

IL DIFETTO DI *IUS POSTULANDI*

EVOLUZIONE DELL'ART. 182 C.P.C. DAL DIBATTITO GIURISPRUDENZIALE ALLA RIFORMA CARTABIA

di Daniele Dibois

Sommario 1. Breve inquadramento ed evoluzione storica della norma - 2. L'excursum giurisprudenziale e l'ordinanza della Sez. II n. 4932/2022 - 3. La sentenza della Cassazione a Sezioni Unite 37434/2022 - 4. Il D.Lgs 149/2022 (c.d. Riforma Cartabia) e riflessioni conclusive

1. Breve inquadramento ed evoluzione storica della norma

L'art. 182 c.p.c. appartiene a quell'insieme di norme che guidano il Giudice istruttore nella fase embrionale del processo civile. Lo conferma la collocazione topografica della disposizione codicistica: l'art. 182 c.p.c., infatti, è contenuto nel Capo II, Titolo II del codice di rito ossia in quel gruppo di norme destinate a regolamentare l'istruzione e la trattazione della causa e, a ben vedere, segue immediatamente la norma che disciplina la mancata comparizione delle parti. In altre parole: il vaglio in ordine alla regolarità dei poteri di rappresentanza e/o di autorizzazione processuali segue immediatamente alla verifica circa la regolare comparizione delle parti.

Dal punto di vista storico l'art. 182 c.p.c. ha subito una importante modifica la quale, nell'analisi dell'argomento attinente al difetto di *ius postulandi*, assume, un ruolo determinante.

La riforma, come noto, risale all'anno 2009 (L. 69/2009) ed ebbe come principio ispiratore e condivisibile obiettivo quello di agevolare la decisione nel merito della causa a discapito di una pronuncia di rito che rilevasse l'assenza di potere rappresentativo in capo al difensore della parte. L'allora *ratio legis*, a parere di chi scrive, risalta alla semplice lettura e raffronto della norma pre e post riforma.

Elementi essenziali del testo dell'art. 182 c.p.c. secondo comma pre riforma erano:

- a) il potere discrezionale del giudice di assegnare alle parti un termine per la regolarizzazione della costituzione in giudizio laddove rilevasse un difetto di autorizzazione, rappresentanza, assistenza;

- b) la clausola di salvezza: “salvo che si sia avverata una decadenza”
l’esistenza della quale impediva l’esercizio del potere del giudice a favore di una pronuncia di rito.

Il testo allora vigente venne modificato in maniera sostanziale tant’è che il novellato comma secondo dell’art. 182 c.p.c. recitava:

“Quando rileva un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione ovvero un vizio che determina la nullità della procura al difensore, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l’assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L’osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione”.

Dalla comparazione delle due norme pre e post riforma, dunque, possono enuclearsi quattro essenziali modifiche:

- a) L’obbligo da parte del giudice istruttore (*e non più il potere*) di assegnare alle parti un termine perentorio per la regolarizzazione del vizio;
- b) l’eliminazione della clausola di salvezza finale “salvo che si sia avverata una decadenza”;
- c) la sanatoria *ex tunc* degli effetti della domanda, sin dalla prima notificazione, in caso di ottemperanza al termine assegnato dal giudice;
- d) l’estensione del rimedio, oltre che alle ipotesi di vizio attinente a rappresentanza, assistenza, autorizzazione al caso di vizio relativo alla procura alle liti.

2. L’excursus giurisprudenziale e l’ordinanza della Sez. II n. 4932/2022

Risolto, per mano del Legislatore del 2009, il dubbio sorto in ordine al dovere – potere del giudice di assegnare il termine utile a sanare il vizio attinente al potere di rappresentanza processuale, il dibattito si concentra intorno alla natura e alla tipologia di vizio sanabile. Facendo riferimento alla classica differenza, di creazione dottrinale, tra nullità ed inesistenza ci si domanda se, grazie all’applicazione dell’art. 182 c.p.c. , possa essere sanata solo ed esclusivamente la procura alle liti viziata ovvero se possa essere posto rimedio altresì alla **inesistenza** della stessa.

In ordine al concetto di rinnovazione non paiono esservi dubbi di sorta: possiamo sostenere che nel concetto di rinnovazione possano sussumersi tutti quei casi in cui una procura esiste ma sia difettata e, per questo motivo, debba

essere appunto rinnovata o meglio, citando la Cassazione, “nuovamente rilasciata”. La questione sorge, di contro, dalla diversa interpretazione che dottrina e giurisprudenza accolgono in ordine al concetto di “rilascio” della procura alle liti. Da qui i due noti orientamenti giurisprudenziali efficacemente sintetizzati dalla **Ordinanza** remittente **della Sez. II n. 4932/2022**.

Da un lato la tesi estensiva che fa leva sul dato letterale dell’art. 182 c.p.c. e che consente di sussumere nel verbo “rilasciare” anche l’ipotesi di originaria inesistenza della procura alle liti in favore del difensore tecnico. Se così non fosse, d’altronde, il Legislatore non avrebbe contemplato le ipotesi rilascio – rinnovazione per di più contrapposte dalla congiunzione disgiuntiva “o” (Cass Civile 10885/2018).

Dall’altro l’orientamento restrittivo che limita l’applicabilità della sanatoria alle sole ipotesi di nullità (*stricto sensu*) della procura alle liti. E ciò sulla base di argomentazioni di diversa natura ed origine. I primi due, riconducibili alla teoria generale del diritto, possono essere sintetizzati come segue:

1. “la sanatoria della procura viziata determina sempre e comunque il **rilascio** di una nuova procura sostitutiva della precedente” (Cass. SS.UU 10414/2017);
2. “non può essere rinnovato ciò che non è mai esistito”.

Il terzo argomento, invece, si fonda sul dato testuale: dal periodo del comma secondo che recita “vizio che determina la nullità della procura al difensore” questo orientamento restrittivo desume che la sanatoria possa e debba riguardare solo le ipotesi di nullità di una procura esistente. In ipotesi di materiale inesistenza di una procura, di contro, non potrebbe trovare applicazione la norma in discorso con conseguente impossibilità di sanatoria .

È dal quadro interpretativo sopra delineato che scaturisce, dunque, il quesito posto dall’ordinanza 4932/2022 Sez. II alle Sezioni Unite recitante “se, ai sensi del secondo comma dell’art. 182 c.p.c., come novellato dalla Legge n. 69/2009, il giudice debba assegnare un termine per il rilascio della procura ad litem o per la rinnovazione della stessa solo nel caso in cui la **procura** rilasciata dal difensore di una parte sia materialmente **presente in atti** ma, tuttavia, risulti affetta da vizio che ne determini la **nullità**, o anche nel caso in cui un avvocato abbia agito in **rappresentanza di una parte senza che in atti esista alcuna procura** da quest’ultima rilasciata in suo favore” (ordinanza Sez. II n. 4932/2022).

3. La sentenza delle Cassazione a Sezioni Unite 37434/2022

Il dibattito viene risolto dalle **Sezioni Unite** della **Cassazione** (**Sent. n. 37434 del 21.12.2022**) abbracciando, come ormai noto, l’orientamento più rigoroso e sancendo, dunque, l’inapplicabilità dell’art. 182 c.p.c. alle ipotesi di inesistenza radicale del mandato *ad litem*.

Così recita il succinto e perentorio principio di diritto sancito dal massimo consesso del Palazzaccio:

“Il vigente art. 182, comma secondo, cod. proc. civ., non consente di sanare l’inesistenza o la mancanza in atti della procura alla lite”(Sezioni Unite 37434/2022)

Pare utile, se pur brevemente, ripercorrere le argomentazioni che hanno condotto a tale conclusione:

- a) il dato letterale. Il testo della norma, facente espresso riferimento ad un *vizio che determina la nullità della procura al difensore*, non consente di contemplare, tra le ipotesi di sanatoria, anche il caso di **radicale inesistenza**. Il vizio, in altre parole, è riconducibile solo alla nullità che, logicamente, presuppone l’esistenza della procura;
- b) il rischio di antinomia. Abbracciare l’orientamento estensivo comporterebbe il rischio concreto di un contrasto irrisolvibile con gli artt. 125, co. 2, 165, 166 e 168 cod. proc. civ. e 72 delle disp. att. e trans., i quali disegnerebbero, a lettera delle Sezioni Unite, *“una disciplina inconferente e inutile*. L’inconferenza, in altre parole, deriverebbe dalla coesistenza di norme antitetiche: un sistema normativo che prevede la necessaria esistenza *ab origine* di un mandato *ad litem* e una norma che consente, di contro, il rilascio ex novo della procura a processo già instaurato;
- c) confusione tra legittimazione processuale e rappresentanza processuale. Se è vero che, ai sensi degli artt. 82 e 83 c.p.c. (salvo casi eccezionali espressamente regolati) non è possibile stare in giudizio senza il ministero di un difensore, è anche vero che consentire il rilascio ex novo della procura alle liti con **effetti sananti ex tunc** vorrebbe dire attribuire validità a tutti quegli atti (di fatto) compiuti personalmente come se la parte fosse stata difesa da un avvocato regolarmente munito di mandato *ad litem*;
- d) in conseguenza di tutte le argomentazioni appena enucleate perderebbe pregnanza anche l’obiezione mossa dall’orientamento estensivo, propugnato da parte di dottrina e giurisprudenza, attinente alla celerità dei processi e al dovere dell’ordinamento processuale di rispondere alla domanda di giustizia proposta.

4. Il D.Lgs 149/2022 (c.d. Riforma Cartabia) e riflessioni conclusive

Le motivazioni enunciate dalle SS.UU. della Corte di Cassazione, condivisibili o meno, debbono essere sicuramente rilette alla luce dell'ultima modifica del codice di rito (**D.Lgs 149/2022 c.d. Riforma Cartabia**). La riforma delle regole processuali coinvolge, infatti, anche l'art. 182 c.p.c. il quale, nella nuova formulazione al netto dell'immutato comma 1, stabilisce che: *Quando rileva la **mancanza della procura** al difensore oppure un difetto di rappresentanza, di assistenza o di autorizzazione che ne determina la nullità, il giudice assegna alle parti un termine perentorio per la costituzione della persona alla quale spetta la rappresentanza o l'assistenza, per il rilascio delle necessarie autorizzazioni, ovvero per il rilascio della procura alle liti o per la rinnovazione della stessa. L'osservanza del termine sana i vizi, e gli effetti sostanziali e processuali della domanda si producono fin dal momento della prima notificazione.*

Da una prima lettura della norma recentemente novellata è possibile affermare come si sia assistito ad un sostanziale “*revirement*” legislativo rispetto alla tesi propugnata dalle SS.UU. Il testo normativo, infatti, contempla proprio l'ipotesi di sanatoria anche in caso di “mancanza della procura” al difensore.

La modifica della norma esaminata nel presente scritto deve essere letta unitamente alla contestuale introduzione dell'art. 171bis c.p.c. secondo cui è compito del giudice, d'ufficio, procedere alla verifica circa la regolarità del contraddittorio enunciando, quando occorre, i provvedimenti di cui (tra gli altri) all'art. 182 c.p.c.

Il dissenso e la discontinuità rispetto a quanto affermato dagli Ermellini a Sezioni Unite sono confermati, ex post, dalla lettura della relazione presentata dalla Commissione incaricata di studiare e predisporre la modifica al codice di rito (c.d Commissione Luiso). Lo scritto sottoposto all'attenzione della Ministra della Giustizia Cartabia anticipa cronologicamente la pubblicazione della sentenza della Suprema Corte di Cassazione a Sezioni Unite non prevedendo espressamente, tuttavia, la modifica dell'art. 182 c.p.c. Sorge, dunque, il dubbio che proprio l'espresso accoglimento dell'orientamento più restrittivo da parte delle Sezioni Unite abbia condotto il Legislatore a ripensare, in senso estensivo, alle ipotesi di sanatoria previste dal codice di rito in tema di difetto di *ius postulandi* probabilmente con l'intento di far prevalere le pronunce di merito rispetto a quelle di rito con l'obbiettivo, permeante l'intera riforma a lettera della medesima Commissione, di rispondere (si spera in tempi ragionevoli) alla domanda di giustizia.