualita-

¹⁹ Dovendosi intendere «sia quello in cui ha sede il Consiglio dell'ordine al cui albo il professionista è iscritto, sia quello in cui il professionista svolge la propria professione con carattere di abitudine ed ivi ha un suo studio legale» (D. CARCANO, L. SALVATO, *Il Giudice di Pace*, Milano, 2003, 233).

del comma 1-ter dell'art. 8 precisa: «Il 'divieto' si applica (etc.)»; per il che, si apprende che l'enunciato di cui al primo periodo del medesimo comma contiene un vero e proprio «dovere» (e non già un mero «potere», con ricadute meramente disciplinari) di 'astenersi' dal ministero difensivo nell'ambito territoriale specificato. Del resto, che la rassegnata disciplina, tesa a 'vietare' lo svolgimento di funzioni giudiziarie onorarie all'avvocato, esercente il proprio ministero nell'ambito del medesimo circondario ove risulti iscritto, preveda una forma di incompatibilità di carattere assoluto, accostabile piuttosto ad un impedimento c.d. «dirimente»¹⁴, è sottolineato anche dalla circ. 10 ottobre 2003, prot. n. 18761, del Consiglio Superiore della Magistratura, al cui § 2 si precisa che la violazione di tale divieto, ai sensi dell'art. 9 della l. 21 novembre 1991, n. 374 s.m.i., determina la 'decadenza' dalle funzioni di giudice di pace¹⁵.

Ora poiché, com'è noto, il nostro ordinamento (ivi incluso, evidentemente, quello processuale)

¹⁴ Il quale *vitiatur et vitiat*, analogamente all'ipotesi di «insanabilità» del contratto nullo per illiceità (nella specie, per quanto visto *supra*, nt. 11, della «causa»), ai sensi dell'art. 1418, comma 2, cod. civ.: in tema, v. G. D'AMICO, *Ordine pubblico e illiceità contrattuale*, in *Illiceità, meritevolezza, nullità: aspetti problematici dell'invalidità contrattuale*, a cura di F. Di Marzio, Napoli, 2004, spec. p. 11.

¹⁵ Posizione ribadita nella più recente Circ. 13 dicembre 2012, prot. n. 24914, con richiami giurisprudenziali in argomento.

non conosce quelle che in diritto romano costituirebbero norme proibitive c.d. ‘imperfette’, ossia «prive di sanzione giuridica»¹⁶; e poiché, d’altra parte, non è dato rinvenire nella richiamata *sedes materiae* un’espressa sanzione, non circoscrivibile – stante l’evidenziata ‘doverosità’ del precetto – a quella semplicemente di carattere disciplinare (*i.e.*, decadenza dall’incarico onorario), interna all’ordinamento sezionale di riferimento, l’esame della prospettata questione comporta uno sforzo ricostruttivo mirante ad estrapolare dal vigente sistema normativo il trattamento «rimediale» adeguato ad un’inosseranza, non soltanto «deontologica»¹⁷, rispetto all’ufficio difensivo contestualmente ricoperto.

¹⁶ *Tit. Ulp. 1.1-2*, cit. in M. MORANI, *Lat. ‘sacer’ e il rapporto uomo-dio nel lessico religioso latino*, in *Aevum*, LV, 1981, 30-46; in tema, v. anche E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, XLVII, 2001 (fasc. 5), 573 ss.

¹⁷ Secondo quanto si desume, del resto, da Trib. Torino, 27 ottobre 2006, cit. *supra*, nt. 7, per il quale: «Non è possibile, sul piano logico e grammaticale, fare distinzione tra radiazione e cancellazione, che sono termini equivalenti, ai fini dell’interruzione del processo, a nulla rilevando che la legge sull’ordinamento delle professioni di avvocato e procuratore distingue la semplice cancellazione dall’albo, nei casi previsti dalla legge, dalla radiazione, come pena disciplinare e quindi in senso più rigoroso. Col termine radiazione usato nell’art. 301 c.p.c. – si aggiunge – il legislatore volle riferirsi, oltre che alla radiazione in senso tecnico, a tutti i casi di cancellazione dall’albo e con essa di perdita dello *jus postulandi*; ciò trova conferma nella *ratio* della nor-

3. Segue: (*alcuni*) punti fermi della giurisprudenza «nomofilattica»

In proposito, sembra opportuno muovere dagli importanti rilievi formulati dalla giurisprudenza nomofilattica¹⁸, specificamente occupatasi dell’incompatibilità tra esercizio della professione forense e nomine ad incarichi di giudice onorario, secondo cui: «Ai sensi dell’art. 9 della legge 22 luglio 1997, n. 276 (*Disposizioni per la definizione del contenzioso civile pendente: nomina dei giudici onorari aggregati e istituzione delle sezioni stralcio nei tribunali ordinari*), come modificato dal d.l. 21 settembre 1998, n. 328, conv. in l. 18 novembre 1998, n. 398 [*n.d.r.* così nel testo], gli avvocati che ottengano la nomina suddetta non per questo perdono la legittimazione all’esercizio della professione forense, ‘essendo, invece, la cancellazione dall’albo

ma in esame, ove si consideri che il fondamento dell’istituto dell’interruzione sta nell’esigenza della garanzia di un effettivo contraddittorio, il quale sarebbe menomato se gli avvenimenti che incidono direttamente sulla possibilità fisica o giuridica che una parte si difenda in giudizio non spiegassero alcun effetto sul processo. Di qui, la necessità che la perdita definitiva o temporanea della legittimazione processuale del difensore determini l’interruzione del processo, ‘mentre è, invece, del tutto estraneo alla *ratio* dell’istituto il concetto di sanzione per la mancanza disciplinare del professionista legale» (apici aggiunti).

¹⁸ Cass., sez. un., 12 marzo 1999, n. 129, in *Corriere giur.*, 1999, 842, con nota di A. GENOVESE; in *Riv. giur. edil.*, XLII, 1999, I, 703, con nota di E. DITTA; in *Foro it.*, 2000, I, 2006, con nota di E. BUCCIANTE.

rendono, pertanto, illegittimo l'esercizio del patrocinio processuale, ripercuotendosi sul solo rapporto (privatistico) di mandato. Né potrebbe valere, in senso contrario, l'osservazione che la cancellazione sarebbe riconducibile tra le ipotesi previste nell'ultima parte dell'art. 301 cod. proc. civ., in quanto possibile «conseguenza» di un 'comportamento volontario' del difensore³³. Infatti, non sarebbe lecito ignorare che la cancellazione può avvenire anche a seguito di eventi 'indipendenti' dalla volontà della parte: come nei casi di perdita della cittadinanza, di privazione del pieno esercizio dei diritti civili a termini dell'art. 17, lett. a) e d), l. 31 dicembre 2012, n. 247, nonché appunto in tutti quelli di 'incompatibilità', previsti dal successivo art. 18 (ovvero da discipline speciali quale quella in discorso).

D'altra parte, la cancellazione (quale evento fisiologicamente unitario) non perde, ai fini dell'applicazione delle disposizioni in parola, il carattere di 'cancellazione d'ufficio' per il solo fatto che sia stata provocata dallo stesso professionista, il quale abbia denunciato (*rectius*, avendone l'obbligo) la causa di incompatibilità. Apparirebbe alquanto singolare, infatti, che possano attribuirsi allo stesso evento «cancellazione» effetti diversi a seconda che sia stato causato da «atto volontario» o da «fatto involontario», a parte l'ulteriore diffi-

³³ Non a caso, all'origine della questione di legittimità costituzionale, poi respinta, sollevata da Trib. Genova, 22 febbraio 2007, in *G.U.R.I.*, 1^a Sr. spec., XLI, 2007.

coltà di distinguere l'uno dall'altro, come si riscontrerebbe in quest'ultimo caso, in cui la «cancellazione» sarebbe propriamente l'automatico «effetto» di una scelta volontaria (*i.e.*, assunzione dell'incarico onorario). In definitiva, si deve tener conto che, sia pure in conseguenza di un atto volontario del procuratore, la parte viene privata del ministero di difensore, che può realizzare la sua valida partecipazione al processo; si avvera, così, quella situazione di paralisi dell'esercizio dell'azione della parte, che impone l'interruzione del processo³⁴.

In questa prospettiva, nella ricostruzione della portata della norma, si deve considerare che il regime processuale è ispirato al canone dell'imprescindibilità dell'intermediazione difensiva, in base al quale l'intervento del difensore è necessario – salvo casi particolari – per l'esercizio dell'azione nel processo. Infatti, ancorché il conferimento al difensore del potere di rappresentare la parte in giudizio integri sostanzialmente la figura del «mandato con rappresentanza», la peculiarità di questo rapporto consiste nel fatto che i poteri del difensore, più che dalla volontà del mandante, sono determinati direttamente dalla legge.

³⁴ È quanto sembra evincersi, con sufficiente chiarezza, da C. cost., 16 maggio 2008, n. 147, in *Giust. civ.*, LVIII, 2008, I, 1849, che ha respinto la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale genovese (cit. *supra*, nt. prec.); v. però *infra*, nt. 40.

ni, sul piano sostanziale, concernenti il contratto di mandato alle liti.

Taking a cue from the few judicial measures concerning the loss of defensive sponsorship, this essay tends to offer a possible remedies interpretation about the consequences on the substantive issues relating to the defense agency contract.

MARIANO ROBLES

Professore associato di Diritto privato
Università degli Studi di Bari 'A. Moro'
E-mail: m.robles@lex.uniba.it

Merita, in proposito, osservarsi che l'art. 82, comma 3, cod. proc. civ., impone alle parti di stare in giudizio per ministero di un procuratore legalmente esercente e che, inoltre, l'attuale art. 2, l. 31 dicembre 2012, n. 247, ribadisce il divieto – la cui violazione è penalmente sanzionata – dell'uso del titolo e del connesso esercizio delle funzioni di avvocato a chi non sia iscritto nell'apposito albo. Le norme che disciplinano l'esercizio della professione di avvocato, nonché quelle che riguardano la perdita dello *jus postulandi* a seguito della cancellazione dall'albo, sono di ordine pubblico e, in quanto tali, gli effetti invalidanti degli atti posti in essere dal medesimo sono rilevabili d'ufficio in ogni stato e grado del processo, né sono sanabili in forza della costituzione e/o dell'acquiescenza dell'altra parte³⁵.

Ad ulteriore riprova, basti riflettere sul principio di c.d. 'ultrattività' della procura *ad litem*, che peraltro non costituisce deroga alle regole civilistiche sul mandato, anzi segue una logica «rimediabile» sottesa al sistema sostanziale. Ed invero, ai sensi dell'art. 1728, comma 1, cod. civ., il mandato, estintosi per morte o sopravvenuta incapacità del mandante, prosegue tuttavia senza soluzione di continuità ove l'esecuzione sia iniziata in caso di pericolo nel ritardo, che si concreta in un pregiudizio per l'affare o per la sua buona riuscita; allo stesso modo, il difensore continua a gestire la

³⁵ Cass., sez. un., 21 novembre 1996, n. 10284, in *Guida dir.*, 1997 (fasc. 8), 36, con nota di M. PISELLI.

lite per la parte venuta meno o divenuta incapace, secondo una sua discrezionale scelta difensiva avente quale obiettivo il buon esito della stessa. Soccorre, altresì, l'art. 1722, n. 4, seconda parte, cod. civ., ove si afferma che il mandato avente per oggetto il compimento di atti relativi all'esercizio di un'impresa non si estingue per morte, interdizione o inabilitazione del mandante, qualora l'esercizio dell'impresa venga proseguito. In linea con queste due disposizioni, viene in rilievo l'art. 1723 cod. civ., nella parte in cui stabilisce che il mandato conferito anche nell'interesse del mandataro o di terzi non si estingue per la morte o la sopravvenuta incapacità del mandante³⁶.

Ma la norma fondamentale a riguardo appare l'art. 1396 cod. civ., che nel capoverso dispone significativamente: «Le altre cause di estinzione del potere di rappresentanza conferito dall'interessato 'non sono opponibili' ai terzi che le hanno senza colpa ignorate»; donde si fa carico al procuratore costituito di una maggiore responsabilità nella misura in cui, pur essendo vero che egli è titolare del potere discrezionale di dichiarare in udienza o notificare l'evento interruttivo, è altresì vero che il difensore riveste una posizione estremamente delicata, sotto il profilo professionale (oltreché deontologico), rispetto ai 'doveri' di tempestiva denuncia per sopravvenute situazioni

³⁶ Cfr. M. DI MARZIO, *La procura alle liti. Poteri, obblighi e responsabilità dell'avvocato*, Milano, 2011, spec. p. 58 s., testo e note.

Vi si rispecchia, così, l'evocata immagine iniziale della «rete», che meglio simboleggia la natura flessibile, variabile ed in perenne trasformazione del diritto contemporaneo, connotato da «strutture aperte all'intreccio di relazioni tra elementi, senza che possa stabilirsi un punto di partenza obbligato, ovvero un'unica via d'accesso»⁵⁶.

ABSTRACT

Prendendo spunto dai pochi provvedimenti giudiziali in tema di decadenza dal patrocinio difensivo, il contributo tenta di delineare una possibile interpretazione 'rimediale' delle ripercussio-

da c.d. 'lacuna normativa', colmabile solo in via di interpretazione estensiva «rimediale», in vera e propria garanzia costituzionale del processo: cfr. G. VIGNERA, *Le garanzie costituzionali del processo civile alla luce del 'nuovo' art. 111 Cost.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, LVII, 2003 (fasc. 4), spec. pp. 1195-1196. Sulle moderne tecniche di interpretazione evolutiva, v. ora E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentratore di controllo di costituzionalità? Ragionando intorno al libro di Victor Ferreres Comella «Constitutional Courts and democratic Values»*, a cura di L. Cappuccio ed E. Lamarque, Napoli, 2013, spec. p. 246 s.

⁵⁶ F. OST, *Dalla piramide alla rete: un nuovo paradigma della scienza giuridica?*, trad. it. in *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, a cura di M. Vogliotti, Torino, 2008, 29.

Qualora, invece, la sopravvenuta incompatibilità si verifichi a ridosso della chiusura della fase decisoria – dopo la quale rileverebbe agli effetti dell'art. 286, comma 2, cod. proc. civ. –, il processo si interromperebbe *ipso iure*, ancorché il giudice o le altre parti non ne abbiano avuto conoscenza, con la conseguente nullità degli atti successivi e della sentenza eventualmente pronunciata. Tale nullità, tuttavia, non dovrebbe essere assoggettata, *ex art.* 161 cod. proc. civ., soltanto al generale principio di conversione delle nullità in altrettanti motivi di impugnazione. Essa, in quanto – come visto – ‘funzionale’ al corretto ripristino del diritto alla difesa, nel senso evidenziato di ‘effettività’ della tutela giurisdizionale, una volta dedotta tramite gravame dalla parte, il cui procuratore sia stato interessato dall'evento interruttivo, dovrebbe provocare ‘sempre’ la remissione della causa al primo giudice, non contemplata per tali circostanze nella vigente previsione degli artt. 353 e 354 cod. proc. civ., in virtù di un'analoga rilettura «rimediale» tesa a preservarne la (altrimenti inattuabile) prerogativa del doppio grado di giudizio⁵⁵.

⁵⁵ Cfr. D. CULOT, *L'interruzione del processo civile*, Milano, 2006, spec. p. 176, con richiami all'unico risalente precedente difforme di Cass. 16 giugno 1983, n. 4129, in *Giur. it.*, CXXVI, 1985, I (fasc. 1), 243, con nota critica di D. SPIAZZI. Si dubita, infatti, che tale prerogativa assurga a principio costituzionale scrutinabile; tuttavia, non potrebbe escludersi che, proprio attraverso la mediazione della clausola del «giusto processo», essa potrebbe trasformarsi

analoghe a quella in esame. Rammentando, oltretutto, che tra gli obblighi discendenti dal ('contratto' di) mandato di patrocinio vi è quello specifico di «informazione», il procuratore ha, anche da questo punto di vista, un preciso obbligo professionale in tal senso, tanto più allorquando è suscettibile di ripercuotersi sul decorso del processo pendente, salvì quegli atti urgenti che egli sia tenuto a compiere (ma a puro titolo di *negotiorum gestor*) onde evitare decadenze di rito³⁷.

7. *L'incompatibilità come forma processuale di «incapacità negoziale speciale».*

Così caratterizzate le fattispecie di cui, rispettivamente, ai commi 1 e 3 dell'art. 301 cod. proc. civ., la cancellazione, quale che ne sia l'origine, non può rientrare tra i fatti che incidono esclusivamente sul rapporto privatistico, inerendo invece proprio al *munus publicum*, che consente il legittimo esercizio della professione forense.

Sicché, l'espressione «diritto di difesa» altro non esprime se non, in forma «giuridicamente

³⁷ Cfr., benché in fattispecie collaterale, le importanti enunciazioni di Cass., sez. un., 4 luglio 2014, n. 15295, in *Foro it.*, 2014, I, 2785, con osservazioni di O. DESIATO; in *Guida dir.*, 2014 (fasc. 42), 46, con nota di E. SACCHETTI, spec. §§ 6-7, in motivazione.

riassuntiva»³⁸, quel complesso di poteri processuali che, alla stregua del canone (italo-europeo) di ‘effettività’, si snodano all’interno di un procedimento di natura giurisdizionale in contraddittorio, qual è appunto il processo. Il connotato peculiare e distintivo di tale procedimento è quello per cui i poteri propri di ciascuna parte sono tra loro strettamente coordinati (se non addirittura interdipendenti), nel senso che l’esercizio del potere spettante ad un soggetto è funzionale all’esercizio dei poteri conferiti agli altri soggetti del processo (*rectius*, rapporto processuale)³⁹.

Logico corollario di tale schema è che ogni evento implicante ‘comunque’ la perdita per il procuratore costituito della qualità necessaria per

³⁸ Nell’accezione autorevolmente elaborata da T. ASCARELLI, *Norma giuridica e realtà sociale*, ora in ID., *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959, 75 s. Sulla «effettività», di cui «si colgono tracce eloquenti nello stesso linguaggio costituzionale (artt. 3, comma 2°, 4, comma 1°, 10, comma 3°, 34, comma 3°)», quale «componente definitoria insopprimibile delle garanzie costituzionali attinenti al processo», nonché sulla sua funzione nell’interpretazione delle norme costituzionali, consistente nello svincolarne la lettura da criteri formalistici a vantaggio dell’estrinsecazione di tutte le potenzialità garantistiche in esse latenti, in grado di «ascrivere a quelle norme un significato ‘forte’, che possa avere un’incidenza concreta e diretta sul progresso evolutivo degli istituti processuali», v. *amplius* L. P. COMOGLIO, *Etica e tecnica del ‘giusto processo’*, Torino, 2004, spec. pp. 3-8.

³⁹ Così, acutamente, N. TROCKER, *Il valore costituzionale del giusto processo*, in *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, Milano, 2001, spec. p. 45 s.

poteri di reazione (in punto di eccezione, di prova contraria, etc.) in capo alle controparti»⁵³.

L’evocato principio risulta, del resto, coerente all’art. 162, comma 1, cod. proc. civ., in forza del quale il giudice che pronunci la ‘nullità’ (*i.e.*, accerti l’‘improduttività degli effetti’ derivati dall’attività difensiva svolta dal procuratore sfornito dello *jus postulandi* per sopravvenuta «incompatibilità») deve disporre la ‘rinnovazione’ degli atti (equivalente funzionale al descritto meccanismo riattributivo dei poteri processuali), ai quali la ‘nullità si estende’ (*i.e.*, in ragione della ‘retroattività’ dianzi richiamata), salvo il risarcimento del danno *ex art.* 60, n. 2, cod. proc. civ., a carico del difensore che (perlomeno con colpa grave) ne sia stato responsabile (ad es., per gli atti c.d. «irripetibili» la cui rinnovazione risulti impraticabile). Il processo, tuttavia, non regredisce *in toto*, ma riapre parzialmente – con riguardo ai soli poteri, nei quali la parte sia stata rimessa in termini, nonché ai poteri della controparte in conseguenza dell’esercizio dei primi – la fase di determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, unitamente alle deduzioni istruttorie, in modo non dissimile da quanto previsto, riguardo alle sole deduzioni istruttorie, in caso di esercizio di poteri istruttori d’ufficio, dall’art. 183, comma 6, cod. proc. civ.⁵⁴.

⁵³ B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione*, cit., 258 s.

⁵⁴ A. PROTO PISANI, *Lezioni di diritto processuale civile*⁶, Napoli, 2014, 126.

onde valutare l'efficacia dell'attività difensiva espletata dal patrocinante, oltre il quale quest'ultimo risulta(va) *hic et nunc* «delegittimato» al compimento di detta attività, con conseguente 'necessaria interruzione' del rapporto processuale.

Nel caso in questione, tuttavia, ove il processo sia nonostante tutto proseguito, a causa del comportamento omissivo tenuto dal procuratore divenuto «incompatibile», tale circostanza in nessun caso potrebbe andare a scapito del diritto di difesa della parte assistita, a carico della quale non è previsto alcun onere di acquisire conoscenza di situazioni riguardanti la 'qualità' professionale del proprio difensore. Di guisa che, dovrà farsi luogo alla riattribuzione dei poteri da cui quest'ultima era decaduta per causa non imputabile, con l'espressa avvertenza che l'attività della parte così «restituata nei termini non può in linea di principio svolgersi isolatamente, perché finisce per riaprire in una qualche misura la vicenda di contrapposizione degli interessi in causa, alla cui soluzione occorre provvedere in ragione della regola della parità delle parti»⁵², oggi peraltro valorizzata – come più volte ribadito – dal principio costituzionale del c.d. «giusto processo». Ciò significa che all'esercizio dei singoli poteri nei quali la parte «è riabilitata in virtù della rimessione in termini deve corrispondere analogo ripristino dei

⁵² B. CIACCIA CAVALLARI, *La rinnovazione nel processo di cognizione*, Milano, 1981, 258 s.

esercitare i relativi poteri difensivi, nell'interesse della parte, ne provoca paralisi dell'azione e conseguente ostacolo alla regolare prosecuzione del medesimo processo. È opportuno rimarcare a riguardo, come già accennato, il progressivo consolidamento di un nutrito orientamento giurisprudenziale per il quale, nell'ipotesi di cancellazione dall'albo professionale, ancorché disposta a domanda dell'interessato, si determinano l'«automatica decadenza» dall'ufficio di avvocato e la cessazione dello *jus postulandi*; con la conseguenza che è nulla qualsiasi attività, anche di mera ricezione, posta in essere dal soggetto che ne fosse oramai sfornito⁴⁰.

Ciò, peraltro, si ricollega e risulta perfettamente coerente, sul piano sostanziale, alla sopravvenuta situazione di incompatibilità in questione, equiparabile alla c.d. «incapacità contrattuale spe-

⁴⁰ Cass. 5 ottobre 2001, n. 12294, in *Corriere giur.*, 2002, 1177, con nota di S. BOCCAGNA, ed *ivi* ampi riferimenti giurisprudenziali in argomento. Tale assunto è stato, peraltro, rimesso in discussione (per la specifica ipotesi di «cancellazione volontaria» dall'albo) da Cass., ord. 21 giugno 2012, n. 10301, in *Guida dir.*, 2012 (fasc. 32), 48, con nota di E. SACCHETTINI; in *Dir. & Giust.*, 2012, 571, con nota di S. CALVETTI; in *Giust. civ.*, LXIII, 2013, I, 361, con nota di P. MOROZZO DELLA ROCCA, che ne circoscrive le limitazioni al solo esercizio delle prerogative defensionali, aventi titolo nell'investitura «negoziale», cui resterebbe estraneo il lato passivo, perdurando dunque integra la funzione *ex lege* di destinatario degli atti compiuti dalla controparte e dall'autorità giudicante sino ad avvenuta sostituzione, a termini dell'art. 85 cod. proc. civ.

ziale' ad intrattenere rapporti negoziali (*scil.*, con la parte assistita), la cui inosservanza, per unanime dottrina⁴¹, ne comporta l'invalidità in termini di nullità qualificabile 'funzionale', trattandosi di «rimedio» teso a scongiurare assetti non conformi al modello di rapporti (nel caso, processuali) prefigurato dall'ordinamento⁴². L'incapacità contrattuale speciale, *ex art.* 1471 cod. civ., consegue infatti, in questi casi, ad un divieto di carattere assoluto analogo a quello sancito ai nn. 1 e 2 della menzionata disposizione – ossia, l'«interdizione» all'esercizio della professione forense *ratione loci* – che colpisce il soggetto non solo nell'interesse esclusivo della parte assistita, bensì, più in generale, di quello di 'ordine pubblico' al regolare e valido svolgimento dei rapporti giuridici (nel caso, processuali)⁴³.

⁴¹ Per tutti, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, 70.

⁴² Nell'accezione ben illustrata da G. SPOTO, *Le invalidità contrattuali*, Napoli, 2012, 153 ss.; per una ricostruzione attenta ai più recenti orientamenti giurisprudenziali, si rinvia a R. ALESSI, 'Nullità di protezione' e poteri del giudice tra Corte di Giustizia e Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in *Europa e dir. priv.*, XVII, 2014 (fasc. 4), spec. p. 1148, testo e note.

⁴³ Come si apprende dalla *Rel. cod. civ.*, n. 331, la norma si spiega considerando che i soggetti che rivestono determinate posizioni, per legge, atto amministrativo o volontà delle parti, devono garantire, sia nella sostanza che nell'apparenza, una posizione di imparzialità rispetto al rapporto dal quale scaturisce la loro posizione. La violazione del divieto è sanzionata diversamente a seconda che gli interessi della cui cura si tratta siano privati, applicandosi l'annul-

tonoma valenza processuale oramai acquisita dalla buona fede, all'esito di un contraddittorio, sfociante in un provvedimento con autorità di giudicato, talora intangibile ma, soprattutto, inevitabilmente condizionato dalle opportunità difensive esercitabili in concreto (c.d. «dedotto 'e deducibile'») dalle parti contendenti⁵¹.

Di guisa che, nella fattispecie in esame, l'approccio rimediabile non si ripercuote sull'*an* della protezione, bensì esclusivamente sul *quomodo* applicativo della tutela più efficiente. Ciò significa che il rimedio non si sostituisce al diritto (o all'obbligo) sostanziale, ma mira a fornire un mezzo di tutela adeguata, in presenza di violazioni conclamate di posizioni soggettive. Per cui, dovendosi fare congrua applicazione del congegno condizionale e, dunque, retroagire gli effetti dell'avveramento – riferibile ad un rapporto ad esecuzione continuata, come il contratto d'opera del professionista forense – al momento in cui la situazione di incompatibilità sia venuta ad esistenza (arg. *ex art.* 1360, comma 2, cod. civ.), tale momento segnerà, altresì, il discrimine temporale

⁵¹ Su tale valenza, cfr. M. TARUFFO, *Elementi per una definizione di 'abuso del processo'*, in *L'abuso del diritto*, Padova, 1998, spec. p. 435. In questo senso, l'autorità di «giudicato sostanziale», a termini dell'art. 2909 cod. civ., non potrebbe fare «stato a ogni effetto», se non in quanto conseguente «all'accertamento di fatti, di situazioni o di rapporti, che abbia formato oggetto di deliberazione» (*Rel. cod. civ.*, n. 1186) nell'«effettivo» (*i.e.*, dedotto 'e deducibile') contraddittorio tra le parti.

possa mai considerarsi come avverata la *condicio juris* non verificatasi per causa imputabile alla parte avente interesse contrario al suo avveramento, non potendo una finzione sostituirsi al ‘fatto’ (sia pure «volontario», ma non «libero» poiché) prescritto dalla legge (*i.e.*, tempestiva denuncia), affinché un determinato ‘effetto’ (*i.e.*, interruttivo) possa dirsi attuato⁴⁸.

Ne conseguirebbe che unica tutela sostanziale, riconoscibile a favore della parte (processualmente) danneggiata, sarebbe la responsabilità risarcitoria a carico della controparte che quel comportamento omissivo abbia (perlomeno con colpa grave) perpetrato, a prescindere dallo specifico titolo di addebito⁴⁹. Una risposta formalmente ineccepibile, ma certamente inadeguata in punto di ‘effettività’ del «rimedio», sostituendosi una tutela ‘per equivalente’ in luogo di una ben più incisiva ‘in forma specifica’⁵⁰. E ciò, alla luce dell’au-

studio coevo di F. CARNELUTTI, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, in ID., *Studi di diritto processuale*, II, Padova, 1928, 201 ss., ora *ibid.*, 206 ss.

⁴⁸ Per giurisprudenza costante a partire da Cass., sez. un., 2 aprile 1965, n. 567, in *Foro pad.*, 1965, I, 1086.

⁴⁹ Precontrattuale ex art. 1338 cod. civ., ovvero contrattuale ex artt. 1218 e 1358 cod. civ.; su cui, si rinvia alla puntuale indagine di V. PUTORTI, *Inadempimento e risoluzione anticipata del contratto*, Milano, 2008, spec. p. 158 s.

⁵⁰ Per tutti, cfr. M. FRANZONI, *Degli effetti del contratto*, II, *Integrazione del contratto, suoi effetti reali e obbligatori (Artt. 1374-1381)*, in *Comm. cod. civ.* Schlesinger², diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2013, 315.

Com’è noto, l’invalidità *sub specie nullitatis* determina l’inefficacia *ex tunc* dell’intera attività difensiva posta in essere dal procuratore, automaticamente privato dello *jus postulandi* e, quindi, della connessa «legittimazione negoziale» al mandato di patrocinio, nel momento stesso in cui viene a trovarsi nella «condizione» che avrebbe dovuto tempestivamente denunciare (stante, come visto, la ‘doverosità’ e l’«assolutezza» del relativo precetto), quale situazione di ‘incompatibilità’⁴⁴.

labilità, ovvero pubblici, conseguendone la nullità, come nell’ipotesi esaminata. Ad analoga ragione giustificativa, che ne implica identica sanzione di nullità, è preordinato altresì l’art. 1261 cod. civ., in tema di incedibilità dei crediti c.d. «litigiosi» (così, autorevolmente, P. PERLINGIERI, voce *Cessione dei crediti*, in *Enc. giur.*, VI, Roma, 1988, spec. p. 9). Di recente, il «rimedio» è stato utilizzato anche in funzione di contenimento della spesa pubblica, come testimonia il divieto di acquistare beni immobili, nonché di stipulare locazioni passive per tutto l’es. fin. 2013, imposto agli enti pubblici, ricompresi nel conto economico della P.A., dall’art. 12, comma 1-*quater*, l. 15 luglio 2011, n. 111, inserito per via dell’art. 1, comma 138, l. 24 dicembre 2012, n. 228 (c.d. Legge di Stabilità).

⁴⁴ Il profilo risalta maggiormente nell’ambito della c.d. «evidenza pubblica», in cui la ‘serie procedimentale’, espressiva dell’interesse pubblico al buon andamento e all’imparzialità della P.A., si ripercuote sulla (validità della) parallela ‘serie negoziale’ in ipotesi di vizi riscontrati in relazione alla prima (per tutti, cfr. Cons. St., ad. plen., 30 luglio 2008, n. 9, edita in plurime riviste a cura di diversi commentatori; in seguito all’emanazione del cod. proc. amm., R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Annullamento dell’aggiudicazione e sorte del contratto nella disciplina del Codice del processo*

Orbene, se la cancellazione dall'albo professionale determina, per quanto visto, l'«automatica decadenza» dall'ufficio di avvocato e la cessazione del connesso *jus postulandi*, con conseguente declaratoria di interruzione ai sensi dell'art. 301 cod. proc. civ., l'omessa tempestiva denuncia 'obbligatoriamente' prescritta per situazioni di 'incompatibilità', implicante la necessaria cancellazione dall'albo professionale, equivarrà al mancato avveramento di una 'condizione risolutiva' per causa imputabile alla parte controinteressata, secondo lo schema prefigurato dall'art. 1359 cod. civ. Come infatti ha, da tempo, posto in risalto con estrema chiarezza autorevole dottrina, nell'ottica rimediabile qui adoperata: «le norme processuali essendo diritto nel più pieno senso della parola, sono anche attributive di posizioni giuridiche soggettive attive e passive, le quali trovano in quelle norme ad un tempo la loro garanzia ed i loro limiti»⁴⁵.

amministrativo, in IDD., *Manuale di diritto amministrativo*⁸, Roma, 2015, 1680 ss.). Nel caso in esame, l'unicità della «causa» in senso civilistico e pubblicistico del mandato *ad litem* rende meno evidente, ma non per questo irrilevante, la pista di analisi ripercorsa.

⁴⁵ E. T. LIEBMAN, *Manuale di diritto processuale civile*, I, *Principi*⁸, a cura di V. Colesanti ed E. Merlin, Milano, 2012, 34; in precedenza, v. anche ID., *Diritto costituzionale e processo civile*, in *Riv. dir. proc.*, VII, 1952, 327, ora in ID., *Problemi del processo civile*, Milano, 1962, 151.

8. Segue: ... e come rimedio alla «effettività» della tutela giurisdizionale.

Inquadrando in questi termini la questione, sarebbe altresì superabile l'accesa disputa circa l'effetto risolutivo «retroattivo» di un evento condizionante (*i.e.*, sopravvenuta perdita della «legittimazione negoziale»), ascrivibile propriamente ad una c.d. *condicio juris*, avuto riguardo alla natura pubblicistica delle norme 'processuali' in rilievo ed alla connessa 'indisponibilità' dei relativi effetti⁴⁶, che deporrebbero nel senso di escludere siffatto esito allorquando vi osti, come l'art. 1360 cod. civ. espressamente prevede, la natura (non solo di fonte negoziale) del rapporto (*scil.*, di patrocinio)⁴⁷. Da tempo, infatti, si ritiene che non

⁴⁶ Nel contesto in esame, l'ordinamento processuale è 'fonte dell'effetto' almeno nel senso di ricondurre alla sussistenza di un fatto volontario sia pure «obbligatorio» (*sub specie* di «condizione») la produzione di effetti giuridici (interruttivi): su cui, v. S. ORLANDO, *Fattispecie, comportamenti, rimedi. Per una teoria del fatto dovuto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, LXV, 2011 (fasc. 4), spec. p. 1033. Circa la *condicio juris*, senza pretese di esaustività, cfr. approfonditamente E. GIACOBBE, *La condizione*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari e P. Rescigno, III, *Obbligazioni*, II, *Il contratto in generale*, Milano, 2009, 478 s., con riferimenti bibliografici dottrinali e giurisprudenziali interlineati.

⁴⁷ Si rinvia alle pagine classiche di E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920 (rist. Milano, 2006), spec. p. 43; significativamente ripublicate, a testimonianza della risalente utilità dell'approccio metodologico qui seguito, insieme all'altrettanto classico