

Rimessione in termini nel processo civile (*)

SOMMARIO: 1. Previa assicurazione delle condizioni di fatto per esercitare i poteri processuali: insufficienza. – 2. Doverosità costituzionale della rimessione in termini. – 3. Impianto originario del codice del 1940. – 4. Giurisprudenza della Corte costituzionale sul *dies a quo* di decorrenza. – 5. Introduzione dell'art. 184-bis c.p.c. – 6. Anticipazione del perfezionamento della notificazione. – 7. Segue: i limiti di questa soluzione. – 8. Rimessione in termini e cosa giudicata formale. – 9. La modifica legislativa del 2009. - 10. Problemi aperti e proposte di soluzione. - 11. Effetto. – 12. Presupposto: premessa. – 13. Giudizio di autoreponsabilità. – 14. Criterio di imputazione. – 15. Impedimento: nozione. – 16. Regola sulla diligenza. – 17. Colpa della persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda. – 18. Negligenza del difensore-procuratore. – 19. Regola sulla diligenza in ordine ai comportamenti del difensore. - 20. Doveri di organizzazione dello studio professionale. – 21. Negligenza del difensore rinunziante. - 22. Negligenza del sostituto del difensore. – 23. Negligenza dell'ausiliario del difensore. – 24. Negligenza del rappresentante (volontario, legale, organico) della parte. – 25. Negligenza del difensore-assistente e del consulente tecnico. – 26. Nozione di terzi, le cui condotte non sono imputabili alla parte. - 27. Ricadute sulla responsabilità professionale. – 28. Procedimento. – 29. Osservazione conclusiva.

(*) Inedito in questa versione, il testo risulta dalla fusione di cinque contributi: *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione civile*, Aggiornamento 2009, p. 466 ss.; *Improrogabilità dei termini perentori (art. 153 c.p.c.)*, in G. Balena, R. Caponi, A. Chizzini, S. Menchini, *La riforma della giustizia civile*, Torino, 2009, p. 50-65; *Rimessione in termini nel processo civile*, in *Il diritto. Enciclopedia giuridica*, Milano, 2007, vol. XIII, p. 566 ss; *Rimessione in termini: estensione ai poteri di impugnazione*, in *Foro italiano*, 2009, V, c. 283 ss.; *La causa non imputabile alla parte nella disciplina della rimessione in termini nel processo civile*, in *Foro it.*, 1998, c. 2658 ss. Il contributo sul *Foro Italiano* è stato pubblicato nel quadro di una raccolta di brevi interventi su *Le novità per il processo civile (l. 18 giugno 2009 n. 69)*; gli autori degli altri contributi sono G. Balena, C. M. Cea, F. Cipriani, G. Costantino, D. Dalfino, A.D. De Santis, E. Fabiani, M. Fabiani, B. Gambineri, D. Longo, G. Miccolis, G. G. Poli, B. Polisenio, G. Scarselli, G. Trisorio Liuzzi. Questi contributi hanno offerto la base a una serie di relazioni e interventi che ho tenuto a suo tempo sulla riforma del 2009.

1. *Previa assicurazione delle condizioni di fatto per esercitare i poteri processuali: insufficienza*

Nel corso della sua evoluzione storica, la disciplina dei processi giurisdizionali ha visto introdurre una serie di strumenti diretti a garantire in modo sempre più ampio ed effettivo il diritto delle parti di partecipare al processo, come le norme sulla notificazione degli atti processuali, sulla contumacia, sui termini per impugnare le sentenze, sull'interruzione del processo.

Assicurare solo in via preventiva le condizioni di fatto per esercitare i poteri processuali non è però sufficiente a salvaguardare in pieno il diritto delle parti di agire e difendersi in giudizio. L'esperienza dimostra che gli strumenti appena ricordati falliscono il loro obiettivo, se si verifica successivamente un fatto che impedisce alla parte di esercitare il potere processuale.

2. *Doverosità costituzionale della rimessione in termini*

Da ciò si ricava che la garanzia costituzionale del diritto di azione e di difesa in giudizio (artt. 24 e 111 Cost.) non richiede solo di assicurare in via preventiva le condizioni materiali che consentano alle parti di esercitare i poteri processuali, ma impone altresì al legislatore di predisporre un rimedio per eliminare successivamente le conseguenze pregiudizievoli della loro inattività, dovuta all'intervento di un caso fortuito o di una causa di forza maggiore.

Quando tale inattività si risolve nell'inadempimento dell'onere di osservare un termine perentorio, di partecipare ad una udienza o ad una fase processuale e la conseguenza pregiudizievole è la perdita del correlativo potere processuale (decadenza), questo rimedio generale e sussidiario consiste nella ricostituzione del potere in capo alla parte, cioè nella rimessione in termini.

A tale scopo, su istanza di parte, riscontrata la sussistenza dei presupposti per concedere il rimedio, il giudice assegna un ulteriore termine per svolgere l'attività processuale dalla quale la parte è incolpevolmente decaduta.

3. *Impianto originario del codice del 1940*

Il codice di procedura civile del 1940 non prevedeva una figura generale di rimessione in termini, ma solo tante ipotesi specifiche, fra le quali spiccava l'art. 294 c.p.c., in favore del cosiddetto contumace involontario.

4. *Giurisprudenza della Corte costituzionale sul dies a quo di decorrenza*

La Corte costituzionale si è pronunciata molte volte sulla legittimità costituzionale di singole norme che prevedevano termini perentori decorrenti da un evento che le parti potevano ignorare senza colpa. Essa ha sempre preferito spostare la decorrenza al momento in cui la parte prende conoscenza dell'evento, esemplari sono le pronunce sull'art. 305 c.p.c., in materia di interruzione del processo¹, anziché introdurre in via generale il rimedio della rimessione in termini, come avrebbe potuto fare, dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 153 c.p.c. che fissava il principio della improrogabilità dei termini perentori.

In realtà tale rimedio deve avere carattere generale, cioè esso deve poter essere invocato ogni volta che la parte, decaduta dal potere di compiere un atto del processo, provi che l'inosservanza del termine perentorio è dipesa da fatto a lei non imputabile, quindi, non solo da ignoranza incolpevole del *dies a quo* di decorrenza, ma in generale da una causa non imputabile che abbia impedito l'esercizio del potere.

5. *Introduzione dell'art. 184-bis c.p.c.*

¹ A partire da Corte cost., 15 dicembre 1967, n. 139.

Nell'evoluzione dell'ordinamento processuale civile verso la progressiva rilevanza degli impedimenti di fatto all'esercizio dei poteri processuali, una tappa significativa è costituita dall'introduzione della rimessione in termini delle parti costituite (art. 184-*bis* c.p.c.).

Nato come "valvola di sicurezza" rispetto al regime di preclusioni disposto dalla Novella del 1990, dopo la sua modificazione nel 1995, l'art. 184-*bis* c.p.c. era diventato una norma generale di rimessione in termini all'interno di un grado di giudizio in corso di svolgimento. Essa aveva ad oggetto le decadenze interne al giudizio di primo grado e, attraverso il rinvio dell'art. 359 c.p.c., di appello, compatibilmente con la struttura di questo mezzo di impugnazione. Infine la rimessione in termini aveva trovato applicazione anche nel giudizio di cassazione².

Sotto questo profilo, prima della riforma del 2009, la disciplina del processo civile viveva in una sorta di contraddizione, tra rimessione in termini nel corso del processo e assenza di rimessione in termini per quanto attiene ai poteri esterni al processo³.

6. Anticipazione del perfezionamento della notificazione

Questa contraddizione è stata mitigata dagli sviluppi giurisprudenziali promossi dalla sentenza Corte cost. 26 novembre 2002, n. 477⁴, sboccati nel 2006 nell'aggiunta all'art. 149 c.p.c. di un terzo comma del seguente tenore: "la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto".

Nei loro tratti essenziali, questi sviluppi possono essere sintetizzati nel modo seguente. Nel procedimento di notificazione di un atto processuale si produce l'effetto preliminare di sancire, a vantaggio del notificante, l'osservanza di un termine pendente fin dal momento in cui l'atto è consegnato all'ufficiale giudiziario. Fin da questo momento possono essere compiute dal notificante le attività che presuppongono la notificazione dell'atto. È legittimata, ad es., la prassi dell'iscrizione a ruolo della causa con la c.d. velina. Si generalizza così la soluzione esplicitamente prevista, nel caso di notificazione a mezzo posta, dall'art. 5, comma 3 l. n. 890 del 1982. Questi effetti, provvisoriamente anticipati a vantaggio del notificante, si consolidano definitivamente con il perfezionamento del procedimento di notificazione, cioè si consolidano con la ricezione dell'atto da parte del destinatario, o con l'evento considerato dalla legge come equivalente alla ricezione.

Da quest'ultimo momento si producono gli altri effetti sostanziali e processuali che l'ordinamento ricollega alla notificazione, ad es., l'inizio della decorrenza di un termine previsto per il compimento di un atto successivo nella sequenza processuale, oppure l'applicabilità di una nuova disciplina processuale, che sia collegata ai processi instaurati successivamente alla data della sua entrata in vigore.

La *ratio* della regola introdotta dalla Corte costituzionale (e recepita dall'art. 149, comma 3 c.p.c.), cioè evitare che il notificante subisca una decadenza dovuta al ritardo – a lui non imputabile – nell'esecuzione della notificazione, suggerisce di vedere consolidata l'osservanza di un termine pendente a vantaggio del notificante anche nell'ipotesi in cui questi abbia consegnato

² Cfr. ad esempio fra le più importanti dal punto di vista pratico, Cass., sez. un., 14 gennaio 2008, n. 627, in *Foro it.*, 2008, I, c. 2591: il difensore del ricorrente presente in udienza o all'adunanza della corte in camera di consiglio può domandare di essere rimesso in termini per la produzione dell'avviso del piego raccomandato che affermi di non aver ricevuto, offrendo la prova documentale di essersi tempestivamente attivato nel richiedere il duplicato che l'amministrazione è tenuta a rilasciare in caso di smarrimento dell'originale da parte dell'ufficio postale.

³ Per le indicazioni giurisprudenziali sul punto si rinvia alla ricchissima nota redazionale di V. TRIPALDI, in calce a Trib. Torino, 29 giugno 2007, in *Foro it.*, 2008, I, c. 999.

⁴ Cfr. Corte cost., 26 novembre 2002, n. 477, in *Foro it.*, 2003, I, c. 13, con nota di CAPONI, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze dei terzi.*

tempestivamente l'atto all'ufficiale giudiziario, ma la notificazione non sia andata a buon fine per un fatto a lui non imputabile, purché il notificante abbia attivato un ulteriore procedimento di notificazione, regolarmente perfezionatosi⁵.

Poiché il nostro sistema prevede però una pluralità di procedimenti di notificazione tra di loro distinti e, sul piano della teoria della fattispecie, risulta difficile "agganciare" un effetto giuridico preliminare di un procedimento che poi non si è perfezionato ad un successivo e diverso procedimento, questa estensione della regola all'ipotesi *de qua* si risolve in realtà in una rimessione in termini del notificante.

7. Segue: i limiti di questa soluzione

Ciò rivela il limite della protezione degli interessi del notificante attuata attraverso l'orientamento della giurisprudenza costituzionale, recepito dall'art. 149, comma 3 c.p.c.

Qualora il procedimento di notificazione non si perfezioni e quindi il termine risulti *ex post* non osservato, il rispetto di quelle stesse garanzie costituzionali che sono alla base dell'orientamento della giurisprudenza costituzionale impone di concedere la rimessione in termini, se, evidentemente, il procedimento di notificazione non si è perfezionato per una causa non imputabile al notificante.

Tale necessità non si è smorzata con l'introduzione dell'art. 149, comma 3 c.p.c. Al contrario, tale orientamento ha innescato una serie di reazioni a catena che ha contribuito a far riconoscere la doverosità costituzionale della introduzione della rimessione in termini estesa ai poteri di impugnazione.

Del resto, se il nostro ordinamento processuale avesse conosciuto già questo rimedio, le esigenze sottese all'orientamento inaugurato da Corte cost. n. 477 del 2002 avrebbero potuto essere soddisfatte dalla rimessione in termini. Le affermazioni della Corte si prestano infatti ad una inevitabile generalizzazione: è palesemente irragionevole, oltre che lesivo del diritto di difesa, che un effetto di decadenza possa discendere da un fatto estraneo alla sfera di disponibilità della parte, quindi a lei non imputabile.

In altri termini, se l'obiettivo costituzionalmente doveroso è quello di evitare una decadenza incolpevole, l'esigenza di conseguirlo si pone anche al di fuori del settore delle notificazioni ed anche in caso di totale omissione dell'esercizio del potere (non solo in caso di esercizio tardivo o invalido). Ricollegare l'osservanza del termine alla consegna dell'atto da notificare all'ufficiale giudiziario è certamente uno strumento utile, ma risolve un solo problema, quello determinato da una causa non imputabile che determini semplicemente la tardività del perfezionamento di un procedimento di notificazione tempestivamente avviato. In tutti gli altri casi soccorre la rimessione in termini.

8. Rimessione in termini e cosa giudicata formale

Né l'obiettivo di rimuovere la decadenza incolpevole può, eventualmente, incontrare ostacolo nel giudicato. Non si può invocare l'esigenza di salvaguardare il giudicato, quando il passaggio in cosa giudicata formale è avvenuto in spregio del principio del contraddittorio e quindi in modo incostituzionale. Quando l'omissione che ha determinato l'immutabilità della sentenza è dovuta ad un impedimento non imputabile, non vi è salvaguardia della immutabilità del provvedimento giurisdizionale che tenga di fronte all'esigenza di tutelare il diritto di difesa della parte che è incolpevolmente decaduta dal potere d'impugnazione⁶.

⁵ Così, Cass., sez. un., 4 maggio 2006, n. 10216, in una fattispecie di opposizione al decreto ingiuntivo (la notificazione è da rinnovare nel termine dell'opposizione tardiva di cui all'art. 650 c.p.c.).

Cfr. BALENA, BOVE, *Le riforme più recenti del processo civile*, Bari, 2006, p. 42 s.

⁶ Per un più ampio discorso sul punto, nonché per i riferimenti giurisprudenziali, si rinvia a CAPONI, *La nuova disciplina del perfezionamento della notificazione nel processo civile (art. 149, comma 3 c.p.c.)*, in

9. La modifica legislativa del 2009

La soluzione proposta nei due paragrafi precedenti è stata accolta dalla l. n. 69 del 2009. È stato abrogato l'art. 184-*bis* c.p.c. ed il suo contenuto normativo è stato spostato in un secondo comma aggiunto all'art. 153 c.p.c. Ciò comporta che l'improrogabilità dei termini perentori cede in via generale, se la decadenza è dovuta ad una causa non imputabile alla parte. La rimessione in termini è estesa dunque ai poteri di impugnazione, e più in generale ai poteri esterni al giudizio in corso di svolgimento, come il potere di riassumere o di proseguire il processo interrotto o sospeso⁷.

10. Problemi aperti e proposte di soluzione

La modifica legislativa solleva problemi, che il legislatore avrebbe dovuto risolvere. In primo luogo, si deve individuare un termine perentorio, decorrente dal giorno in cui è cessata la causa non imputabile che ha impedito l'esercizio del potere, entro il quale deve essere richiesta la rimessione in termini. Una integrazione analogica, che fa leva sulla disciplina della decorrenza dei termini per proporre la revocazione straordinaria (art. 326 c.p.c.), orienta verso la previsione di un termine di trenta giorni. Ad esempio, entro questo termine dovrà essere proposto appello, abbinato all'istanza di rimessione in termini (che quindi dovrà essere indirizzata appunto al giudice d'appello). In secondo luogo, si deve individuare un termine finale di sbarramento oltre il quale non è più possibile la reintegrazione nel potere, indipendentemente dal venir meno dell'impedimento. Una integrazione analogica, che fa leva sulla disciplina del termine "lungo" di impugnazione (art. 327 c.p.c.), orienta verso la previsione di un termine di sei mesi, decorrente dalla scadenza del termine originario inosservato⁸.

11. Effetto

Effetto della rimessione in termini è la nuova attribuzione del potere da cui la parte era decaduta, a cui corrisponde un analogo ripristino dei poteri di reazione in capo alla controparte. In seguito alla rimessione in termini, il processo non regredisce integralmente, ma riapre parzialmente, con riguardo ai soli poteri nei quali la parte sia stata restituita in termini e ai poteri della controparte che sono la conseguenza dell'esercizio dei primi, la fase della determinazione del *thema decidendum* e del *thema probandum*, nonché delle deduzioni istruttorie.

12. Presupposto: premessa

Presupposto della rimessione in termini è che la parte dimostri di non aver potuto esercitare tempestivamente il potere processuale per una causa a lei non imputabile (es., artt. 153 e 294 c.p.c.) o per caso fortuito o forza maggiore (es., artt. 650 e 668 c.p.c.). Al di là di queste differenze terminologiche, le varie norme di rimessione in termini attribuiscono rilevanza ad un **impedimento non evitabile con un comportamento diligente**: cioè ad un fatto che, escludendo la capacità di intendere e di volere della parte, la conoscenza dell'esistenza attuale o della forma di esercizio del potere, o escludendo infine la possibilità pratica di esercitare il potere, impedisce alla parte di compiere il correlativo atto processuale.

Nella concretizzazione di tale presupposto, un ruolo importante è affidato alla giurisprudenza, che però dovrebbe guardarsi da una applicazione meccanica dei principi civilistici in tema di causa

Foro it., 2006, V, c. 165.

⁷ Il legislatore accoglie così i suggerimenti di parte della dottrina. Cfr. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, Milano, 1983; CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, Milano, 1996.

⁸ Per analoghe soluzioni, v. PROTO PISANI, *Per un nuovo codice di procedura civile*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 1 ss., art. 1.114 della bozza di articolato.

non imputabile, poiché nel processo civile la rimessione in termini è un aspetto della garanzia costituzionale del contraddittorio.

Come si vedrà nei prossimi paragrafi, ciò orienta verso un'interpretazione che limita le cause imputabili ai fatti di cui la parte personalmente, il suo rappresentante (volontario, legale, organico) o il suo difensore hanno colpa. Non dovrebbero invece escludere la rimessione in termini le negligenze del familiare o dell'ausiliario della parte, né le negligenze dell'ausiliario del difensore.

13. Giudizio di autoresponsabilità

Nello studiare la rimessione in termini la letteratura più recente ha seguito prospettive diverse. Vi è stato chi ha ricostruito la rimessione in termini come un aspetto della disciplina della decadenza, dimostrando, sulla scorta di un'approfondita indagine storica e comparatistica, che tale disciplina non si esaurisce nella imposizione di limiti temporali, ma si completa con disposizioni che mettono le parti nella effettiva possibilità di compiere l'atto processuale sottoposto a decadenza⁹. Altri, dopo aver richiamato le nozioni di causa non imputabile e di errore scusabile elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza precedente, ha svolto un'ampia analisi degli aspetti processuali di diritto vigente della rimessione in termini¹⁰.

La prospettiva che sarà seguita nella presente indagine fa leva invece sul principio di autoresponsabilità¹¹.

L'attività facoltativa del soggetto per la realizzazione dei propri interessi è oggetto di un giudizio di autoresponsabilità, parallelo al giudizio di responsabilità verso gli altri che ha ad oggetto l'attività doverosa dei soggetti tenuti a cooperare alla realizzazione di interessi altrui. Mediante il giudizio di autoresponsabilità vengono imputate al soggetto le conseguenze di un fatto che non lede interessi altrui, ma solo un interesse suo proprio¹².

In relazione al fondamento, vale per l'autoresponsabilità, così come per la responsabilità verso gli altri, l'alternativa tra responsabilità colposa e quella oggettiva. Nelle ipotesi in cui il soggetto può allontanare da sé le conseguenze pregiudizievoli dell'attività o dell'inattività, dimostrando semplicemente di aver agito diligentemente o che è intervenuto un impedimento non evitabile con un comportamento diligente, il fondamento dell'autoresponsabilità è la colpa. Nelle ipotesi in cui ciò non è possibile, il fondamento dell'autoresponsabilità è oggettivo: le conseguenze pregiudizievoli vengono imputate alla sfera giuridica del soggetto indipendentemente dalla sussistenza di un suo comportamento colposo.

⁹ Cfr. C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, cit., p. 217 e *passim*.

¹⁰ Cfr. F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 47 e *passim*.

¹¹ Sul quale, v. S. PUGLIATTI, *Autoresponsabilità*, in *Enc. del Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 453 ss.

¹² Per un più ampio discorso sul punto si rinvia a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 49 ss. Al di là di alcune soluzioni diverse date a specifiche questioni, sulle quali in questa sede non ci si può intrattenere, l'impostazione sviluppata in R. CAPONI, op. cit., concorda con quella di Balbi su taluni punti fondamentali: tra i quali le considerazioni che la decadenza non deriva solo dall'inosservanza di un termine perentorio (cfr. R. CAPONI, op. cit., p. 27 e *passim*), che la teoria della decadenza deve essere fondata sul principio della *negligenza* della parte (per la dimostrazione che questo principio ha ispirato il legislatore anche nella disciplina delle decadenze di diritto sostanziale, v. *Gli impedimenti all'esercizio dei poteri giuridici nella disciplina della decadenza*, indietro in questa *Raccolta*); che l'assenza di una norma di rimessione in termini concernente la decadenza non imputabile dal potere d'impugnare in favore della parte costituita viola la garanzia costituzionale del contraddittorio (cfr. C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, cit., specie p. 455 ss., che limita il discorso all'inosservanza incolpevole del termine breve; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 119). La comune insistenza su quest'ultimo punto distingue i due contributi appena ricordati da quello di F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., che invece situa la sua indagine esclusivamente all'interno dello *ius conditum*.

La differenza fondamentale tra fattispecie di responsabilità verso gli altri e di autoresponsabilità è che in queste ultime il comportamento del soggetto non viola alcun dovere verso gli altri e quindi non è antigiusuridico.

Il tema degli impedimenti all'esercizio dei poteri processuali è un aspetto del problema degli ostacoli allo svolgimento dell'attività facoltativa del soggetto. La questione della rilevanza degli impedimenti sulla durata o sul decorso del termine perentorio o della fase processuale è la questione del fondamento dell'autoresponsabilità della parte per la decadenza dai poteri processuali. Nelle ipotesi in cui la norma processuale non prevede alcun strumento per attribuire rilevanza agli impedimenti sulla durata o sul decorso del termine o della fase (come l'art. 153 c.p.c., nel testo anteriore alla riforma del 2009), l'impedimento e, con ciò, l'eventuale estinzione del potere processuale per decadenza, sono imputati alla sfera della parte a titolo di autoresponsabilità oggettiva. Ove infatti la legge non conceda alcuna possibilità di neutralizzare le conseguenze pregiudizievoli dell'intervento di un impedimento, l'eventuale decadenza dal potere è imputata alla parte sia che l'impedimento sia dovuto a colpa di questa, sia che esso sia incolpevole. Ove invece questa possibilità sia concessa (come l'art. 153 c.p.c. nel testo che risulta dalla riforma del 2009), è aperta la strada verso un'autoresponsabilità su fondamento colposo.

L'inquadramento della rimessione in termini all'interno del principio di autoresponsabilità, lungi dall'aver un mero valore classificatorio, implica che le norme che il legislatore ha dettato nella prospettiva della responsabilità verso altri non sono automaticamente estendibili alla diversa prospettiva dell'autoresponsabilità. Il rischio di una sovrapposizione delle due prospettive è immanente in questa materia, poiché il nostro ordinamento, in via di principio, non consente alla parte di stare in giudizio personalmente, ma richiede la necessaria intermediazione di un difensore (art. 82 c.p.c.), legato alla parte da un contratto di patrocinio, regolato dalle norme del codice civile sul contratto d'opera professionale e dalle norme che disciplinano la professione forense. Ne segue che, in molti casi, rilevante ai fini della concessione o del diniego della rimessione in termini è il comportamento del difensore, che è altresì rilevante nel giudizio di responsabilità professionale verso la parte.

Le norme che integrano il parametro del giudizio di responsabilità professionale del difensore valgono anche nel giudizio di autoresponsabilità della parte ai fini della rimessione in termini? Se si rispondesse affermativamente, ne seguirebbe, ad es., che la colpa lieve del difensore nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non escluderebbe la concessione della rimessione in termini, stante la presenza nel nostro ordinamento di una norma come l'art. 2236 c.c.¹³. L'accento posto sulla diversa prospettiva dell'autoresponsabilità avverte che l'operazione di estendere analogicamente alla vicenda della rimessione in termini l'art. 2236 c.c. e le altre disposizioni che concorrono a formare il parametro del giudizio di responsabilità professionale del difensore non può essere svolta apoditticamente, ma deve essere distintamente esaminata, disposizione per disposizione, alla luce dei diversi interessi in gioco nella disciplina della rimessione in termini, in particolare, alla luce dell'interesse della controparte che si avvantaggia legittimamente della decadenza in cui è incorsa la parte.

14. Criterio di imputazione

Vi è poi un altro dato che cospira ad attribuire un forte carattere di autonomia alla ricostruzione del concetto di causa non imputabile impeditiva dell'esercizio del potere processuale: la formula causa non imputabile è, di per sé, neutra rispetto al criterio d'imputazione¹⁴. Il criterio

¹³ Testo dell'art. 2236 c.c.: "se la prestazione implica la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà, il prestatore d'opera non risponde dei danni, se non in caso di dolo o di colpa grave".

¹⁴ Si tratta di indagini in tema di responsabilità contrattuale e, in particolare, di interpretazione dell'art. 1218 c.c. Cfr. L. MENGONI, *La responsabilità contrattuale*, in *Jus*, 1986, p. 87 ss., p. 124, che anticipa la voce omonima nell'*Enc. del Dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, p. 1072 ss.; sul punto, ampiamente, C. CASTRO-

d'imputazione deve essere individuato ricorrendo a norme diverse da quella che impiega la nozione di causa non imputabile o, in assenza di norme espresse, ricorrendo a principi propri del settore normativo in cui la norma sulla causa non imputabile è inserita.

Nella responsabilità contrattuale il criterio d'imputazione al debitore della causa che ha impedito l'esatto adempimento (art. 1218 c.c.) è la regola sulla diligenza (art. 1176 c.c.), per coloro che ritengono che la responsabilità debitoria si debba fondare sulla colpa; mentre è un criterio di responsabilità oggettiva, per coloro che ritengono che la regola sulla diligenza non abbia nulla a che fare con il giudizio di responsabilità, ma abbia riguardo alla sola valutazione di esattezza e/o d'inesattezza dell'adempimento; oppure, per un terzo indirizzo dottrinale che tende a sottrarsi a questa secca alternativa, l'imputazione al debitore può avvenire per colpa o per un criterio di responsabilità oggettiva, a seconda del contenuto concreto del rapporto in questione, così come risulta determinato dalla sua fonte¹⁵. Il conflitto tra questi diversi indirizzi non può essere in alcun modo risolto da un'isolata considerazione della norma che prevede la causa non imputabile (cioè l'art. 1218 c.c.).

Una situazione analoga si prospetta nel processo civile. Il criterio d'imputazione alla parte del fatto che ha impedito l'esercizio tempestivo del potere processuale non è offerto dalla nozione di causa non imputabile impiegata dall'art. 153, comma 2 c.p.c. Questa disposizione riceve il criterio d'imputazione dall'esterno, dall'ambiente normativo in cui essa è inserita, cioè dal sistema del diritto processuale e non può far riferimento a criteri d'imputazione propri di altri settori del diritto, se questi criteri non abbiano anche in quel sistema il loro fondamento. **Nell'ordinamento processuale un ruolo decisivo in questo contesto è svolto, come vedremo in seguito, dalla garanzia costituzionale dell'effettività del contraddittorio (art. 24, comma 2 c.p.c.).**

15. *Impedimento: nozione*

Sulla base di queste premesse, si può impostare l'indagine su quello che ben può essere considerato il fulcro di questo istituto, cioè la determinazione del presupposto della rimessione in termini, l'individuazione delle ipotesi in cui il fatto che ha impedito l'esercizio del potere processuale non è imputabile alla parte. L'indagine muove, oltre che dalle fattispecie che si sono presentate in Italia, dagli spunti offerti dall'esperienza giurisprudenziale più ampia in tema di rimessione in termini, quella tedesca. La nostra convinzione è che un'esperienza giurisprudenziale più che centenaria nella ricostruzione del presupposto della rimessione in termini¹⁶ possa venire in aiuto dei giudici italiani, non solo in vista dell'estensione del rimedio al potere di impugnazione, ma anche nell'interpretazione delle norme di rimessione in termini attualmente esistenti.

La decadenza della parte da poteri processuali può derivare dall'inosservanza di un termine perentorio (art. 153 c.p.c.), dalla mancata comparizione ad un'udienza (ad es., all'udienza di trattazione ex art. 183 c.p.c.) o dal mancato esercizio del potere entro la fine di una fase processuale (ad es., la mancata richiesta del termine di cui all'art. 184 c.p.c., entro il quale produrre documenti e indicare nuovi mezzi di prova). Mentre il comportamento attivo della parte costituisce inequivocabilmente un'iniziativa per la tutela del proprio interesse, l'inattività possiede una

NOVO, *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milano, 1979, p. 508 s.: “nella previsione dell'art. 1218 c.c. limite della responsabilità è l'impossibilità non imputabile a colpa, se quest'ultima è il criterio d'imputazione; l'impossibilità non imputabile secondo un altro criterio, ove si debba pervenire alla conclusione che quest'altro (o questi altri) criterio esista”; per uno spunto in questa direzione, v., in precedenza, P. RESCIGNO, *Fortuito, causa non imputabile e diligenza*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1951, II, p. 388; in tema, da ultimo, A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, sezione civile, vol. XVII, Torino, 1998, p. 25 ss., specie p. 38.

¹⁵ Per una lucida e sintetica prospettazione di questi tre indirizzi dottrinali v., da ultimo, A. DI MAJO, *Responsabilità contrattuale*, cit., specie p. 38 s.

¹⁶ Nel codice di procedura civile tedesco, *ZPO*, la norma sulla rimessione in termini (nella numerazione anteriore alla Novella del 1898, il § 211, adesso il § 233) è presente fin dall'inizio, cioè dal 1877.

intrinseca carica di ambiguità, potendo dipendere sia dalla scelta della parte di rinunciare al compimento dell'atto processuale o comunque dalla sua trascuratezza nell'esercizio dei poteri processuali, da un lato, che dall'intervento di un fatto non imputabile che le impedisce di agire, dall'altro lato¹⁷.

L'impedimento di fatto¹⁸ può venire innanzitutto dall'incapacità naturale della parte, cioè dallo stato di fatto della persona che non è in grado d'intendere e di volere per una qualsiasi causa permanente o transitoria.

L'inerzia della parte può essere provocata poi dagli stati soggettivi che escludono la conoscenza dell'esistenza attuale o della forma di esercizio del potere processuale, come l'ignoranza e l'errore. Poiché il potere processuale, come ogni situazione giuridica soggettiva, cioè come ogni effetto giuridico, è condizionato dalla presenza di un fatto e di una norma giuridica che lo qualifica, il difetto di conoscenza del potere deriva alternativamente dall'ignoranza sul fatto legittimante o dall'ignoranza sulla norma processuale.

In ordine ai poteri di allegare i fatti rilevanti nella fattispecie del diritto fatto valere in giudizio, di modificare le domande, di proporre o modificare le eccezioni e le conclusioni, di indicare i mezzi di prova, l'impedimento può derivare dal difetto di conoscenza dei fatti rilevanti, delle norme da applicare alla situazione sostanziale dedotta in giudizio, delle fonti materiali di prova.

L'impedimento può essere costituito infine da eventi sopravvenuti dopo che la parte ha acquisito conoscenza dell'esistenza attuale o della forma di esercizio del potere processuale (o dopo che la parte ha preso conoscenza dei fatti rilevanti, delle norme sostanziali, delle fonti materiali di prova), eventi efficienti almeno nell'ultimo momento utile per l'esercizio del potere, prima della scadenza del termine perentorio o della chiusura della fase processuale. Quest'ultima categoria inquadra fatti che possono non escludere la capacità di intendere e di volere o la conoscenza, ma incidono direttamente sulla possibilità di svolgere l'attività conforme ai requisiti di forma-contenuto dell'atto processuale.

Gli impedimenti possono colpire la parte, il suo rappresentante processuale, il difensore o anche terzi che siano in una qualche forma di rapporto (di parentela, di lavoro, di mandato, di collaborazione occasionale) con questi soggetti e, in virtù di tale rapporto, siano in qualche modo coinvolti nell'attività processuale.

¹⁷ Taluni impedimenti, come l'errore sulla forma di esercizio del potere processuale, possono provocare, invece che la totale inattività della parte, il compimento di un atto nullo o inammissibile. Questa variante dovrebbe essere oggetto di un'autonoma indagine incentrata sui rapporti tra nullità degli atti e causa non imputabile. Per alcuni spunti problematici sul punto, si rinvia a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 337 ss. In tema v., da ultimo, R. POLI, *Sulla sanabilità dell'inosservanza di forme prescritte a pena di preclusione e di decadenza*, in *Riv. dir. proc.*, 1996, p. 447 s.

¹⁸ Gli impedimenti presi in considerazione sono fattuali, nel senso che impediscono il prodursi della componente di fatto dell'effetto giuridico dopo che quest'ultimo è già sorto (impediscono cioè l'esercizio del potere processuale). Al contrario la categoria degli impedimenti giuridici, impiegata nell'illustrazione della disciplina relativa alla decorrenza della prescrizione, si rivela di scarsa consistenza teorica: gli impedimenti o sono fattuali o non sono impedimenti. I fenomeni ricompresi fra i c.d. impedimenti giuridici sono per lo più elementi che ancora mancano alla fattispecie costitutiva della situazione soggettiva per perfezionarsi o riperfezionarsi e non sono al centro dell'attenzione (per un più ampio discorso sul punto si rinvia a *Gli impedimenti all'esercizio dei diritti nella disciplina della prescrizione*, indietro in questa *Raccolta*).

Analogamente, fuori dal discorso sulla rimessione in termini rimangono i difetti dei requisiti soggettivi (extraformali) relativi alle parti, in particolare i difetti della capacità di essere parte, della capacità processuale, della rappresentanza processuale volontaria, della difesa tecnica. Tali difetti possono avere un rilievo indiretto: così, ad esempio, la morte, la perdita della capacità di stare in giudizio della parte o del rappresentante legale della parte, la cessazione della rappresentanza legale; la morte, la radiazione dall'albo professionale o la sospensione dall'esercizio della professione del procuratore legale non sono impedimenti di fatto allo svolgimento dell'attività processuale, ma sono eventi interruttivi. È, se del caso, il difetto della conoscenza di questi eventi da parte dei soggetti legittimati a proseguire o a riassumere il processo interrotto un impedimento di fatto all'esercizio di questi ultimi poteri.

In sintesi, l'impedimento è un fatto che, escludendo la capacità di intendere e di volere della parte, o la conoscenza dell'esistenza attuale o della forma di esercizio del potere, o escludendo ancora la possibilità pratica di esercitarlo, impedisce la comparizione all'udienza, o il compimento dell'atto entro la scadenza del termine perentorio, o prima della chiusura della fase processuale. In ordine ai poteri di allegare i fatti rilevanti nella fattispecie del diritto fatto valere in giudizio, di modificare le domande, di proporre o modificare le eccezioni e le conclusioni, di indicare i mezzi di prova, l'impedimento può derivare dal difetto di conoscenza dei fatti rilevanti, delle norme da applicare alla situazione sostanziale dedotta in giudizio, delle fonti materiali di prova.

La garanzia costituzionale dell'effettività del contraddittorio richiede di porre rimedio alle ipotesi in cui la decadenza sia dovuta ad un impedimento non imputabile, cioè non evitabile con un comportamento diligente¹⁹.

16. Regola sulla diligenza

Con il richiamo della regola sulla diligenza, che deriva non dall'art. 1176 c.c., ma direttamente dall'esigenza di attuare la garanzia costituzionale del contraddittorio, il problema della determinazione del presupposto nella norma generale di rimessione in termini è appena impostato. Si tratta di una regola sulla diligenza modellata sulle capacità e sulle attitudini di un soggetto astratto o sulle capacità ed attitudini del soggetto che concretamente agisce in giudizio?

Ad una risposta soddisfacente a questo quesito si può giungere solo dopo aver accennato alla funzione della regola sulla diligenza nel diritto privato, in particolare nel diritto delle obbligazioni. Poiché l'aumento quantitativo, l'accelerazione temporale e l'enorme diversificazione delle modalità dei rapporti di scambio propri di uno stadio sviluppato del sistema economico rendono estremamente difficile tenere conto delle concrete condizioni in cui operano i soggetti, il sistema può evitare la paralisi solo se l'efficacia dell'operazione di scambio è, in linea di principio, resa indipendente da quelle condizioni, con l'individuazione di un certo standard di comportamento comunque dovuto, che consente al creditore di fare affidamento sul fatto di ricevere dal debitore la prestazione a cui ha diritto o, in caso d'inadempimento, di ottenere un surrogato, senza che il debitore possa invocare, per esonerarsi dalla responsabilità, la divergenza tra le proprie capacità e condizioni personali e quelle del soggetto che orienti la propria azione a tale standard²⁰.

Le esigenze di oggettivazione del criterio di imputazione della colpa in funzione della tutela dell'affidamento e della circolazione giuridica si pongono principalmente nel diritto sostanziale. Nel processo civile ci sono esigenze diverse. Ove si tratti di valutare il comportamento della parte che agisce personalmente in giudizio, o della parte che, destinataria dell'atto introduttivo del giudizio, non si è ancora rivolta ad un difensore, l'esigenza di assicurare l'effettività della garanzia costituzionale del contraddittorio spinge ad adottare un criterio della colpa orientato soggettivamente, commisurato al grado di conoscenze, istruzione, intelligenza ed esperienza del concreto individuo che è parte del processo. Agisce negligenzemente la parte che non si comporta con quella diligenza processuale che è da lei esigibile secondo le sue capacità personali e la concreta situazione processuale. Il criterio della colpa è quindi individuale e non coincide con quello oggettivo-astratto della diligenza del buon padre di famiglia (art. 1176 c.c.). Poiché la figura

¹⁹ Sul punto v. C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, cit., p. 217 ss. (che distingue le decadenze a seconda che pregiudichino o meno il diritto al contraddittorio); ID., in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 618 ss.; R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 128 ss., p. 195 ss.; F. DE SANTIS, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 142 ss.

²⁰ Cfr. A. DI MAJO, *Obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, p. 424 ss., il quale ricorda che, in sistemi economici che non conoscevano il moderno sviluppo delle forze produttive, il modello era quello di un giudizio soggettivo di responsabilità. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, seconda ed., rist., Napoli, 1958, *passim*.

del padre di famiglia è stata progressivamente rimpiazzata dalla diligenza-regola tecnica, in queste ipotesi, tra l'altro, non si saprebbe bene a quale standard professionale ancorare il criterio della diligenza in astratto: non esiste lo standard di "parte in giudizio".

L'applicazione del criterio soggettivo della colpa è mitigata da una regola oggettivo-astratta: il difetto di una specifica preparazione giuridica non può essere in via di principio una scusante, perché è pur sempre compito di una parte che versa in tali condizioni quello di informarsi sulle forme ed i termini per agire e difendersi in giudizio a tutela dei propri diritti²¹. L'applicazione del criterio soggettivo della colpa è della massima opportunità quando la parte è straniera e non conosce la lingua in cui si svolge il processo (cfr. art. 122 c.p.c.)²².

Se si applica il criterio soggettivo della colpa, uno stesso impedimento può essere considerato imputabile o meno, a seconda delle qualità della parte in relazione alla quale esso si verifica.

17. Colpa della persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda

Può darsi che la decadenza si verifichi non per un fatto proprio della parte, ma di una "persona di famiglia o addetta alla casa, all'ufficio o all'azienda" della parte²³. Si tratta di soggetti che hanno con quest'ultima un rapporto di parentela, di lavoro o di collaborazione, in virtù del quale essa può dare istruzioni, esercitare una vigilanza o un controllo. Se vi è concorso di colpa della parte per difetto di diligenza in queste attività non ci sono problemi: siamo di fronte ad una colpa propria della parte che esclude la rimessione in termini. Egualmente certa è la disciplina dell'ipotesi in cui questi soggetti siano colpiti da un impedimento incolpevole: non vi è ragione per non concedere alla parte la rimessione in termini.

Qualche parola in più richiede il caso in cui non vi sia colpa propria della parte, ma solo un comportamento colposo (o doloso) di uno di questi soggetti. In una rara pronuncia su questo tema, la Corte di cassazione ha escluso l'autoresponsabilità in ipotesi di comportamento doloso di una persona di famiglia. La mancata consegna dolosa all'intimato da parte del familiare del decreto ingiuntivo regolarmente notificato è stata ritenuta infatti un motivo idoneo a sorreggere l'opposizione tardiva *ex art. 650 c.p.c.* perché il comportamento colposo del consegnatario può essere previsto ed evitato con la normale diligenza, mentre il comportamento doloso, da chiunque

²¹ Questo principio è affermato dalla giurisprudenza tedesca con riferimento alla fattispecie della notificazione di una decisione sfavorevole: per le indicazioni sia consentito il rinvio a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 207, in nota 13.

²² Un interessante caso concreto in proposito, tratto dalla giurisprudenza tedesca e depurato di alcune complicazioni irrilevanti, è il seguente. Con sentenza del 21 settembre 1976 viene sciolto il matrimonio delle parti con attribuzione di colpa al marito, un operaio delle ferrovie residente nel Granducato del Lussemburgo. La sentenza viene notificata il 13 ottobre all'avvocato che lo ha difeso per un tratto del processo di primo grado, prima di rinunciare al mandato il 9 aprile 1976. Il 4 novembre 1976 il marito viene a conoscenza della sentenza da una lettera dell'avvocato inviata all'indirizzo dei suoi genitori. L'11 novembre egli dichiara personalmente di voler appellare di fronte al giudice di primo grado, funzionalmente incompetente. Dinanzi alla Corte d'appello l'impugnazione viene proposta il 24 novembre, tardivamente, da un avvocato da lui incaricato. Il 30 novembre è richiesta la rimessione nel termine per appellare. La Corte d'appello respinge la richiesta e dichiara l'appello inammissibile, ma tale decisione è annullata dal *Bundesgerichtshof*, *BGH*, con la motivazione che segue. Dalla dichiarazione giurata del marito emerge credibilmente che egli è incorso nella decadenza per aver ritenuto, fraintendendo le indicazioni in lingua tedesca del suo precedente avvocato, di poter personalmente impugnare la sentenza. Quando ha appreso dell'obbligo di rivolgersi ad un avvocato era ormai troppo tardi. Ad una parte straniera, che non conosce la lingua tedesca, non è mai stata in Germania e non è al corrente delle leggi tedesche non può essere rimproverato di aver mal compreso le indicazioni in lingua tedesca del proprio legale e di aver ritenuto di poter proporre appello personalmente contro la sentenza. Così, *BGH*, 23 marzo 1977, IV ZB 10/77, in *Versicherungsrecht*, *VersR*, 1977, p. 646.

²³ La frase tra virgolette è ripresa dall'art. 139, comma 2 c.c.

commesso, costituisce sempre un elemento imprevedibile e inevitabile e rientra pertanto nel caso fortuito che, impedendo la conoscenza, giustifica l'opposizione tardiva²⁴.

Nella motivazione di questa sentenza si legge già lo spunto che porta a concludere che anche i comportamenti colposi (e non solo quelli dolosi) dei familiari, dipendenti ed ausiliari della parte non sono imputabili alla parte. Se è vero che il loro comportamento colposo può essere di regola previsto ed evitato con la normale diligenza, occorre dare alla parte la possibilità di dimostrare che essa nel caso concreto non è riuscita ad evitare il comportamento colposo del familiare, ecc., pur impiegando la diligenza richiesta. Altrimenti si imputa alla parte il comportamento colposo di questi soggetti anche quando essa non incorre in una colpa propria e si rinnega che il fondamento della sua autoresponsabilità sia il fatto che il comportamento colposo del familiare, del dipendente o dell'ausiliario può essere previsto ed evitato con la normale diligenza²⁵.

La conclusione del ragionamento è che la parte può allegare la negligenza del familiare, del dipendente o dell'ausiliario per ottenere la rimessione in termini, a meno che alla parte stessa non sia attribuibile un concorso di colpa per difetto di istruzione e/o di vigilanza (o che queste persone non rivestano il ruolo di rappresentante della parte).

18. Negligenza del difensore-procuratore

Ci si chiede se la decadenza dal potere processuale dovuta esclusivamente ad un comportamento negligente del difensore-procuratore individuale²⁶, e non della parte, consenta a quest'ultima di ottenere la rimessione in termini²⁷.

²⁴ Così, Cass. 11 luglio 1963, n. 1871, in *Foro it.* 1963, I, c. 2300, con nota di F. MACIOCE.

²⁵ In questo senso si possono riportare alcune vicende tratte dalla giurisprudenza tedesca. In un primo episodio alla moglie separata, appellante in una causa di alimenti nei confronti del marito, è stata concessa la rimessione nel termine per depositare i motivi d'appello nel seguente caso: dopo aver presentato dichiarazione di appello, la moglie sposta il proprio domicilio da casa del figlio a casa della sorella, chiedendo al figlio di inoltrarle la corrispondenza. Questi omette di farlo ed i ripetuti tentativi dell'avvocato di seconda istanza di prendere contatto con la moglie per redigere i motivi d'appello vanno a vuoto: così, *BGH*, 8 giugno 1988, IV b ZB 68/88, in *Neue Juristische Wochenschrift, NJW*, 1988, p. 2672 ss. In un secondo episodio è stata negata la rimessione in termini ad un imprenditore che non aveva preso adeguate misure organizzative affinché, durante il periodo in cui il suo amministratore era assente per malattia, la corrispondenza venisse sbrigata da altri dipendenti e venissero tempestivamente date istruzioni ai legali circa il compimento di atti processuali soggetti a decadenza (così, *BGH*, 20 novembre 1986, VII ZB 11/86, in *Versicherungsrecht, VersR*, 1987, p. 561).

I principi esposti nel testo aiutano a prendere posizione sul noto caso, presentatosi all'esame della giurisprudenza italiana, relativo alla opposizione tardiva a decreto ingiuntivo notificato al carcerato: la Corte d'appello di Milano dichiarò l'inammissibilità dell'opposizione tardiva perché la carcerazione non impediva all'ingiunto "di avvertire i suoi familiari e le persone addette alla casa di trasmettergli prontamente in carcere gli atti e le notifiche tutte" che sarebbero potute pervenirgli durante la sua assenza (così, Corte d'appello di Milano, 19 febbraio 1965, in *Riv. dir. proc.*, 1966, p. 159 ss., con nota di V. COLESANTI, *In tema di opposizione tardiva a decreto ingiuntivo notificato al carcerato*). La Corte impone un onere di diligenza eccessivo all'ingiunto: la carcerazione rientra fra le ipotesi di assenza impreveduta del soggetto dal domicilio, per cui egli non è tenuto a prendere provvedimenti per l'osservanza di termini processuali nemmeno se sia prevedibile che durante la sua assenza egli sia convenuto in giudizio o comunque decorrano termini che debbano essere osservati prima del suo rientro. Quanto al fatto dei familiari che, visitato l'ingiunto in carcere proprio nel periodo utile per fare opposizione, si sono dimenticati di comunicargli l'avvenuta notifica del decreto, si tratta semmai di una negligenza che non è imputabile alla parte.

²⁶ L'aggettivo "individuale" intende distinguere questa ipotesi dall'ipotesi in cui la difesa sia assunta da una società professionale.

²⁷ In questo paragrafo riceve ulteriore sviluppo (anche sulla scorta di più recenti contributi su temi limitrofi, tra cui, in particolare, quello di G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, Milano, 1998), il discorso da noi avviato in R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 128 ss.

Ad una risposta positiva a questa domanda si potrebbe pervenire sulla base del seguente ragionamento. In via di principio il nostro ordinamento non consente alla parte di stare personalmente in giudizio, ma richiede la necessaria intermediazione di un difensore tecnico (art. 82 c.p.c.). Quando la parte sta in giudizio col ministero del difensore, questi può compiere e ricevere, nell'interesse della parte stessa, tutti gli atti del processo che dalla legge non sono ad essa espressamente riservati (art. 84, comma 1 c.p.c.). Posta la necessità dell'intermediazione del difensore, la libertà della parte di scegliere quest'ultimo, da sola, non vale certamente ad imputare alla parte, per colpa propria, la decadenza dal potere processuale dovuta esclusivamente ad un comportamento negligente del difensore²⁸. Nella stragrande maggioranza dei casi la parte non ha alcun mezzo per evitare il comportamento negligente del difensore e lo subisce come subirebbe un caso fortuito. A ciò si deve aggiungere che il nostro ordinamento processuale, a differenza dell'ordinamento tedesco, non contiene alcuna norma che preveda, esplicitamente e in via generale, che "la colpa del procuratore equivale alla colpa della parte"²⁹. Da ciò si potrebbe ricavare la convinzione che la negligenza del difensore non è imputabile alla parte ai fini della rimessione in termini: se la negligente inattività del difensore ha causato la decadenza, la parte avrebbe dunque la facoltà di chiedere la rimessione in termini. Né questa facoltà sarebbe preclusa dalla possibilità di intentare un'azione di risarcimento danni da responsabilità professionale, poiché si tratta di una tutela successiva e per equivalente monetario che non può competere con quella vera e propria tutela in forma specifica che sarebbe costituita dalla possibilità per la parte di ottenere la rimessione in termini ove la decadenza non sia dovuta ad una colpa propria, ma solo alla negligenza del difensore. La tutela risarcitoria sarebbe azionabile dalla parte in via sussidiaria, quando la possibilità di richiedere la rimessione in termini è venuta meno, ad es., per scadenza di un termine di sbarramento finale³⁰.

Questo ragionamento deve superare innanzitutto l'obiezione derivante dal dogma che inquadra gli atti compiuti dalla parte per il tramite del difensore in termini di immedesimazione organica. Prima ancora che gli effetti, vengono imputati alla parte gli atti del difensore sulla base di un rapporto che, analogamente al rapporto organico³¹, rende alieno l'atto rispetto al suo autore e permette che esso sia attribuito a un soggetto diverso³². Il difensore non compie nel processo atti propri, ma compie gli atti della parte, per cui tutti i comportamenti processualmente rilevanti del

²⁸ A meno di non voler prestare fede alla concezione della *culpa in eligendo*, come fa, ad es., Corte cost. 16 marzo 1971, n. 47, in *Foro it.*, 1971, I, c. 836 ss., secondo cui "il diritto di difesa non può essere stato garantito dalla Costituzione fino a rendere inefficaci le preclusioni che la negligenza del difensore può provocare, data la libertà della scelta che spetta alla parte".

²⁹ Così § 85, comma 2 *ZPO*. Cfr. inoltre il § 51, comma 2 *ZPO*, che contiene una norma di identico contenuto con riferimento al rappresentante legale. Il nostro ordinamento conosce anzi delle norme che distinguono nettamente la parte dal rappresentante, come l'art. 94 c.p.c., che addossa agli eredi beneficiati, ai tutori, ai curatori e in generale a tutti coloro che rappresentano o assistono la parte in giudizio le spese dell'intero processo o di singoli atti, ove ricorrano gravi motivi: sull'importanza di questa norma, nella prospettiva "di evitare la responsabilità oggettiva della parte e di attribuire ad ogni soggetto la responsabilità personale per gli atti che compie" ha richiamato recentemente l'attenzione G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, cit., p. 151 ss.

³⁰ Sul termine di sbarramento finale nella disciplina della rimessione in termini, v. R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 380 ss. Il termine di sbarramento finale è il termine dopo il quale la rimessione in termini non può essere più richiesta, indipendentemente dalla cessazione dell'impedimento.

³¹ Sul rapporto organico, v. M. S. GIANNINI, *Organi (teoria gen.)*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXI, Milano, 1981, p. 37 ss., specie p. 46 ss.

³² Effettua il paragone con il rapporto organico, C. MANDRIOLI, *Dei difensori*, in *Commentario del codice di procedura civile*, diretto da E. Allorio, vol. I, 2, Torino, 1973, p. 948, il quale sottolinea però che l'assimilazione al rapporto organico non esprime che un aspetto del ministero del difensore, mentre l'altro aspetto è espresso dalla reciproca integrazione della volontà della parte con quella del difensore.

difensore, leciti ed illeciti, e persino i fatti di coscienza, come la malafede, vengono direttamente imputati alla parte³³.

Si può osservare però che il nostro legislatore ha prestato fede al dogma dell'immedesimazione organica parte-difensore solo in relazione alla disciplina della responsabilità per le spese e i danni processuali. Dagli artt. 92, comma 1, seconda parte e 96 c.p.c. emerge che la parte risponde oggettivamente per i danni arrecati alla controparte da atti compiuti per il tramite del proprio difensore³⁴, mentre non esiste effettivamente una disposizione che abbia una portata così generale da poter essere direttamente applicata alla rimessione in termini (come quella già citata dell'ordinamento tedesco). Abbiamo già avvertito che le soluzioni normative dettate in tema di responsabilità verso gli altri (in questo caso: verso la controparte), non sono automaticamente estendibili alla diversa prospettiva dell'autoresponsabilità. A ciò si può aggiungere che l'approccio della rimessione in termini punta a conferire rilevanza alle condizioni fattuali in cui la parte esercita i poteri processuali, piuttosto che ad effetti, imputazioni e finzioni meramente legali: si conferisce rilevanza, ad es., alla capacità di intendere e di volere della parte, piuttosto che alla capacità processuale; alla conoscenza effettiva, piuttosto che alla presunzione di conoscenza. Tale approccio potrebbe valere a recidere, in omaggio alla garanzia costituzionale dell'effettività del

³³ Cfr. anche V. ANDRIOLI, *Diritto processuale civile*, Napoli, 1979, p. 392, che inserisce il ministero del difensore all'interno del fenomeno della rappresentanza (legale). La riconduzione del ministero del difensore all'interno del fenomeno della rappresentanza ha incontrato perplessità in dottrina. Oltre alle tesi che fanno appello alla figura della nunciazione (è la nota teoria di F. CARNELUTTI, *Figura giuridica del difensore*, in *Riv. dir. proc.*, 1940, p. 65 ss.) o della sostituzione processuale (in questo senso, S. SATTÀ, *Avvocato (procuratore)*, in *Enc. del Dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 649 ss.), tesi che non hanno raccolto il consenso maggioritario della dottrina (per le osservazioni critiche, v. C. MANDRIOLI, *Dei difensori*, cit., p. 945 ss.), ci riferiamo in particolare alle perplessità di C. MANDRIOLI, *op. cit.*, p. 944 s., secondo cui "i poteri attribuiti dalla legge al difensore-procuratore sono assolutamente privi del carattere della 'secondarietà' rispetto ad altrettanti poteri 'primari' della parte, dal momento che questa non potrebbe compiere essa stessa quegli atti che per essa può compiere soltanto il suo difensore, salvi i casi eccezionali in cui il ministero del difensore è solo facoltativo".

³⁴ Questa soluzione normativa è stata recentemente messa in discussione nel contesto di un'indagine sulle spese e i danni processuali (G. SCARSELLI, *Le spese giudiziali civili*, cit.); in particolare essa è stata messa in discussione con riferimento alla disciplina del risarcimento dei danni provocati alla controparte da atti processuali della parte compiuti per il tramite del proprio difensore, lesivi del dovere di lealtà e probità di cui all'art. 88 c.p.c., oppure compiuti con malafede, colpa grave o senza la normale prudenza (si tratta delle fattispecie disciplinate dagli artt. 89, comma 2, 92, comma 1, seconda parte e 96 c.p.c.): "È giusto che la parte subisca le conseguenze del comportamento del proprio difensore?" o non è preferibile, piuttosto, suggerisce l'A., la soluzione "di evitare la responsabilità oggettiva della parte e di attribuire ad ogni soggetto la responsabilità personale per gli atti che compie?" (cfr. G. SCARSELLI, *op. cit.*, p. 144, p. 151). A tal fine l'A. propone di "leggere in modo non letterale" il termine "parte" di cui agli artt. 92, comma 1, seconda parte e 96 c.p.c. (cfr. G. SCARSELLI, *op. cit.*, 145 ss.). A nostro avviso il dibattito sulla questione relativa al se il difensore possa e debba essere chiamato a rispondere direttamente per i danni che ha arrecato alla controparte (senza coinvolgere la parte, che potrebbe rivalersi solo, se del caso, attraverso un giudizio di responsabilità professionale), potrebbe essere solidamente impostato dopo una rinnovata riflessione sul ministero del difensore e sul rapporto tra responsabilità processuale e illecito civile (in tema v., nella letteratura più recente, C. MASSIMO BIANCA, *Responsabilità processuale e illecito civile*, in *Scritti in onore di Elio Fazzalari*, vol. I, Milano, 1993, p. 343 ss.; per interessanti rilievi, v. C. CONSOLO, *Tutela risarcitoria di posizioni giuridiche schiettamente processuali? (l'azione concreta fra art. 2043 c.c., art. 96 c.p.c. e l. n. 117/1988)*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, II, p. 71 ss.). Tale riflessione dovrebbe saggiare l'idoneità di questa questione ad essere considerata un ulteriore aspetto del tema del comportamento del professionista che, nell'adempiere un'obbligazione, cagioni danno a soggetti che non gli sono creditori, ma nella cui sfera giuridica si riflettono gli effetti negativi di una prestazione inesatta (su questo tema, v. V. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, Milano, 1995, p. 147 ss., specie p. 199 ss.; sulla responsabilità del professionista in genere, v., da ultimo, F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sezione Civile, vol. XVII, Torino, 1998, p. 137 ss., p. 216 ss.).

contraddittorio, il nesso di immedesimazione organica che rende gli atti del difensore direttamente riferibili alla parte.

Più che dall'obiezione derivante dal dogma dell'immedesimazione organica, la tesi secondo cui la negligenza del difensore non è imputabile alla parte è scalzata dalla considerazione degli interessi della controparte. Ipotizziamo che il nostro ordinamento conosca già la rimessione in termini nel potere d'impugnare e che la parte soccombente venga privata della possibilità di dolersi in secondo grado dell'esito della controversia in primo grado per un errore marchiano del proprio difensore che, sbagliando nel calcolo dei termini d'impugnazione, propone appello tardivamente. Secondo questa tesi la parte soccombente avrebbe diritto di chiedere la rimessione in termini perché la decadenza è dovuta ad una causa non imputabile a lei (ma al difensore). È fin troppo evidente che, se si ragiona in questo modo, il comportamento negligente del difensore della parte soccombente viene interamente scaricato sulla parte vincitrice, a cui viene inopinatamente sottratta l'utilità di una sentenza favorevole già passata in giudicato. Ciò sembra francamente inaccettabile.

Tenendo conto quindi del ruolo decisivo che, nel ricostruire il presupposto della rimessione in termini, deve essere attribuito non solo alla posizione della parte incorsa nella decadenza, ma anche alla posizione della controparte che si avvantaggia legittimamente della decadenza altrui³⁵, si deve concludere che ciò che è imputabile per colpa al difensore è imputato oggettivamente alla parte. Se la negligente inattività del difensore ha causato la decadenza, la parte non ha dunque la facoltà di chiedere la rimessione in termini³⁶.

La via argomentativa seguita nel riaffermare l'imputabilità alla parte degli atti compiuti dal difensore non fa appello a dogmi, ma all'interesse della controparte e lascia quindi aperta la possibilità che, in ipotesi eccezionali, ove entrino in gioco interessi della parte superiori a quelli della controparte, ad es., in ipotesi di deduzione in giudizio di diritti personalissimi di alto rango, come il rapporto di filiazione, il comportamento negligente del difensore non sia imputato alla parte³⁷.

³⁵ Per un più ampio discorso sul punto si consentito rinviare a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 136 ss.

³⁶ Cfr. R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 128 s.

³⁷ È comprensibile infatti che l'imputazione alla parte della negligenza del difensore abbia suscitato perplessità nelle ipotesi in cui il comportamento negligente provochi la decadenza dal potere d'impugnare la sentenza definitiva su una controversia relativa a un diritto a contenuto non patrimoniale: le conseguenze pregiudizievoli per la parte della negligenza del proprio difensore sono irrimediabili, non suscettibili di essere ristorate per equivalente monetario attraverso un giudizio di responsabilità professionale. Non per caso quindi fra il gennaio e il settembre del 1972, quattro ordinanze della Corte d'Appello di Celle, nella Repubblica federale tedesca, rimettono al *Bundesverfassungsgericht*, *BVerfG*, la Corte costituzionale federale tedesca, l'esame della questione di costituzionalità del § 232 comma 2 *ZPO*, nella parte in cui non escludeva che la colpa del difensore fosse imputabile alla parte in ipotesi di decadenza dal potere di impugnare la sentenza nei processi relativi a rapporti di filiazione. La Corte d'Appello di Celle sostiene che il comportamento negligente del difensore rappresenta per la parte un caso fortuito, ricorda che le conseguenze del comportamento negligente del difensore nei processi relativi a rapporti di filiazione non possono trovare compensazione in una pretesa risarcitoria e ritiene che il legislatore debba dare la prevalenza in tali processi alla verità materiale e alla giustizia. La Corte costituzionale federale tedesca rigetta la questione di costituzionalità (v. *BVerfG*, 8 maggio 1973, 2 BvL 5, 6, 7, 13/72, in *BverfGE*, 35, p. 41 ss., specie p. 46 ss.). Con la previsione che il comportamento colposo del difensore è imputabile alla parte - afferma la Corte - il legislatore ha privilegiato la certezza del diritto rispetto alla giustizia sostanziale. Tale scelta non è arbitraria e non è compito della Corte costituzionale verificare se la limitazione del § 232, comma 2 *ZPO* alle controversie patrimoniali sia più ragionevole o più giusta. In secondo luogo - prosegue la Corte - nelle controversie relative agli *status*, l'interesse della parte vittoriosa ad una conclusione definitiva della controversia in conseguenza della scadenza del termine d'impugnazione non è meno degno di tutela che nelle altre controversie. È da segnalare però l'appassionata opinione dissenziente del giudice Fabian von Schlabrendorff (v. *BverfGE*, 35, p. 51 ss.), che si conclude con le parole: "se si mette a confronto l'affidamento della parte vittoriosa sulla decisività della sentenza di primo grado con l'interesse della parte soccombente ad una decisione oggettivamente giusta,

19. Regola sulla diligenza in ordine ai comportamenti del difensore

La colpa dell'avvocato è, diversamente da quella della parte, commisurata ad un canone di diligenza oggettivo-astratto ancorato allo *standard* professionale³⁸.

La concretizzazione del canone di diligenza al quale deve essere commisurata l'attività del difensore è uno degli aspetti più delicati dell'applicazione della rimessione in termini: poiché il maggior numero di poteri processuali sono esercitati dal difensore, se si sceglie un canone troppo debole si mette in crisi l'equilibrio di interessi fra le parti e si attenta alla funzione dei termini perentori di assicurare uno sviluppo ordinato del processo verso la decisione finale; se si sceglie un canone troppo rigido si corre il rischio di togliere alla parte con una mano quello che si è concesso con l'altra. Si dimostra utile, a questo punto, l'affermazione dell'autonomia della nozione di causa non imputabile rispetto alla corrispondente nozione civilistica. Ciò consente di concretizzarla opportunamente, in relazione all'attività del difensore, per contemperare i diversi interessi coinvolti nella vicenda della rimessione in termini.

A questa stregua, l'operazione di estendere analogicamente a tale vicenda l'art. 2236 c.c. (a parte il problema di estendere all'autoresponsabilità della parte una norma dettata nella prospettiva della responsabilità civile del professionista verso la parte) non può essere svolta apoditticamente, ma deve essere congruamente motivata per evitare il rischio di individuare un canone troppo debole³⁹. A nostro avviso essa potrebbe avere un fondamento se si limita la disposizione alla sola imperizia, cioè se si esclude che il limite della colpa grave operi nelle ipotesi di imprudenza o negligenza⁴⁰. Nella prospettiva della rimessione in termini, l'applicazione dell'art. 2236 c.c. comporta che la colpa "lieve" del difensore nella soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà non esclude la

non si comprende perché questa parte debba pagare per sempre le conseguenze, in una materia di notevole rango costituzionale, di un errore di un difensore che le è imposto dall'ordinamento e che essa non è in grado di controllare". In senso critico nei confronti della decisione del *BverfG* si è pronunciato anche F. OSTLER, 'Vater werden ist nicht schwer' oder dem Weg zum Vater über § 232 Abs. 2 ZPO, in *AnwBl.*, 1973, p. 375 ss. Più recentemente è stato D. LEIPOLD, *Prozeßförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung*, in *ZfP*, 1980, (93), p. 255 a mettere in discussione l'autoresponsabilità oggettiva della parte per il comportamento negligente del proprio difensore nei processi relativi a diritti indisponibili; nello stesso senso E. SCHUMANN, *Bundesverfassungsgericht, Grundgesetz und Zivilprozeß*, in *ZfP*, 1983 (96), p. 208, in nota n. 268; per l'esigenza di un intervento legislativo in questo senso si è pronunciato M. VOLLKOMMER, *Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß*, Köln, 1984, p. 41 s.; secondo R. STÜRNER, *Die Stellung des Anwalts im Zivilprozeß*, in *JZ*, 1986, p. 1089 ss., specie p. 1092, il comportamento negligente dell'avvocato non dovrebbe essere imputato alla parte in casi eccezionali, ove entrino in gioco diritti personalissimi di alto rango, come la libertà personale e il rapporto di filiazione. Per la conferma della imputazione alla parte della colpa del difensore in tutti i tipi di controversie, R. BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, ventunesima ed., vol. I, Tübingen, 1993, sub § 85, p. 956. Con la *Vereinfachungsnovelle* del 1976, il § 232, comma 2 ZPO è stato formalmente abolito, ma il suo contenuto normativo continua a vivere, come abbiamo visto, nelle disposizioni del § 85, comma 3 ZPO e del § 51, comma 2 ZPO.

³⁸ La dottrina tedesca precisa che l'avvocato decade colpevolmente da un potere processuale quando non impiega la diligenza di un "buon" avvocato, ma sottolinea che non viene richiesta una "estrema" diligenza, come accadeva sotto il vigore della precedente versione del § 233 ZPO, modificata dalla *Vereinfachungsnovelle* del 1976: sul punto, H. ROTH, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozeßordnung*, ventunesima ed., vol. II, Tübingen, 1994, p. 1291.

³⁹ Per l'applicazione dell'art. 2236 c.c. all'individuazione del presupposto della rimessione in termini si è pronunciato, ad es., C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, cit., p. 451; ID., in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 634. Per una panoramica delle opinioni dottrinali e degli orientamenti giurisprudenziali sulla controversa interpretazione dell'art. 2236 c.c., v. F. CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, cit., p. 198 ss.

⁴⁰ In questo senso, Corte cost. 28 novembre 1973, n. 166, in *Foro it.*, 1974, I, c. 19.

concessione del rimedio. Ciò si traduce in una limitazione dell'autoresponsabilità oggettiva della parte per l'attività del proprio difensore che, se è ineccepibile dal punto di vista della garanzia costituzionale del contraddittorio, deve essere contemperata con la posizione della controparte e con gli interessi pubblicistici che stanno dietro alla previsione dei termini perentori nel processo civile. La via per attingere al contemperamento passa, a nostro avviso, per una interpretazione molto rigorosa della nozione di problemi tecnici di speciale difficoltà, che li veda ricorrere quando al professionista sia richiesto di affrontare un caso straordinario ed eccezionale⁴¹.

Dall'altro lato, occorre evitare anche il rischio di scegliere un canone troppo rigido: poiché la rimessione in termini serve a garantire l'effettività del contraddittorio fra le parti, la pretesa di comportamento diligente per ottenere la rimessione in termini non può essere eccessiva⁴².

⁴¹ In questo senso, in riferimento alla responsabilità del medico, Cass. 29 marzo 1976, n. 1132, in *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Professioni intellettuali*, n. 40.

⁴² Sulla base del criterio che l'applicazione e l'interpretazione della disciplina sulla rimessione in termini non possono rendere eccessive la pretesa di comportamento diligente della parte e del suo difensore, la giurisprudenza del *BVerfG* ha potuto influenzare taluni orientamenti del *BGH*, correggendone le rigidità, come quella relativa alla precisazione del momento in cui un atto processuale deve considerarsi pervenuto all'ufficio giudiziario. Mentre il *Reichsgericht*, *RG*, e, successivamente, il *BGH* ritenevano che al fine del tempestivo deposito dell'atto processuale presso il giudice fosse necessaria la sua ricezione da parte di un impiegato dell'ufficio giudiziario a ciò autorizzato (così, *BGH*, 15 aprile 1975, IX ZB 30/74, in *BGHZ*, 65, p. 10 ss.), il *BVerfG* ha stabilito in una serie di decisioni che, a tale fine, la sola circostanza rilevante è che l'atto pervenga entro la mezzanotte dell'ultimo giorno del termine nella sfera di disposizione del giudice competente. Il significato di questa affermazione può essere chiarito riferendosi alla seguente fattispecie concreta. L'atto contenente i motivi d'appello viene imbucato nel pomeriggio del giorno di scadenza del termine nella cassetta postale diurna del Tribunale, che si trova all'interno del palazzo di giustizia. Poiché il deposito avviene dopo l'orario d'ufficio, l'atto avrebbe dovuto invece essere depositato nella cassetta postale notturna, che si trova all'esterno del palazzo di giustizia, a destra dell'ingresso principale. In conseguenza di ciò, l'atto riceve il timbro d'ingresso del giorno successivo ed è pertanto considerato tardivo. Il difensore presenta istanza di rimessione in termini, in cui spiega di non aver utilizzato la cassetta postale notturna perché aveva trovato il portone principale ancora aperto. Il Tribunale rigetta l'istanza, ma la decisione è annullata dal *BVerfG*, adito con ricorso costituzionale. In motivazione il *BVerfG* richiama innanzitutto il principio suesposto: la parte può sfruttare fino all'ultimo i termini che le sono concessi dalla legge; per la tempestività del deposito di un atto processuale è decisivo solo che entro il termine esso pervenga effettivamente nella sfera di disposizione dell'ufficio giudiziario; la fine dell'orario di servizio e la ricezione da parte dell'impiegato competente della cancelleria sono circostanze irrilevanti; le eventuali decadenze che si fondano su ritardi nella ricezione successivi al momento in cui l'atto è entrato nella sfera di disposizione dell'ufficio giudiziario non possono essere imputati alla parte. Sulla base di questi principi il *BVerfG* afferma che nel caso di specie, con il deposito dell'atto d'impugnazione nella cassetta postale del Tribunale, esso è entrato nella sfera di disposizione di quest'organo giudiziario; che la presenza di una cassetta postale notturna esterna al palazzo di giustizia non escludeva l'impiego della cassetta postale diurna del Tribunale all'interno dell'edificio da parte di chi vi si era trattenuto dopo l'orario d'ufficio, o vi aveva comunque ottenuto accesso; che al difensore non era dunque impedito di depositare tempestivamente l'atto d'impugnazione nel giorno di scadenza del termine, anche dopo l'orario d'ufficio, nella cassetta postale diurna del Tribunale (così, *BVerfG*, 7 maggio 1991, 2 BvR 215/90, in *NJW*, 1991, p. 2076). Il *BGH* ha aderito esplicitamente a questo orientamento, abbandonando la sua posizione precedente (cfr. *BGH*, 13 novembre 1991, IV ZB 11/91, in *VersR*, 1992, p. 849).

Il *BVerfG* si è trovato spesso a dover reagire anche contro interpretazioni restrittive dei presupposti della rimessione in termini praticate da giudici di merito e ha sottolineato che contrasta con i principi processuali propri di uno stato di diritto negare alla parte la rimessione in termini sulla base di uno standard di comportamento diligente del difensore maggiore di quello preteso dagli orientamenti giurisprudenziali delle corti supreme e col quale quindi il difensore non è chiamato a misurarsi (così, *BVerfG*, 16 agosto 1994, 2 BvR 2813/93, in *NJW*, 1995, p. 249, richiamando, contro una decisione restrittiva di un giudice di merito, l'orientamento del *BGH* secondo il quale, se è vero che l'avvocato che opera poco prima della scadenza del termine è tenuto ad un aumentato dovere di diligenza, ciò non significa che egli non possa incaricare un messo, che è da lui conosciuto e che si è rivelato affidabile in circostanze simili, di depositare i motivi d'appello

20. *Dovere di organizzazione dello studio professionale*

Nella prospettiva della rimessione in termini, il dovere fondamentale dell'avvocato è quello di organizzare la propria attività professionale ed il proprio studio legale in modo da evitare fonti di errori e di omissioni nel compimento di atti processuali. Nell'esperienza giurisprudenziale tedesca il successo di molte richieste di rimessione in termini dipende dalla dimostrazione che l'avvocato ha organizzato correttamente la propria attività professionale e ha fatto fronte ai suoi obblighi di istruzione e di sorveglianza nei confronti del personale ausiliario.

Il dovere di organizzazione è la matrice di una serie di doveri di contenuto minore, di cui è difficile riuscire a dare un quadro completo. Esso è oltretutto in continua evoluzione, in conseguenza del continuo confrontarsi della giurisprudenza con casi che presentano nuove sfaccettature e del cambiamento degli strumenti di lavoro dell'avvocato: basti pensare solo all'introduzione del computer e del telefax. Uno dei percorsi più interessanti all'interno di questa abbondante giurisprudenza è quello che porta ad isolarne gli aspetti che riguardano la suddivisione di compiti tra avvocato e personale ausiliario dello studio legale⁴³.

Si tratta di un percorso interessante anche nella prospettiva del diritto positivo italiano, poiché il dovere dell'avvocato di organizzare la propria attività professionale ed il proprio studio legale in modo da evitare fonti di errori e di omissioni trova un adeguato fondamento normativo nell'obbligo di direzione dell'attività dei collaboratori di cui all'art. 2232 c.c.

21. *Negligenza del difensore rinunziante*

Ci si domanda se l'imputazione oggettiva alla parte della negligenza del difensore valga anche nell'ipotesi in cui il comportamento negligente di quest'ultimo consista in una rinuncia al mandato effettuata in un modo tale da impedire alla parte di provvedere tempestivamente alla sua sostituzione e da tradursi, quindi, in un impedimento di fatto che causa alla parte la decadenza da poteri processuali.

Alla stregua di una prima tesi, la rinuncia del difensore è pur sempre l'ultimo atto del rapporto di patrocinio, al quale inerisce l'autoresponsabilità oggettiva della parte per i fatti colposi del difensore: ciò che escluderebbe la rimessione in termini⁴⁴.

Non sembra accettabile però che proprio il comportamento negligente del difensore nel chiudere il rapporto su cui si fonda l'autoresponsabilità oggettiva della parte sia a sua volta imputabile oggettivamente alla parte. È preferibile la soluzione di concedere la rimessione in termini, se la rinuncia del difensore al mandato è causa di una decadenza processuale di cui la parte personalmente non ha colpa⁴⁵.

Lo stesso principio si applica ovviamente anche al comportamento negligente del difensore dopo l'estinzione del mandato *ad litem* (ad es., il difensore non informa la parte delle comunicazioni pervenutegli).

Secondo la sua *ratio* questo principio è applicabile anche alle ipotesi in cui la cessazione del mandato avvenga per revoca della parte: si pensi all'ipotesi in cui la parte revochi il mandato al

in Tribunale, ricordandogli che il deposito al momento indicato è necessario per l'osservanza del termine. Se ci sono queste condizioni, il difensore non è tenuto in via di principio ad informarsi presso il messo se l'incarico è stato regolarmente eseguito).

⁴³ Questo percorso è stato da noi seguito in R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 229 ss.

⁴⁴ Questa è la posizione espressa da Cass. 23 giugno 1969, n. 2260, *Foro it., Rep.*, 1969, voce *Procedimento civile*, n. 99. Nella specie è stata ritenuta legittima l'ordinanza di decadenza dalla prova, poiché la parte non aveva provveduto, dopo la rinuncia al mandato del proprio procuratore legale, alla citazione dei testi per l'udienza fissata dal giudice istruttore.

⁴⁵ Questa è la soluzione accolta dalla Corte suprema tedesca: cfr., ad es., *BGH*, 10 luglio 1985, IV b 102/84, in *VersR*, 1985, p. 1185.

difensore, ma non possa poi nominare tempestivamente un nuovo difensore per l'intervento di un caso fortuito.

Per ottenere la rimessione in termini, la rinuncia del difensore o la revoca impongono alla parte, in definitiva, un medesimo tema di prova: la dimostrazione che nel caso concreto era inesigibile provvedere tempestivamente alla nomina di un nuovo difensore.

Questa soluzione non incontra ostacoli nell'art. 85 c.p.c., secondo cui la revoca e la rinuncia non hanno effetto nei confronti dell'altra parte finché non sia avvenuta la sostituzione del difensore. L'art. 85 c.p.c. opera nei rapporti esterni, comportando la validità degli atti compiuti dal (e nei confronti del) difensore che ha rinunciato o il cui mandato è stato revocato, finché non è nominato il nuovo difensore, ma non esclude che la revoca o la rinuncia abbiano effetto immediato nei rapporti interni tra parte e difensore, rompendo quel rapporto che veicola l'autoresponsabilità oggettiva della prima per gli atti del secondo⁴⁶.

22. Negligenza del sostituto del difensore

In una indagine di notevole spessore teorico, ma anche sorprendentemente vicina alla realtà delle moderne relazioni economiche, dopo aver affermato che il nostro diritto positivo non frappone ostacoli alla possibilità che il rappresentante (legale, organico, volontario) investa altri del potere, che ha ricevuto, di concludere negozi con effetti diretti per il *dominus*⁴⁷, si è aggiunto che anche nella procura speciale non è da richiedere una espressa indicazione del potere di subdelegare e che, nel dubbio, il terzo è legittimato a ritenerlo compreso⁴⁸. Si cerca di superare così la rigidità dell'interpretazione tradizionale, che muovendo dall'idea dell'*intuitus personae* come peculiare nell'autorizzazione rappresentativa, richiede che la facoltà di sostituzione debba essere espressamente conferita al rappresentante⁴⁹. Mutato ciò che si deve, questo studio sembra conferire un appiglio all'idea, circolante nella dottrina processualistica, che la facoltà di nominare sostituti per l'attività processuale sia implicitamente conferita dalla parte al difensore con la sottoscrizione della procura⁵⁰.

In caso di attribuzione espressa o tacita della facoltà di nominare sostituti, la negligenza in cui incorre il sostituto è oggettivamente imputabile alla parte ai fini della rimessione in termini, in quanto il sostituto rappresenta direttamente la parte⁵¹.

Oltre alla procura alla lite, la facoltà di nominare sostituti può avere la sua fonte nell'art. 9, comma 3 r.d. 27 novembre 1933, n. 1578, sull'ordinamento della professione di avvocato. Sostituito il termine "procuratore legale" con quello di "avvocato" in forza della l. 24 febbraio 1997, n. 27, questa disposizione di legge prevede che l'avvocato possa, sotto la sua responsabilità, farsi rappresentare da un altro avvocato esercente presso uno dei tribunali della circoscrizione della corte di appello e sezioni distaccate. L'incarico è dato di volta in volta per iscritto negli atti di causa o con dichiarazione separata. La nullità dell'atto compiuto in difetto di delega scritta può essere rilevata dalla controparte o d'ufficio prima del compimento dell'atto, oppure esclusivamente ad istanza della parte il cui procuratore è stato irritualmente sostituito, nella prima difesa o istanza successiva, altrimenti si sana a norma dell'art. 157, comma 2 c.p.c.⁵².

⁴⁶ Per un più ampio discorso sul punto sia consentito il rinvio a R. CAPONI, *Rinuncia del difensore al mandato e rimessione in termini della parte*, in *Foro it.*, 1998, I, c. 2519.

⁴⁷ Così, G. CIAN, *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*, in *Riv. dir. civ.*, 1992, I, p. 481 ss.

⁴⁸ Così, G. CIAN, *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*, cit., p. 484.

⁴⁹ Cfr. F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, nona ed., Napoli, 1985, p. 283.

⁵⁰ Così, ad es., C. E. BALBI, in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 635, in nota 93.

⁵¹ In questo senso, nel diritto sostanziale, G. CIAN, *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*, cit., p. 485.

⁵² Così Cass. 28 febbraio 1996, n. 1574, in *Foro it.*, Rep. 1996, voce *Procedimento civile*, n. 117.

Dal tenore letterale dell'art. 9, comma 3 r.d. 27 novembre 1933, n. 1578 ("l'avvocato può anche, sotto la sua responsabilità, farsi rappresentare [...]") si ricava l'impressione che si tratti di conferimento di un potere di rappresentare il rappresentante (in tale sua veste), piuttosto che di conferimento di un potere di rappresentare direttamente la parte⁵³, ma si può replicare che questa ricostruzione non corrisponde in alcun modo a come nella realtà dell'esperienza processuale viene percepito e concepito il fenomeno della sostituzione, indipendentemente dal fatto che esso abbia la sua fonte nella procura alla lite o nell'art. 9, comma 3 r.d. n. 1578 del 1933: il sostituto, quando agisce, compie atti direttamente riferibili alla parte. Ciò induce a ritenere che anche la negligenza in cui incorre il sostituto nominato ai sensi di quest'ultima disposizione è oggettivamente imputabile alla parte ai fini della rimessione in termini⁵⁴.

Quid iuris se la parte impone espressamente nella procura alla lite il divieto di nominare sostituti? Può il difensore avvalersi in questo caso del potere *ex art.* 9, comma 3 r.d. n. 1578 del 1933? Se si parte dal presupposto che il difensore è titolare di un ufficio⁵⁵ con tratti pubblicitici⁵⁶ e che l'esercizio del potere di cui all'art. 9, comma 3 del r.d. cit. è funzionale allo svolgimento dell'ufficio, non vi è dubbio che tale potere non possa essere escluso dalla volontà della parte manifestata nella procura. Posto che tale divieto sia espresso nella procura, si possono distinguere per chiarezza espositiva due ipotesi: *a)* il difensore incarica un sostituto di compiere un atto processuale senza valersi del potere che gli è attribuito dall'art. 9, comma 3 r.d. n. 1578 del 1933, cioè senza rispettare i limiti soggettivi, oggettivi e di forma ivi previsti: in questa ipotesi il difensore contravviene al divieto; *b)* il difensore si vale della facoltà che in ogni caso gli spetta in base all'art. 9, comma 3 r.d. n. 1578 del 1933, rispettando i limiti soggettivi, oggettivi e di forma ivi previsti. A nostro avviso il fatto che la parte abbia espressamente escluso la facoltà di nominare sostituti induce problematicamente a temperare la regola dell'autoresponsabilità oggettiva della parte per i fatti del difensore, induce cioè a ritenere che il comportamento negligente del sostituto non sia imputabile alla parte. Il divieto di nominare sostituti vale in sostanza come esonero da autoresponsabilità per i fatti colposi del sostituto. Se la negligente inattività del sostituto ha causato una decadenza processuale, la parte può dunque in questo caso ottenere la rimessione in termini⁵⁷.

Questa soluzione non vanta solo ragioni di equità, ma anche qualche appiglio di diritto positivo. Nell'ipotesi *sub a)*, il difensore tiene indubbiamente un comportamento negligente, ma l'imputabilità alla parte della negligenza del difensore resta esclusa perché il comportamento contravviene a un divieto predeterminato dal rappresentato. Si tratta di una disciplina

⁵³ Su questa distinzione, tipica nella dottrina e nella giurisprudenza tedesca, J. W. GERLACH, *Die Untervollmacht*, Berlin, 1967, *passim*; G. CIAN, *La sostituzione nella rappresentanza e nel mandato*, cit., p. 485.

⁵⁴ Lo stesso principio può essere esteso alle ipotesi in cui l'avvocatura dello Stato eserciti il potere di delegare la rappresentanza delle amministrazioni dello Stato a funzionari dell'amministrazione interessata o ad avvocati esercenti nel circondario in cui si svolge il giudizio. Si tratta delle ipotesi previste dagli artt. 2 e 3 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1611 (ordinamento dell'avvocatura dello Stato, sulle quali si rinvia a O. M. ITRI, *Avvocatura dello stato (diritto processuale)*, in *Encicl. giur. Treccani*, vol. IV, Roma, 1988, p. 2 s. Per una corretta applicazione del principio in una di queste ipotesi, v. Trib. Rovigo, 29 novembre 1996, in *Foro it.*, 1997, I, c. 1262, secondo cui è ammissibile l'istanza di rimessione in termini per decadenze dovute alla mancata comparizione della parte opponente all'udienza di precisazione delle conclusioni nel giudizio di opposizione allo stato passivo fallimentare (nella specie è stata rigettata l'istanza di rimessione in termini per decadenza in cui l'amministrazione parte in giudizio è incorsa perché il funzionario delegato dall'avvocatura dello stato a rappresentare in giudizio l'amministrazione stessa ha annotato erroneamente la data dell'udienza fissata dal giudice istruttore per la precisazione delle conclusioni).

⁵⁵ V., in particolare, G. PAVANINI, *Note sulla figura giuridica del difensore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, p. 246 ss., specie p. 256; C. MANDRIOLI, *Dei difensori*, cit., p. 947.

⁵⁶ Tratti pubblicitici che emergono con incisività anche nel preambolo al Codice deontologico forense, pubblicato in *Foro it.*, 1997, V, c. 341, con l'introduzione di R. DANOVÌ.

⁵⁷ In senso contrario, C. E. BALBI, in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 635.

dell'autoresponsabilità della parte modellata sulla falsariga dell'art. 1391 c.c. (v., in particolare, la salvezza finale del primo comma)⁵⁸. Nell'ipotesi *sub b*), il difensore tiene un comportamento lecito: l'impiego del potere di cui all'art. 9, comma 3 r.d. n. 1578 del 1933 agevola l'espletamento della funzione, ma ciò non deve andare a danno della parte che aveva manifestato la volontà che la prestazione del difensore fosse da lui stesso integralmente e personalmente realizzata. A tale proposito la "rima obbligata" dalla quale si può ricavare la disciplina è offerta dall'art. 85 c.p.c., che, se evita una *vacatio* dello *ius postulandi*, non impedisce alla parte di ottenere la rimessione in termini per le decadenze dovute ai comportamenti colposi del difensore al momento di porre fine al rapporto di patrocinio o dopo la sua estinzione⁵⁹.

23. Negligenza dell'ausiliario del difensore

L'art. 2232 c.c. prevede che il professionista debba eseguire personalmente l'incarico assunto, ma che può valersi, sotto la propria direzione e responsabilità (non solo di sostituti ma anche) di ausiliari, se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione⁶⁰. Nella prospettiva della rimessione in termini, si pone preliminarmente il problema di distinguere l'attività che il difensore è tenuto a svolgere personalmente (o attraverso persone che abbiano un'identica abilitazione professionale, come i sostituti), dall'attività che può essere legittimamente delegata al personale ausiliario. È chiaro infatti che l'abuso della facoltà di ricorrere al personale ausiliario è un comportamento negligente del difensore che non consente la rimessione in termini⁶¹.

Secondo una prospettazione molto rigorosa, il principio generale dovrebbe essere quello secondo cui non è delegabile al personale ausiliario l'attività che coinvolga, direttamente o indirettamente, un aspetto collegabile con l'attività intellettuale dell'avvocato, anche se l'atto in sé stesso possa non essere considerato intellettuale. Secondo questa tesi, in mancanza di più specifici criteri, l'attività richiamata dalle voci della tariffa professionale⁶² è un indice sufficientemente univoco di quelle attività che il difensore è tenuto a compiere personalmente, per cui la delega delle stesse al personale ausiliario costituisce già di per sé un comportamento negligente del difensore⁶³.

⁵⁸ Art. 1391, comma 1 c.p.c.: "nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede [...] si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato".

⁵⁹ La soluzione prospettata nel testo pone indubbiamente il problema dell'abuso della facoltà di vietare la nomina di sostituti, al fine di preconstituire una causa di esonero da autoresponsabilità. Si deve ribadire però che il possibile uso distorto di un istituto non può in linea di principio essere invocato come argomento per pervenire ad una ricostruzione della sua disciplina difforme da quella che emerge dal diritto positivo. Ove poi il giudice constati in concreto l'abuso di tale facoltà, accerta contemporaneamente un fatto doloso che esclude la rimessione in termini.

⁶⁰ Su questa norma v., da ultimo, F. CAFAGGI, *Responsabilità del professionista*, cit., p. 201 ss.

⁶¹ È possibile ottenere la rimessione in termini solo se la decadenza è dovuta ad un impedimento che ha colpito l'ausiliario e se il difensore riesce a dimostrare che la decadenza non sarebbe stata evitata nemmeno con l'impiego della diligenza richiesta (cioè, in questo caso: senza l'abuso della facoltà di ricorrere all'ausiliario), a causa del verificarsi di un fatto non imputabile sopraggiunto in virtù di una serie causale del tutto autonoma rispetto alla condotta colposa: così, R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 312 ss., specie p. 314, a cui si rinvia per la trattazione dei profili del concorso tra condotta negligente della parte e fatti non imputabili; nello stesso senso C. E. BALBI, in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 636, dove si precisa che: "Deve cioè essere dimostrato che l'evento non imputabile verificatosi nei riguardi del sostituto o dell'ausiliario, incaricato dal difensore del compimento dell'atto, si sarebbe verificato anche se il difensore avesse direttamente provveduto".

⁶² V., da ultimo, il d.m. 5 ottobre 1994, n. 585, recante approvazione della delibera del Consiglio nazionale forense in data 12 giugno 1993, che stabilisce i criteri per la determinazione degli onorari, dei diritti e delle indennità spettanti agli avvocati per le prestazioni giudiziali, in materia civile e penale, e stragiudiziale.

⁶³ Così, C. E. BALBI, in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 635.

Una concezione così rigorosa (specialmente laddove fa riferimento alle voci della tariffa professionale come criterio concretizzatore) non sembra trovare il conforto dell'art. 2232 c.c. Questa disposizione afferma il principio della personalità della prestazione, ma consente espressamente al professionista di ricorrere alla collaborazione di soggetti diversi, sotto la propria direzione e responsabilità⁶⁴, entro i limiti fissati dalla proposizione finale dell'art. 2232 c.c. ("se la collaborazione di altri è consentita dal contratto o dagli usi e non è incompatibile con l'oggetto della prestazione"). Questi ultimi fissano i criteri per stabilire se la collaborazione è possibile o meno, e non per determinare il *quid* e il *quantum* dell'attività delegabile al collaboratore. Nei casi in cui la collaborazione è possibile, come è il caso delle prestazioni professionali dell'avvocato, il carattere personale della prestazione, da un lato, e il ricorso alla collaborazione di ausiliari, dall'altro lato, si conciliano rinunciando a ricavare limiti contenutistici (*quid* e *quantum*) dell'attività delegabile da un mero discorso intorno all'essenza dell'attività professionale *de qua*. Altrimenti si perviene inevitabilmente a delimitazioni incerte e soggettive, come quella, appena presa in considerazione, che fa appello al concetto di "attività che coinvolga, direttamente o indirettamente, un aspetto collegabile con l'attività intellettuale dell'avvocato". Di ciò è ben consapevole anche chi ha proposto questo criterio, poiché ha tentato di concretizzarlo e di ancorarlo ad indici oggettivi, come quelli che emergono dalle voci della tariffa professionale. Quest'ultima contiene però un elenco di voci molto dettagliato e tendenzialmente esaustivo dell'attività professionale⁶⁵, cosicché ciò finirebbe, sostanzialmente, col precludere la possibilità di ricorrere alla collaborazione degli ausiliari.

Senza pretendere di chiudere in due battute un argomento così delicato, che richiederebbe ben altri approfondimenti, si può osservare che il nucleo irriducibile di attività, in cui la prestazione del professionista è veramente infungibile, è molto ristretto e consiste (dovrebbe consistere) in via di prima approssimazione, nel caso delle prestazioni giudiziali del difensore (sola figura che ci interessa esaminare in questo contesto), nei rapporti con il cliente, nella redazione degli atti, nell'incardinamento della causa presso l'ufficio giudiziario e nell'attività di udienza, mentre nel resto delle attività professionali il principio della personalità della prestazione è salvaguardato essenzialmente attraverso la direzione personale, ad opera del professionista, delle attività dei collaboratori, direzione a cui lo stesso art. 2232 c.c. si riferisce. Il criterio è certamente appena abbozzato ed è suscettibile di integrazioni e di correzioni, ma anche in questo primo abbozzo sembra abbastanza chiaro e vicino alla realtà effettuale (oltre che alla realtà normativa, se si considera l'impatto che la prossima possibilità di costituire società professionali ha sull'interpretazione del principio della personalità della prestazione)⁶⁶.

Riprendendo un esempio già formulato: il deposito di un atto di parte in cancelleria è un atto che certamente comporta il contatto con un ausiliare del giudice e il compimento di formalità che valgono a provare l'avvenuto deposito dell'atto stesso. Delegare quest'attività a un ausiliario non è però un comportamento negligente del difensore, a patto che il difensore abbia incaricato un ausiliario sufficientemente qualificato ed affidabile e lo abbia istruito sull'importanza degli effetti di tale atto sullo svolgimento del processo⁶⁷.

⁶⁴ In questo senso, anche G. GIACOBBE, *Professioni intellettuali*, in *Enc. del Dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, p. 1065 ss., p. 1075.

⁶⁵ Considerate anche le voci di "chiusura", come la n. 45 della tabella B, allegata al d.m. 5 ottobre 1994, n. 585, cit.

⁶⁶ Riguardo alle attività che il difensore può delegare al personale ausiliario, un'apertura non priva di significato, in tema di richiesta di notificazione che la parte, "personalmente o a mezzo di procuratore" rivolge all'ufficiale giudiziario (art. 104, comma 2 d.p.r. 15 dicembre 1959, n. 1229), viene dalla giurisprudenza più recente: Cass., sez. un. 19 settembre 1990, n. 9568, in *Foro it*, 1991, I, c. 482, con nota di G. SBARAGLIO e G. TOMBARI FABBRINI ha ammesso che tale richiesta possa essere liberamente ed informalmente delegabile, dalla parte o dal suo procuratore *ad litem*, anche ad un diverso soggetto privo dello *ius postulandi*.

⁶⁷ In senso contrario, C. E. BALBI, in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 635.

Se al difensore non è rimproverabile un comportamento negligente nella delega di un compito al personale ausiliario, perché egli: *a)* ha svolto correttamente la propria opera di direzione dell'attività professionale; *b)* ha affidato all'ausiliario un compito delegabile; *c)* ha incaricato un ausiliario sufficientemente qualificato ed affidabile; *d)* ha ben istruito e sorvegliato l'ausiliario⁶⁸, ci si deve domandare se la decadenza dovuta ad un fatto proprio (non del difensore, ma) dell'ausiliario legittima la parte ad ottenere la rimessione in termini. Il rimedio è concesso ovviamente quando l'ausiliario è colpito da un impedimento incolpevole. Più problematica è l'ipotesi in cui la decadenza sia dovuta ad un comportamento colposo (o doloso) del solo dipendente o ausiliario del difensore. Il diritto positivo italiano non risolve espressamente il problema se questo comportamento debba essere imputato alla parte a titolo di autoresponsabilità oggettiva.

Nessun argomento in tal senso si può trarre dall'art. 1228 c.c.⁶⁹, di cui l'art. 2232 c.c. costituisce un'applicazione⁷⁰. Indipendentemente dalla questione se ivi sia prevista una forma di responsabilità oggettiva o colposa o comunque soggettiva, l'art. 1228 c.c. tutela l'interesse del creditore, impedendo che il comportamento doloso o colposo degli ausiliari del debitore sia una causa non imputabile che esoneri quest'ultimo da responsabilità contrattuale. Ove si ritenesse che l'art. 1228 c.c. conceda alla parte che ha subito una decadenza processuale a causa di una negligenza dell'ausiliario del difensore solo il risarcimento dell'eventuale danno, escludendo la facoltà di chiedere la rimessione in termini, si farebbe funzionare l'art. 1228 c.c. in maniera opposta alla sua *ratio* di tutela del creditore, in questo caso della parte⁷¹: aprendo la sola strada della minore tutela, quella risarcitoria, l'art. 1228 c.c. precluderebbe il ricorso alla maggiore tutela, quella restitutoria. L'applicazione dell'art. 1228 c.c. comporterebbe l'impegno del difensore di evitare, con la massima diligenza, anche la minima negligenza dei propri ausiliari nel lavoro d'ufficio, cosicché una parte non secondaria dell'energie dell'avvocato sarebbe stornata dallo svolgimento di compiti più importanti nell'interesse del cliente, come lo studio della causa: l'art. 1228 c.c. funzionerebbe anche per questo motivo contro la sua *ratio*⁷².

La soluzione da reputarsi corretta muove dall'osservazione che tra la parte e l'ausiliario del difensore non esiste alcun rapporto, in particolare l'ausiliario del difensore non è il rappresentante della parte. Manca quindi l'elemento che sarebbe in grado di veicolare una forma di autoresponsabilità oggettiva della parte per l'attività dell'ausiliario. Il difensore può delegare l'autonomo svolgimento di semplici compiti, che non richiedono un particolare impegno intellettuale o una particolare istruzione giuridica, ma appartengono al lavoro di *routine*, ad ausiliari istruiti, diligentemente controllati e di provata affidabilità⁷³. L'eventuale condotta negligente tenuta

⁶⁸ A ben vedere, i punti *sub b)*, *c)*, e *d)* non sono che specificazioni dell'obbligo di direzione *sub a)*.

⁶⁹ Testo: "salva diversa volontà delle parti, il debitore che nell'adempimento dell'obbligazione si vale dell'opera di terzi, risponde anche dei fatti dolosi o colposi di costoro".

⁷⁰ Su quest'ultimo punto, F. CAFAGGI, voce *Responsabilità del professionista*, cit., p. 201.

⁷¹ Non si può giungere alla conclusione opposta sostituendo alla posizione della parte quella della controparte, a carico della quale è concessa la rimessione in termini, in quanto quest'ultima non ha alcuna pretesa al rispetto dei doveri processuali ad opera dell'altra parte; l'inosservanza del termine non è una violazione di un obbligo nei confronti dell'avversario, bensì un'inattività che va contro il proprio interesse: così, W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, Göttingen, 1970, p. 107 s.

⁷² L'art. 1228 c.c. è dunque inapplicabile ai fini della rimessione in termini, ma continua ad esserlo nei rapporti interni tra parte e difensore, ai fini della responsabilità professionale di quest'ultimo scaturente dal contratto di patrocinio. Ciò può avere un rilievo pratico in presenza dei seguenti presupposti: *a)* l'avvocato, pur impiegando la diligenza da lui esigibile, non è riuscito ad impedire l'errore dell'ausiliario; *b)* la possibilità di richiedere la rimessione in termini è venuta meno, ad es., per scadenza del termine di sbarramento finale; *c)* l'art. 1228 c.c. è interpretato nel senso della responsabilità oggettiva del debitore per i fatti dolosi o colposi degli ausiliari.

⁷³ Questo principio è espresso, con orientamento costante, dalla giurisprudenza del *Reichsgericht* prima (fra le decisioni fondamentali in questo senso si ricorda *RG*, 23 settembre 1919, in *RGZ*, 96, p. 322 ss.) e del *Bundesgerichtshof* poi.

dall'ausiliario nell'ambito dello svolgimento di tali compiti non è imputabile alla parte, a meno che non risalga ad una colpa anche dell'avvocato⁷⁴. In altri termini: l'errore dell'ausiliario sufficientemente qualificato e affidabile, che sia stato bene istruito e sorvegliato dal difensore e che lavori in uno studio legale bene organizzato, è un caso fortuito. Se il comportamento negligente di uno di questi soggetti ha causato la decadenza, la parte può ottenere la rimessione in termini⁷⁵.

La non imputabilità al difensore (e quindi alla parte) dell'errore degli ausiliari ai fini della rimessione in termini, esonerando il primo dalla responsabilità per gli errori occorsi a questi ultimi nel disbrigo del lavoro di *routine* dello studio legale, consente all'avvocato di concentrare le proprie energie nell'adempiere ai compiti della sua professione che richiedono una qualificata preparazione giuridica e non possono essere delegati al personale ausiliario⁷⁶. Ciò realizza non solo l'interesse del cliente, ma anche l'interesse dello Stato ad una migliore qualità dell'amministrazione della giustizia. È da condividere l'osservazione che quest'ultimo aspetto giustifica che il rischio per l'errore dell'ausiliario sia sopportato anche dalla controparte⁷⁷.

Non ci nascondiamo che la soluzione prospettata apre un notevole problema, relativo alla distinzione tra negligenze del solo ausiliario, che dischiudono la strada della rimessione in termini, e colpa del difensore, che la preclude. Alcuni criteri per distinguere correttamente sono stati già profilati in precedenza, discorrendo dei compiti che il difensore può legittimamente delegare al personale ausiliario. Tale problema, per quanto non semplice, è alla portata dei nostri strumenti tecnico-giuridici ed è concretamente risolvibile, come dimostrano le esperienze giurisprudenziali tedesca ed austriaca, che lo affrontano quotidianamente con successo. Specialmente la casistica tedesca, abbondante e in costante evoluzione, offre un quadro interessante, che può essere di notevole aiuto per gli operatori italiani⁷⁸.

Dall'esame della giurisprudenza tedesca sulla suddivisione dei compiti e della correlativa responsabilità tra avvocato e studio legale, nonché sulle negligenze degli ausiliari come presupposto di rimessione in termini, emerge un quadro di soluzioni abbastanza equilibrato, degno di essere accolto, quantomeno nelle sue linee generali, anche dalla giurisprudenza italiana. Ci riferiamo in particolare: a) all'attenzione con cui i giudici tedeschi ricostruiscono il dovere dell'avvocato di organizzare la propria attività professionale ed il proprio studio legale in modo da evitare fonti di errori e di omissioni nel compimento di atti processuali; b) alla facoltà dell'avvocato di delegare il calcolo ed il controllo dei termini processuali usuali e frequentemente ricorrenti ad un personale qualificato ed esperto; entro questa nozione si potrebbero ricomprendere, a nostro avviso, anche i termini che sono influenzati dalla sospensione prevista per il periodo feriale, tenendo dietro ad una

⁷⁴ Così, tra le altre, *BGH*, 5 marzo 1991, XI ZB 1/91, in *VersR*, 1991, p. 1425.

⁷⁵ Ad un'analogia conclusione è giunto, nella letteratura italiana, C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, cit., p. 453, secondo il quale "è escluso che il comportamento negligente di un dipendente dell'avvocato precluda alla parte soccombente il rimedio restitutorio quando l'avvocato abbia esercitato il dovere di sorveglianza sui suoi dipendenti". Lo stesso A., è ritornato sul tema in *Legge 2 dicembre 1995, n. 534 Interventi urgenti sul processo civile*, cit., p. 635 s.

⁷⁶ Questo argomento è ricorrente nella dottrina e nella giurisprudenza tedesche in materia. In dottrina v., per tutti, W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, cit., p. 107 s.

⁷⁷ L'osservazione è di W. HENCKEL, *Prozeßrecht und materielles Recht*, cit., p. 107 s. Vi può essere il pericolo che il difensore tenti in certe ipotesi di scaricare sui suoi ausiliari la colpa per la decadenza, sperando di lucrare così una rimessione in termini alla quale non avrebbe diritto per propria negligenza, ma il fenomeno è contenibile in termini ragionevoli: esso si verificherà in ipotesi eccezionali, a meno di non voler ipotizzare un'improbabile violazione massiccia da parte della nostra avvocatura del dovere di comportarsi in giudizio con lealtà e probità (art. 88 c.p.c.), sul quale da ultimo v. G. SCARSELLI, *Lealtà e probità nel compimento degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, p. 91 ss. La progressiva dimestichezza che i giudici italiani acquisiranno con l'applicazione della rimessione in termini dovrebbe poi aiutarli nell'individuare e neutralizzare questi tentativi.

⁷⁸ Questo quadro è stato descritto nei particolari in R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 229 ss.

vecchia richiesta dell'avvocatura tedesca, che la giurisprudenza non ha (ancora) accolto; tale facoltà deve essere in ogni caso controbilanciata dall'obbligo dell'avvocato di verificare personalmente il calcolo e la registrazione del termine al momento di redigere l'atto; c) all'obbligo del difensore di assicurarsi con adeguate misure organizzative che gli atti processuali sottoposti a termine vengano tempestivamente ed effettivamente notificati.

Questo quadro conferma che il problema di distinguere tra negligenze del solo ausiliario e colpa del difensore è ampiamente alla portata dei nostri strumenti tecnico-giuridici e sarebbe concretamente risolvibile senza drammi anche per l'ordinamento italiano.

24. *Negligenza del rappresentante (volontario, legale, organico) della parte*

Ci si chiede se la decadenza dal potere processuale dovuta esclusivamente ad un comportamento negligente del rappresentante legale della persona fisica (art. 75, comma 2 c.p.c.), della persona giuridica (art. 75, comma 3 c.p.c.) o dell'ente privo di personalità (art. 75, comma 4 c.p.c.), oppure ad un comportamento negligente del rappresentante processuale volontario (art. 77 c.p.c.), o del curatore speciale (art. 78 c.p.c.), consente alla parte (persona fisica, persona giuridica, ente privo di personalità) di ottenere la rimessione in termini.

La risposta è negativa per le stesse ragioni messe in luce a proposito del comportamento negligente del difensore. È vero che nel caso degli atti del difensore l'imputazione concerne gli atti, prima che gli effetti, per cui sarebbe più corretto parlare di rappresentanza organica, o di rapporto organico, che di rappresentanza volontaria o legale. Ciò non offre però il destro per discriminare il trattamento della negligenza del rappresentante legale o volontario della persona fisica, rispetto alla negligenza del difensore o dell'organo della persona giuridica, ai fini della rimessione in termini. L'art. 1391 c.c. sancisce infatti che, nei casi in cui è rilevante lo stato di buona o di mala fede, di scienza o di ignoranza di determinate circostanze, si ha riguardo alla persona del rappresentante, salvo che si tratti di elementi predeterminati dal rappresentato⁷⁹. Ciò consente di affermare, in una prospettiva più generale, che la negligenza del rappresentante (volontario, legale, organico) della parte è imputata a quest'ultima. Se la negligente inattività del rappresentante ha causato una decadenza processuale, la parte non può dunque ottenere la rimessione in termini.

Si pone il problema se l'attività del rappresentante legale o volontario debba essere valutata, ai fini della rimessione in termini, con il criterio di diligenza oggettivo-astratto ex art. 1176 c.c. oppure con un criterio di diligenza orientato soggettivamente, commisurato al grado di conoscenze, istruzione, intelligenza ed esperienza del concreto rappresentante che agisce nel processo. A nostro avviso l'applicazione del criterio di diligenza oggettivo-astratto non si estende al di là del rapporto interno tra rappresentante e rappresentato. Ai fini della rimessione in termini nel processo le considerazioni già svolte in relazione all'attività processuale svolta dalla parte in persona spingono verso l'adozione di un criterio della colpa orientato soggettivamente: agisce negligenzemente quel rappresentante processuale che non si comporta con quella diligenza processuale che è da lui esigibile secondo le sue capacità personali e la concreta situazione processuale⁸⁰.

Per le negligenze del familiare, del dipendente o dell'ausiliario del rappresentante processuale vale la stessa disciplina vista per i familiari, i dipendenti e gli ausiliari della parte.

25. *Negligenza del difensore-assistente e del consulente tecnico*

La garanzia costituzionale dell'effettività del contraddittorio impone di delimitare il novero dei soggetti del cui operato la parte deve oggettivamente rispondere, ai fini della rimessione in termini,

⁷⁹ Sull'art. 1391 c.c. si può rinviare a G. VISINTINI, *Della rappresentanza*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, diretto da F. Galgano, Bologna-Roma, 1993, p. 238 ss.

⁸⁰ Per l'applicazione di un criterio di diligenza in concreto nei confronti del rappresentante legale o volontario è la giurisprudenza tedesca: v., ad es., *BGH*, 10 luglio 1985, IV b 102/84, in *VersR*, 1985, p. 1185.

a quelli che abbiano la qualità di rappresentanti della parte (nell'accezione più ampia di rappresentanza, che ricomprende quella volontaria, quella legale, quella c.d. organica e quella tecnica del difensore-procuratore). Se la parte conferisce ad un soggetto un incarico che non contempla l'attribuzione di poteri rappresentativi, ciò non è sufficiente a fondare l'autoresponsabilità della parte. In ciò (oltre che nell'enucleazione di un criterio soggettivo della colpa, se la parte agisce personalmente in giudizio) si coglie uno degli aspetti più importanti dell'autonomia della nozione processualistica di causa non imputabile, rispetto alla corrispondente nozione civilistica⁸¹. La garanzia costituzionale dell'effettività del contraddittorio fa la differenza, poiché richiede di non allargare oltre l'indispensabile l'area delle vicende per le quali la parte, al fine di ottenere la rimessione in termini, non deve semplicemente dimostrare la diligenza del proprio comportamento, ma deve dimostrare anche la diligenza di comportamenti altrui.

Da ciò si ricava che la negligenza del difensore-assistente, del consulente tecnico (art. 87 c.p.c.) e, più in generale, dei soggetti che svolgono attività strumentale ad un processo per incarico della parte senza essere forniti di poteri rappresentativi (ad es., la persona incaricata di cercare un avvocato, di recapitare un documento presso lo studio legale del difensore, ecc.) non è imputabile alla parte⁸². Per ottenere la rimessione in termini, la parte dovrà ovviamente dimostrare di non essere incorsa in colpa propria, per aver agito con leggerezza nella scelta, istruzione o vigilanza della persona incaricata⁸³.

26. Nozione di terzi, le cui condotte non sono imputabili alla parte

È possibile a questo punto delimitare la nozione dei soggetti terzi, il cui comportamento non è imputabile alla parte ai fini della rimessione in termini. Terzi sono tutte le persone che non sono rappresentanti (volontari, legali, c.d. organici, difensori-procuratori) della parte. Secondo questo criterio terzi sono, tra gli altri, il giudice⁸⁴, gli ausiliari del giudice⁸⁵, i dipendenti del servizio postale⁸⁶, la controparte⁸⁷, ecc. Al contrario, il comportamento del rappresentante è imputato oggettivamente alla parte. L'imputazione alla parte del fatto che ha impedito l'esercizio del potere processuale può quindi avvenire per colpa (se si tratta di un fatto proprio della parte) o secondo un criterio oggettivo (se si tratta di un fatto proprio del rappresentante). Ciò rivela che anche la nozione di causa non imputabile di cui all'art. 153, comma 2 c.p.c., al pari di quella di cui all'art. 1218 c.c.,

⁸¹ Sull'autonomia della nozione processualistica di causa non imputabile, rispetto a quella civilistica, abbiamo già richiamato l'attenzione più indietro nel testo. Per un più ampio discorso sul punto sia consentito il rinvio, di nuovo, a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 157 ss.

⁸² *Contra*, R. BORK, in STEIN, JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, ventunesima ed., I, sub § 85, Tübingen, 1993, p. 957, secondo cui rappresentanti della parte, nel senso del § 85, comma 2 ZPO non sono solo i rappresentanti processuali, ma anche i soggetti incaricati di svolgere attività strumentale ad un processo per incarico della parte; G. MÜLLER, *Die Rechtsprechung des BGH zur Wiedereinsetzung in den vorigen Stand*, NJW, 1995, p. 3224 ss., p. 3227. In giurisprudenza, in questo senso, BGH, 7 marzo 1995, VI ZB 3/95, in *VersR*, 1995, p. 931. Per quanto riguarda il difensore-assistente e il consulente tecnico facciamo ammenda del *lapsus calami* in cui siamo incorsi in R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 132 s.

⁸³ In questo contesto può essere utilmente recuperata, in una certa misura, anche la nozione di *culpa in eligendo*, poiché la parte ha la possibilità di discolparsi, mentre tale nozione non descrive la realtà normativa dell'art. 2049 c.c., poiché il padrone (o il committente) non ha possibilità di discolparsi.

⁸⁴ Sulle negligenze del giudice, si rinvia a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 251 ss.

⁸⁵ Sulle negligenze degli ausiliari del giudice, si rinvia a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 259 ss.

⁸⁶ Sulle notificazioni a mezzo del servizio postale, si rinvia a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 261 ss.

⁸⁷ Sui fatti della controparte come presupposto di rimessione in termini, si rinvia a R. CAPONI, *La rimessione in termini nel processo civile*, cit., p. 269 ss.

può essere integrata, a seconda dei casi, da un criterio d'imputazione soggettivo (la colpa) o oggettivo. Chiarito ciò, per comodità espositiva, si può descrivere il presupposto della rimessione in termini come un impedimento di cui la parte non ha colpa: si tratta di un'espressione sintetica che si riferisce agli impedimenti che non sono dovuti né a colpa della parte, né del suo rappresentante.

27. Ricadute sulla responsabilità professionale

Se la giurisprudenza italiana accogliesse le soluzioni che sono state proposte in questo contributo, si dischiuderebbero prospettive interessanti non solo per la parte incorsa in decadenze incolpevoli, ma anche per l'avvocato, che potrebbe organizzare in maniera migliore la propria attività professionale. Ci riferiamo in particolare all'orientamento relativo alla non imputabilità al difensore (e quindi alla parte) dell'errore degli ausiliari ai fini della rimessione in termini, che esonera il difensore dalla responsabilità per gli errori occorsi a questi ultimi nel disbrigo del lavoro di *routine* dello studio legale e gli consente di concentrare le energie nell'adempimento dei suoi compiti professionali.

Ciò avrebbe anche la conseguenza, che si può cogliere immediatamente da una lettura anche superficiale della giurisprudenza tedesca, di assoggettare ad un esteso e penetrante controllo giudiziale l'organizzazione interna degli studi professionali. Basti pensare alla notevole serie di obblighi, incidenti fin nei particolari dell'organizzazione dell'attività professionale, che i giudici tedeschi impongono all'avvocato. Tali obblighi trovano una sanzione efficacissima nel rigetto dell'istanza di rimessione in termini, anche perché esso rende manifesta una negligenza professionale del difensore che può aprire la strada ad un'azione di risarcimento danni del cliente nei suoi confronti. Che questa sia una prospettiva ben concreta, almeno nell'ordinamento tedesco, lo dimostrano le circostanze esteriori, ma non prive di significato, che il maggior numero di decisioni sulla rimessione in termini vengono pubblicate da una rivista specializzata nei problemi dell'assicurazione contro i rischi da responsabilità civile (*Versicherungsrecht*) e che un dato del 1989 stima in circa ottocento all'anno nella Repubblica Federale Tedesca le azioni di risarcimento danni da responsabilità professionale nei confronti di avvocati⁸⁸. Resta da vedere se questa prospettiva si concretizzerà anche nell'ordinamento italiano⁸⁹.

28. Procedimento

Quanto al procedimento di rimessione in termini, la laconica disciplina attuale prevede che il giudice, se ritiene verosimili alla stregua dell'*id quod plerumque accidit* i fatti allegati, ammette, quando occorre la prova dell'impedimento (v. art. 294, comma 2 c.p.c., cui rinvia l'art. 153 c.p.c.). La norma risponde (male) all'esigenza di uno snello accertamento della causa non imputabile.

In una prospettiva *de iure condendo*, una disciplina adeguata del rimedio della rimessione in termini dovrebbe distinguere a seconda che il rimedio concerna poteri interni ad un grado di giudizio o invece poteri di impugnazione (o comunque esterni al giudizio ormai conclusosi per estinzione) e prevedere, nel secondo caso, per esigenze superiori di certezza, un termine finale di sbarramento oltre il quale non è più possibile la reintegrazione nel potere (indipendentemente dal venir meno dell'impedimento).

In secondo luogo, si dovrebbe prevedere un termine perentorio, decorrente dal giorno in cui è cessato l'impedimento non imputabile all'esercizio del potere, entro il quale deve essere richiesto il rimedio.

⁸⁸ Riportiamo il dato pubblicato da M. VOLLKOMMER, *Anwaltshaftungsrecht*, München, 1989, p. VII.

⁸⁹ Sulle difficoltà che nell'ordinamento italiano si frappongono per arrivare ad un risarcimento del danno in questa ipotesi, v. C.E. BALBI, *La decadenza nel processo di cognizione*, cit., p. 454, in nota 401, a cui si rinvia per indicazioni di dottrina e di giurisprudenza sul punto.

29. Osservazione conclusiva

Uno sguardo appena superficiale ad ordinamenti processuali stranieri a noi vicini dimostra che la rilevanza delle condizioni di fatto in cui le parti esercitano i poteri processuali e i connessi problemi di prova dell'impedimento non imputabile ai fini della rimessione in termini sono perfettamente conciliabili con una efficiente tutela giurisdizionale dei diritti. In tali ordinamenti ad un rapido accertamento dell'impedimento si giunge spesso attraverso la dichiarazione giurata della parte o del difensore, liberamente valutabile dal giudice.

Al fondo delle cose, il problema è che i soggetti del processo prendano dimestichezza con gli strumenti che attribuiscono rilevanza agli impedimenti di fatto in un contesto di fiducia reciproca e di valori condivisi e che il legislatore tenga conto di questa evoluzione culturale attraverso nuove e più moderne tecniche di accertamento dei fatti rilevanti.