ISSN 2612-8047

Le Pagine de L'AULA CIVILE

2 2020

febbraio

IN QUESTO NUMERO:

IPOTECA, USUCAPIONE E LITISCONSORZIO NECESSARIO

ART. 709 TER C.P.C. E IMPUGNAZIONI

CLIMATE CHANGE LITIGATION

ONLINE DISPUTE RESOLUTION

ATTO DI CITAZIONE E PROPOSTE DI RIFORMA

ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO OBBLIGATORIO E RESPONSABILITÀ SANITARIA]



Le Pagine de L'AULA CIVILE 2 2020 febbraio

IN QUESTO NUMERO:

IPOTECA, USUCAPIONE E LITISCONSORZIO NECESSARIO

ART. 709 TER C.P.C. E IMPUGNAZIONI

CLIMATE CHANGE LITIGATION

ONLINE DISPUTE RESOLUTION

ATTO DI CITAZIONE E PROPOSTE DI RIFORMA

ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO OBBLIGATORIO E RESPONSABILITÀ SANITARIA]





Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

Bina Massimiliano Bonatti Roberto Cuomo Ulloa Francesca D'Alessandro Elena Della Pietra Giuseppe Donzelli Romolo Farina Marco Ferrari Francesca Ficcarelli Beatrice Finocchiaro Giuseppe Gamba Cinzia Lombardi Rita Marino Concetta Noviello Daniela Passanante Luca Rota Fabio Silvestri Caterina Silvestri Elisabetta Vellani Carlo Villata Stefano

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto Ansanelli Vincenzo Antonelli Alessio Barbiani Stefano Bernabei Guglielmo Bonafine Alessio Bonetti Dario Briganti Elena Caimi Emanuele Cazzato Edoardo Carlo Cianciosi Beatrice D'Adamo Daniela D'Addazio Alessia Desiato Olga Durello Laura Galanti Lucilla Ghinelli Gianni Giardini Elisa Guarnieri Maria Laura Hepai Ermelinda Laboragine Oriana Lombardini Ilaria Manselli Maria Rosaria Martire Francesco Mazzei Martina Mazzone Giorgio Minardi Mirco Molinaro Gabriele Nascosi Alessandro Orlando Sofia Pailli Giacomo Pasini Caterina

Petronzi Alessandro Polinari Jacopo Polizzi Mattia Sponzilli Adriano Tizi Francesca Tonelli Beatrice Irene Villa Alberto Zulberti Martino

ISSN 2612-8047

Tutti i diritti riservati È vietata la riproduzione, anche parziale, del materiale pubblicato senza autorizzazione dell'Editore.

Le opinioni espresse negli articoli appartengono ai singoli Autori, dei quali si rispetta la libertà di giudizio, lasciandoli responsabili dei loro scritti.

L'Autore garantisce la paternità dei contenuti inviati all'Editore manlevando quest'ultimo da ogni eventuale richiesta di risarcimento danni proveniente da terzi che dovessero rivendicare diritti su tali contenuti.

Maggioli S.p.a. Azienda con sistema qualità certificato ISO 9001:2008, iscritta al registro operatori della comunicazione



Sommario

IPOTECA, USUCAPIONE E LITISCONSORZIO NECESSARIO

Commento alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, del 13.11.2019, n. 29325 in tema di litisconsorzio necessario del creditore ipotecario nel giudizio di usucapione di Beatrice Irene Tonelli

ART. 709 TER C.P.C. E IMPUGNAZIONI

9 L'impugnabilità del provvedimento decisorio delle controversie ex art. 709 ter c.p.c.: un problematico nodo interpretativo di Giovanni Raiti

CONCORRENZA SLEALE, PROPRIETÀ INDUSTRIALE E COMPETENZA

18 L'interferenza della concorrenza sleale con i diritti di proprietà industriale (e intellettuale) nella individuazione del giudice competente.
Richiami di giurisprudenza recente per l'individuazione di "casi limite" di Alessia D'Addazio

SOSPENSIONE DEI TERMINI E ARBITRATO

25 Sospensione feriale dei termini e arbitrato di Lucilla Galanti

RILEVABILITÀ DEL MANCATO ESPERIMENTO DELLA MEDIAZIONE

Ogni lasciata è persa: oltre la prima udienza non è più rilevabile il mancato esperimento della mediazione

di Francesca Cuomo Ulloa

ADR E CONFRONTO TRA ORDINAMENTI

ADR sollecitate dal giudice e management della causa all'italiana: una riflessione alla luce dell'esperienza ADR in Northern California di Caterina Pasini

CLIMATE CHANGE LITIGATION

51 Climate change litigation, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici

di Elena D'Alessandro

STRUMENTI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E NOVITÀ

54 Le online dispute resolution di Sara Pini



PIGNORAMENTO PRESSO TERZI E FALLIMENTO DEL DEBITORE

Giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo e fallimento del debitore esecutato di Martino Zulberti

ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO OBBLIGATORIO E RESPONSABILITÀ SANITARIA

70 L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie per responsabilità sanitaria: note sparse

di Mattia Polizzi

COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

74 La cancellazione delle formalità pregiudizievoli nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento

di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

MODIFICAZIONI DELLA DOMANDA E AMMISSIBILITÀ

81 Limitazioni alla modifica della domanda ammissibile

di Lucilla Galanti

CONTRATTI PUBBLICI E ARBITRATO

- 86 Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Prima parte) di llaria Lombardini
- 95 Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Seconda parte) di llaria Lombardini

DECRETO INGIUNTIVO E PROVA SCRITTA

101 La prova scritta nel procedimento di ingiunzione e di opposizione a decreto ingiuntivo di Stefano Alberto Villata

ATTO DI CITAZIONE E PROPOSTE DI RIFORMA

112 Atto di citazione, addio! O forse è solo un arrivederci? Brevi spunti a margine della proposta di modifica del processo civile di Elisa Giardini



IPOTECA, USUCAPIONE E LITISCONSORZIO NECESSARIO

Commento alla sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, del 13.11.2019, n. 29325 in tema di litisconsorzio necessario del creditore ipotecario nel giudizio di usucapione

di Beatrice Irene Tonelli

DEL 3 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. Il caso esaminato dalla Corte di Cassazione
- 2. I rimedi a tutela del diritto del litisconsorte necessario pretermesso
- 3. La conciliazione in materia di usucapione
- 4. Conclusioni

1. Il caso esaminato dalla Corte di Cassazione Cassazione, Sezione III, del 13.11.2019, n. 29325

Una coppia di coniugi aveva agito per far accertare e dichiarare l'intervenuta usucapione, in loro favore, della piena proprietà di un immobile nei confronti del fratello del marito. Il Tribunale di Arezzo, sezione distaccata di Sansepolcro aveva accolto la domanda[1]. L'immobile in questione, tuttavia, era gravato da plurime ipoteche, iscritte anteriormente alla trascrizione della domanda di usucapione[2], ed i creditori, non essendo stati convenuti nel giudizio di usucapione, presentavano opposizione di terzo ex art. 404 c.p.c. chiedendo che fosse dichiarata l'inefficacia nei loro confronti della sentenza favorevole agli usucapenti[3]. Nello specifico, i creditori si

^[1] Sul tema della usucapione e della natura dichiarativa della relativa domanda giudiziale Mazzon R. "Usucapione di beni mobili e immobili" 2019 Maggioli Editori [2] Dalla esposizione del fatto, si deduce che nel caso di specie gli attori avessero provveduto alla trascrizione della domanda di usucapione presso il competente servizio di pubblicità immobiliare. Il tenore della sentenza di legittimità, inoltre, conferma la sussistenza dell'onere, a carico dell'usucapente, di trascrivere la propria domanda. In tema di trascrivibilità della domanda giudiziale di accertamento dell'usucapione, tuttavia, non vi è un orientamento del tutto uniforme. L'art. 2653, primo comma n. 1 c.c., infatti, dispone che devono essere trascritte "le domande dirette a rivendicare la proprietà o altri diritti reali di godimento su beni immobili e le domande dirette all'accertamento dei diritti stessi" e la prassi di alcuni Conservatori dei registri immobiliari è di ritenere che tale formulazione non possa essere estesa anche alla domanda di accertamento della usucapione, stante il principio di tassatività degli atti assoggettati alla suddetta formalità e la considerazione che lo stesso art. 2653 c.c., al n. 5, contempla esplicitamente, ed esclusivamente, l'onere di trascrivere le domande volte ad interrompere il perfezionamento della usucapione (ubi lex voluit dixit, ubi noluit taquit). È stato poi osservato che sarebbe inutile assolvere un adempimento formale, quale è la trascrizione nei registri di pubblicità immobiliare, quando il possesso sulla cosa si manifesta esteriormente. A ciò si può obiettare che la funzione della trascrizione della domanda è chiaramente esplicitata nel primo capoverso del punto 1) dell'art. 2653 c.c., ove si dispone che "La sentenza pronunziata contro il convenuto indicato nella trascrizione della domanda ha effetto anche contro coloro che hanno acquistato diritti dal medesimo in base a un atto trascritto dopo la trascrizione con riserva operata dal conservatore, in Diritto e Giustizia.it.

^[3] Il primo comma dell'art. 404 c.p.c. disciplina il mezzo di impugnazione speciale, cd. opposizione di terzo ordinaria, predisposto dall'ordinamento a tutela del soggetto che, rimasto estraneo al processo, intenda contestare la validità ed efficacia della sentenza passata in giudicato, o comunque esecutiva, pronunciata tra altre persone quando pregiudica i suoi diritti. Il secondo comma dell'art. 404 c.p.c. disciplina invece, la cd opposizione di terzo revocatoria, rimedio offerto ai creditori e aventi causa di una parte per opporsi alla sentenza che li pregiudichi e sia frutto del dolo o della collusione con l'altra parte del giudizio. Sul tema della op-



dolevano, da un lato, della collusione tra attori in usucapione e convenuto (rimasto contumace) e dall'altro, di essere stati pretermessi nel giudizio di merito e quindi lesi nel loro diritto al contraddittorio.

Il Tribunale di Arezzo accoglieva la domanda dei creditori, decisione confermata dalla Corte di Appello di Firenze. Gli usucapenti presentavano quindi impugnazione dinnanzi alla Suprema Corte contestando la qualità di litisconsorti necessari dei creditori opponenti.

I giudici di legittimità affrontano, in via preliminare, alcune questioni procedimentali. La prima, sulla ritualità della notifica del ricorso presso il domiciliatario, nelle more cancellatosi dall'albo, decisa conformemente all'orientamento espresso con la sentenza a Sezioni Unite n. 3702 del 13.02.2017[4]. La seconda, sulla validità della procura alle liti conferita, a nome di persona giuridica, ove sia omessa l'indicazione delle generalità del firmatario, respinta per infondatezza. La terza, sulla inammissibilità, per carenza di interesse ad agire, del motivo di impugnazione diretto a caducare una delle *rationes decidendi* della pronuncia impugnata, quando la decisione del giudice sia correttamente fondata, autonomamente, sull'altra.

Nel merito, la Suprema Corte dichiara inammissibile il terzo motivo di impugnazione, con cui i ricorrenti contestavano la qualità di litisconsorti necessari dei creditori iscritti. Gli Ermellini rilevano che ciò costituiva una delle *ratione decidendi* della decisione di primo grado che non era stata impugnata in sede di appello e su cui, pertanto, doveva ritenersi maturato il giudicato implicito.

Rilevando, tuttavia, che la questione abbia rilievo nomofilattico, la Suprema Corte coglie l'occasione per affrontare *ex professo* una questione di diritto scarsamente esaminata e per statuire, ai sensi dell'art. 363 comma 3 c.p.c., il seguente principio: "il creditore garantito da ipoteca iscritta nei registri immobiliari anteriormente alla trascrizione della domanda giudiziale di usucapione del medesimo immobile è litisconsorte necessario nel giudizio di usucapione, con la conseguenza che la sentenza pronunciata all'esito di un giudizio al quale non sia stato posto nelle condizioni di partecipare è a lui inopponibile e potrà, semmai, essere prudentemente apprezzata quale mero elemento di prova dal giudice dell'opposizione di terzo ex <u>art. 619 c.p.c.</u> promossa dall'usucapente avverso l'espropriazione immobiliare del bene usucapito».

2. I rimedi a tutela del diritto del litisconsorte necessario pretermesso

La decisione della Suprema Corte fornisce lo spunto per alcune riflessioni sulla identificazione della qualità di litisconsorte necessario, ai sensi dell'art. 102 c.p.c.[5], e sui mezzi di tutela rispetto ad una decisione giudiziale che sia stata pronunciata in violazione del diritto al contraddittorio.

Nella propria argomentazione, la sentenza in commento richiama la disciplina della usucapione quale mezzo di acquisto a titolo originario del diritto di proprietà che, compiutasi all'esito del possesso ventennale del bene, retroagisce alla data in cui il possesso è iniziato, il che comporta l'effetto estintivo di tutte le iscrizioni e le trascrizioni *medio tempore* perfezionatesi contro l'usucapito[6].

Da ciò discende la qualificazione del creditore iscritto come litisconsorte necessario nel giudizio di accertamento della intervenuta usucapione sul bene ipotecato.

Su questo punto, tuttavia, la sentenza in esame si pone in contrasto con il precedente del 2012 secondo cui il creditore ipotecario che non abbia partecipato al giudizio di accertamento dell'usucapione introdotto contro il proprietario formale, debitore ipotecario, subisce gli effetti diretti del giudicato ex art. 2909 c.c. e, pertanto, è tenuto ad impugnare la sentenza nei modi e nelle forme

posizione di terzo, e della struttura bifasica, rescindente e rescissoria di tale mezzo di impugnazione, vedasi recentissima Corte di Cassazione, sez. Il, <u>23 agosto 2019 n. 21641</u> in *questa rivista*. Per approfondimenti sulla natura dei mezzi di impugnazione disciplinati dall'art. <u>404 c.p.c.</u>, vedasi tra gli altri Proto Pisani A. "*Lezioni di diritto processuale civile*" Jovene 2014; Luiso F.P. "*Diritto Processuale Civile*" Giuffé 2019; Biavati P. "*Argomenti di diritto processuale civile*" Bononia 2018. **[4]** La notifica dell'atto di impugnazione ad un soggetto non più abilitato a riceverla è nulla, ma l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. <u>301 comma 1 c.p.c.</u> deve includere anche la cessazione dello *jus postulandi* come causa di interruzione del processo, sicché la nullità della notifica (non sanata, con efficacia retroattiva, mediante sua rinnovazione o grazie alla volontaria costituzione della controparte) non comporta il passaggio in giudicato della sentenza impugnata, in quanto il termine di impugnazione non riprende a decorrere fino al venir meno della causa di interruzione o fino alla sostituzione del difensore volontariamente cancellatosi.

^[5] Come noto, la disposizione citata stabilisce al primo comma che "Se la decisione non puo' pronunciarsi che in confronto di piu' parti, queste debbono agire o essere convenute nello stesso processo". Si tratta di una disposizione "in bianco" che non specifica quali siano i casi in cui la decisione non possa essere pronunciata in assenza delle parti necessarie, rimettendo quindi all'interprete l'onere di identificare le fattispecie concrete di litisconsorzio necessario.

^[6] La sentenza in commento specifica che l'effetto estintivo non deve essere inquadrato nella fattispecie della *usucapio libertatis*, non contemplata nel nostro ordinamento, ma piuttosto come conseguenza della reattività dell'acquisto a titolo originario (cfr. Cass. Civ. sez. 2, sent. 28.06.2000 n. 8792).



dell'opposizione revocatoria di cui all'art. 404, comma 2, c.p.c.[7].

Come noto, la prima tutela approntata nel sistema processuale per garantire il diritto al contraddittorio dei litisconsorti necessari è la verifica preliminare, che il giudice deve compiere d'ufficio ai sensi dell'art. 102 comma 2 c.p.c.[8] e dell'art. 183 comma 1 c.p.c., sulla sussistenza del presupposto processuale della integrità del contraddittorio. Verifica che, nel caso di specie, appare semplificata proprio dal regime di pubblicità immobiliare che consente a chiunque di conoscere l'esistenza del vincolo sull'immobile, con efficacia opponibile *erga omnes*[9].

Ove l'integrazione del contraddittorio non si perfezioni, il giudizio si estingue (art. 307 comma 3 c.p.c.) mentre se tale difetto viene rilevato nei successivi gradi, la sentenza sarà annullata e la causa rinviata al giudice di primo grado (art. 354 comma 1 e 383 comma 2 c.p.c.) [10]. In ogni caso, la sentenza pronunciata in violazione del contradditorio è inefficace nei confronti del litisconsorte pretermesso.

La necessità di tutelare il diritto dei creditori iscritti rispetto agli atti dispositivi del diritto reale sull'immobile emerge in diverse disposizioni sia di natura sostanziale che processuale, come le norme in materia di divisione delle comunioni (art. 784 c.p.c. e art. 1113 c.c.) e di espropriazione forzata (art. 498 c.p.c., art. 600 c.p.c.[11]).

Ed infatti il ragionamento della sentenza in esame si estende alla disamina delle conseguenze sul processo esecutivo. Se la sentenza di usucapione non è opponibile al creditore ipotecario che non sia stato evocato nel relativo giudizio, questi potrà azionare il proprio titolo in via esecutiva anche nei confronti dell'usucapente. In tal caso, l'usuca-

pente esecutato potrà ricorrere ad un unico rimedio processuale, ovvero l'opposizione di terzo ex <u>art. 619 c.p.c.</u>, e in tale sede potrà eccepire l'intervenuta usucapione accertata in sentenza, ma l'efficacia di tale statuizione sarà rimessa al prudente apprezzamento del giudice dell'opposizione esecutiva.

3. La conciliazione in materia di usucapione

È noto che le controversie in materia di usucapione sono assoggettate alla condizione di procedibilità dell'esperimento del tentativo di mediazione (art. 5 comma 1 bis D.lgs. 28/2010) e quindi possono trovare una soluzione conciliativa in tale sede.

Nella pratica, lo strumento della conciliazione in queste fattispecie viene frequentemente utilizzato, anche in assenza di un reale conflitto tra le parti, per regolarizzare situazioni di fatto non corrispondenti ai titoli di provenienza, come sovente accade quando gli aventi causa, subentrati per successione ereditaria o altro titolo, scoprono incongruenze negli atti di acquisto più risalenti o nella rappresentazione catastale dei beni. Nella maggior parte dei casi, si tratta infatti di vani accessori o annessi (cantine, cortili, ripostigli ecc.) banalmente omessi, o erroneamente individuati, negli atti di provenienza anteriori. Si era quindi posto il problema della trascrivibilità di tali accordi conciliativi, atipici rispetto alla tassativa elencazione dell'art. 2643 c.c. e 2651 c.c.. Diverse pronunce di merito, infatti, avevano negato la trascrivibilità del negozio di accertamento, sia perché di natura non equiparabile all'accertamento giudiziale contenuto in una sentenza (art. 2643 c.c.) sia perché, trattandosi di negozio vincolante solo tra gli stipulanti, non dotato di efficacia erga omnes[12].

^[7] Cass. Civ., sez. III, sentenza 28.09.2012 n. 15698 "La situazione del creditore ipotecario di fronte al giudizio di accertamento dell'usucapione, introdotto contro il proprietario formale, che gli abbia concesso ipoteca, è riconducibile all'art. 404, comma 2, cpc. e, pertanto, la sentenza di accertamento dell'usucapione è efficace nei suoi confronti e deve essere impugnata ai sensi di tale norma". Secondo questo orientamento, i creditori iscritti non sarebbero litisconsorti del processo di merito, ma soggetti titolari di diritti giuridicamente dipendenti da quello oggetto del giudizio e quindi subirebbero l'efficacia riflessa della sentenza resa nel rapporto pregiudiziale inter alios, e da qui la loro legittimazione alla opposizione di terzo ex art. 404 comma 2 c.p.c.

^[8] La disposizione prescrive che se il processo è promosso da alcuni o contro alcuni soltanto dei litisconsorti necessari, il giudice ordina l'integrazione del contradittorio in un termine perentorio da lui stabilito.

^[9] Sempre dal punto di vista della tutela del creditore ipotecario, o degli altri soggetti che abbiano trascritto il proprio diritto sul bene, la trascrizione della domanda di usucapione produce un ulteriore effetto di conoscibilità della pendenza del giudizio, e quindi uno strumento per stimolare anche l'intervento spontaneo in causa.

[10] In tema di litisconsorzio necessario e sentenze di accertamento volte alla rimozione di un titolo apparente, vedasi Luiso F.P. "Diritto processuale civile" Giuffré 2019, vol. I, pp. 304 ss.

^[11] Sul tema della tutela dei creditori iscritti nella divisione della comunione e nella espropriazione forzata Cardino A. "Comunione di beni e espropriazione forzata" UTET 2011, pp. 121 ss.

^[12] Sul punto vedasi Studio del Notariato n. 718-2013/C "La trascrizione dell'accordo conciliativo accertativo dell'usucapione" del 31 gennaio 2014 e giurisprudenza ivi richiamata reperibile sul sito www.notariato.it



Il legislatore del 2013 è intervenuto introducendo il punto 12 bis dell'art. 2643 c.c. [13] per il quale "si devono rendere pubblici con il mezzo della trascrizione" anche "gli accordi di mediazione che accertano l'usucapione con la sottoscrizione del processo verbale autenticata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

Tale riconoscimento normativo ha dato ulteriore stimolo al riconoscimento della validità di accordi a contenuto ricognitivo o accertativo, di natura negoziale non conciliativa o transattiva, stipulati dalle parti direttamente con l'assistenza del notaio[14]. Ebbene, in tutte queste casistiche di natura "stragiudiziale" sarà onere delle parti (*id est* dei loro avvocati, notai e/o consulenti) verificare con particolare attenzione l'esistenza di creditori iscritti che dovranno essere direttamente coinvolti nel procedimento di mediazione, come nel negozio notarile, ove si voglia ottenere l'opponibilità nei loro confronti degli effetti dell'acquisto per usucapione e l'effettiva liberazione del bene.

4. Conclusioni

Il principio di diritto affermato nella sentenza in commento è destinato ad influire non solo sui procedimenti giudiziari di usucapione, imponendo al giudice e alle parti una maggiore diligenza nel verificare, attraverso la acquisizione di visure ipocatastali o di certificazioni notarili, l'esistenza di litisconsorti necessari, ma anche nello svolgimento delle procedure di mediazione e sulla validità degli accordi conciliativi, nonché sulla stipula di atti notarili ricognitivi della intervenuta usucapione.

Al tempo stesso, la pronuncia della Corte in esame costituisce un argine al tentativo di utilizzare l'acquisto a titolo originario come strumento per estingue e quindi vanificare le garanzie del creditore ipotecario.

^[13] D.L. 21 giugno 2013 n. 69 convertito in legge 9 agosto 2013 n. 98 che aveva tra l'altro reintrodotto la mediazione come condizione di procedibilità dopo l'intervento della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 272/2012, aveva dichiarato l'illegittimità per eccesso di delega della relativa previsione.

^[14] Sul punto vedasi Studio del Notariato n. 4-2017/C "Ancora in tema di trascrivibilità del negozio di accertamento" del 14 giugno 2017 e giurisprudenza ivi richiamata reperibile sul sito www.notariato.it



ART. 709 TER C.P.C. E IMPUGNAZIONI

L'impugnabilità del provvedimento decisorio delle controversie ex art. 709 ter c.p.c.: un problematico nodo interpretativo [1]

di Giovanni Raiti

DEL 4 FEBBRAI90 2020

Sommario

- 1. Premessa: la persistente problematicità dell'ultimo comma dell'art. 709 ter c.p.c.
- 2. I "modi ordinari" dell'impugnabilità dei provvedimenti decisori che decidono le controversie ex art. 709 ter non equivalgono alla impugnabilità con le impugnazioni ordinarie
- 3. La problematica ricostruzione "in positivo" del sistema, frutto della combinazione di variabili (di contenuto e di sedi procedimentali delle misure de quibus) indizianti in varie direzioni
- 4. Il preferito approccio funzionale al tema ed i suoi corollari
- 5. La pronuncia delle misure da parte del giudice istruttore nei procedimenti che ospitano la controversia in via incidentale: il ritenuto carattere non cautelare della pronuncia e la conseguente preferita esclusione del reclamo ex art. 669 terdecies
- 6. La definitività della pronuncia del g.i. ed il suo scalzare l'ordinanza presidenziale ex art. 708: la preferita esclusione del reclamo ex art. 709, comma 4, e la preferenza per il rimedio di cui all'art. 739, comma 1, c.p.c.
- 7. Alcuni problemi residui

1. Premessa: la persistente problematicità dell'ultimo comma dell'art. 709 ter c.p.c.

Nell'ambito di un incontro così ricco di contributi, e dopo una brillante e documentata relazione di amplissimo respiro quale quella appena svolta dall'amico e collega Lupoi sulle prospettive *de jure condendo* della tutela processuale per la famiglia, il mio contributo farà invece il fuoco su un aspetto circoscritto della tutela del minore, segnatamente implicato dai provvedimenti *exart.* 709 *ter* c.p.c. Dovranno bastare pochi cenni per rammentare che ci troviamo davanti a quelle misure che, occasionate dalla controversia fra i coniugi in merito all'attuazione di un provvedimento giudiziale già reso anche (o solo) in ordine all'esercizio della responsabilità genitoriale e delle modalità dell'affidamento, possono assumere - in funzione dell'effettività della tutela - una molteplicità di contenuti (anche sanzionatori, come noto); ed esser resi in una molteplicità

di contesti e di sedi procedimentali (il giudizio di separazione o divorzio; quello di annullamento del matrimonio, o di affidamento di figli di genitori non uniti in matrimonio; o, ancora, in via principale con istanza ex art. 710 c.p.c., atteggiandosi la lamentata violazione coniugale al provvedimento in vigore quale potenziale causa di modifica delle condizioni già stabilizzatesi in sede di separazione o divorzio o nelle altre sedi processuali di regolazione del rapporto). Il tempo a mia disposizione mi impedisce di illustrare puntualmente tali contesti e di analizzare nel dettaglio i contenuti che la norma elenca quali eventuali esiti accessori al provvedimento risolutivo della controversia. Sebbene varata, con la legge n. 54 del 2006 (sull'affidamento condiviso dei figli), al meritorio fine di rendere - come accennato - effettiva la tutela giudiziale erogata con qualsivoglia provvedimento sull'assetto dei rapporti fra genitori e figli minori (o maggiorenni, ma portatori di handicap), la disposi-

^[1] Il testo riproduce la relazione svolta dall'Autore al Convegno Quale diritto di famiglia per la società del XXI secolo?, svoltosi a Catania il 13 e 14 dicembre 2019 presso il Dipartimento di Giurisprudenza, nell'ambito delle attività del gruppo di ricerca, diretto dal prof. Ugo Salanitro, partecipante al Piano triennale di Ateneo per la ricerca dipartimentale 2016-2018; con il patrocinio del Consiglio Notarile di Catania e Caltagirone, della AMI (Associazione Matrimonialisti Italiani) e della Struttura territoriale di formazione decentrata del distretto di Catania della Scuola Superiore della Magistratura.



zione, a causa di una scrittura stringata e non limpida, ha invero lasciato aperti molteplici problemi: da quello relativo all'esatta ampiezza dei contenuti della controversia (anche quelle su aspetti schiettamente patrimoniali?), a quello del coordinamento con altri istituti (con il potere di vigilanza del giudice tutelare ex art. 337 c.c., ad esempio, o con le cc.dd. astreints exart. 614 bis c.p.c.), a questioni propriamente procedimentali: sulla competenza, ad esempio (del giudice istruttore oltre che del collegio?[2]), sulla officiosità o meno della pronuncia delle sanzioni (ed in particolare di quelle di cui ai nn. 1 e 4, cui non corrisponde il ristoro ad alcun diritto soggettivo pecuniario leso, come nelle altre due ipotesi, ma una mera afflizione punitiva, verbale o pecuniaria), sulle modalità di istruzione...

Di fronte a così tanti nodi, mi limiterò a fare alcune considerazioni sul solo ultimo comma della disposizione. Laddove il legislatore, dopo aver dettato la laconica disciplina sulla competenza, ed elencato le varie misure erogabili, afferma che «I provvedimenti assunti dal giudice del procedimento sono impugnabili nei modi ordinari».

2. I "modi ordinari" dell'impugnabilità dei provvedimenti decisori che decidono le controversie ex art. 709 ter non equivalgono alla impugnabilità con le impugnazioni ordinarie Si tratta di un tema piuttosto spinoso - e, per il vero, già ampiamente ed autorevolmente analizzato dalla dottri-

na[3] - che mantiene però viva attualità: oltre che per una certa eterogeneità applicativa sul territorio nazionale, anche alla luce di una recente giurisprudenza del supremo collegio - l'ordinanza 10 maggio 2018, n. 11279[4] - che, con specifico riguardo alle misure rese dal giudice istruttore nel corso del procedimento di separazione, ha confermato la mancanza di strumenti impugnatori, sul presupposto che «è garantita l'effettività della tutela delle posizioni soggettive mediante la modificabilità e la revisione, a richiesta di parte, dell'assetto delle condizioni separative e divorzili, anche all'esito di una decisione definitiva, piuttosto che dalla moltiplicazione di momenti di riesame e controllo da parte di altro organo giurisdizionale nello svolgimento del giudizio a cognizione piena».

Torniamo, dunque, al testo in questione. L'uso in esso di un aggettivo - "ordinario" - che allorché riferito alle impugnazioni viene inequivocabilmente declinato dagli operatori del diritto nell'accezione tecnica di cui tutti sappiamo, deve anzitutto farci sgombrare il campo dal dubbio se il legislatore non intendesse far riferimento, nello stabilire il regime impugnatorio in questione, proprio alle impugnazioni ordinarie; tanto più che in un altro punto del codice l'identica espressione allude proprio a quelle (si tratta dell'art. 47, dove - come noto - si dice che "La sentenza che ha pronunciato sulla competenza insieme col merito può essere impugnata con l'istanza di regolamento di

^[2] Nella visione di una parte della dottrina il dilemma ha riguardato la *potestas judicandi* concernete la definizione dell'endocausa *de qua* in generale (sul che, v. *infra* le citazioni alla nota 11) e, ben più diffusamente, con riferimento alla sola applicabilità delle sanzioni di cui al comma 2, escludendosi per lo più la competenza monocratica con riguardo a quelle a carattere risarcitorio di cui ai nn. 2 e 3 (così, segnatamente, M. Lupoi, sub *Art. 709 ter*, in Carpi e Taruffo, *Commentario breve al Codice di procedura civile*, IX ed., 2018).

^[3] Mi sia consentito fornire qui una generica citazione delle principali pubblicazioni intervenute sul tema de quo: L. Salvaneschi, Alcuni profili processuali della legge sull'affido condiviso, in Riv. dir. proc., 2006, 1287 ss.; C. M. Cea, L'affidamento condiviso: II. - Profili processuali, in Foro it., 2006, V, 96 ss.; B. De Filippis, Affidamento condiviso dei figli nella separazione e nel divorzio, Padova, 2007, spec. 233; A. Carratta, Sub art. 709 ter c.p.c., in Le recenti riforme del processo civile, commentario diretto da Chiarloni, II, Bologna, 2007, 1558 ss.; F. Danovi, Le misure sanzionatorie a tutela dell'affidamento (art. 709 ter cod. proc. civ.), in Riv. dir. proc., 2008, 603 ss.; Idem, Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c., in Riv. dir. proc., 2011, 1538 ss.; M. Lupoi, Aspetti processuali della normativa sull'affidamento condiviso, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 1063 ss.; Graziosi , L'esecuzione forzata dei provvedimenti del giudice in materia di famiglia, in Dir. fam., 2008, 880 ss.; Zingales, Misure sanzionatorie e processo civile: osservazioni a margine dell'art. 709 ter cod. proc. civ ., in Dir. fam., 2009, 404 ss.; F. Tommaseo, Riflessioni sulle impugnazioni e sui reclami nel diritto di famiglia e delle persone (in particolare, nella disciplina della separazione di cui alla legge n. 54 del 2006), in Fam e Dir., 2008, 97 ss.; Idem, Applicazioni giurisprudenziali di una norma controversa: ancora sull'art. 709 ter c.p.c., in Fam. e Dir., 2010, 706 ss.; Idem, L'adempimento dei doveri parentali e le misure a tutela dell'affidamento: l'art. 709 ter c.p.c., in Fam e Dir., 2010, 1057 ss.; G. Finocchiaro ed E. Poli, in Digesto IV, Discipline privatistiche, Sez. civile, voce Esecuzione dei provvedimenti di affidamento dei minori; Agg. III, I, Torino 2007, 532 ss.; E. Vullo, Procedimenti in materia di famiglia e di stato delle persone, in Commentario del Codice di Procedura Civile, a cura di S. Chiarloni, Tomo I, Torino, 2011, 295 ss.; F. Astiggiano L'art 709 ter c.p.c. tra posizioni dottrinali ed applicazioni giurisprudenziali; in particolare, i mezzi di gravame esperibili, in Fam e Dir., 2011, 574 ss.; G. De Marzo, Il primo intervento della Cassazione sull'art. 709 ter c.p.c.: più ombre che luci (nota a Cass. 24 ottobre 2010, n. 21718), in Foro italiano, 2011 I, 2824 ss.; M. Giorgetti, Sono reclamabili i provvedimenti del giudice istruttore, ex art. 709, comma 4, c.p.c., o di modifica o di revoca di quelli presidenzialí? in Fam. e Dir., 2015, 237 ss.; Lupoi, in Carpi e Taruffo, Commentario breve al Codice di procedura civile, IX ed., Milano 2018, sub. Art. 709 ter, 2840 ss.; C. Cecchella, Diritto e processo nelle controversie familiari e minorili, Bologna, 2018, spec. 247 ss., R. Donzelli, I provvedimenti nell'interesse dei figli minori ex art. 709 ter c.p.c., Torino, 2018; Idem, Sulla reclamabilità dei provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c. emessi in via provvisoria dal giudice istruttore, ibidem, 2018, 1126 ss.; [4] In www.ilcaso.it; la pronuncia risulta peraltro anticipata da Cass., 4 luglio 2014, n. 15416, in Fam. e Dir., 2015, 35 ss.



competenza, oppure nei modi ordinari quando insieme con la pronuncia sulla competenza si impugna quella sul merito"). Il dilemma, per quanto minoritariamente sciolto da un'autorevole dottrina in senso affermativo[5], anche a mio modo di ritenere va, invece, sciolto in senso negativo. Non solo per ragioni esegetiche (impugnare nei modi ordinari non coincide necessariamente, infatti, con l'impugnare mediante le impugnazioni ordinarie). Quanto - e soprattutto - per ragioni sistematiche. Nella loro varietà, infatti, i provvedimenti che definiscono la controversia ex art. 709 ter possono ben non avere alcun carattere di decisorietà, indipendentemente dall'organo, monocratico (il g.i.) o collegiale (in sede di sentenza definitiva), che li renda; e sarebbe così eterodosso configurare per essi un'indiscriminata efficacia di giudicato che la spendita delle impugnazioni ordinarie implica fatalmente.

Per meglio comprenderlo occorre puntualizzare che la soluzione della controversia insorta intorno all'attuazione del "provvedimento in vigore" (per usare l'espressione del legislatore) può determinare un ampio ventaglio di soluzioni. Può trattarsi - come la pratica dell'istituto dimostra - di una contestazione che non abbia, ancora, nemmeno generato (la doglianza di) una violazione. In tal caso, l'intervento del giudice dovrà limitarsi a specificare quanto non fosse chiaro per le parti, con impregiudicata efficacia del provvedimento in vigore[6]. Del resto, anche quando la violazione vi sia stata, i "provvedimenti opportuni" di cui dice il comma 2 della disposizione possono distinguersi secondo una summa divisio: quelli che, in funzione dell'interesse del minore, inducano ad una modifica del provvedimento in vigore, che viene - così - ad essere sostituito dal provvedimento definitorio della controversia ex art. 709 ter; e quelli che invece non portino a tale effetto, ipotizzato che, per quanto violato, il provvedimento continui a rappresentare lo strumento più idoneo a perseguire l'interesse del minore. In entrambe le ipotesi, poi, la violazione può atteggiarsi o meno quale causa di un risarcimento danni (per l'altro coniuge o per il minore), ovvero di un provvedimento irrogatorio della sanzione dell'ammonimento o di quella pecuniario-amministrativa a favore della Cassa per le ammende: sanzioni che mostrano fra loro una evidente eterogeneità di natura.

Il quadro lascia fin qui emergere una varietà di ipotesi correlata alla varietà del contenuto del provvedimento. Esso si complica, peraltro, in relazione al fatto che sono varie anche le sedi procedimentali in cui tutti tali provvedimenti, pur colti con riferimento ad un determinato contenuto, possono essere resi. Lo lascia bene intendere il primo comma della disposizione che, nel dettare la norma sulla competenza, la attribuisce al giudice del procedimento in corso, spia inequivocabile della molteplicità di tali procedimenti con eventuale, conseguente varietà del rito valevole per ciascuno. Ed in effetti, volendo compiere una ricognizione che non pretende di esser esaustiva (anche a causa, devo confessarlo, di una mia molto relativa padronanza della materia familiare in generale che potrebbe indurmi a trascurare taluni dei molteplici strumenti di tutela che assicurano l'intervento giudiziale sulle varie vicende di crisi della relazione genitoriale), procedimenti incidentalmente ai quali la controversia ex art. 709 ter può sorgere sono sia quelli in cui è strutturale la regolazione in limine litis del rapporto genitoriale - tipicamente: il giudizio di separazione o di divorzio che abbia visto già rendere i provvedimenti presidenziali - sia procedimenti pendenti nei quali la «vigenza» di un provvedimento sia frutto di circostanze occasionali (come può accadere nel corso di un giudizio di annullamento del matrimonio, o sull'affidamento di figli di genitori non uniti in matrimonio). Non può peraltro escludersi che la controversia sorga in pendenza del procedimento ex art. 710, di modificazione (come noto) dei provvedimenti riguardanti anche la prole, da avviare in via principale dinanzi al Tribunale del luogo di residenza del minore, una volta stabilizzatasi la pronuncia di separazione corredata dalla regolazione del rapporto fra genitori e figli intorno alla può appunto avvilupparsi la controversia ex art. 709 ter. Lo stesso procedimento di cui all'art. 710 può peraltro esprimere, dal proprio interno, provvedimenti di modifica «provvisori» - da rendersi, secondo i più, anche d'ufficio - allorché il procedimento principale «non possa essere immediatamente definito»[7]. Ed anche intorno a(ll'attuazione di) tali provvedimenti - ancorché provvisori - potrebbe dunque sorgere una controversia riguardante il loro adempi-

^[5] Ci riferiamo a G. Balena, Il processo di separazione personale dei coniugi, in Balena e Bove, Le riforme più recenti del processo civile, Bari, 2006, 423.

^[6] Una fattispecie di tal genere, severamente (e... pretoriamente) sanzionata con l'inammissibilità della domanda, ritenuta pretestuosa e finalizzata solo ad alimentare la gratuita microlitigiosità dei coniugi, in Trib. Milano, Sez. IX, Ord. 23 marzo 2016, in Fam. e Dir., 2016, 1152 ss, con nota di F. Danovi, I doveri deontologici dell'avvocato nel diritto minorile e la giurisdizione forense.

^[7] Cfr. il comma 3 della disposizione.



mento, da ricondurre al parametro dell'art. 709 ter. Infine, viene ragionevolmente ammesso - anche dalla giurisprudenza[8] - che la controversia ex art. 709 ter possa essere avviata in via principale nelle forme del procedimento ex art. 710, ravvisandosi proprio nella asserita violazione al provvedimento in vigore una potenziale ragione giustificativa per la modifica delle condizioni attinenti l'esercizio della potestà genitoriale o le modalità dell'affidamento.

Verosimilmente sulla scorta di tale estrema varietà di circostanze, la Cassazione ha - ormai stabilmente, direi - sconfessato l'interpretazione dell'aggettivo "ordinario" quale termine capace di evocare la nozione tecnica di ordinarietà delle impugnazioni, svolgendo - diversamente - l'espressione "impugnabili nei modi ordinari" nel senso di "impugnabili nei modiordinariamente valevoli per ciascuna misura», in ragione (e cito qui il supremo collegio) «del contenuto, della natura e della finalità volta per volta ad essa affidati»[9].

Siamo, fin qui, dinanzi ad una verità negativa che può senz'altro condividersi, sol considerando che fra queste ipotesi ve ne sono alcune che certamente non si confanno alla cognizione ordinaria: quando - segnatamente - i provvedimenti siano meramente esplicativi dell'ordine giudiziale in vigore, senza alcun(a richiesta di) accertamento di inadempienza o violazione; e, direi, altresì, quando, sebbene essi contengano tale accertamento, non conducano ad alcuna incisione di posizioni di interesse soggettive: né del coniuge, né del minore; per esser stata evidentemente la violazione non tanto grave da determinare alcuna sanzione, né alcuna modifica dei provvedimenti in vigore che continueranno, così, a rispondere al loro statuto processuale. Valorizzo, così dicendo, la natura di strumento esecutivo del procedimento ex art. 709 ter tutte le volte che esso si limiti a specificare il provvedimento in vigore; riconnettendo la natura potenzialmente contenziosa ai casi in cui, all'opposto, l'intervenuta modifica rimuova la misura vigente (alla maniera in cui - mutatis mutandis - si è soliti distingue fra l'ordinanza specificativa delle modalità di esecuzione dell'obbligo di fare o di non fare contenuto nel titolo esecutivo ed il provvedimento che lo intacchi invece sostanzialmente, in quel caso, evidentemente però, con condotta giudiziale contra legem).

3. La problematica ricostruzione "in positivo" del sistema, frutto della combinazione di variabili (di contenuto e di sedi procedimentali delle misure de quibus) indizianti in varie direzioni

Detto questo, resta tuttavia estremamente ardua la compiuta ricostruzione di un sistema impugnatorio che appare il frutto di diverse variabili (variamente combinabili fra loro), per ciascuna delle quali non è semplice, alla luce dei dati di sistema, valutare se sappia, da sola, costituire la ragione sufficiente ad imporre una data modalità impugnatoria, in grado come tale di scalzare l'indicazione di segno contrario che da un'altra variabile rintracciabile nella singola vicenda indizi, magari, in senso contrario. Si ha, anzi, la sensazione di trovarsi come in una morra cinese (o dentro un'immagine di Maurits Escher...), dove l'apparente debolezza di un elemento svela la sua forza nel confronto con un altro, intrappolando l'interprete dentro una irrisolvibile circolarità. Non si tratta evidentemente, nel nostro caso, di "carta", di "forbici" o di un "sasso". Sono simili, però, le dinamiche relazionali generate - qui - dall'intersecazione di riti e cognizioni (camerale o ordinario), di contenuti (interessi da gestire o pagamenti cui condannare) e di momenti in cui il provvedimento viene reso (incidentalmente al procedimento a cognizione piena sugli istituti di crisi del matrimonio, ovvero assieme alla definizione del medesimo con sentenza, ad esempio).

Prima di effettuare la mia proposta ricostruttiva, cui, non voglio comunque sottrarmi, desidero compiere una sintetica ricognizione sulle poche indicazioni certe che il sistema ci consegna. Perché è evidentemente da lì che si deve partire per colmare i vuoti di disciplina.

A tale stregua, va rammentato:

- che i provvedimenti resi dal Presidente del Tribunale ex art. 708 c.p.c. sono reclamabili a mente dell'ultimo comma della medesima disposizione dinanzi alla Corte d'Appello;
- 2. che i decreti motivati con i quali si concludono i giudizi per la modifica delle condizioni della separazione e del divorzio, potenzialmente implicanti anche l'assetto delle relazioni fra genitori e figli, sono (quanto meno) reclamabili, a mente dell'art. 739 comma 1° c.p.c.;
- **3.** che contro le sentenze di primo grado di separazione e di divorzio è dato l'appello ed il ricorso per cassazione ordi-

^[8] Si veda, ad es., Tribunale Vicenza, 15 aprile 2010, in Fam. e Dir., 2010, 705, con nota di F. Tommaseo, cit.

^[9] V. Cass. 25 febbraio 2015, n. 3810, in Giur. it., 2015, 2589, con nota di A. Mendola, Violazione del diritto di visita tra regime sanzionatorio e strumenti processuali.



- nario (che la giurisprudenza stabilmente estende a tutte le disposizioni riguardanti tanto l'assetto personale fra i coniugi quanto quello patrimoniale e personale fra loro ed i figli minori);
- 4. che ai riferiti dati positivi testuali si accompagna un'ormai solida giurisprudenza del supremo collegio (sostenuta dalla autorevolezza di una pronuncia delle sezioni unite: la n. 22238 del 2009[10]) che ammette il ricorso straordinario per cassazione avverso il provvedimento conclusivo del reclamo ex art. 739, di impugnazione del decreto sulla modifica delle condizioni di separazione, anche se riguardanti i rapporti fra genitori e figli.

Questo è tutto ciò che di certo abbiamo (certo, o quasi, perché la giurisprudenza sull'ammissibilità del ricorso *ex* art. 111 anche avverso le statuizioni di modifica delle condizioni riguardanti l'affidamento della prole accessorie alla separazione ed al divorzio rese in esito al reclamo ex art. 739 non è sempre stata costante...[11]).

Fuori da queste ipotesi il silenzio della legge è assordante. In particolare, nessuna indicazione specifica viene fornita sul regime dei provvedimenti *ex* art. 709 *ter*, ancorché modificativi dei provvedimenti in vigore sull'esercizio del-

la responsabilità genitoriale e sulle modalità dell'affidamento, quando provengano dalgiudice istruttore del giudizio di separazione o divorzio (ipotesi che pressoché stabilmente si riconosce dalla giurisprudenza possa determinarsi[12]) e, dunque, in assenza di una domanda che, prospettando particolari ragioni di urgenza, si atteggi quale cautelarmente anticipatoria di quella da rendersi dal collegio considerato quale solo organo competente a rendere la misura "di merito"; del resto, un analogo silenzio caratterizza il regime impugnatorio di pur analoghi provvedimenti che, sempre a mente dell'art. 709 ter, si ritiene possano esser dati dal giudice istruttore in pendenza del giudizio sull'affidamento dei figli di genitori non coniugati (incidentalmente al quale per prassi giurisprudenziale possono aver luogo provvedimenti interinali fonte di controversia), ovvero ancora nell'ambito del procedimento di modifica alle condizioni accessorie alla separazione o divorzio *ex* <u>art. 710</u>.

4. Il preferito approccio funzionale al tema ed i suoi corollari

Non sono certo in grado, in un panorama che ha fatto prospettare (in specie alla dottrina) ogni concepibile soluzione[13] - fornire una soluzione che pretenda far qua-

^[10] La pronuncia, del 21 ottobre, è pubblicata (ex ceteris) in Fam e Dir. 2010, 364, con nota di A. Graziosi, Ebbene sì, il minore ha diritto di essere ascoltato nel processo. Nella porzione motivazionale qui rilevante vi si afferma: "Il decreto emesso in camera di consiglio dalla Corte d'appello a seguito di reclamo avverso i provvedimenti emanati dal tribunale sull'istanza di revisione delle disposizioni accessorie alla separazione, in quanto incidente su diritti soggettivi delle parti, nonché caratterizzato da stabilità temporanea, che lo rende idoneo ad acquistare efficacia di giudicato, sia pure "rebus sic stantibus", è impugnabile dinanzi alla Corte di cassazione con il ricorso straordinario ai sensi dell'art. 111 Cost., e, dovendo essere motivato, sia pure sommariamente, può essere censurato anche per carenze motivazionali, le quali sono prospettabili in rapporto all'ultimo comma dell'art. 360 cod. proc. civ., nel testo novellato dal d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40, che qualifica come violazione di legge il vizio di cui al n. 5 del primo comma, alla luce dei principi del giusto processo, che deve svolgersi nel contraddittorio delle parti e concludersi con una pronuncia motivata". Da ultimo, nello stesso senso, Cass. civ., Ord., 7 maggio 2019, n. 12018, in Fam. e Dir., 2019, 714.

^[11] Si v., ad es., Cass., 22 ottobre 2010, n. 21718, in Riv. dir. proc., 2011, 1537, con nota di F. Danovi, *Inammissibilità del ricorso per cassazione avverso i provvedimenti ex art. 709 ter c.p.c.*, ed in Dir. di fam. e delle persone, 2011, 651, con nota di Zingales, *Il procedimento per la soluzione delle controversie insorte tra i genitori in ordine all'esercizio della potestà genitoriale o alle modalità dell'affidamento in una recente pronunzia della S.C.*

^[12] Per una pressoché isolata posizione discordante, favorevole alla sola competenza collegiale, v. Trib. Pisa, 19 dicembre 2007, in Fam. e Dir., 2009, 43 ss., con nota favorevole di E. Vullo, *Competenza e oggetto delle controversie promosse ex art. 709 ter c.p.c.* In dottrina la tesi della più opportuna riserva al collegio della competenza a decidere le controversie ex art. 709 ter è ben più robustamente supportata dalle autorevoli opinioni di Tommaseo, *Riflessioni...*, cit., 104; e di Carratta, *Art. 709 ter*, in *Le recenti riforme...*, cit. 1559 e dell'appena citato Vullo.

^[13] Dalla tesi estrema di chi esclude ogni impugnazione, autorevolmente avanzata da C. Mandrioli, *Diritto processuale civile*, III, XXVII ed., Torino, 2019, 105, nt 75, (nell'ambito di una visione che ritiene peraltro le misure adottate dal giudice istruttore interinali e da confermarsi o revocarsi con la sentenza di separazione o divorzio, che risulterà appellabile anche con riguardo ai contenuti concernenti la definizione della controversia ex art. 709); a chi ritiene preferibile il reclamo ex art. 708, comma 4 (Lupoi, *Aspetti processuali....*, cit., 110; Danovi, *Le misure sanzionatorie...*, cit., 620 s.; A. Carratta, *Le recenti riforme ...*, cit., 1579), a chi opta invece per il reclamo cautelare ex art. 669 terdecies (Cea, L'affidamento condiviso..., cit., 102; De Filippis, *Affidamento condiviso...*, cit., 233; Giorgetti, *Sono reclamabili...*, cit., 241; Donzelli, *Sulla reclamabilità...*, cit., 1129 s.); peculiare la posizione di G. Finocchiaro, *Un giudizio garantisce la corretta esecuzione*, in Guida al dir., 2006, 11, 64 ss., secondo cui allorché intervenga nel decidere controversie sulla attuazione di quanto disposto con i provvedimenti presidenziali il g.i. emanerà provvedimenti reclamabili a mente dell'art. 708, comma 4; mentre potrà proporsi reclamo al collegio ex art. 178, allorché si assumano da parte sua le misure sanzionatorie di cui ai nn. 1 - 4 del comma 2 cosicché possano esser decisi con la sentenza definitiva del giudizio principale; nel caso in cui invece la modifica intervenga ex art. 709 ter a carico della misura già stabilizzatasi con il giudicato di separazione o di divorzio o rispetto a provvedimenti frutto di una già intervenuta revisione di quelli, il regime impugnatorio sarebbe quello del reclamo davanti alla Corte d'Appello ex art. 739 c.p.c.



drare il cerchio. Sul fronte giurisprudenziale, ricordo che la giurisprudenza del supremo collegio - lo si è già detto prima, richiamando la pronuncia n. 11279 del 2018 - opina non impugnabili in alcun modo i provvedimenti *ex* art. 709 *ter* resi dal giudice istruttore; ed a tale posizione appare sostanzialmente allineata anche la giurisprudenza di merito [14].

Voglio solo indicare una linea di riflessione utile ad una plausibile ricostruzione del sistema, pur nella piena consapevolezza che qualsivoglia ricostruzione lascia margine a sbavature ed imperfezioni.

Trovo opportuno prender le mosse da un dato funzionale e "di realtà". I rapporti personali fra genitori e figli minori nei quali si esplica la responsabilità genitoriale implicano il trattamento di un interesse sostanziale superindividuale di primaria rilevanza costituzionale; interesse che, per il suo inerire ad un flusso di relazione in costante mutamento e per riguardare immediatamente l'aspetto psicologico-evolutivo del minore, allorché fatto oggetto di un intervento ex imperio dell'autorità giudiziaria tende ad incidere per sua stessa natura con immediata definitività di effetto, potendone la riforma, piuttosto che determinare un irrealistico ripristino dello status quo ante, porre un semplice ostacolo al perpetuarsi dei suoi effetti. Proprio per questo, esso impone un costante e rapido monitoraggio, ed implica una strutturale estraneità dei provvedimenti che lo realizzino alla stabilità propria dei giudicati sostanziali. Questo credo comporti tre immediati corollari: 1) che la previsione di un'istanza di controllo garantita dalla alterità dell'ufficio cui sia devoluta risponde ad un bisogno primario (quanto primario è l'interesse toccato); 2) che tale istanza dev'essere agile nel rito e di rapida definizione; 3) che al provvedimento in questione deve riconoscersi un ontologico carattere di provvisorietà (esso, cioè, deve poter essere modificato in ogni tempo) ma non necessariamente al contempo quello della anticipatorietà. Il quale ultimo è proprio unicamente di quei provvedimenti che definiscono - sì - provvisoriamente un assetto di interessi, ma nell'ambito di una vicenda strutturata per una verifica successiva che li sostituisca con revoca/modifica o con conferma.

5. La pronuncia delle misure da parte del giudice istruttore nei procedimenti che ospitano la controversia in via incidentale: il ritenuto carattere non cautelare della pronuncia e la conseguente preferita esclusione del reclamo ex art. 669 terdecies

Accantoniamo per il momento tali corollari, per evidenziare un problematico aspetto della soluzione cui, a mio modo di vedere, essi dovrebbero condurre.

Quando la controversia ex art. 709 ter si manifesta, volendo rigorosamente intendere la norma sulla competenza - che, ricordiamo, attribuisce la controversia medesima al giudice del procedimento in corso - dovrebbe dedursene che la potestasjudicandi sulla violazione del provvedimento in vigore (e sulle eventuali statuizioni sanzionatorie accessorie) sia del tribunale collegiale, dal momento che è il tribunale collegiale l'ufficio competente per i giudizi che normalmente "ospitano" la controversia in questione; e che, del resto, sono di competenza del tribunale collegiale tutti i provvedimenti sull'esercizio della potestà genitoriale e sull'affidamento in qualsivoglia altra sede cognitiva ci si trovi (710, 38 disp. att. c.c. con riferimento ai figli minori di genitori non coniugati ecc. ecc.). Così ritenendo, qualunque misura che l'intima urgenza delle questioni di cui trattiamo consigli pure doversi affidare nel corso del procedimento principale al giudice monocratico non potrà che imputarsi - alternativamente - all'area della cautelarità, ovvero a quella della sommarietà/anticipatorietà . A mio modo di ritenere, però, la disposizione di cui all'art. art. 709 ter non ci porta agevolmente né verso l'una, né verso l'altra delle due aree.

Quanto alla estraneità dei "provvedimenti opportuni" di cui dice il testo della norma all'area della cautelarità, va detto che essa discende anzitutto dalla mancanza di alcun cenno ai requisiti del *periculum in mora* e del *fumus boni juris*, che della cautela costituiscono pur sempre i tratti caratterizzanti. Entrambi i requisiti potrebbero esser relativizzati invocando - come pure in dottrina è stato più volte fatto, al fine di ravvisare quale plausibile regime impugnatorio quello assicurato dal reclamo ex art. 669 terdecies - la categoria della tutela cautelare autonoma, presente - come ben noto - nell'ordinamento a partire dalla riforma del 2005[15]. Si trascurerebbero, però, nel compiere

^[14] Di recente, in questo senso, l'ord. del Tribunale di Locri, 4 ottobre 2017, in Fam e Dir. 2018, 1125, con nota di Donzelli, cit.. In senso isolatamente favorevole alla reclamabilità ex art. 669 terdecies è diffuso citare Trib. Genova, 10 gennaio 2004, in Fam. e Dir., 2004, 612 ss., con nota di Figone, Ordinanze ex art. 708 c.p.c. e regime cautelare uniforme; ma la pronuncia riguardava per la verità l'ipotesi non perfettamente sovrapponibile del provvedimento istruttorio di revoca di quello presidenziale reso ex art. 708.

^[15] Conseguita segnatamente al D.L. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80 (v. art. 2, comma 3, lett. e-bis), n. 2).



questa analogia, due importanti elementi intrinseci alla tutela cautelare autonoma: a) il primo, dato dal fatto che essa, per quanto in grado di mantenere i suoi effetti indipendentemente dal sussistere o dal persistere del vincolo strutturale con il giudizio di merito, non perde il suo originario vincolo funzionale con esso; che, insomma, le cc.dd. misure cautelari autonome, prima di esser «autonome» sono appunto - cautelari e vengono concesse solo se la domanda lasci ravvisare l'esistenza dei loro tipici requisiti di concedibilità (fumus boni juris e periculum in mora), potendo solo la successiva condotta difensiva delle parti frustrarne il senso originario acquiescendo alla misura; b) il secondo (correlato) elemento, conseguente alla circostanza che le misure cautelari autonome sono contenutisticamente individuate in funzione della loro anticipatorietà. Qui, però, per un verso, come abbiamo detto, la anticipatorietà parrebbe ontologicamente esclusa dal fatto che una successiva revoca della misura saprebbe solo fittiziamente annullare gli effetti già da questa prodotti sulla relazione genitoriale; per altro verso, manca (coerentemente con il dato funzionale) alcun elemento che possa far pensare ad alcuna bifasicità di cognizione. Al contrario, la circostanza normativa espressa secondo la quale ai "provvedimenti opportuni" di risoluzione della controversia possano ben accompagnarsi le sanzioni risarcitorie o punitivo-educative indizia ulteriormente verso il carattere definitivo dei medesimi. Il sistema non lascia infatti trapelare alcun indizio, alcuna ragione giustificativa della ipotetica provvisorietà di tali pronunce accessorie allorché rese dal giudice istruttore piuttosto che, occasionalmente, dal collegio.

Quanto detto da ultimo, peraltro, oltre a (contribure a) fondare l'estraneità di tali misure monocratiche rispetto al carattere della anticipatorietà e, per sua tramite, la pari estraneità rispetto alla tutela cautelare pur autonoma (che, come detto, è sempre - in potenza, almeno - anticipatoria[16]), impone di escluderne anche il carattere meramente sommario-anticipatorio, ancorché non cautelare.

6. La definitività della pronuncia del g.i. ed il suo scalzare l'ordinanza presidenziale ex art. 708: la preferita esclusione del reclamo ex art. 709, comma 4, e la preferenza per il rimedio di cui all'art. 739, comma 1, c.p.c.

Tutto questo credo induca ad un primo strappo: volendo ammettersi una strutturale potestas judicandipenden-

te lite del giudice istruttore sulle controversie ex art. 709 ter, deve trarsene la conseguenza che in tale esercizio della sua potestà decisoria egli consumi la sua vera e propria competenza sul "merito" della controversia. E che l'eventuale confluenza del provvedimento (collegiale) risolutivo di quest'ultima in quello definitorio del procedimento ospitante costituisca un mero accidente cronologico, determinato dalla circostanza che la domanda risulti avanzata nella imminenza del rinvio della causa in decisione. Se quanto detto è condivisibile, però, con riferimento alla pronuncia decisoria (e definitiva) del giudice istruttore non ha evidentemente senso postulare un successivo controllo da parte del collegio nel rendere la sentenza con cui si definisca il giudizio di separazione o divorzio (o taluno degli altri giudizi che ospitino la controversia ex art. 709 ter).

Direi che nella giurisprudenza si coglie, sul punto, un problematico eclettismo.

Per un verso, essa affida di default, come usa dirsi, al giudice istruttore la potestas judicandi ex art. 709 ter, correttamente sottraendola, a mio modo di ritenere, all'area della cautelarità (poiché la affranca da alcun onere dimostrativo del periculum); per altro verso, però - ed è questo il delicato punto di ricostruzione del sistema che ha principalmente fondato la recente pronuncia della Cassazione richiamata in apertura - postula un controllo sistematico da parte del collegio sulla misura monocratica. Così lasciando intendere di ravvisare una strutturale bifasicità del procedimento, della quale non è invece alcuna traccia nella disciplina positiva.

La bifasicità c'è, indubbiamente, avuto riguardo (nell'art. 708) ai provvedimenti presidenziali in rapporto a quelli definitivi del giudizio. Ma essa non può traslarsi correttamente con riguardo alle modifiche al provvedimento in vigore ipoteticamente determinate dalla decisione del giudice istruttore sulle domande ex art. 709 ter. Perché è proprio il provvedimento ex art. 709 ter ad infrangerla. Dopo la misura modificativa, il provvedimento presidenziale è tolto di mezzo, di modo che il controllo sistematicamente previsto per esso in sede definitoria del giudizio di separazione o divorzio ad opera del collegio non è più coerentemente concepibile.

Alla luce di tali considerazioni, ritengo che debba trarsi il corollario di una seconda esclusione. Abbiamo detto di

^[16] i provvedimenti cautelari autonomi, infatti, almeno - come detto - "in potenza", e nel momento in cui vengano rilasciati devono palesare un nesso funzionale con l'accertamento cognitivo; quando tale nesso manchi può semmai predicarsi per essi, poiché intrinsecamente rispondenti ad una generica ragione di urgenza, la natura sommario-provvisoria, ma non anticipatoria e cautelare.



quella attinente al reclamo cautelare. Seppur non altrettanto fermamente, direi che anche l'altra ipotesi ricostruttiva (l'applicazione analogica dell'art. 708, comma 4) vada preferibilmente esclusa.

Non può certo negarsi una affinità di *cognitio* sottostante ai due provvedimenti in questione. Tuttavia, è proprio il contesto delle due, pur simili, *cognitiones* a fare la differenza ed a suggerire, direi, una diversa soluzione.

Le controversie *ex* <u>art. 709 ter</u> sono controversie peculiarmente generate dalle vicende di attuazione di un qualsivoglia provvedimento giurisdizionale «in vigore» sull'esercizio della potestà genitoriale e sulle modalità dell'affidamento; vicende il cui accertamento vede nei giudizi di separazione e divorzio solo un contenitore che *occasionalmente* le ospita. Tanto è vero che "contenitori" pur diversi, e come tali privi di provvedimenti presidenziali *in limine litis*, possono ospitarle. Le medesime controversie possono, del resto, essere avviate (lo ammette pacificamente anche la giurisprudenza) in via principale, nelle forme come detto - del procedimento *ex* <u>art. 710</u>.

L'ordinanza presidenziale contenente "i provvedimenti temporanei e urgenti nell'interesse della prole e dei coniugi" è - diversamente - un provvedimento officioso, tipicamente proprio dei (soli) giudizi cognitori di separazione e divorzio; in seno ai quali essa si atteggia quale misura dall'accentuato carattere (funzionalmente) cautelare, con efficacia provvisoria ed anticipatoria. Né vanno sottaciute le significative specificità dell'ordinanza presidenziale medesima sotto il profilo istruttorio, considerato soprattutto che essa resta una misura di assoluta sommarietà, se non per altro per dover essere pronunciata *prima* della nomina del giudice istruttore.

Sono gli indicati elementi strutturali e funzionali, ad impedire - ritengo - l'applicazione analogica del reclamo *ex* art. 708, comma 4. Manca, infatti, ai provvedimenti definitori della controversia sulla attuazione del "provvedimento in vigore" l'intrinseca e strutturale anticipatorietà dell'ordinanza presidenziale, così come è per contro assente in essa la definitività di pronuncia che, con riguardo alle controversie sorte intorno alla attuazione di un provvedimento giudiziario in vigore sulla relazione parentale, caratterizza invece la decisione del giudice istruttore. In questa visione, ritengo più ragionevole l'applicazione analogica del regime impugnatorio valevole per il caso in cui la domanda *ex* art. 709 ter abbia luogo in via princi-

pale (e quando, dunque, essa venga avanzata nelle forme dell'art. 710 c.p.c.). L'assolutezza che in tal caso la contraddistingue, portandola fuori dalla nebulosità indotta dai procedimenti che occasionalmente la ospitano, è capace di svelare, infatti, una scelta legislativa ben più autentica e distinta di quella ambiguamente evocata dalla anodina formula della impugnabilità "nei modi ordinari". Perché - va ribadito - il rapporto che lega la controversia ex art. 709 ter ai giudizi di separazione e di divorzio (od agli altri in seno ai quali la relativa domanda si avanzi) è un rapporto affatto esteriore, capace propriamente di incidere solo sul piano della disciplina della competenza, anche nel senso di consentire una pronuncia definitoria, tanto al giudice istruttore quanto al collegio, in ragione del momento in cui la domanda venga proposta e decisa. Conclusivamente sono dunque dell'idea che il rimedio impugnatorio su tali provvedimenti, allorché resi dal giudice istruttore, debba essere quello del reclamo di cui all'art. 739, comma 1 c.p.c.

7. Alcuni problemi residui

La proposta ricostruttiva avanzata lascia aperti, non può negarsi, (oltre a quello, già evidenziato, e, per così dire "a monte di essa", sulla competenza del giudice monocratico) alcuni problemi di contorno.

Uno è quello dei rapporti fra il regime processuale dei provvedimenti resi dal giudice istruttore nel corso dei giudizi di separazione e di divorzio a revoca dell'ordinanza presidenziale in confronto a quelli resi *ex* art. 709 *ter*. Credo possa intuirsi, sulla base di quanto detto, il mio disfavore verso l'ammissione di uno stesso, comune regime impugnatorio. E piuttosto - in questo caso, sì - a ravvisare per i primi l'applicazione analogica dell'art. 708, comma 4.

L'altro è quello del regime impugnatorio da riconoscersi ai provvedimenti di condanna - in specie per quelli risarcitori - che ipoteticamente accedano, in chiave sanzionatoria, all'accertamento della violazione.

Personalmente non trovo ragionevole assolutizzare l'elemento condannatorio-pecuniario (che costituisce oltretutto in questo caso, anche a mio modo di ritenere, un accessorio alla pronuncia sulla domanda *ex* art. 709ter non rispondente al principio dispositivo[17]) per farne derivare il doveroso riconoscimento del regime delle impugnazioni ordinarie (appello e ricorso per cassazione). Sottolineerei piuttosto, al riguardo, la centralità dell'interesse

^[17] Va valorizzato in questo senso l'indifferenziata elencazione testuale della norma, che vuole tanto le pronunce risarcitorie quanto quelle punitive eventuali accessori al provvedimento giudiziale, senza alcun richiamo alla domanda di parte, ed anzi, mostrando di accomunare tali pronunce a quella sulla modifica del



del minore - quale valore sostanziale cui si ispira, stando al testo della norma, anche la condanna risarcitoria a vantaggio dell'altro coniuge o del minore - per ritenere che sia proprio la gestione di tale interesse il perno intorno a cui far gravitare il regime impugnatorio di ogni contenuto (pur sanzionatorio) che lo persegua. Come a dire che i soldi, solido interesse soggettivo per antonomasia, cedono, a questo fine, ad un regime impugnatorio concepito per un interesse immateriale che li sovrasta: come il "sasso" - potrebbe dirsi - cede alla "carta" nel già evocato gioco della morra cinese.

Del resto (battute a parte), per un verso, sarebbe funzionalmente assai inopportuno che il comune accertamento, sottostante ad entrambe le statuizioni[18], sulla gravità della violazione consumata dal genitore convenuto possa subire un duplice (differenziato) trattamento impugnatorio (ovverosia: l'appello, a contrasto dei contenuti pecuniario-risarcitori, ed il reclamo *ex* art. 739 quanto alle determinazioni interpersonali); per altro verso, non credo sistematicamente meno inopportuno che, volendosi garantire l'ordinaria sequela impugnatoria per le pronunce risarcitorie senza frammentazione delle sedi pro-

cedimentali, le misure a contenuto interpersonale subiscano un trattamento occasionalmente diverso a seconda che ad esse si accompagnino, o no, quelle a contenuto pecuniario.

Una analoga perplessità può riguardare il caso in cui la definizione della controversia ex art. 709 ter confluisca nel provvedimento decisorio del giudizio di cognizione «ospitante». Una disciplina impugnatoria differenziata sarebbe invero, in questo caso, plausibile stante l'autonomia delle statuizioni interpersonali o patrimoniali fra i coniugi in rapporto alle misure incidenti sull'esercizio della potestà genitoriale o sulle modalità dell'affidamento dei figli minori (o portatori di handicap). È noto, peraltro, che la giurisprudenza sembra favorire, al riguardo, la prevalenza della forma sulla sostanza, generalizzando l'appello avverso la sentenza colta quale sede provvedimentale unica per tutte le statuizioni in essa contenute. Ed in questo favor potrebbe, in ultima analisi, cogliersi il senso della formula sulla impugnabilità «nei modi ordinari» (la quale postula una pur minima variegazione dei regimi) ch'è stata anche all'origine del mio intervento odierno, del cui ascolto Vi ringrazio.

provvedimento in vigore sul piano della discrezionalità officiosa nel renderli una volta riscontrata la "grave violazione". A favore della medesima soluzione, sulla base di condivisibili valutazioni di ordine funzionale, v. già, in dottrina, Danovi, *Inammissibilità*..., cit. spec. 1546, a giudizio del quale "il bene giuridico tutelato dall'art. 709 ter c.p.c. consiste sempre nel rispetto e nella corretta attuazione dei provvedimenti relativi all'affidamento, ed è tale bene che tutte le misure previste dalla norma tendono ugualmente a salvaguardare. Poiché´ il bene giuridico protetto è comune e ha comunque carattere metaindividuale, pare quindi maggiormente consonante che l'intervento giudiziale possa esprimersi sempre *ex officio*, anche laddove l'effetto concreto del provvedimento si risolva - *de facto* - nella determinazione di un'obbligazione di carattere monetario».

^[18] Ci riferiamo evidentemente, da un lato, a quella sulla relazione fra i genitori ed il minore, e, dall'altro, a quella pecuniario-risarcitoria, come noto ben cumulabili nel provvedimento.



CONCORRENZA SLEALE, PROPRIETÀ INDUSTRIALE E COMPETENZA

L'interferenza della concorrenza sleale con i diritti di proprietà industriale (e intellettuale) nella individuazione del giudice competente. Richiami di giurisprudenza recente per l'individuazione di "casi limite"

di Alessia D'Addazio

DEL 5 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. L'«interferenza» come novità del legislatore
- 2. L'«interferenza» al banco di prova dell'interprete
- 3. Alcune recenti decisioni del giudice di legittimità: l'interferenza a mo' di fisarmonica
- 4. Breve osservazione conclusiva

1. L'«interferenza» come novità del legislatore

L'art. 134, comma 1, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30 (cd. Codice della proprietà industriale, per brevità anche «c.p.i."), nella formulazione posteriore alla modifica apportata dalla Legge 23 luglio 2009, n. 99, individua le categorie di controversie affidate alla cognizione delle sezioni specializzate in materia di impresa di cui al d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 e, per primi, contempla «i procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono, neppure indirettamente, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale (...) e in generale in materie che presentano ragioni di connessione, anche impropria, con quelle di competenza delle sezioni specializzate»[1]. Parallelamente, nel d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168, istitutivo delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale

ed intellettuale, poi sezioni specializzate in materia di impresa a partire dal 2012 (D.L. 24 gennaio 2012, n. 1), all'art. 3, nella formulazione vigente sino al 2012, si prevedeva che «Le sezioni specializzate sono competenti in materia di controversie aventi ad oggetto: marchi nazionali, internazionali e comunitari, brevetti d'invenzione e per nuove varietà vegetali, modelli di utilità, disegni e modelli e diritto d'autore, nonché di fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale[2]». Il tenore letterale di tale norma costituisce la trasposizione letterale del testo dell'art. 16 della Legge delega 12 dicembre 2002, n. 273 («Misure per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza») senza alcuna specificazione del significato (giuridico) dell'espressione «fattispecie di concorrenza sleale interferenti con la tutela della proprietà industriale ed intellettuale».

^[1] La disposizione, nella sua formulazione originaria, prevedeva che «Nei procedimenti giudiziari in materia di proprietà industriale e di concorrenza sleale, con esclusione delle sole fattispecie che non interferiscono neppure indirettamente con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale (...) ed in generale in materie di competenza delle sezioni specializzate quivi comprese quelle che presentano ragioni di connessione anche impropria si applicano le norme dei capi I e IV del titolo II e quelle del titolo III del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5 e, per quanto non disciplinato dalle norme suddette, si applicano le disposizioni del codice di procedura civile in quanto compatibili, salva in ogni caso l'applicabilità dell'articolo 121, comma 5». La Corte Costituzionale, con sentenza 18 aprile 2007, n. 170, ne ha dichiarato l'illegittimità costituzionale (per eccesso di delega); la norma è stata quindi riscritta dall'art. 19, comma 5, della Legge 23 luglio 2009, n. 99, mutando rubrica da "Norme di procedura" a "Norme in materia di competenza".

^[2] Se il d.lgs. 168/2003, istitutivo delle sezioni specializzate, ha ad oggetto tanto il diritto di proprietà industriale quanto il diritto di proprietà intellettuale, il d.lgs. 30/2005 disciplina (i profili sostanziali de) il diritto di proprietà industriale, su cui il presente contributo è maggiormente qualificato.



In entrambe le disposizioni, che hanno convissuto per circa tre anni sino alla citata modifica dell'art. 3, d.lgs. 27 giugno 2003, n. 168 (che oggi contiene un più vasto elenco delle materie di competenza delle sezioni specializzate e rinvia *tout court*, in materia di proprietà industriale, al comma 1, lett. *a*, «all'articolo 134 del decreto legislativo 10 febbraio 2005, n. 30, e successive modificazioni») è richiamato il concetto di "interferenza" per individuare quelle categorie di controversie di concorrenza sleale che sono attratte nell'ambito della competenza affidata alle sezioni specializzate.

All'art. 134 c.p.i., ove la categoria è individuata per esclusione e in via residuale, sono incluse le controversie che interferiscono, anche *indirettamente*, con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale, con un incerto ampliamento della nozione rispetto a quella contenuta nel d.lgs. 168/2003.

Un ulteriore elemento di differenza tra le due disposizioni è dato dalla entità cui l'interferenza si riferisce: l'art. 3 del d.lgs. 168/2003 individua la vis attractiva delle sezioni specializzate nell'interferenza tra concorrenza sleale e tutela della proprietà industrialeed intellettuale, mentre lanorma contenuta nel Codice della proprietà industriale contempla l'interferenza con l'esercizio dei diritti di proprietà industriale. La prima disposizione aveva infatti indotto gli interpreti a ritenere, con approccio restrittivo, che l'interferenza potesse ravvisarsi solo in caso di formale proposizione di una specifica domanda finalizzata a richiedere tutela reale di un diritto di privativa industriale[3].

2. L'«interferenza» al banco di prova dell'interprete

Il concetto di "interferenza" ha generato non pochi dubbi di interpretazione e individuazione, come era prevedibile tenuto conto dell'utilizzo da parte del legislatore di un lessico atecnico e vago sotto il profilo giuridico, privo di richiami alle "classiche" nozioni processualistiche che denotano le relazioni tra controversie. Così, si sono avvicendate - soprattutto nella giurisprudenza di merito - varie posizioni esegetiche che hanno disegnato confini di diversa latitudine per delimitare il concetto di "concorrenza sleale interferente con (a seconda della disposizione di riferimento, l'esercizio o la tutela de) i diritti di proprietà industriale".

Da un lato, una parte della giurisprudenza, affiancata dalla dottrina[4] ha preferito adoperare una lettura restrittiva delle disposizioni normative in parola, ritenendo configurabile l'interferenza solo nelle ipotesi di proposizione di apposita azione (reale) volta alla tutela di diritti di privativa industriale titolati e quindi solo nei casi di previa e dimostrata registrazione dei medesimi (pur non mancando posizioni di stampo opposto[5]). Diversi gli argomenti a sostegno di tale soluzione: in primo luogo, l'interpretazione rigida e letterale della disposizione originariamente contenuta all'art. 3, d.lgs. 168/2003 (testo normativo adottato per attuare la delega di cui all'art. 16 della Legge 12 dicembre 2002, n. 273 concernente le disposizioni processuali, a differenza del Codice di proprietà intellettuale che invece è stato adottato in attuazione della delega di cui all'art. 15 Legge 12 dicembre 2002, n. 273, relativa alle disposizioni di carattere sostanziale) che, appunto, riguarda l'interferenza con la tutela dei diritti di proprietà industriale e intellettuale[6], nonché l'esigenza di conferire un significato processualmente definito e certo alla semanticamente incerta nozione di interferenza. Secondo tale visione, l'interferenza non si configurerebbe, quindi, nei casi in cui la domanda abbia ad oggetto il solo accertamento della concorrenza sleale e siano contenute allegazioni o richiami solo generici alla tu-

^[3] Trib. Venezia, 19 febbraio 2004, in Riv. dir. ind., 2005, II, 339; Trib. Milano, 12 maggio 2005, in Dir. autore, 2005, 523.

^[4] D. Capra, Nuovi orientamenti in tema di competenza delle Sezioni specializzate, nota a Corte appello 12 luglio 2004, n. 3249 in Riv. Dir. Ind., 2005, 54 ss.

^[5] Cfr., all'indomani dell'istituzione delle sezioni specializzate, Trib. Roma, 27 luglio 2004, in *De Jure*, ove si osserva, in merito al tema dell'interferenza, che: «nessun chiarimento è fornito dalla relazione ministeriale allo schema definitivo di decreto delegato dalla quale si desume la volontà del legislatore delegato di rimettere agli interpreti di chiarire l'esatto significato della disposizione (...)» e, sulla base del «principio di uguaglianza e d[e]l criterio di interpretazione della legge ordinaria in senso conforme alla costituzione» si giunge ad «estendere la competenza per materia delle Sezioni specializzate dalle fattispecie di concorrenza sleale previste dalla Convenzione d'Unione di Parigi (l'art.1.2 della C.U.P. stabilisce che "la protezione della proprietà industriale ha per oggetto anche la repressione della concorrenza sleale"), norma di rango costituzionale, anche alle ipotesi che non siano previste dalle fonti di diritto sopranazionale» e si finisce «per attribuire alla competenza delle sezioni specializzate tutte le materie riconducibili alla proprietà intellettuale non esplicitamente richiamate dall'art. 3, d.lgs. n. 168/2003».

[6] Trib. Venezia, 4 dicembre 2003 e Trib. Venezia, 19 febbraio 2004, entrambe in *Riv. Dir. Ind.*, 2005, 339, con nota di C.E. Mayr, *La concorrenza sleale interferente*; Trib. Venezia, 15 luglio 2004, in *Riv. Dir. Ind.*, 2005, 36, con nota di D. Capra, *Nuovi orientamenti in tema di competenza delle Sezioni specializzate*, cit.; Trib. Bologna, 5 ottobre 2004, in *Dir. e pratica societ*à, 2005, 75; Trib. Chiavari, 1 febbraio 2005, in *Rep. Foro it.*, 2005; Trib. Mantova, 7 aprile 2005, in *Dir. ind.*, 2006, 436, con nota di L. Tavolaro, *Tutela della ditta e sezioni specializzate*.



tela dei diritti di privativa, in difetto di specifiche allegazioni e senza la proposizione di correlate domande[7]. Seguendo tale approccio, tuttavia, il concetto di interferenza non manterrebbe alcuna autonoma funzione distintiva rispetto all'istituto della connessione, già operativo secondo le regole classiche previste dal codice di rito, di talché l'intervento del legislatore finirebbe per svuotarsi di significato, non occorrendo prevedere come ipotesi specifica quello che costituisce un fenomeno di collegamento già di per sé operativo secondo le normali norme processuali. Peraltro, la nuova formulazione dell'art. 134 c.p.i. ha confermato la non praticabilità di tale soluzione, prevedendo specificatamente la vis attractiva delle sezioni specializzate in tutti i casi di connessione, anche impropria, con le controversie ad esse devolute e al contempo ampliando la competenza di tali sezioni specializzate anche alle ipotesi di interferenza indiretta, pur lasciando le stesse prive di definizione. A questa visione si può altresì obiettare che l'automatismo ad essa presupposto comporterebbe il rischio di elusione delle regole stabilite in materia di competenza tramite la mera strumentale proposizione di domande infondate, finalizzate a spostare la competenza in capo alle sezioni specializzate in materia di impresa[8]. Basterebbe, infatti, proporre, accanto alla domanda avente ad oggetto la tutela avverso atti di concorrenza sleale, una fittizia e connessa domanda di tutela di privativa industriale, tenuto conto che la competenza deve essere valutata dal giudice a prescindere dalla fondatezza della domanda e sulla base della mera prospettazione dei fatti effettuata dalla parte (attrice o convenuta che abbia proposto domanda riconvenzionale), avuto riguardo alla causa petendi e alla specifica formulazione del petitum.

Si è quindi affermato con maggior vigore un opposto orientamento, favorevole all'interpretazione estensiva degli artt. 134 c.p.i. e 3, d.lgs. 168/2003, in ragione, da un lato, della concezione delle sezioni specializzate quali giudici specializzati ma non speciali[9] e della conseguente possibilità di effettuare una lettura estensiva delle norme che ne disciplinano funzionamento e attribuzio-

ni, e dall'altro, dell'opportunità di qualificare il concetto di interferenza in termini economici oltre che giuridici, proprio in forza della sua natura atecnica e volutamente ibrida. Secondo tale orientamento, l"interferenza" sarebbe configurabile non solo nel caso in cui alla domanda di concorrenza sleale sia cumulata una connessa domanda avente ad oggetto un diritto di proprietà industriale (e intellettuale), ma anche nelle controversie di concorrenza sleale nelle quali emergano implicazioni di fatto, anche solo di natura economica, sulla circolazione di beni o servizi oggetto di privativa diritto industriale (e di diritti di proprietà intellettuale). Questa visione ha trovato pieno accoglimento nella giurisprudenza di legittimità. La prima sezione della Corte di cassazione, con la pronuncia 9 aprile 2008, n. 9167, ha diffusamente posto l'attenzione «sul significato e la portata del concetto di interferenza applicato alla relazione tra due materie, quella della concorrenza sleale e quella della tutela della proprietà industriale e intellettuale», osservando che non ricorre tanto una questione di interpretazione estensiva o restrittiva della disposizione, «quanto piuttosto [di] interpretazione del concetto di interferenza utilizzato dal legislatore delegato in conformità alla previsione della legge di delegazione» e che l'utilizzo da parte del legislatore di una locuzione atecnica e inusuale nel lessico processuale, dovrebbe indurre l'interprete a individuare un ambito di operatività del concetto di interferenza che non si risolva in quelli noti al codice di rito. Si è così ritenuta maggiormente rispondente alla ratio della istituzione delle sezioni specializzate una lettura dell'art. 3, d.lgs. 168/2003 che individui la competenza di tali sezioni specializzate nelle controversie in materia di concorrenza sleale a prescindere dalla formale proposizione di azioni reali accanto alla domanda di repressione della concorrenza sleale e di risarcimento dei danni, sulla base della deduzione operata dalle parti di fatti in astratto interferenti con la esistenza di un diritto di proprietà industriale e intellettuale, escludendo tale competenza solo laddove non si ponga la necessità di conosce-

^[7] P. Esposito, Osservazioni in tema di competenza per materia delle Sezioni specializzate alla luce delle disposizioni procedurali degli artt. 120, quarto comma e 134, primo e terzo comma, del Codice di proprietà industriale, nota a Trib. Pinerolo, 17 giugno 2008, in Riv. dir. ind., 2009, 85.

^[8] V. Trib. Bologna, 4 febbraio 2004: «il principio generale per cui la competenza deve essere determinata con riferimento alla domanda, come proposta al giudice, prescindendo da ogni indagine sul fondamento delle allegazione dell'attore, fa salva tuttavia l'ipotesi in cui tale prospettazione risulti manifestamente strumentale e costituisca un mero artificio per eludere le norme sulla competenza», in *Riv. dir. ind.*, 2004, II, 183 ss., con nota di E. Bandera, *Della concorrenza sleale interferente: primi orientamenti giurisprudenziali.*

^[9] Si tratta di un aspetto controverso e a lungo dibattuto, che ha interessato anche la questione relativa alla qualificazione del rapporto tra giudice ordinario e sezioni specializzate in materia di impresa in termini di competenza o di riparto interno delle funzioni, alla quale è stata fornita una soluzione dal recente intervento Cass. civ., Sez. Un., 23 luglio 2019, n. 19882.



re o accertare, neanche indirettamente, l'esistenza di un diritto di proprietà industriale e intellettuale.

La giurisprudenza di legittimità ha quindi consolidato il proprio *iter* argomentativo, escludendo (ormai pacificamente) dalla competenza per materia delle sezioni specializzate in materia di impresa unicamente le controversie aventi ad oggetto casi di concorrenza sleale c.d. pura, «in cui la lesione dei diritti riservati non costituisca, in tutto o in parte, elemento costitutivo della lesione del diritto alla lealtà concorrenziale, tale da dover essere valutata, sia pure *incidenter tantum* nella sua sussistenza e nel suo ambito di rilevanza» [10].

La vis attractiva delle sezioni specializzate in materia di impresa, in buona sostanza, prescinde dalla formalizzazione di una specifica azione avente ad oggetto la tutela di diritti di proprietà industriale e si giustifica in relazione alla qualità dei fatti allegati a fondamento della domanda di repressione della concorrenza sleale e/o di risarcimento dei danni avanzata al giudice: la deduzione di fatti, in astratto, interferenti con l'esistenza di un diritto di proprietà industriale e intellettuale è elemento sufficiente per radicare la competenza in capo alla sezione specializzata in materia di impresa, indipendentemente dalla fondatezza della domanda (ancora, Cass. civ., Sez. VI-I, <u>5 febbraio 2018</u>, n. 2680 che conferma il «principio per cui la competenza si determina in base alla domanda secondo la prospettazione che ne fa l'attore ed indipendentemente dalla sua fondatezza, in ragione del circostanziato quadro di elementi fattuali che la disamina degli atti offre in questa direzione»). E ciò anche a prescindere dalla natura dell'azione, reale o personale, che è stata intrapresa e dal tipo di diritto, titolato o meno, di cui è stata richiesta tutela[11]. Così concludendo, è evidente che le ipotesi contemplate dall'art. 2598 c.c. vengono per lo più attratte alla competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa, salvi alcuni rari casi in cui la controversia non presenta alcun punto di contatto con diritti, titolati e non, contemplati nel Codice della proprietà industriale[12]. Questa quasi totale attrazione della concorrenza sleale nell'ambito di competenza delle sezioni specializzate, del resto, appare coerente con quanto sembra auspicare il legislatore nella stessa relazione al Codice della proprietà industriale[13], laddove ribadisce che primo principio e criterio direttivo fornito dal legislatore della legge delega, emanata per favorire l'iniziativa privata e lo sviluppo della concorrenza, è il «coordinamento, formale e sostanziale, delle disposizioni vigenti per garantire coerenza giuridica, logica e sistematica». Per procedere all'individuazione del giudice competente in tali controversie in materia di concorrenza sleale è quindi richiesto al giudice di condurre l'esame delle domande avanzate con specifico riferimento al novero dei fatti posti dall'attore a fondamento delle medesime al fine di individuare la sussistenza di una eventuale interferenza rilevante (anche indiretta) con i diritti di proprietà industriale e di scindere tali ipotesi da quelle in cui ricorrono fattispecie di concorrenza leale pura; tali questioni, però, stando alle ordinarie regole processuali previste dal codice di rito, devono pur sempre essere decise «in base a quello che risulta dagli atti e, quando sia reso necessario dall'eccezione del convenuto o dal rilievo del giudice, assunte sommarie informazioni» (art. 38, ultimo comma, c.p.c.). Il limite all'autonoma rilevanza dei fatti prospettatati dall'attore, ai fini della determinazione della competenza, è dunque costituito da un'eventuale prospettazione artificiosa o prima facie infondata finalizzata a sottrarre la controversia al giudice precostituito per legge[14]. Il rischio dell'inserimento di una nozione fluida come quella dell'interferenza è dunque quello di alterare la latitudine dell'indagine che il codice di rito riserva alla questione della competenza, ristretta alle prospettazioni delle parti e con ampliamento limitato alle sole «sommarie informazioni».

^[10] Cfr. Cass. civ., sez. I, <u>9 aprile 2008, n. 9167</u>; Cass. civ., sez. I, <u>18 maggio 2010, n. 12153</u>; Cass. civ., sez. VI, <u>23 settembre 2013, n. 21762</u>.

^[11] M. Filippelli, La concorrenza sleale interferente con i diritti di proprietà industriale ed intellettuale alla luce dei recenti interventi della Corte di Cassazione, nota a Cass. civ., sez. I, 9 aprile 2008, n. 9167 (v. nota che precede), in Riv. dir. ind., 2009, 4-5, 343 ss.: l'A. ritiene che la nozione di "proprietà industriale" fornita dal codice stesso sia «chiaramente inclusiva anche di diritti c.d. non titolati, tra cui i segni distintivi diversi dal marchio registrato, le indicazioni di origine, le denominazioni geografiche e le informazioni aziendali riservate. Peraltro, proprio questa definizione, secondo attenta dottrina, avrebbe eliminato la contrapposizione tra tutela reale per i diritti titolati e tutela personale per quelli non titolati, estendendo la qualificazione "proprietaria", e quindi la tutela reale, anche ai diritti non titolati».

^[12] A. Mastrorilli, Concorrenza sleale e copyright, in Riv. dir. ind., 2009, 4, 364.

^[13] T. Lomonaco, Sezioni specializzate e concorrenza sleale «interferente»: le nuove prospettive offerte dal Codice della Proprietà industriale, in Giur. it., 2006, 1208, nota a Tribunale Napoli, Sezione specializzata in materia di proprietà industriale ed intellettuale, 15 dicembre 2005.

^[14] V. Cass. civ., sez. III, <u>6 agosto 1997</u>, <u>n. 7277</u>; nel medesimo senso, Cass. civ., sez. I, <u>10 gennaio 2000</u>, <u>n. 152</u>; Cass. civ., sez. III, <u>1 dicembre 2000</u>, <u>n. 15367</u>: Cass. civ., sez. III, <u>26 luglio 2001</u>, <u>n. 10226</u>; Cass. civ., sez. II, <u>11 luglio 2003</u>, <u>n. 10966</u>.



3. Alcune recenti decisioni del giudice di legittimità: l'interferenza a mo' di fisarmonica

L'analisi delle pronunce in materia di competenza rese sul tema si rivela di fondamentale importanza per individuare le ipotesi astrattamente riconducibili alla categoria delle controversie "interferenti" e quelle che invece possono ancora definirsi di "concorrenza leale pura".

Di recente, la Corte di Cassazione, sez. VI, con la pronuncia 24 maggio 2019, n. 14171, resa in sede di regolamento di competenza d'ufficio, ha ricondotto alla categoria delle controversie di concorrenza leale pura una domanda giudiziale di risarcimento del danno per sviamento della clientela avente ad oggetto tali pretese attività di sviamento e di violazione del patto di non concorrenza da parte del convenuto consistente nell'esercizio di illecite pressioni su soggetti terzi e «nell'utilizzo indebito del sito internet e dell'indirizzo di posta elettronica appartenenti all'impresa ceduta», non essendo stata prospettata alcuna lesione dei diritti di proprietà industriale. Nella sintesi sullo svolgimento del processo contenuta nel provvedimento viene menzionato l'avvenuto acquisto da parte dell'attore dell'azienda del convenuto, comprensiva del sito internet, e si dà atto che le presunte condotte sleali lamentate siano state poste in essere «anche grazie all'uso del sito internet e dell'indirizzo di posta elettronica dell'impresa che lo stesso convenuto aveva ceduto alla società attrice», non essendoci, invece, alcuna «menzione nell'atto di citazione di presunte sottrazioni di segreti aziendali altrui». Il profilo dell'utilizzo del domain name altrui - in quanto ceduto dal convenuto, cui sono imputate le condotte sleali, all'attore - non viene quindi valorizzato quale possibile profilo interferente con un diritto di privativa, nonostante l'interferenza con i diritti di proprietà industriale non sconti ormai la differenza tra diritti titolati e diritti non titolati e il sito internet costituisca pacificamente un segno distintivo dell'impresa[15].

Con un'altra recente pronuncia, la Corte di Cassazione, in sede di regolamento di competenza, ha affermato la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa in una controversia avente ad oggetto domande di accertamento della concorrenza sleale per confusione (art. 2598 c.c.) e sviamento di clientela e di inibitoria per violazione del divieto di non concorrenza di cui all'art. 2557 c.c. Nella vicenda prospettata dall'attore sono state allegate, quali condotte idonee a cagionare confusione e sviamento della clientela, l'apertura a poca distanza dalla sede operativa della società attrice di un esercizio commerciale, gestito anche da un ex socio e gestore della società attrice, il conferimento allo stesso di un aspetto esteriore volutamente identico all'esercizio dell'attore, la confondibilità dell'insegna con quella della società attrice. Il Tribunale di Torre Annunziata adito, sprovvisto di sezione specializzata in materia di impresa, dichiara la propria incompetenza, ritenendo che l'attore, lamentando, tra le condotte prospettate a fondamento della domanda, l'utilizzazione da parte dei convenuti di un'insegna per l'identificazione del nuovo esercizio commerciale molto simile alla propria, avesse prospettato la violazione di un diritto di proprietà industriale e che, per tale ragione, la domanda proposta fosse riconducibile all'art. 134, d.lgs. 10 febbraio 2005, n. 30. L'attore, proponendo regolamento avverso il provvedimento declinatorio della competenza, sostiene che il riferimento alle insegne dei rispettivi negozi debba ritenersi insufficiente per dichiarare la competenza della sezione specializzata, non essendo l'insegna riconducibile ai diritti di proprietà industriale previsti dall'art. 3, d.lgs. 168/2003 (applicabile ratione temporis nella versione ante riforma). La Suprema Corte, rigettando l'impugnazione, ha affermato che l'insegna, «in quanto costituita dalla scritta o dall'immagine adoperata per consentire l'identificazione dei locali in cui si svolge l'attività a contatto con il pubblico», appartiene alla categoria dei segni distintivi dell'impresa (argomento facilmente ricavabile anche dall'art. 22 c.p.i. rubricato «Unitarietà dei segni distintivi») e che per tale ragione la controversia rientra indubbiamente nella materia di proprietà industriale, o quanto meno che essa è interferente con l'esercizio dei relativi diritti. Inoltre, la connessione esistente tra la domanda di accertamento della concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598 c.c. e quella di violazione del divieto di con-

^[15] Nella Relazione illustrativa al Codice della proprietà industriale si afferma esplicitamente che «i cosiddetti nomi a dominio costituiscono una nuova categoria di segni distintivi che svolgono la loro funzione nell'ambito della rete telematica di Internet consentendo a chi "naviga" di individuare siti e pagine web contenenti informazioni anche figurative di qualsiasi genere». Nella giurisprudenza di merito, v. Tribunale Napoli, 7 luglio 2005: «il nome a dominio aziendale, tale essendo quello utilizzato in ambito imprenditoriale, o almeno pubblicitario, costituisce - nella vigenza del codice della proprietà industriale - segno distintivo tipico non titolato»; Tribunale Lucca, 25 maggio 2005: «Un nome di dominio può confondersi con un marchio d'impresa giacché, per la sua capacità di identificare l'utilizzatore del sito «web» e i servizi offerti al pubblico, il «domain name" assume le caratteristiche e la funzione di un vero e proprio segno distintivo». Tribunale Mantova, 5 giugno 2004: «In ragione della sua funzione, il "domain name" può essere assimilato, quale segno distintivo atipico, all'insegna», tutte in *De Jure*.



correnza fondata sulla violazione dell'art. 2557 c.c. «per la comunanza del petitum e l'alternatività dei titoli allegati a sostegno della pretesa» implica l'estensione anche alla seconda della competenza per la prima. Sebbene la soluzione fornita dal giudice di legittimità appaia coerente con il dettato normativo e la giurisprudenza ormai solida sul tema, alcuni passaggi argomentativi si rivelano «sommari» e poco precisi. In effetti, la Corte propone una soluzione confusa laddove qualifica le domande proposte come relative a «materia di proprietà industriale o quanto meno interferente con l'esercizio dei relativi diritti», senza specificare se si tratti della prima o della seconda ipotesi e in che termini, ove ricorra (come in effetti si crede) una ipotesi di interferenza, quest'ultima sia configurabile con riferimento allo sviamento di clientela dovuto all'apposizione di una insegna confondibile, quale segno distintivo non espressamente richiamato dalla norma. Sotto un altro profilo, la competenza della sezione specializzata del Tribunale di Napoli per entrambe le domande proposte viene ricondotta alla «comunanza del petitum e l'alternatività dei titoli allegati a sostegno della pretesa»; in realtà, da quanto viene riportato in merito al pregresso svolgimento del processo, l'attore ha proposto due distinte domande (di accertamento della concorrenza sleale e di inibitoria del comportamento lesivo del divieto di concorrenza exart. 2557 c.c.), ponendo a fondamento delle stesse i medesimi fatti costitutivi, sicché la loro connessione non si basa, né tanto meno potrebbe (per ragioni logiche prima che giuridiche), come invece affermato dal giudice di legittimità, sulla identità di petitum, quanto, semmai, sulla unicità della causa petendi e dell'interesse sostanziale sotteso alle domande. L'identità soggettiva delle parti, la presenza, cioè, di un cumulo unicamente oggettivo, e la natura «funzionale» della competenza delle sezioni specializzate(quale ulteriore causa di vis attractiva), in ogni caso, sarebbero già di per sufficientemente idonei a giustificare la competenza della sezione specializzata del Tribunale di Napoli, ai sensi dell'art. 104 c.p.c., anche per la domanda exart. 2557 c.c.

Peraltro, nella giurisprudenza di merito, la medesima questione della riconducibilità della tutela dell'insegna quale segno distintivo dell'impresa - alle materie demandate alla competenza delle sezioni specializzate in materia d'impresa era stata precedentemente risolta in senso contrario, sulla base di un approccio formalistico secondo cui «la tutela della ditta e dell'insegna non è contemplata nel-

la prima parte [dell'art. 3 del d.lgs. n. 168/03] mentre l'espressione proprietà industriale ed intellettuale riguarda unicamente le materie elencate nella prima parte dell'art. 3 cit. [marchi, brevetti, modelli di utilità, disegni e modelli e diritto d'autore]»[16].

L'interferenza assume quindi le sembianze di una fisarmonica, che viene compressa ed estesa a seconda dei casi (o dei giudici che li esaminano), senza un certo e individuabile criterio di riferimento. Così, nel primo dei provvedimenti appena riassunti, la Corte "comprime" il mantice di questa fisarmonica, escludendo che l'utilizzo abusivo del domain name (sito Internet), quale bene facente parte dell'azienda ceduta all'acquirente danneggiato (attore nel giudizio), possa costituire un indice di interferenza e quindi attrazione nella competenza della sezione specializzata in materia d'impresa, senza porsi la questione se esso, in qualità di segno distintivo, costituisca un diritto non titolato oggetto di privativa da parte dell'impresa proprietaria; con la seconda pronuncia, invece, la confondibilità dell'insegna, anch'essa parte della categoria dei "segni distintivi", è stata ritenuta idonea a configurare una ipotesi di interferenza o addirittura, anche se non chiarito a dovere, tutelata sulla base di una implicita e intrinseca natura di diritto (non titolato) di proprietà industriale.

Da ultimo, sul tema si è espressa la Corte di cassazione, con ordinanza Sez. VI, 24 giugno 2019, n. 17161, decidendo su un regolamento di competenza proposto avverso la decisione con cui il Tribunale di Bergamo aveva dichiarato la propria incompetenza a favore della sezione specializzata in materia d'impresa del Tribunale di Brescia. Con tale recente pronuncia il giudice di legittimità ha riaffermato la propria posizione e i principi già espressi, includendo nella categoria di controversie di concorrenza sleale interferenti quella sottoposta all'esame, in cui i fatti dedotti in giudizio a fondamento della richiesta di risarcimento dei danni si basavano sulla violazione dell'esclusiva brevettuale (brevetto per invenzione industriale) dell'attrice e, in generale, sulla condotta sleale della concorrente concretatasi nella divulgazione di segreti afferenti al processo produttivo e informazioni sull'identità della clientela dell'attrice. La Corte, accogliendo il ricorso, osserva che la prospettazione dei fatti operata dall'attrice, tramite il richiamo del precedente e pregiudiziale giudizio avente ad oggetto la validità del brevetto, deve considerarsi interna al diritto di esclusiva brevettuale (e per

^[16] Tribunale di Trani, Sez. II, 8 settembre 2015, in Riv. dir. ind., 2017, 3, 289 ss., con nota di F. Paesan, II conflitto tra ditte e insegne patronimiche.



tale ragione assorbe ogni questione relativa alla diffusione dei segreti industriali come ulteriore indice di "interferenza") e ribadisce che i casi per i quali è esclusa la competenza delle sezioni specializzate in materia di impresa sono quelli in cui la prospettazione della domanda non contenga fatti costitutivi giuridicamente qualificabili come fenomeni di lesione di diritti di privativa industriale.

4. Breve osservazione conclusiva

Le pronunce brevemente richiamate, pur muovendosi ormai in uno scenario di apparente stabilità dei principi professati in materia di competenza delle sezioni specializzate e dei criteri per la qualificazione dei casi di concorrenza sleale pura (come ipotesi di controversie non interferenti), nascondono, dietro la ripetizione dell'ormai consolidato principio che si rintraccia nella quasi totalità dei provvedimenti emessi sul tema, una concreta difficoltà di catalogazione delle fattispecie in cui viene in rilievo la tutela dei segni distintivi "non titolati". In alcune pronunce la deduzione dell'utilizzo illecito di tali segni distinti-

vi "atipici" o "non titolati" induce la Corte di cassazione a ritenere senz'altro configurabile una ipotesi di interferenza; in altri casi, invece, la Corte sembra adoperare un criterio più restrittivo e formalistico, escludendo la rilevanza di tali segni distintivi (come nel caso del domain name supra richiamato) per la vis attractiva della competenza delle sezioni specializzate. Questo andamento costante sul piano teorico, ma singhiozzato su quello pratico, conferma, a distanza di quindici anni dall'emanazione del Codice della proprietà industriale, la necessità di porre rimedio alla confusione linguistica del legislatore e di chiarire il concetto di interferenza, con nuove e più precise coordinate, al fine di orientare gli operatori e migliorare gli strumenti per raggiungere una più rapida ed efficace gestione delle controversie in materia di impresa. Finalità, questa, che lo stesso legislatore si è proposto[17] e che la pratica giudiziale ha dimostrato non essere praticamente perseguibile mischiando nozioni economiche e giuridiche, giacché il corretto funzionamento del processo richiede l'esistenza di binari inequivoci.

^[17] V. Relazione Illustrativa al D.L. 24 gennaio 2012, n. 1, paragrafo relativo all'art. 2, ove vengono enunciati gli obiettivi cui la riforma tende, in particolare «ampliare la competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà industriale di cui al decreto legislativo 26 giugno 2003, n. 168, al fine di istituire delle vere e proprie sezioni specializzate in materia di impresa, a cui affidare la trattazione di quelle controversie in cui - tenuto conto dell'elevato tasso tecnico della materia - è maggiormente sentita l'esigenza della specializzazione del giudice» e «attraverso la concentrazione delle cause presso un numero ridotto di uffici giudiziari (...) ridurre i tempi di definizione delle controversie in cui è parte una società di medio/ grandi dimensioni, aumentando in tal modo la competitività di tali imprese sul mercato».



SOSPENSIONE DEI TERMINI E ARBITRATO

Sospensione feriale dei termini e arbitrato

di Lucilla Galanti

DEL 6 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. I termini della questione
- 2. Sospensione feriale e termine di deposito del lodo
- 3. La proposizione della domanda arbitrale (e l'impugnazione del lodo)
- 4 Conclusioni

1. I termini della questione

Nella prassi, il dubbio circa l'applicazione della sospensione feriale dei termini all'arbitrato non è privo di rilevanza concreta, ai fini sia della tempestiva proposizione della domanda arbitrale di fronte ad eventuali preclusioni previste *ex lege*, sia della pronuncia del lodo. Scorrendo le decisioni in materia arbitrale[1], infatti, ci si ravvede di come spesso venga formulata, in via pregiudiziale, un'eccezione di rito volta a far valere la tardività del ricorso per arbitrato riguardo ad un termine preclusivo spirato durante il (o a seguito del) periodo di sospensione feriale, e di come, allo stesso modo, vi sia tra i motivi di impugnazione del lodo il mancato rispetto del termine per la pronuncia, mentre in entrambi i casi il termine potrebbe dirsi rispettato scomputando dal calcolo il periodo di sospensione.

2. Sospensione feriale e termine di deposito del lodo

La questione è stata affrontata in termini espressi rispetto al deposito del lodo da una (ormai datata) pronuncia della Corte di cassazione. Quest'ultima, nel 2008, ha adottato la soluzione negativa, ritenendo che la sospensione feriale dei termini non si applichi all'arbitrato[2].

La ragione di una tale conclusione è stata prevalentemente fondata sulla natura contrattuale dell'istituto, in linea con la tesi all'epoca maggioritaria in giurisprudenza[3]: poiché la legge n. 742/1969 riferisce la sospensione feriale alla giurisdizione ordinaria e amministrativa[4], ne sarebbe conseguentemente esclusa l'applicabilità all'arbitrato, il quale non è riconducibile alla giurisdizione[5]. D'altronde, come la Corte ha sottolineato nel citato arresto, la medesima conclusione si coordina con la necessità

^[1] Ci si riferisce, in particolare, ad alcune recenti pronunce dell'Arbitro per le controversie finanziarie (Decisioni ACF del <u>26 marzo 2019, n. 1492</u>; del <u>5 novembre 2019, n. 1979</u>; del <u>5 novembre 2018, n. 1037</u>; del <u>7 maggio 2018, n. 420</u>, tutte reperibili in https://www.acf.consob.it/) che si esamineranno nel prosieguo.

^[2] Cass. civ., sez. I, 8 ottobre 2008, n. 24866.

^[3] A partire da Cass. civ., sez. un., <u>3 agosto 2000 n. 527</u> si è infatti affermata la «natura privata» dell'arbitrato, come istituto «ontologicamente alternativo» e «antitetico» alla giurisdizione statuale.

^[4] L'art. 1 della I. 7 ottobre 1969, n. 742 (come modificato dalla legge n. 162/2014 rispetto al periodo di sospensione dall'1 al 31 agosto di ciascun anno) si riferisce infatti alle giurisdizioni ordinarie e amministrative.

^[5] In tal senso, la Corte ha affermato che l'arbitrato «non è [...] riconducibile alla giurisdizione» ma «rinviene il suo fondamento nel potere delle parti di disporre dei diritti soggettivi e costituisce espressione di autonomia negoziale»: Cass. civ., sez. I, <u>8 ottobre 2008, n. 24866</u>. Anche la dottrina maggioritaria si pone nella medesima direzione. In senso adesivo alla pronuncia, v. C.M. Barone, in nota, in *Foro it.*, 2008, 3073. Nel medesimo senso che l'arbitrato «non è giurisdizione ordinaria e, pertanto, non gode della sospensione feriale», v. F. Ungaretti Dell'Immagine, *La sospensione feriale dei termini non si applica all'arbitrato*, in *Riv. arb.*, 2008, 233, nonché 235 ss., ove pure si mette in rilievo che il termine di deposito del lodo, «dettato per l'arbitro, rientra tra gli obblighi contratti con l'accettazione dell'incarico e riesce pertanto difficile immaginare che possa essere qualificato come processuale». D'altronde, «[I]'analitica individuazione nell'art. 820 c.p.c. dei casi nei quali il termine può essere prorogato» implicherebbe «a contrario, che se questi non ricorrono resta il termine originariamente fissato»: D. Grossi, *La sospensione feriale dei termini processuali e l'arbitrato dopo la riforma del 2006*, in *Riv. arb.*, 2009, 243. Già prima, in senso contrario all'applicabilità della sospensione feriale, v. C. Cecchella, *Il termine per la pronuncia arbitrale*, in *Riv. arb.*, 2000, 842; cfr. Id., *L'arbitrato*, Torino, 2005, 127 ss.; N. Soldati, *L'atto deciso*-



di rispettare l'esigenza di celerità sottesa all'arbitrato, che dell'istituto rappresenta uno dei tratti essenziali[6].

Tuttavia, se già nell'imminenza della pronuncia del 2008 non è mancato chi ha criticato la posizione della Corte a fronte delle garanzie difensive che la sospensione feriale mira a tutelare[7], da allora lo stesso scenario giurisprudenziale è mutato non di poco. Si allude, in particolare, alla natura di equivalente giurisdizionale ormai pacificamente riconosciuta all'arbitrato, così da privare del suo più rilevante fondamento la posizione precedentemente assunta dalla S.C. rispetto all'inapplicabilità della sospensione feriale dei termini[8]. D'altronde, negli ultimi tempi la Corte è tornata ad affrontare soltanto incidentalmente la questione[9], mentre in precedenza non sono mancati arresti di segno contrario, nella giurispru-

denza sia di legittimità che di merito[10], così lasciando emergere la mancanza di un orientamento consolidato sul punto.

Il problema può considerarsi (almeno in parte) risolto ove i regolamenti delle singole istituzioni arbitrali prendano un'esplicita posizione sulla questione, introducendo espressamente, come talvolta accade, una disposizione che disciplini la sospensione feriale dei termini[11].

Può altresì soccorrere una dispensa concordata dal computo del periodo di sospensione feriale entro il termine di deposito del lodo, ma si deve sottolineare che pure rispetto all'accordo delle parti la giurisprudenza è estremamente restrittiva; dovrebbe infatti ipotizzarsi uno specifico riferimento al beneficio della sospensione feriale dei termini senza che possa servire, invece, un

rio del procedimento arbitrale, in Contr. impr., 2002, 752; nonché A. Fusillo, In tema di proroga del termine per il deposito del lodo, decadenza degli arbitri e sospensione feriale nell'arbitrato, in Riv. arb., 2000, 489, per il quale, in questo ambito, l'istituto non mirerebbe a tutelare l'interesse delle parti coinvolte nella controversia (sortendo anzi «l'opposto effetto» di ledere l'interesse «ad una sollecita definizione della lite»), bensì «il solo interesse dell'arbitro [...] ad andare in ferie», che, «paradossalmente, sarebbe proprio lo stesso arbitro a vulnerare ex tunc nell'accettare volontariamente un incarico il cui termine finale di scadenza, ricadente nel periodo feriale o interferente con lo stesso, gli è ben noto sin dall'inizio». Nel senso dell'inapplicabilità v., di recente, S. Boccagna, sub art. 820 (agg. da F. De Angelis), in C. Consolo (diretto da), Codice di procedura civile, Commentario, IV, Milano, 2018, 1424; I.C. Maggio, I termini processuali, in L. Dittrich (a cura di), Diritto processuale civile, Torino, 2019, I, 1158.

[6] La celerità, infatti, rappresenta per la S.C. «una delle ragioni fondanti della scelta delle parti per la risoluzione delle controversie attraverso questo mezzo alternativo alla giurisdizione»: Cass. civ., sez. I, <u>8 ottobre 2008, n. 24866</u>. In tal senso, l'esigenza di definizione del processo arbitrale nel tempo prestabilito «non può che prevalere su quella, riconducibile (in senso lato) al diritto di azione e di difesa delle parti»: D. Grossi, *op. cit.*, 243.

[7] Si è infatti obiettato che, «se la sospensione estiva a tutela delle parti (e a favore dei difensori) è prevista nel processo ordinario dove non ci sono termini per la pronuncia della sentenza, a maggior ragione essa deve essere riconosciuta nell'arbitrato, dove i tempi del processo sono scanditi e ridotti proprio grazie alla fissazione del termine per la pronuncia del lodo» e che, in caso contrario, alla medesima stregua «dovrebbero essere escluse per l'arbitrato» anche «le altre garanzie fondamentali»: T. M. Pezzani, *L'inapplicabilità della sospensione feriale dei termini al procedimento arbitrale rituale e problemi connessi*, in *Riv. dir. proc.*, 2009. 1413.

[8] Con Cass. civ., sez. un., 25 ottobre 2013, n. 24153 si è infatti riaffermata la «natura giurisdizionale» dell'arbitrato, come «modalità di risoluzione delle controversie alternativa a quella giudiziale». Di conseguenza, viene meno anche il fondamento sistematico all'esclusione della sospensione dei termini. Si mette infatti in rilievo che la conclusione tratta dalla S.C. sulla base della natura dell'arbitrato mostri «un significativo punto di debolezza» alla luce dell'«attuale rapporto tra arbitrato e giurisdizione», che «non consente di escludere in apicibus l'applicazione della sospensione feriale perché l'attività di accertamento e di decisione che si svolge nel processo arbitrale rituale, dopo la riforma del 2006, produce effetti sovrapponibili a quelli dei processi giurisdizionali»: D. Grossi, op. cit., 236 e 239. Anzi, riemergerebbero, come non si è mancato di sottolineare, dubbi di costituzionalità, alla luce della sua «comparabilità» rispetto al procedimento ordinario: T.M Pezzani, op. cit., 1411.

[9] Così Cass. civ., sez. I, <u>22 giugno 2016, n. 12956</u>, ove si è, pur incidentalmente, ribadito che non si applichi «agli arbitrati la sospensione feriale dei termini»; e la pronuncia del 2008 è stata richiamata anche da Cass. civ., sez. II, <u>3 agosto 2016, n. 16251</u>.

[10] Così Cass. civ. 3 aprile 1987 n. 3221, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Delibazione*, n. 30, ha ritenuto che, al fine di assicurare un diritto di difesa effettivo anche nel giudizio arbitrale, sia compito del giudice quello di valutare se l'eventuale decorrenza di un termine nel periodo feriale di cui alla <u>I. 7 ottobre 1969</u>, n. 742 «si traduca nell'impossibilità o rilevante difficoltà di ricorrere al patrocinio di un legale». Nello stesso senso, si v. C. app. Milano, 9 agosto 1999 (Pres. Novità, est. Vanoni), in *Riv. arbitrato*, 2000, 481, per la quale al termine di cui all'art. 820 c.p.c., cui va riconosciuta natura processuale, deve essere in via analogica applicata la sospensione feriale, sulla base di una *ratio* finalizzata alla tutela del riposo feriale; C. app. Palermo, 20 luglio 1988, in *Rep. Foro it.*, 1989, voce *Arbitrato*, n. 100, per la quale il termine per la pronuncia del lodo rimane sospeso nel periodo feriale previsto; nonché, nella giurisprudenza arbitrale, Arb. Roma, 18 ottobre 2006, ivi, 2007, voce *Arbitrato*, n. 158, per il quale al procedimento arbitrale «si applica la regola fondamentale del processo civile relativa alla sospensione dei termini processuali nel periodo feriale».

[11] Si v., al proposito, l'art. 19 del Regolamento ACF (**Delibera n. 19602 del 4 maggio 2016 -** Istituzione dell'Arbitro per le Controversie finanziarie e adozione del regolamento di attuazione dell'art. 2, commi 5-bis e 5-ter, del d.lgs. 8 ottobre 2007, n. 179, reperibile in https://www.acf.consob.it/normativa-acf), ai sensi del quale «[t]utti i termini previsti dal [...] regolamento sono sospesi dal 1° al 31 agosto e dal 23 dicembre al 6 gennaio di ciascun anno».



generico rinvio finalizzato a disciplinare il procedimento arbitrale richiamando le norme processuali codicistiche[12].

3. La proposizione della domanda arbitrale (e l'impugnazione del lodo)

Le ragioni rivolte ad estendere all'arbitrato la sospensione feriale dei termini sembrano preponderanti laddove dalla relativa applicazione possa discendere la tempestività dell'azione arbitrale, altrimenti tardiva. La questione riguarda le domande la cui proposizione è sottoposta ad un termine (come avviene, in particolare, per le ipotesi di impugnazione di delibera assembleare societaria[13] e condominiale[14]), rispetto alle quali la dottrina non manca di denunciare la differenza di trattamento in cui incorre-

rebbe chi, dovendo sottostare alla *potestas* arbitrale, non possa beneficiare del periodo di sospensione feriale[15]. In effetti, l'attuale connotazione dell'arbitrato quale equivalente giurisdizionale determina una sensibile divergenza nel trattamento processuale della parte che, con la proposizione della domanda arbitrale, possa incorrere in una decadenza anticipata rispetto a quella che caratterizzerebbe la stessa domanda se proposta al giudice ordinario[16]. D'altronde, pure la dottrina che non ritiene applicabile la sospensione feriale al deposito del lodo in ragione della necessità di contenere i tempi del procedimento arbitrale, è di diverso avviso rispetto allo scomputo del periodo dal termine di proposizione della domanda[17]. Merita inoltre sottolineare che non si pongono seri dubbi circa l'applicazione della sospensione feriale al termine

[12] Nel succitato caso sottoposto alla S.C. nel 2008, le parti avevano rinviato «tout court al rito ordinario disciplinato dal c.p.c.»; tale determinazione, tuttavia, «in assenza di ogni ulteriore specificazione, anche in considerazione della diversa sedes materiae della disciplina della sospensione in esame» è stata ritenuta riferibile «esclusivamente alla disciplina dello svolgimento del giudizio, non all'applicabilità di un istituto non collocato nel codice di rito»: Cass. civ., sez. I, 8 ottobre 2008, n. 24866. Sull'interpretazione «alquanto limitativa del riferimento alle norme del codice di rito recepito nel patto compromissorio», v. L. Salvaneschi, sub art. 816-bis, in S. Chiarloni (a cura di), Commentario del codice di procedura civile, Bologna, 2014, 395-397, per la quale, invece, quando i canoni interpretativi «portano a confermare la volontà delle parti di applicare proprio le disposizioni del codice di rito, queste ultime non possano che essere recepite nella loro interezza». Sulla validità della clausola con cui le parti differiscono il termine per la pronuncia del lodo concedendo una proroga da calcolare solitamente rispetto all'ultima attività difensiva svolta (e, quindi, con dies a quo mobile: c.d. clausola del termine mobile) v. ld., Sul termine per la pronuncia del lodo, sulla sua disponibilità e sulla validità della previsione di un termine "mobile", in Riv. arb., 2015, 518-520; cfr. M. Marinelli, Indefettibilità di un termine per la pronuncia del lodo rituale, in Giur. it., 2015, 937. Tuttavia, anche una proroga prevista dalle parti nel senso di autorizzare e dispensare «il collegio dal rispetto dei termini contrattuali e legali per l'emissione del lodo», chiedendo «inoltre di beneficiare del periodo di sospensione feriale dei termini processuali», rappresentando una proroga «ad libitum», è stata ritenuta «nulla, e, quindi, sostituita di diritto dalle previsioni normative normalmente intese a disciplinare la durata del procedimento arbitrale»: Cass. civ., sez. I, 19 gennaio 2015, n. 744.

[13] Ai sensi dell'art. 2377 c.c., l'impugnazione per annullamento della deliberazione dell'assemblea dei soci di s.p.a. deve essere proposta nel termine decadenziale di 90 giorni dalla data della deliberazione o, se soggetta ad iscrizione nel registro delle imprese o a deposito presso il relativo ufficio, entro 90 giorni dall'incombente; e lo stesso vale per le nullità di cui all'art. 2379 nei termini previsti dall'art. 2379-ter di 180 giorni dall'iscrizione della deliberazione nel registro delle imprese (o, nel caso di mancata convocazione, 90 giorni dall'approvazione del bilancio) per l'impugnativa dell'aumento o riduzione di capitale o emissione di obbligazioni. Sulla compromettibilità delle questioni di validità delle delibere assembleari si v. E. Zucconi Galli Fonseca, Arbitrabilità dell'impugnativa della delibera sul bilancio, nel rinnovato sistema giurisprudenziale delle nullità negoziali, in Giur. arbitrale, 2016, 366 ss.; S. A. Cerrato, Il ruolo dell'autonomia privata nell'arbitrato societario, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 223 ss.; P. Montalenti, Arbitrato societario e materie compromettibili, in Riv. arb., 2017, 231 ss.

[14] Ai sensi dell'art. 1137, comma 2, c.c., infatti, contro le deliberazioni contrarie alla legge o al regolamento di condominio ogni condomino assente, dissenziente o astenuto può adire l'autorità giudiziaria chiedendone l'annullamento nel termine perentorio di 30 giorni, che decorre dalla data della deliberazione per i dissenzienti o astenuti e dalla data di comunicazione della deliberazione per gli assenti. Sulla possibilità di compromettere in arbitri le controversie condominiali si v., di recente, C. app. Taranto, 9 marzo 2017, n. 86 (Pres. Scisci, rel. Campanale).

[15] L'implicazione per la quale i termini previsti «per impugnare le deliberazioni di assemblee condominiali o societarie sarebbero sottratti alla sospensione feriale allorchè la domanda vada proposta ad arbitri, suscita qualche perplessità, perché in questo modo sarebbe il medesimo termine ad essere attratto o meno, a seconda dei casi, nell'area regolata dalla <u>l. n 742/1969</u>»: N. Rascio, *Considerazioni (perplesse) su arbitrato rituale e sospensione feriale dei termini processuali*, in F. Auletta, G.P. Califano, G. Della Pietra, N. Rascio (a cura di), *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 681.

[16] La «disparità di trattamento tra situazioni analoghe se si paragona la posizione del socio che impugna la delibera assembleare di una società per azioni davanti al giudice ordinario e quella del socio che impugna la delibera di società nel cui atto costitutivo, ex art. 34, d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 5, sia stata inserita una clausola compromissoria», che della sospensione in tal caso «non beneficia», è messa in risalto da M. T. Pezzani, op. cit., 1411-1412; ove peraltro si sottolinea che invece «la sospensione feriale dei termini sostanziali a rilevanza processuale risponde all'esigenza di tutela del diritto di difesa delle parti».

[17] In tal senso, «una ragionevole sintesi [...] potrebbe giustificare la proposta interpretativa di considerare assoggettati alla sospensione feriale eventuali termini di decadenza per l'introduzione del giudizio arbitrale, il cui prolungamento non rifluisce sul tempo a disposizione degli arbitri per la decisione e così sulla durata dell'arbitrato», sottraendo dalla sospensione «i termini interni al procedimento arbitrale»: così N. Rascio, op. cit., 687.



di impugnazione del lodo[18]; circostanza dalla quale si desume una ulteriore ragione di contraddittorietà nell'orientamento che vorrebbe escluderne l'estensione alla domanda introduttiva dell'arbitrato, così sottoponendo ad una diversa disciplina le varie fasi del giudizio sulla stessa controversia[19].

Le ragioni di disparità di trattamento sottese alla proposizione della domanda in sede arbitrale si attenuano, al più, qualora la previsione di un termine si inserisca all'interno di un particolare procedimento di arbitrato. Quando infatti è il regolamento dell'istituzione arbitrale a introdurre determinati termini per la proposizione della domanda, questi ultimi, in quanto coordinati con le specificità del procedimento, sembrano coerentemente esclusi dall'applicazione della sospensione feriale che non sia, essa stessa, espressamente richiamata. Sia sufficiente al proposito il rimando al regolamento ACF, il quale prevede per la proposizione del ricorso un termine dilatorio di 60 giorni decorrente dal reclamo all'intermediario ed un termine finale annuale[20]; anche in tal caso, però, la soluzione è solo parziale. Merita infatti sottolineare che, seppure il regolamento disponga espressamente in ordine alla sospensione dei termini[21], la giurisprudenza arbitrale, che pure la applica ai termini endoprocedimenta-li[22], la esclude, invece, rispetto a quello di introduzione del procedimento[23].

4. Conclusioni

In mancanza di un orientamento unitario sulla questione, l'applicabilità della sospensione feriale all'arbitrato resta allora un problema aperto, come pure l'ulteriore delimitazione dell'istituto, in ipotesi, alla sola fase introduttiva, endoprocedimentale, o anche decisoria.

Pare che più di una ragione sistematica potrebbe rendere auspicabile un approfondimento delle tesi sostenute dalla Suprema Corte, quando non giustificarne già un ripensamento [24]. Il mutamento di prospettiva che ha coinvolto il procedimento arbitrale sembra, in effetti, aver privato la tesi restrittiva del suo principale fondamento argomentativo; inducendo a domandarsi se la *ratio* difensiva sottesa alla sospensione dei termini non dovrebbe, più coerentemente, trovare applicazione nell'ambito sia della giurisdizione sia di un equivalente giurisdizionale quale si configura, ormai, l'arbitrato.

^[18] Secondo il consolidato orientamento della S.C., «in relazione all'impugnazione per nullità del lodo arbitrale - che introduce un ordinario procedimento giurisdizionale nel quale, in mancanza di diversa disciplina, valgono le norme processuali ordinarie -, opera di diritto la sospensione dei termini processuali nel periodo feriale»: v. Cass. civ., sez. I, 12 febbraio 2015, n. 2821; nello stesso senso, v. Cass. civ., sez. I, 19 settembre 2000, n. 12392. Di recente, v. C. app. Campobasso, 23 maggio 2018 (pres. D'Errico, rel. Spinelli); C. app. Ancona, 4 aprile 2017, n. 1655 (pres. est. Marcelli); C. app. Torino, 20 maggio 2016, n. 847 (pres. Silva, rel. Alvau). [19] La circostanza per la quale il termine di impugnazione del lodo sarebbe compreso nell'ambito applicativo della l. n. 742/1969, mentre l'introduzione del giudizio arbitrale ne resterebbe escluso, «in considerazione pure della continuità della litispendenza [...] che lega la vicenda arbitrale alla successiva fase di impugnazione», pare di difficile spiegazione: v. N. Rascio, op. cit., 687; ciò pure, come non manca di rilevare l'A., alla luce dell'«argomento speso da Corte cost., n. 278/1987», che, nell'estendere la l. n. 742/1969 ai processi militari in tempo di pace, ritenne che non fosse in alcun modo razionalmente giustificabile l'esclusione nelle fasi di merito della sospensione feriale dei termini invece applicabile nel relativo giudizio di legittimità.

^[20] L'art. 10 del succitato Regolamento ACF, ai commi 2 lett. b e 3, prevede che il ricorso può essere proposto quando, sui medesimi fatti, è stato preventivamente presentato reclamo all'intermediario al quale è stata fornita espressa risposta, ovvero siano decorsi più di 60 giorni dalla sua presentazione senza che sia stata fornita risposta; e che, in ogni caso, debba essere proposto entro un anno dalla presentazione del reclamo all'intermediario.

^[21] Come si è dato conto (supra, par. 2), il regolamento ACF prevede infatti che i termini siano sospesi dal 1° al 31 agosto e dal 23 dicembre al 6 gennaio di ciascun anno.

^[22] In tal senso, la disposizione relativa alla sospensione feriale dei termini ha trovato applicazione per il deposito di controdeduzioni da parte dell'intermediario (Decisione ACF del 5 novembre 2018, n. 1037, cit.) o di deduzioni da parte dell'interveniente (Decisione ACF del 7 maggio 2018, n. 420, cit.).

^[23] Così in un caso in cui, in via pregiudiziale, era stata eccepita l'improcedibilità del ricorso, depositato prima dello scadere del termine dilatorio dei 60 giorni, il collegio arbitrale ha ritenuto il ricorso procedibile, in quanto l'art. 19, comma 1 «trova applicazione solo con riferimento ai termini endoprocedimentali» (Decisione ACF del 26 marzo 2019, n. 1492, cit.). Lo stesso con riferimento al termine finale; infatti, in un caso in cui l'intermediario aveva chiesto di dichiarare in via preliminare il ricorso improcedibile perché la sua presentazione sarebbe avvenuta oltre un anno dopo (31 luglio 2018) rispetto alla presentazione del reclamo (26 luglio 2017), il collegio arbitrale ha "salvato" la tempestività della proposizione del ricorso, seppure sulla base di un diverso argomento: infatti, pur ribadendo che la sospensione dei termini riguarda solo gli atti interni al procedimento, ha ricalcolato il termine di ricezione (in quanto il reclamo, spedito il 4 agosto 2017, era stato ricevuto dall'intermediario l'11 agosto 2017): Decisione ACF del 5 novembre 2019, n. 1979, cit.

^[24] In termini dubitativi si pone N. Rascio, *op. cit.*, 679 e 687. Si afferma inoltre che, seppure sia «discusso e discutibile» se alla pronuncia del lodo debba applicarsi la sospensione feriale - e la «risposta prevalente e quindi prudenziale» sia «quella negativa» -, il tema però «potrebbe essere riaperto alla luce della sempre più netta equiparazione tra il lodo arbitrale e la sentenza»: L. Salvaneschi, sub *art. 816-bis*, 722.



RILEVABILITÀ DEL MANCATO ESPERIMENTO DELLA MEDIAZIONE

Ogni lasciata è persa: oltre la prima udienza non è più rilevabile il mancato esperimento della mediazione

(Brevi note su Cassazione civile, 13.12.2019, n. 32797)

di Francesca Cuomo Ulloa

DEL 10 FEBBRAIO 2020

Sommario

I. La sentenza della Cassazione e quella (cassata) della Corte D'Appello II. La prima udienza è il limite invalicabile III. Il regime di improcedibilità

I. La sentenza della Cassazione e quella (cassata) della Corte D'Appello

Il 2019 si conclude con un nuovo intervento della Cassazione[1] che, dopo aver chiarito, con le sentenze nn. 8473 e 18068 del 2019[2] le modalità per assolvere la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1 bis d. lgs. 28/2010, opportunamente conferma anche il regime per eccepirne il mancato soddisfacimento.

L'intervento della Cassazione era stato sollecitato dalla parte (conduttrice di un contratto di locazione) che, a seguito del rigetto in primo grado della domanda di risarcimento del danno formulata ai sensi dell'art. 3, commi 3 e 5 legge n. 431/1998 aveva proposto appello, all'esito del quale la Corte territoriale di Ancona, con sentenza del 22 agosto 2017 aveva dichiarato l'improcedibilità dell'intero giudizio per non avere la conduttrice stessa a suo tempo soddisfatto la condizione di procedibilità di cui all'art. 5, comma 1 bis del d.lgs. 28/2010. Aveva infatti rilevato

il giudice dell'appello - sollevando d'ufficio la questione, non rilevata né eccepita nel precedente grado di giudizio - come parte attrice non avesse partecipato personalmente al primo incontro di mediazione al quale aveva preso parte unicamente il suo avvocato, senza poi ulteriormente coltivare il tentativo. Sul presupposto che tale modalità di partecipazione non fosse idonea a soddisfare l'obbligo previsto dal richiamato art. 5, comma 1 bis e che erroneamente il giudice di primo grado non avesse rilevato l'irritualità dell'incombente, la Corte territoriale aveva quindi dichiarato la nullità dell'intero giudizio ritenendo di non poter altrimenti rimediare al vizio rilevato, né di poter procedere al riesame nel merito, non potendo nemmeno rimettere la causa al primo giudice affinché fosse quest'ultimo ad ordinare la rinnovazione del tentativo di mediazione.

In accoglimento del ricorso proposto dalla parte soccombente sulla base di tre diversi motivi tutti inerenti alla pre-

^[1] Si tratta della sentenza della III Sezione della Cass. 13.12.2019, n. 32797.

^[2] V. per un commento per lo più critico a queste sentenze: Ruvolo La Cassazione sulla presenza effettiva delle parti in mediazione e sull' effettività del tentativo di conciliazione: considerazioni critiche, in Corr. Giur. 2019, 1535; Lucarelli, La sentenza della Corte di Cassazione 8473/2019: un raro esempio di uroboro, in Judicium.it; Orlandi, La Cassazione n. 8473/2019: una rondine che speriamo non faccia primavera, in Questionegiustizia.it; Capozzoli, Mediazione: la Cassazione interviene sulla condizione di procedibilità: un' occasione mancata!, in Altalex.it; Giampaolo, La Cassazione ha abrogato la mediazione giurisprudenziale?, in quotidianogiuridico.it; Cocola-Zaccheo, Cassazione n. 8473/2019: la presenza personale delle parti, modi e forme di rappresentanza, conseguenze processuali e sanzioni per la parte che rifiuta di mediare, in La nuovaproceduracivile.it; Spina, Mediazione obbligatoria: quando la condizione di procedibilità è soddisfatta? La soluzione della Cassazione su rappresentanza ed effettività della mediazione, in Lanuovaproceduracivile.it; v. anche Cuomo Ulloa, Primo incontro di mediazione: la Cassazione risolve il conflitto? Breve commento alla sentenza della Corte di Cassazione, 27 marzo 2019, n. 8473, in questa rivista, 2019.



tesa violazione dell'art. 5, comma 1 bis d. lgs. 28/2010[3], la Suprema Corte cassa quella sentenza e rinvia alla Corte d'Appello di Ancona in diversa composizione affinché la controversia venga decisa nel merito. La Cassazione, in effetti, non ritorna più sulla questione della (necessaria) partecipazione personale al tentativo (questione già affrontata nelle pronunce sopra ricordate per la cui soluzione sarebbe stata necessaria la verifica della sussistenza o meno di una procura sostanziale in capo al difensore che aveva sostituito la parte all'incontro di mediazione[4]), ritenendo assorbente la diversa e preliminare questione relativa alla tardività dell'eccezione di improcedibilità. Secondo la Corte, infatti, l'eccezione che non sia stata sollevata dalla parte o rilevata d'ufficio dal giudice entro la prima udienza del giudizio di primo grado, deve ritenersi preclusa e non può pertanto più impedire la pronuncia della decisione di merito. Viene così disattesa l'interpretazione della Corte d'Appello, secondo cui il mancato apprezzamento della improcedibilità ad opera del giudice di primo grado avrebbe determinato una nullità del procedimento rilevabile d'ufficio dal giudice d'appello ed affermato il diverso principio - già peraltro accolto in altre due precedenti pronunce (con le quali la Cassazione aveva rigettato ricorsi volti ad ottenere, sulla scorta di una eccezione tardivamente formulata, la declaratoria di improcedibilità[5]) per cui l'omesso o intempestivo rilievo dell'eccezione di improcedibilità entro la prima udienza del giudizio di primo grado determina il suo definitivo superamento, in tal senso dovendosi leggere l'indicazione temporale contenuta nell'art. 5, comma 1 bis del d. lgs. 28/2010; ciò che dovrebbe valere, anche se la Corte non lo dice espressamente, sia per l'ipotesi, oggetto della pronuncia in cui il tentativo si sia svolto "irritualmente" sia per quella in cui il tentativo sia stato invece del tutto omesso: non potendo in ogni caso l'improcedibilità essere eccepita o rilevata d'ufficio dopo la chiusura della prima udienza.

II. La prima udienza è il limite invalicabile

La soluzione risulta nel complesso condivisibile, oltre che in linea con le posizioni espresse dalla dottrina maggioritaria [6].

Il dettato normativo pare, infatti, rappresentare un ostacolo insuperabile rispetto alla diversa soluzione accolta dalla Corte d'Appello di Ancona che, per quanto animata dalla condivisibile esigenza di potenziare (o meglio non depotenziare) il regime di obbligatorietà della mediazione voluto dal d. lgs. 28/2010, si pone in insanabile contrasto con quanto previsto dell'art. 5, comma 1 bis. Consentire attraverso il meccanismo della nullità - che le questioni relative al mancato o irrituale esperimento della mediazione possano essere rilevate anche per la prima volta in sede d'appello rischierebbe, del resto, di stravolgere il meccanismo della condizione di procedibilità ideato dal legislatore del 2010 che - in coerenza con i principi imposti dall'art. 24 della Cost. ed in linea con la aspirazione a favorire la decisione nel merito - ha voluto che le questioni relative alla mediazione (non diversamente da quelle relative alla competenza) restassero confinate entro la prima udienza per essere in quella sede eventualmente sanate; lasciando poi tanto al giudice di primo grado quanto eventualmente a quello di appello l'ulteriore e diverso potere discrezionale di ordinare, ai sensi del secondo comma dell'art. 5, la cd. mediazione delegata, ogni qualvolta valutata la natura della causa e lo stato dell'istruzione, l'avvio di una mediazione tra le parti possa ritenersi proficuo. La soluzione si lascia del resto particolarmente apprezzare alla luce della evoluzione interpretativa compiuta dalla Corte con riferimento alla questione della rappresentanza in mediazione: il chiarimento in ordine alla necessità della procura sostanziale (e alla insufficienza del mandato alle liti), avrebbe, infatti, potuto scatenare una molteplicità di eccezioni volte a rilevare tardivamente l'irrituale partecipazione all'incontro di mediazione da parte di av-

^[3] Con i motivi di ricorso, la ricorrente aveva per un verso criticato la decisione di appello nella parte in cui aveva ritenuto non ritualmente soddisfatta la condizione di procedibilità, denunciando per altro verso la violazione dell'art. 5, comma 1 bis, d. lgs. n. 28 del 2010, per avere il giudice d'appello per la prima volta rilevato il difetto, senza che né il convenuto né il giudice di primo grado avessero sollevato alcuna eccezione sul punto

^[4] Come noto, infatti, con le sentenze nn. 8473 e 18068 sopra citate, la Cassazione ha per un verso riconosciuto alla parte la possibilità di farsi rappresentare in mediazione anche dal proprio avvocato, negando però a tal fine l'idoneità del mandato alle liti, occorrendo, ai fini del valido esperimento del tentativo di mediazione che l'avvocato sia munito di procura speciale sostanziale che non può essere autenticata dall'avvocato stesso; per ulteriori riferimenti v. i commenti indicati alla nota ?

^[5] Si tratta di Cass. 13.11. 2018, n. 29017 che con riferimento al procedimento sommario di cognizione ha ritenuto che il rilievo della improcedibilità della domanda per mancato preventivo esperimento del procedimento di mediazione deve essere eccepito o rilevato d'ufficio - a pena di decadenza, non oltre la prima udienza e se il procedimento si è esaurito in un'unica udienza, non oltre la sua celebrazione; v. anche Cass. 13.4. 2017, n. 9557, in Giur. it, 2017, 7, 1579 con nota di Ricci; Cass. 2.2.2017, n. 2703.

^[6] Cfr. Dalfino, La mediazione civile e commerciale, Torino 2016, p. 280



vocati privi di procura sostanziale (circostanza che stando all'esperienza pratica era tutt'altro che rara); eccezioni che dovrebbero invece considerarsi definitivamente precluse se non siano state sollevate entro la prima udienza. La Corte avrebbe peraltro potuto con l'occasione chiarire anche un ulteriore dubbio che era sorto in dottrina con riferimento alla corretta interpretazione della preclusione indicata nella norma in esame[7]: se cioè il riferimento alla prima udienza, entro la quale l'eccezione di improcedibilità può essere sollevata debba intendersi in senso cronologico e dunque limitato alla sola prima udienza celebrata davanti al giudice o se invece l'eccezione possa essere sollevata anche a seguito di rinvio dell'udienza stessa, fino a che il giudice non abbia esaurito tutti gli adempimenti di cui all'art. 183 e concesso i termini ai sensi del comma 6.

Sembra peraltro preferibile ritenere che, non diversamente da quanto si è affermato con riferimento ad altre incombenze riferite alla prima udienza[8], la soluzione preferibile sia la quest'ultima: anche perché ben potrebbe accadere che all'udienza *ex* art. 183 vengano sollevate eccezioni pregiudiziali anche rispetto alla mediazione che impongono il rinvio della udienza stessa senza consentire il rilievo e trattazione dell'eccezione relativa all'omesso o irrituale esperimento del tentativo di mediazione, che potrà dunque essere ancora sollevata o rilevata nel prosieguo dell'udienza stessa.

Mentre l'eccezione che non sia stata rilevata entro la fine dell'udienza non potrebbe essere più sollevata con le memorie *ex* art. 183, comma VI né rilevata dal giudice per la prima volta nell'ordinanza istruttoria.

III. Il regime di improcedibilità

Il principio affermato della Cassazione riguarda soltanto l'ipotesi in cui l'eccezione non sia stata sollevata o rilevata entro la prima udienza. Diversamente, nel caso in cui la parte convenuta abbia tempestivamente sollevato l'eccezione (lamentando l'omesso o irrituale esperimento del tentativo), ma questa sia stata disattesa dal giudice (che ad esempio abbia ritenuto la materia del contendere estranea a quelle indicate nell'art. 5, comma 1 bis o ritualmente svolto il tentativo), la questione potrà evidentemente essere riproposta anche in sede di appello. Mi pare tuttavia che, anche alla luce delle indicazioni fornite dalla Cassazione, il vizio non potrebbe comunque comportare la dichiarazione di improcedibilità del giudizio: qualora cioè la Corte d'Appello si convinca della fondatezza dell'eccezione, la conseguenza non dovrebbe comunque essere la dichiarazione di improcedibilità, né potrebbe essere la rimessione al primo giudice (non essendo l'ipotesi contemplata tra quelle indicate nell'art. 354)[9]; più coerente con il sistema essendo la soluzione per cui, accolta l'eccezione il giudice d'appello, ai sensi dell'art. 354 comma 4, potrà disporre il tentativo di mediazione, fissando alle parti un termine per provvedere.

Altra e diversa questione che pure non è stata affrontata dalla cassazione riguarda, infine, il meccanismo di sanatoria previsto dalla norma, il modo cioè attraverso il quale la parte interessata alla prosecuzione del giudizio, può "rimediare" all'originaria omissione del tentativo ovvero al suo eventuale irrituale svolgimento, qualora la relativa eccezione sia stata tempestivamente sollevata dalla controparte o rilevata dal giudice; a questo riguardo l'art. 5, comma 1 bis si limita a stabilire che il giudice debba rinviare la prima udienza (senza dunque che si verifichi la sospensione del giudizio[10]), fissando alle parti il termine per procedere al tentativo di mediazione; ciò che potrebbe accadere dopo, tuttavia, la norma non lo dice, potendosi ipotizzare diverse evoluzioni della vicenda processuale: potrà, infatti, innanzitutto accadere che la parte interessata a soddisfare la condizione di procedibilità promuova il tentativo nel termine assegnato, e che questo conduca alla conciliazione della lite: nel qual caso - in assenza di indicazioni normative - è da ritenere che le parti, sod-

^[7] V. ancora Dalfino, op. cit., p. 280; e Cuomo Ulloa, La mediazione nel processo civile riformato, Torino, 2011, p. 115.

^[8] Più in generale sulla polifunzionalità dell'udienza disciplinata dall'art. 183, v. le considerazioni svolte, già all'indomani della sua nuova disciplina da Consolo, Ultimissime dal "fronte legislativo" del 2005: la nuova trattazione delle cause civili, in Corr. Giur., 2006, p. 153

^[9] Dalfino, op. cit., p. 282; v. anche Cuomo Ulloa, La nuova mediazione civile, Torino ,2013, p 155. Dal che dovrebbe anche discendere l'ulteriore conseguenza per cui l'appello con il quale si facesse valere unicamente il vizio relativo al mancato accoglimento della "eccezione di mediazione", senza denunciare l'ingiustizia della decisione dovrebbe considerarsi inammissibile per carenza di interesse (cfr. Cass. 20.8.2018, n. 20799).

^[10] Sull'opportunità di tale soluzione che evidentemente esclude anche la necessità di successiva riassunzione v. Minelli, sub art. 5, in Bove (a cura di), La mediazione per la composizione delle controversie civili e commerciali, Padova, 2011, 147 e segg.; Balena, Mediazione obbligatoria e processo, in Giusto Proc. Civ., 2011, 338 e segg.; Lupoi, Rapporti tra procedimento di mediazione e processo civile, in www.judicium.it., 2012, 19 e segg.; Cuomo Ulloa, La nuova mediazione, cit. p. 116 e segg. Per l'ulteriore precisazione per cui il rilievo della mancata instaurazione del procedimento di mediazione determina un mero rinvio dell'udienza, per cui restano validi gli atti compiuti e ferme le preclusioni maturate nel procedimento fino a quel momento, v. Cass. 13.4.2017, cit.



disfatte della mediazione, possano semplicemente abbandonare il giudizio *ex* art. 309 c.p.c. o invece comparire alla successiva udienza chiedendo al giudice di dichiarare la cessazione della materia del contendere.

Potrà poi accadere che il tentativo di mediazione venga esperito, senza che però le parti trovino un accordo: nel qual caso il processo potrà regolarmente proseguire[11] con l'assegnazione dei termini exart. 183, comma VI, c.p.c.; ma potrebbe anche accadere che il tentativo non venga promosso nel termine assegnato o che - se anche promosso - lo stesso si svolga irritualmente (perché ad esempio all'incontro con il mediatore abbiano partecipato solo gli avvocati non muniti di procura sostanziale). In questo caso si deve ritenere che il meccanismo di sanatoria configurato dalla norma non abbia raggiunto il suo scopo e che pertanto la condizione di procedibilità non sia stata soddisfatta. Di conseguenza, il processo non potrà ulteriormente proseguire ed il giudice - ancorché la norma non lo dica espressamente - dovrà anche d'ufficio dichiarare l'improcedibilità, chiudendo il giudizio con una sentenza di rito. Più incerta risulta infine l'ipotesi in cui il tentativo sia stato avviato ma tardivamente, dopo cioè la scadenza del termine di quindici giorni assegnato dal giudice ai sensi dell'art. 5, comma 1 bis e non abbia poi avuto esito positivo (laddove le parti avessero trovato un accordo, la questione sarebbe evidentemente superata): talvolta, infatti, si è ritenuto che l'inutile scadenza del termine comporti l'improcedibilità della domanda, a prescindere dal fatto che il tentativo sia stato successivamente avviato: pur in assenza di una espressa qualificazione del termine come

perentorio, tale rigorosa conclusione è stata desunta dalla stessa previsione della improcedibilità che conseguirebbe ex lege alla scadenza del termine, senza che sia possibile procedere ad un'ulteriore sanatoria[12]; per contro, altra parte della giurisprudenza, sul presupposto della natura ordinatoria del termine, ha ritenuto irrilevante la sua scadenza, giudicando soddisfatta la condizione anche in caso di avvio tardivo della mediazione; la soluzione preferibile e maggiormente coerente con l'impianto complessivo della disciplina in esame parrebbe tuttavia quella da ultimo individuata dalla Corte d'Appello di Milano secondo cui, posto che la condizione di procedibilità si considera avverata solo dopo che si sia tenuto il primo incontro davanti al mediatore, la domanda deve essere dichiarata improcedibile solo se il suo mancato effettivo esperimento dipenda dalla colpevole inerzia della parte che abbia presentato la domanda di mediazione ben oltre il termine all'uopo dato dal Giudice in modo tale da non consentire nemmeno la celebrazione del primo incontro. Condivisibile è del resto l'ulteriore considerazione svolta dalla Corte per cui la qualificazione del termine in questione non è decisiva: la dichiarazione d'improcedibilità non postula, infatti, la natura perentoria del termine concesso dal giudice, bensì l'effettivo mancato esperimento della mediazione alla data dell'udienza fissata dal giudice per consentire l'avveramento della condizione di procedibilità, dovendosi ritenere necessario e sufficiente per l'avveramento della condizione stessa, che (almeno) il primo incontro dinanzi al mediatore sia avvenuto entro l'udienza di rinvio[13].

^[11] All'udienza rinviata per consentire lo svolgimento della mediazione non sarà ovviamente più possibile compiere le attività per le quali sia maturata una preclusione. Nell'udienza di rinvio sarà invece consentita ad entrambe le parti l'attività di precisazione e modificazione di domande, eccezioni e conclusioni già formulate; così come sarà possibile replicare a domande ed eccezioni nuove o modificate, proporre le eccezioni a queste consequenziali ed indicare i mezzi di prova ed i documenti ad esse relativi.

^[12] V. ad es. Giudice di Pace di Nocera inferiore 22.1.2018 in Aula Civile, con nota Pizzigallo, La mediazione attivata oltre i 15 giorni: no al nuovo termine e improcedibilità della domanda.

^[13] Corte d'Appello Milano Sez. I, 4.7.2019 Il caso.it, 2019



ADR E CONFRONTO TRA ORDINAMENTI

ADR sollecitate dal giudice e management della causa all'italiana: una riflessione alla luce dell'esperienza ADR in Northern California

di Caterina Pasini

(DELL'11 FEBBRAIO 2020)

Sommario

- 1. Introduzione
- 2. I fattori di crescita della mediazione nell'esperienza statunitense
- 3. È possibile anche in Italia un giudice manager del contenzioso?
- 4. La Multi door court-house
- 5. La ADR Unit di San Francisco
- 6. I benefici e i problemi risultanti dall'istituzionalizzazione delle ADR e della mediazione
- 7. Una Court Connected ADR anche per l'Italia?

1. Introduzione

Mi propongo con questo scritto di affrontare il tema delle tecniche alternative di risoluzione delle controversie nella loro funzione di strumenti di gestione del contenzioso civile.

Sistemi sì alternativi alla giustizia ma intesi nella loro funzione di supporto al funzionamento della stessa, a disposizione del giudice oltre che delle parti per una migliore e più rapida conclusione del processo.

È osservazione comune che una composizione amichevole delle controversie potrebbe portare, laddove diffusa in modo capillare nella società, alla soluzione di una parte considerevole del contenzioso[1].

Perché ciò avvenga, però, e dunque si verifichi un effettivo mutamento nell'approccio collettivo alla giustizia, è necessario considerare quali sono gli strumenti che me-

glio si prestano alla diffusione delle ADR[2] ivi compreso il ruolo del giudice, da tempo promosso dal legislatore italiano, in tale operazione di incremento della loro conoscenza e del loro utilizzo.

Mi propongo tale riflessione con uno sguardo comparatistico rispetto alla ben più radicata esperienza statunitense sul tema delle ADR, analizzando l'impostazione e i risultati di una tra le strutture dedicate alle ADR più famose e riuscite ossia quella della ADR Unit dello *United States District Court Northern District of California*.

La recente esperienza legislativa dimostra come anche in Italia si stia giungendo a una radicale - quanto discussa e perfettibile - realizzazione di quella che Mauro Cappelletti ha definito, riferendosi all'esperienza dei sistemi di *common law* degli anni '70 e '80, la *Third Wave* nell'ampliamento delle modalità di accesso alla giustizia[3]. Lo svi-

^[1] De Stefano G., Contributo alla dottrina del componimento processuale, Milano, 1959, pag. 2 per cui alle parti "non incombe il delicato e laborioso compito di ricostruzione storica, operato da un terzo, il giudice, il quale, mediante la realizzazione dei poteri che gli conferisce l'ordinamento giuridico, deve contentarsi di esplicare la sua attività sulle tracce che il passato ha lasciato, e di rievocare quel passato per mezzo della presentazione e della valutazione dei suoi equivalenti giudiziali".

^[2] È nota la diffusione "forzata" attuata attraverso la mediazione obbligatoria di cui all'art. 5 comma 1 d. lgs. 28 del 2010, il cui tentativo è previsto a pena di improcedibilità per alcune materie. È interessante però interrogarsi sull'esistenza di altri strumenti che possano agire in tal senso senza incorrere nelle critiche, ben note, legate alla obbligatorietà del tentativo ed ai riflessi di esso sul problema dell'accesso alla giustizia.

^[3] Mi riferisco alla c.d. Wave Metaphor introdotta da Cappelletti e Garth durante il Florence Access to Justice Project del 1970, Cappelletti (ed.), The Florence Ac-



luppo cioè di quella giustizia coesistenziale idonea a rafforzare l'accesso alla giustizia con forme di composizione della controversia che si sviluppano al di fuori delle strutture formali del processo, attraverso un accordo raggiunto dalle parti mediante l'aiuto non vincolante di un soggetto terzo[4].

Gli ultimi sei anni hanno, infatti, visto l'introduzione di tre istituti e altrettante discipline qualificabili come modi alternativi di risoluzione delle controversie.

Si tratta della mediazione obbligatoria, facoltativa o delegata dal giudice del d. lgs n. 28 del 2010 e successive modifiche[5], introdotta sulla spinta delle istanze dell'Unione Europea[6] e dell'art. 185 *bis* c.p.c. che introduce - o meglio reintroduce e rivisita - il tentativo di conciliazione da parte del giudice. Di recentissima introduzione è, poi, la negoziazione assistita da avvocati di cui al d.l. n. 132 del 12 settembre 2014.

Tali strumenti costituiscono a tutti gli effetti, sebbene con forme e modi discutibili - e penso alla previsione della mediazione come condizione di procedibilità della domanda per alcune materie previste dall'art. 5, comma 1, d. lgs n. 28 del 2010 - l'incarnazione italiana di quella visione della giustizia che rigetta la logica di una parte vittoriosa e di una perdente nel processo, orientandosi verso forme diversificate di tutela.

Una giustizia che, per tale ragione, a una decisione imposta dall'alto, e da un terzo, preferisce una risoluzione del conflitto elaborata dalle parti, esprimendo in piena libertà il proprio potere di autodeterminazione, fino a individuare un punto di convergenza delle rispettive posizioni che permetterà loro, in futuro, anche di mantenere o di riprendere il rapporto che le lega, qualunque sia la sua na-

tura, riaprendo un canale di comunicazione che l'emergere della controversia aveva momentaneamente interrotto[7].

Spesso le parti, per il fatto di essere le uniche titolari dei diritti in contesa, appaiono in alcuni casi le più idonee a rappresentarsi secondo verità la configurazione generale e i particolari della relazione giuridica che le coinvolge e proprio sulla base di tale rappresentazione possono trarre i criteri per la disciplina del loro rapporto[8].

Lungi dal voler colorare di una *nuance* semplificatoria la riflessione circa la soluzione del contenzioso civile e commerciale, la mia riflessione parte da una considerazione di base.

Il processo classico, il migliore modello dal punto di vista teorico è uno schema che ha dimostrato sotto plurimi aspetti e per molte materie[9], di trovarsi in uno stato di crisi e comunque inadeguato[10].

I motivi del suo discutibile funzionamento, in effetti, sono da individuarsi in fattori prevalentemente esogeni rispetto al processo.

Chi chiede al giudice la tutela del diritto, e in particolare il singolo cittadino, s'introduce nella dinamica giudizia-le spesso senza una conoscenza esatta degli estremi della propria situazione giuridica e convinto di ottenere una ragione assoluta che lo ristorerà dei torti subiti o che rigetterà *in toto* le pretese di controparte.

Tale certezza, a volte irrealistica, è data da un elemento emotivo tra i più umani, la necessità di vedersi riconosciuta la ragione contro la soccombenza del proprio avversario.

È statisticamente dimostrato[11] che, passata la fase aggressiva, quella di instaurazione della lite, o di difesa dal-

cess to Justice Project, Volume I-IV, Alphen aan den Rijn, Netherlands and Milan: Sijthoff and Noordhoff Int., 1978. Si tratta dell'individuazione di tre ondate sociali e giuridiche individuabili la prima nell'inserimento degli istituti come il gratuito patrocinio, finalizzati a migliorare l'accesso alla giustizia eliminando gli ostacoli economici nell'accesso alla stessa; la seconda ondata nelle azioni collettive o di classe, che hanno dato voce agli interessi di gruppo o interessi diffusi; la terza relativa all'introduzione delle ADR, finalizzate a superare l'inadeguatezza del sistema giudiziale tradizionale e garantire alle parti un reale accesso alla giustizia di natura non prettamente o unicamente giurisdizionale.

^[4] Cappelletti, Foreward to the Acces-to-justice Project Series, in Access to justice a cura di Cappelletti, I. A world Survey, a cura di Cappelletti e Garth, t. 1, Milan-Alphen aan den Rijn, 1978, X s.

^[5] Si tratta in particolare della rivisitazione e reintroduzione della norma a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale con il del D.L. 21.6.2013 n. 69 (Decreto del Fare) convertito, con modificazioni, dalla l. 9.8.2013 n. 98, pubblicata in Gazzetta Ufficiale il 20 Agosto 2013.

^[6] Vedi la direttiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio reperibile sul sito eur-lex.europa.eu

^[7] Silvestri, Enciclopedia del diritto, voce Conciliazione e Mediazione, Milano, 2007. p. 278.

^[8] Carrato, Le attività conciliative nel contenzioso civile, Milano, 1993, p. 1.

^[9] Si pensi, innanzitutto alle controversie in materia di famiglia.

^[10] Luiso, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie, in Diritto processuale civile, vol. V, p. 84.

^[11] Reperibile sul sito http://schedefontidati.istat.it/mediawiki/index.php/Indagini_sulla_giustizia_civile. L'Istituto Nazionale di Statistica, con il modulo ad hoc sulla Giustizia Civile inserito occasionalmente nell'Indagine Aspetti della Vita Quotidiana, rappresenta infatti rigoroso e approfondito strumento di conoscenza



le pretese di controparte, ove vi è fiducia di ottenere ristoro del torto subito, colui che richiede la tutela o si difende in giudizio si trova spesso impigliato nella trama di meccanismi che non comprende e sui quali sente di non aver alcun controllo.

In tal senso è dunque attuale quella dottrina che riporta l'attenzione sul fatto che la composizione convenzionale della controversia, da un punto di vista teorico ma anche pratico, configura l'affermazione più piena della personalità del soggetto singolo e dunque la più piena attuazione di concreta giustizia, perché è l'ordinamento che si
attua nell'affermazione di un suo valore costitutivo della
singola personalità, la quale vince col suo autonomo atto
di volontà l'incertezza giuridica e mette in essere con questa affermazione spontaneamente l'ordinamento nel caso concreto [12].

Un interessante studio dell'Istat ha analizzato statisticamente l'esperienza dei cittadini con la giustizia civile, la valutazione che ne danno e l'indicazione delle aree di possibile miglioramento, e i vantaggi e gli svantaggi delle cause in cui si è stati coinvolti (ad esempio l'esito, i costi, ecc.). Per i cittadini che invece non sono stati coinvolti in un processo, si chiede se avrebbero voluto intraprendere una causa e le ragioni che li hanno fatti desistere dal farlo[13].

Su questo dato fattuale, l'inidoneità del processo a coprire tutti e ogni tipo di controversia, s'incentra, a mio parere, l'utilità dello strumento della mediazione e della conciliazione di recente inserite e/o rinnovate nel panorama normativo italiano.

Si è ormai diffuso, infatti, anche a livello internazionale,

un innovativo approccio teorico, organizzativo e gestionale volto a riqualificare in termini manageriali i servizi pubblici[14], tra i quali *in primis* la giustizia. Secondo tale riconfigurazione concettuale, l'interesse generale al buon andamento e alla correttezza formale delle procedure non può prescindere dalla misurazione della soddisfazione dei cittadini, intesi come utenti di un servizio.

In Italia, la soluzione concordata della lite viene raggiunta in modo del tutto autonomo nell'ipotesi della mediazione, ove il mediatore ha solo il compito di aiutare le parti nel comporre i propri interessi. È invece suggerita dal giudice nel suo contenuto nel caso di esercizio da parte del potere di conciliazione di cui all'art. 185 bis c.p.c.

I sopraccitati metodi di risoluzione mi paiono, laddove utilizzati con un approccio programmatico e organico, ottimi strumenti in mano al giudice per trovare una soluzione che non soltanto sia soddisfacente per le parti (a volte più di un provvedimento) ma anche poco costosa per il sistema giustizia e più rapida in tempi di transito nel sistema giudiziale e in termini di soddisfazione per le parti coinvolte nella controversia.

È un dato di fatto che la tendenza, soprattutto politica, non soltanto a livello nazionale ma anche sul piano europeo, è quella di promuovere l'utilizzo d'istituti altri rispetto alla giustizia formale, con una sostanziale fuga dal processo. I fattori caratteristici, quantomeno rispetto alla situazione italiana, sono da individuarsi principalmente nella situazione emergenziale relativa all'arretrato giudiziale. Se, però, sulla mediazione e sulle tecniche alternative di risoluzione delle controversie si vuole tentare un discorso più ampio, che esca dalla contingenza del momento, è ne-

dell'esperienza soggettiva dei/delle cittadini/e con il Sistema Giustizia Civile: gli indicatori costruiti dalle batterie di domande dedicate alla valutazione soggettiva di tempistica, economicità, giustezza dell'esito del processo; come quelle volte a misurare la soddisfazione per gli aspetti immateriali della propria esperienza con la Giustizia (competenza, correttezza, disponibilità, imparzialità degli avvocati e dei Giudici), forniscono approfondito supporto a quella innovativa logica valutativa della Pubblica Amministrazione, che vede nella prossimità e nell'ascolto della cittadinanza un asse portante della qualità del Sistema Paese. Le statistiche specifiche in relazione al grado di soddisfazione rispetto al processo civile sono reperibili sul sito http://www.istat.it/it/archivio/106081. I dati riportati nelle tavole allegate si riferiscono al modulo sulla giustizia civile inserito nel 2013 nell'indagine multiscopo "Aspetti della vita quotidiana" condotta a marzo 2013. L'indagine campionaria fa parte di un sistema integrato d'indagini sociali - le indagini multiscopo sulle famiglie - e rileva le informazioni fondamentali relative alla vita quotidiana sia degli individui sia delle famiglie. Nei dati riportati è illustrata l'esperienza dei cittadini con la giustizia civile, la valutazione che ne danno e l'indicazione delle aree di possibile miglioramento, nonché vengono analizzati i vantaggi e gli svantaggi delle cause in cui si è stati coinvolti (ad esempio l'esito, i costi, ecc.). Per i cittadini che invece non sono stati coinvolti in un processo, si chiede se avrebbero voluto intraprendere una causa e le ragioni che li hanno fatti desistere dal farlo. Interessante è anche la conoscenza e l'utilizzo delle forme alternative di risoluzione delle controversie da parte dei cittadini. L'analisi è stata condotta prendendo in considerazione le caratteristiche anagrafiche, sociali e territoriali degli individui, in modo da restituire un'immagine la più possibile completa della relazione dei cittadini con la giust

^[12] Capograssi, Intorno al processo, in Riv. internaz. filosofia del diritto, 1938, nota 1, riportata in De Stefano, Contributo alla dottrina del componimento processuale, Milano, 1959, p. 3-4.

^[13] Risultati reperibili sul sito http://www.istat.it/it/archivio/106081.

^[14] Sapignoli, Qualità della giustizia e indipendenza della magistratura nell'opinione dei magistrati italiani, Padova, 2009



cessario mettere da parte l'attuale concezione delle ADR e della mediazione quali strumenti esclusivamente deflattivi per indagare se essi siano, e in che termini, dei mezzi in grado di migliorare il funzionamento della giustizia anche in un sistema ideale, funzionante in tempi congrui. È fondamentale individuare, in altre parole, cosa le ADR e la mediazione potrebbero aggiungere a un meccanismo già funzionante, o comunque perfettibile, smettendo di considerare queste tecniche quali antibiotici ad ampio spettro per sconfiggere la diffusa malattia rappresentata dall'inefficienza del processo.

L'inserimento delle ADR quali strumenti per il miglioramento dell'amministrazione della giustizia, vanno analizzate a mio parere in conformità a valori più ampi e complessi rispetto all'utilità a ridurre il peso del contenzioso sul sistema giustizia.

Occorre verificare, infatti, se tali strumenti siano percepiti dalle parti e dagli avvocati come strumenti realmente utili e corretti e per questo idonei a porsi come valida alternativa rispetto al metodo giudiziale classico. Ciò, a prescindere dalla condizione patologica nella quale oggi la giustizia italiana si trova. In tal senso, ad esempio, analizzare se la mediazione incoraggi realmente la partecipazione delle parti nelle scelte, riducendo la sindrome da alienazione[15] che queste percepiscono quando inserite nella dinamica del contenzioso e verificare in che modo il sistema delle ADR contribuisca effettivamente a far capire alle parti la loro situazione giuridica e le diverse opzioni che il sistema offre per la protezione della stessa e quale sia la percezione delle parti rispetto ad un sistema della giustizia che, oltre ad offrire il processo classico, offre anche un sistema di mediazione.

Riprendendo l'idea di Wayne Brazil, uno dei massimi esperti statunitensi in materia di ADR, mi pare si debba resistere, quantomeno dal punto di vista dello studio teo-

rico della materia, alla tentazione di appellarsi alle ADR come funzionali unicamente alla riduzione del carico dei tribunali. Educare alla comprensione del fatto che il successo della mediazione non può essere guidato - o quantomeno non solo - da un egoismo istituzionale ma solo dall'intenzione di offrire un servizio alle parti[16], tendenza che pare essere predicata anche in Italia.

2. I fattori di crescita della mediazione nell'esperienza statunitense

Alcuni studi della dottrina statunitense[17], che conosce il fenomeno delle ADR da molto più tempo rispetto all'esperienza europea, si sono soffermati sui fattori di crescita della mediazione, esplosa negli Stati Uniti a partire dagli anni '70 del 1900, oltre che sull'individuazione degli aspetti più problematici della stessa.

Per individuarne gli aspetti positivi, innanzitutto, sono stati analizzati gli obiettivi della mediazione (la *mediation*, forma più diffusa e applicata di ADR negli Stati Uniti)[18].

Di certo, tra gli obiettivi della mediazione e dunque tra le ragioni della sua opportunità di diffusione vi è anche la risoluzione efficiente delle controversie. Con efficienza s'intende la riduzione dei tempi della giustizia, del carico giudiziario, dei costi per le parti e per il sistema della giustizia così come la riduzione del tempo dedicato da ciascuna parte a risolvere la propria controversia.

Tali spinte, però, sono stigmatizzate con forza dalla dottrina americana[19] che osserva come l'utilizzo delle ADR come mero metodo per ridurre il carico di lavoro dei giudici porti con sé una serie di pericoli ulteriori quali la tendenza a spingere in modo generalizzato e acritico verso tali forme di tutela senza sondare la volontà delle parti stesse e rinunciando ad ogni controllo sulla reale qualità degli strumenti alternativi[20].

^[15] Tale opinione mi è stata comunicata da Wayne Brazil in un interessante colloquio avuto presso il centro di mediazione privata JAMS di San Francisco, nel settembre 2014

^[16] Brazil, Court ADR 25 years after Pound: Have we found a better way, 18 Ohio St. J. on Disp. Resol., 2002, 93.

^[17] Soprattutto studi statunitensi, considerato come in tal stato il dibattito intorno alle ADR non sia recente come in Italia e in Europa ma trovi il proprio inizio a cavallo tra gli anni '70 e '80 del 1900. Stipanowich, ADR and the vanishing trial: the growth and impact of ADR, in Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1, n. 3, 2004; Cappelletti, Alternative dispute resolution process within the framework of the World-Wide acces to justice, in Modern Law Review, vol. 56, lss. 3, 1993, p. 282-286; Resnik, Managerial Judges, in Faculty Scholarship Series Paper 951, 1982, sul sito http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/951, Alexander, Global trends in Mediation, in Kluwer Law International, 2006, p. 5. In relazione allo sviluppo delle ADR all'interno dei tribunali e cioè della c.d. Multi Door Courthouse, Sander, A dialogue between professor Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo, Exploring the evolution of the multi door court-house, in University of Saint Thomas Law Journal, 2008, vol. 5, iss. 3, art. 4, p. 665 ss.; Sander, Goldberg, Green, Negotiation, Mediation and other processes, 1985.

^[18] Alexander, op. cit., p. 9.

^[19] Brazil, op. cit., p. 94.

^[20] Mi permetto un'osservazione sul punto, a seguito della mia pur breve esperienza di osservazione sia presso la ADR Unit presso la Federal Court of Northern Ca-



L'obiettivo primario della mediazione, individuato dalla famosa *Wave Metaphor* di Mauro Cappelletti e Bryant Garth[21] riguarda l'accesso alla giustizia, da intendersi quale concetto più ampio del diritto di accesso alla tutela giurisdizionale del diritto di adire un tribunale.

La mediazione, in effetti, si pone come uno tra i metodi che la parte, e il giudice, hanno a disposizione per permettere la soluzione di un conflitto.

In un'ottica fisiologica, dunque, non si dovrebbe trattare di uno strumento che obbliga le parti a scegliere una via forzata di tutela quanto di uno strumento che si aggiunge, senza eliderla, alla tutela giurisdizionale classica, che rimane sempre accessibile e garantita.

Su quest'obiettivo s'incentrano alcune tra le critiche più difficili da superare anche per il sistema statunitense ossia il fatto che la mediazione non offre le medesime garanzie procedurali di un tribunale e quindi si tratterebbe di una giustizia, per così dire, di seconda classe.

Tale obiezione, con riferimento al panorama normativo italiano, è particolarmente forte se si pensa all'impostazione della mediazione obbligatoria di cui all'art. 5 c. 1 del d. lgs. 28 del 2010 ove le parti sono in effetti obbligate a procedere ad un tentativo di mediazione con condizione di procedibilità per adire il foro competente, o anche nel caso di mediazione delegata dove il giudice, nella nuova formulazione dell'art. 5 c. 2 della medesima norma, impone alle parti un tentativo di mediazione, anche in questo caso quale condizione di procedibilità.

Altro obiettivo delle ADR è quello dell'autodeterminazione, permettere che le parti in conflitto abbiano una

partecipazione attiva nella soluzione della disputa e un margine di decisione che non dipenda, come nelle ipotesi di tutela eteronoma del diritto, dalla decisione di un soggetto terzo[22].

Il rimedio della mediazione, appunto, è utile al fine di ridurre la sensazione di alienazione che le parti percepiscono qualora inseriti nella dinamica del processo. Spesso, infatti, il ruolo attivo del cliente nel determinare le proprie scelte è, nello schema del contenzioso, del tutto marginalizzato. La parte non comprende l'aspetto procedurale del processo, si sente emarginata rispetto a questioni che, a livello emotivo prima che economico, hanno un decisivo impatto sulla persona e percepisce di non avere potere di controllo sulle prospettive future della propria posizione [23].

Su questo tipo di obiettivo si concentra la mediazione c.d. facilitativa, modello base del sistema domestico di ADR, nella quale le parti sono incoraggiate a identificare i propri i bisogni ed interessi, senza la necessaria applicazione di parametri di stretto diritto, ed a valutare opzioni che compongano un assetto di interessi soddisfacente per tutti personalizzando la controversia[24]. La mediazione, e più in generale il sistema ADR potrebbe, ad esempio, trovare una collocazione specifica nella composizione di quelle controversie in cui vi siano differenze insormontabili o difficilmente affrontabili dovute, ad esempio, alla provenienza delle reciproche istanze da sistemi diversi[25]. Proprio per il fatto di non essere vincolata a un linguaggio specifico la mediazione permette di superare le difficoltà nascenti dal fatto che vi sono controversie tra

lifornia sia presso il provider privato JAMS di San Francisco, ossia la considerazione che nel sistema statunitense la volontà delle parti rispetto all'espletamento di un tentativo di mediazione o comunque di risoluzione alternativa delle controversie è sostituita per legge (quella del 1998) da una presumption circa il fatto che ogni corte statale debba predisporre un tentativo di ADR a scelta delle parti. Ciò a mio parere, tende a metter in secondo piano la necessità di un'indagine circa la reale volontà delle parti rispetto a una tecnica talmente diffusa da risultare tendenzialmente scontata nel suo espletamento, consideri i costi proibitivi della fase contenziosa del processo americano (trial) e l'altissima percentuale di cause che, proprio per questa ragione, vengono abbandonate prima di arrivare alla fase concretamente contenziosa di fronte al giudice.

^[21] M. Cappelletti, Access to justice and the welfare state, vol., 4, 1981, p. 4 per cui "The organizational scheme for the first three sections of the conference grew out of a wave metaphor corresponding especially to access-to-justice developments in the United States. The first wave beginning in 1965 with the office of economic opportunity's neighborhood law firm program, involved the reform of institutions for delivering legal services to the poor. The second wave sought to extend representation to "diffuse interests" such as those of consumers and environmentalists. It commenced in the United States with the development of foundation-supported public interest law firms in 1970. The third wave followed in 1970's with a shift in focus in dispute-processing institutions in general rather then simply on institution of legal representation. Less formal alternatives to courts and court procedures have emerged in bold relief as part of this new reform trend"; Cappelletti, Garth, Access to justice, The Newest Wave in the World Wide Movement to make right effective, in 27 Buffalo Law review, 1978, 181, p. 197-227, 1978.

^[22] Sugli strumenti autonomi ed eteronomi del diritto si veda Luiso, Diritto processuale civile, vol. V, La risoluzione non giurisdizionale delle controversie, Milano, 2013, p. 13 ss.

^[23] Brazil, op. cit., p. 109.

^[24] Sulla mediazione facilitativa si veda Cuomo Ulloa, *La mediazione nel processo civile riformato*, Bologna, 2011.

^[25] Alexander, *op. cit.*, p. 7.



soggetti provenienti da paesi regolati non solo da norme (e qui subentrano le regole di competenza nazionale, europea ed internazionale) ma anche da principi completamente diversi (penso, in generale, ai sistemi di *civil law* e di *common law* o ancora l'ipotesi di controversie in cui i principi sociali e morali dei diversi paesi in conflitto siano di difficile composizione).

In parte sovrapponibile all'obiettivo dell'autodeterminazione è quello della trasformazione delle modalità di rapporto tra le parti[26]. Si parla, in tal senso, di meta-interesse ossia quel nucleo che trascende l'interesse individuale per cercare un assetto risolutivo incentrato su ciò che lega una parte all'altra. Tale tipo di obiettivo è tipico, ad esempio, dei sistemi di mediazione in materia comunitaria o familiare. Qui, infatti, il fine principale della composizione del conflitto è la ricerca di una soluzione che individui un metodo di conservazione dei rapporti che continueranno inevitabilmente ad esistere a prescindere dal conflitto[27] e dei rapporti di cui urge assicurare una conservazione (si pensi alla disciplina relativa ai figli minori in ipotesi di separazione coniugale)[28].

Gli obiettivi sopra individuati mi sembrano dimostrare come, di là dalle necessità deflattive, la mediazione e più in generale le ADR siano uno strumento che merita di essere inserito stabilmente tra i mezzi di tutela innanzitutto al fine di migliorare il servizio offerto al cittadino[29].

3. è possibile anche in Italia un giudice manager del contenzioso?

Un segnale chiaro e ormai diffuso è quello per cui il processo, con i suoi tecnicismi, i tempi lunghi e i costi elevati, in un sistema reale e non ideale deve essere considerato quale una sorta di *extrema ratio* tra i diversi possibili metodi di risoluzione alternativa della controversia e non il principale, se non l'unico.

Per permettere un simile ampliamento di vedute nel panorama delle tecniche di soluzione dei conflitti è necessario, a mio parere, focalizzare l'attenzione sul ruolo del giudice in tal senso.

Capire cioè se, anche in Italia, sia possibile attivare o sia già attivato e vada solo migliorato, un sistema in cui il giudice riveste un ruolo di tipo manageriale nella gestione della causa.

Se, infatti, con la mediazione obbligatoria l'Italia ha fatto un passo fondamentale, in qualche senso forzato, verso la diffusione dei metodi di ADR, è vero anche che tale educazione all'alternatività nella scelta dei metodi di risoluzione delle controversie ed alla considerazione del processo giudiziale classico come via residuale non deve trovare la sua fonte esclusivamente nell'imposizione di un tentativo preliminare, extra-processuale ed a pena di improcedibilità della domanda giudiziale.

Anzi, sarei più propensa a ritenere che l'introduzione, salutata con favore dall'Unione Europea di un tentativo obbligatorio di conciliazione possa ritenersi una sorta di leva iniziale per forzare l'introduzione di strumenti che, in uno schema più avanzato e dopo un periodo di rodaggio, potranno forse considerarsi immanenti alla realtà giuridica

Questi potranno essere gestiti autonomamente dalle parti, laddove del tutto volontari. Oppure saranno valutati in sede giudiziale dalle parti insieme a un giudice che possa fungere da filtro e da garanzia nell'opportunità di scegliere una via piuttosto che un'altra.

Ciò con l'obiettivo finale non tanto di evitare la via giudiziale (come si verifica nell'attuale contesto) quanto di selezionare lo strumento meglio in grado di soddisfare le parti in conflitto, abbandonando definitivamente il dogma per cui la migliore ed unica via per risolvere una disputa e soddisfare una sembianza di giustizia[30] sia sem-

^[26] Alexander, op. cit., p. 7.

^[27] Sul punto mi permetto il mio contributo in materia di mediazione familiare nell'ambito dell'opera collettiva *Trattato della separazione e divorzio*, a cura di M.A. Lupoi, Rimini, 2015, p. 284 ss.

^[28] Insieme a tali obiettivi va considerata peraltro la finalità di controllo sociale esistente rispetto a certi centri di interesse. Si pensi agli organismi di mediazione interni alle grandi società o ai monopoli delle telecomunicazioni ove viene offerto un centro di mediazione con servizio gratuito cui rivolgere i propri reclami permettendo così al soggetto destinatario degli stessi di controllare il ricorso al metodo giurisdizionale da parte di chi vanta una pretesa.

^[29] Sui risultati qualitativi e quantitativi dell'utilizzo della mediazione si veda uno studio californiano effettuato da Stipanowich, ADR and the vanishing trial: the growth and impact of ADR, in Journal of Empirical Legal Studies, vol. 1, n. 3, 2004, p. 843 ss. che dimostra come la mediazione ed in particolare la Court related Mediation produca vantaggi qualitativi consistenti nell'aumento della soddisfazione di chi vi partecipa sotto il profilo dei risultati raggiunti ma sia difficile affermare in che termini la mediazione abbia vantaggi anche quantitativi poichè ciò dipende molto dal tipo di mediazione e dalla efficienza delle alternative alla strada giudiziale che vengono offerte.

^[30] Per sopravvivere ogni cultura richiede un metodo accettabile per risolvere i conflitti e prevenire che episodi di vendetta o di alienazione. Vedi Frankfurter per cui "Justice may satisfy the appearance of justice", Opinion nella causa U.S. Supreme Court Offutt v. United States, 348 U.S. 11 (1954) Offutt v. United States re-



pre quella giudiziale e permettendo un accesso effettivo e reale alla via giurisdizionale laddove la natura della causa lo consigli.

Se è vero, infatti, che i modi per risolvere i conflitti riflettono la cultura del luogo in cui sono sorti, è anche vero, come argomentato dalla dottrina anglo-americana[31] che un ruolo importantissimo nel plasmare tali culture è svolto dal modo in cui tali controversie sono gestite.

Ebbene con riferimento al sistema italiano, il recente inserimento di un pacchetto massiccio di norme per la risoluzione alternativa delle controversie potrà costituire una base per avviare un meccanismo diverso, non più basato solo sulla dinamica del processo formale ma attuativa del concetto di *Multi Door Courthouse* coniato da Frank Sander nel 1976[32].

4. La Multi door court-house

In effetti, l'imposizione, per così dire, di una cultura della mediazione non è nuova ai sistemi di *common law* dove le ADR hanno ormai una diffusione capillare.

Il sistema *Multi-Door* è dovuto a un'intuizione del prof. Frank Sander della Harvard Law School trovatosi a riflettere nei propri studi su quanto il processo formalmente inteso fosse poco adatto alla soluzione dei conflitti familiari e quanto invece l'arbitrato fosse un utile strumento con riferimento, ad esempio, al diritto del lavoro negli

Stati Uniti. Mandò le sue riflessioni a Harvard e queste furono inviate alla St Paul University del Minnesota dove in quel periodo era in corso di organizzazione la famosa *Pound Conference*[33]. Le sue riflessioni furono concentrate in un famoso scritto[34] che proponeva l'idea per cui fosse opportuno, ai fini di una migliore gestione della giustizia, analizzare le diverse forme di risoluzione delle controversie e creare una classificazione dei tipi esistenti per poi accoppiare ad ogni lite la migliore forma di composizione del conflitto, uscendo dal meccanismo dell'unicità della via contenziosa[35].

Affinchè questo concetto di giustizia "a più porte" funzioni, però, è necessario che l'abbinamento tra tipi di causa e tipi di soluzione della controversia sia modellato sulle caratteristiche del paese cui si riferisce (stili, bisogni, dinamiche politiche e sociali). Inoltre, pur adattandosi al luogo, tali metodi di risoluzione devono avere la capacità di regolarsi anche rispetto alle istanze sovranazionali.

Per certi versi, la previsione nella norma italiana dell'art. 5 comma 1 del d. lgs. n. 28 del 2010 si allinea al concetto sopra esposto, anche rispetto agli stimoli dell'Unione Europea che con criteri di decisione basati più sul datto quantitativo che sulle caratteristiche intrinseche della controversia impone il tentativo di mediazione solo per determinate e selezionate materie[36].

Nell'idea di Sander, in effetti, il tribunale rimane il luo-

peribile sul sito www.justia.com.

^[31] Chase, Law, Culture and Ritual: Disputing Systems in Cross-Cultural Context, 2005, New York University Press, Foreword ix.

^[32] Il concetto è stato introdotto da Frank Sander, professore di Harvard, in occasione della Pound Conference del 1976 avente il seguente tema : Crisis in Access to Justice. Sul concetto si veda, nella letteratura americana, L.P. Senft, C.A. Savage, ADR in the Courts: Progress, Problems, Possibilities, in Penn State law Review, 2003, vol. 108, n. 1; T. Sourdin, Alternative Dispute Resolution and the Courts, in Law in Context, Special Issues, vol. 22, n. 1; Sander, F., A Dialogue Between Professors Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo: Exploring the Evolution of the Multi-Door Courhouse, in University of St. Thomas Law Journal, 2008, vol. 5, iss. 3, Article 4 reperibile sul sito http://ir.stthomas.edu/ustlj/vol5/ iss3/4.

^[33] A. Leo Levin, Russell R. Wheeler, The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future, in West Publishing Co, St Paul Minnesota, 1979.

^[34] Sander, Varieties on dispute proceedings, in The Pound Conference: Perspectives on Justice in the Future a cura di A. Leo Levin, Russell R. Wheeler, in West Publishing Co, St Paul Minnesota, 1979, p. 65 ss. È efficace la similitudine usata da Sander per cui se una persona si reca dal medico accusando mal di stomaco, salvo urgenza improrogabile il medico non propone un operazione chirurgica ma propone una serie di opzioni quali l'assunzione di medicine, il riposo, nessuna iniziativa o, come extrema ratio, l'intervento.

^[35] Si veda sul punto Sander-Goldberg, Fitting the forum to the fuss: a user friendly guide to selecting ADR Procedure, in 10, Negotiation, j, 49, 1994; Sander-Rozdiczer, Matching cases and dispute resolution procedures: detailed analysis leading to a mediation center approach, in 11, Harv. Negot. Law. rev. 1, 2006.

Cfr Parere allo schema di decreto legislativo: «Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali», Delibera del 4 febbraio 2010, reperibile sul sito www.consiglionazionaleforense.it. L'indicazione di cui al primo comma dell'art. 5 è di notevole ampiezza, in effetti, e ricomprende tipologie di controversie non assimilabili, con caratteristiche ontologiche e difficoltà di gestione del tutto peculiari. In effetti, la scelta compiuta dal legislatore delegato che ha previsto la mediazione obbligatoria per controversie implicanti notevoli complessità anche istruttorie non sembra avere seguito un parametro di carattere qualitativo quanto l'intenzione di colpire le cause dell'ingorgo giudiziario obbligando al tentativo di mediazione per le materie più diffuse piuttosto che per le materie più mediabili (si pensi a quelle in materia ereditaria oppure dirette all'accertamento della responsabilità medica - che difficilmente si prestano ad una rapida soluzione in sede conciliativa). È stata particolarmente criticata, infatti, la scelta del legislatore delegato che ha accomunato in un'unica categoria, quella dei "rapporti particolarmente conflittuali, rispetto ai quali, anche per la natura della lite, è quindi particolarmente più fertile il terreno della composizione stragiudiziale", le controversie relative a responsabilità medica ed a diffamazione a mezzo stampa, dove la di-



go naturale per la soluzione della causa e il Multi-door Courthouse si colloca nel tribunale solo accidentalmente, per il semplice dato fattuale che è nel tribunale che si trovano le controversie e dunque il tribunale non può che essere una delle porte di questo sistema a diverse opzioni[37].

Questo è l'approccio che i tribunali *in primis* e le istituzioni intorno ad essi gravitanti devono avere per migliorare la gestione delle strutture della giustizia. Una giustizia che non offra una soluzione contenziosa al conflitto di *default* ma si interroghi sulla migliore composizione della controversia.

Nell'idea dell'autore è centrale la sensibilizzazione degli avvocati, prima fonte di contatto con il cliente, che devono presentare a quest'ultimo, tra le varie opzioni, la possibilità di scegliere la mediazione o negoziazione della controversia, soffermandosi sui pro e i contro della scelta. Negli Stati Uniti, non a caso, la materia delle ADR fa parte della formazione universitaria a partire da poco dopo il 1976, anno della *Pound Conference* [38].

È provato che l'uso delle varie possibilità di ADR porta a un uso più efficiente delle risorse dei tribunali, facendo risparmiare tempo e risorse alle parti (sia le parti in conflitto che i diversi soggetti coinvolti nella risoluzione della causa) e riduce il rischio di continuazione della lite in futuro. Aumentano anche, dal punto di vista qualitativo, il livello di soddisfazione per le parti e, come effetto per così dire collaterale nell'esperienza statunitense, la fiducia nei giudici e nei tribunali[39].

Nel tempo, però, nell'esperienza statunitense, si è creato un problema concernente la crescente istituzionalizzazione della mediazione che nel suo significato originario si poneva come facilitativa di una composizione del conflitto basata sull'individuazione degli interessi delle parti, su una tecnica *problem-solving* e un approccio focalizzato, appunto, solo sul rapporto tra le parti e sul suo mantenimento.

La crescente partecipazione degli avvocati ai tentativi di mediazione e la stretta connessione che nella *Multi-Do-*

or Courthouse si determina tra mediazione svolta dal giudice e forma contenziosa ha creato un problema di tenuta dell'originaria concezione della mediation spostando in alcuni casi l'ago della bilancia verso un approccio valutativo in cui l'autodeterminazione delle parti assume un aspetto secondario rispetto alla necessità di trovare un accordo in tempi brevi.

Alcuna dottrina statunitense[40] ha osservato come le parti che optano per una mediazione deferita dalla corte continuino a pensare di raggiungere il risultato che si proponevano con l'instaurazione del contenzioso in una logica solo avversariale. Questo fraintendimento è una spia d'allarme di un difetto di specifica comunicazione e informazione tra le parti, i loro avvocati, ed anche i giudici che impongono la mediazione. Un difetto che può portare a un risultato poco soddisfacente per la parte che, pur avendo conciliato la lite, non era stata informata in modo completo della natura dell'accordo e dei parametri utilizzati, di certo diversi rispetto a quelli tipici del contenzioso. Ciò anche laddove, come molto spesso avviene, il risultato comunque sia stato ottenuto con maggiore velocità e risparmio di costi.

Negli Stati Uniti, peraltro, la maggiore anzianità di servizio delle ADR e in particolare della mediazione ha fatto emergere pericoli che potranno essere valutati ai fini di prevenire il verificarsi dello stesso problema nella più recente esperienza applicativa italiana, proprio con riferimento all'ipotesi di mediazione delegata dal giudice o di conciliazione ex art. 185 bis c.p.c. Si tratta, nello specifico, del fatto che la scarsa delimitazione del ruolo che il giudice ha nelle ADR interne al tribunale può portare confusione e lasciare spazio a forme di coercizione della volontà.

Nell'esperienza delle Court ADR statunitensi e in particolare in California, stato nel quale ho potuto approfondire le mie ricerche, si è registrata, infatti, una sorta di ambivalenza giudiziale a proposito delle ADR[41]. Alcuni giudici hanno opposto una severa resistenza allo sviluppo di tali forme alternative, giustificando tale compor-

somogeneità sostanziale dei diritti lesi (non potendosi assimilare il diritto alla vita ed all'integrità fisica con il diritto all'onorabilità), e delle attività connesse all'accertamento delle lamentate lesioni è evidente.

^[37] Sander, Frank (2008), A dialogue between professor Frank Sander and Mariana Hernandez Crespo, Exploring the evolution of the multi door court-house, University of Saint thomad Law Journal, vol. 5, iss. 3, Art. 4., p. 665 ss

^[38] F. Sander discorso alla Pound Conference, The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice, (Sander 1976)

^[39] W. Brazil, Court ADR 25 years after Pound: have we found a better way? 18, Ohio, St. J. on disp. resol. 93, 2002.

^[40] Della noce (et al.), Assimilative, Autonomous or Synergic Visions: How Mediation programs in Florida Address the Dilemma of Court Connection, 3, Pepp. Disp. resol., L., J., 1, 13, 2003.

^[41] Brazil, op. cit., p. 110 ss.



tamento con la preoccupazione che minacciassero la vitalità del sistema basato sulla giuria. Se si considera però che i processi su decisione popolare rappresentano meno del 2% dell'intero ammontare di controversie, non sembra che tali preoccupazioni, pur valide dal punto di vista teorico, possano ritenersi rilevanti dal punto di vista statistico[42].

Vi è poi una preoccupazione forse più interessante in una prospettiva di comparazione con l'esperienza italiana, ossia il fatto che la mediazione, soprattutto laddove facilitativa o *interest-based*, potrebbe essere povera dal punto di vista analitico. Si tratta, in altre parole, del rischio che la decisione presa dalle parti e dai loro avvocati si basi in realtà su dati non accuratamente verificati e su premesse legali non controllate o su un'incertezza nel pensiero o nel controllo delle emozioni che potrebbe portare le parti a decidere sull'onda di pressioni o cedimenti psicologici del momento anche laddove si tratti di decidere su aspetti che hanno un rilievo fondamentale in punto di diritto. Ciò con il pericolo che diritti fondamentali non siano protetti o non siano applicate norme di legge.

Ulteriormente rischiosa è poi la tendenza di alcuni mediatori a premere affinché la controversia sia chiusa nel più breve tempo possibile con un accordo, senza che, di là della retorica circa la purezza del processo di mediazione, sia data sufficiente protezione all'integrità morale e legale delle modalità con cui si è giunti all'accordo. Si è poi posto l'accento sull'atteggiamento di alcuni mediatori, appassionatamente legati a un sistema di valori che esalta le virtù dell'accordo, che possono attuare una pressione morale sulle parti, quasi colpevolizzandole di voler rigidamente insistere affinché i loro diritti vengano riconosciuti, oppure possa portare ad analisi fumose che esagerano i reali rischi di causa senza una spiegazione che permetta alle parti una decisione basata su dati realistici[43].

Con riferimento all'eventualità di accordi presi sull'onda dell'emozione o del cedimento del momento, è interessante notare come la dottrina americana s'interroghi sul problema del c.d. *cooling-off period*. In effetti, l'accordo preso in sede di *settlement conference* (la mediazione effettuata dal giudice) oppure in sede di mediazione è immediatamente esecutivo nel primo caso con la semplice registrazione dell'accordo letto in pubblica udienza dal giudice e nel secondo caso nel momento in cui tutte le parti sottoscrivono l'accordo. Proprio per l'immediata esecutività dell'accordo si è posto il problema di permettere alle parti un breve periodo di tempo per poter confermare o meno la propria decisione, decantato lo *stress* della sessione di mediazione[44].

5. La ADR Unit di San Francisco

Nel mio periodo quale *visiting Researcher* presso UC Berkeley ho avuto modo di incontrare numerosi docenti nel campo della *mediation* e della *negotiation* ed altresì di partecipare ad alcune mediazioni sia presso la ADR Unit della *United States District Court Northern District of California* che presso il JAMS, più importante ente privato di mediazione degli Stati Uniti.

La ADR Unit della *Federal Court* di San Francisco costituisce da sempre un esempio pilota di efficienza nel panorama statunitense rispetto alle forme di mediazione e negoziazione *Court Annexed*. La California, in effetti, è storicamente uno tra gli stati più sensibili al tema della risoluzione alternativa delle controversie ed ha dedicato non soltanto studi ma soprattutto risorse, per creare un sistema funzionante.

Prima di entrare nel dettaglio intendo soffermarmi, seppure schematicamente, sui diversi strumenti offerti dall'A-DR Unit[45].

Lo Alternative Dispute Resolution Act of 1998 [46] preve-

^[42] Una parte della magistratura ritiene infatti che uno dei più grandi deterrenti rispetto alla violazione delle regole sia, nella società americana, proprio la paura di un processo di fronte ad una giuria, l'umiliazione pubblica che ne deriva ed i costi imprevedibili che l'espletamento del c.d. trial può generare. Una visione ancor più garantista pone l'accento sull'utilizzo in alcuni casi abusivo che alcune categorie di litiganti (produttori seriali, compagnie farmaceutiche, monopoli) potrebbero fare della mediazione, al fine di mantenere sotto traccia comportamenti che laddove portati di fronte ad una giuria comporterebbero conseguenze ben più devastanti dal punto di vista economico. Altri giudici temono che le ADR siano utilizzate per ridurre la possibilità che le corti e in generale il potere giudiziario sviluppi norme o trovi misure atte a neutralizzare le minacce alla salute o alla sicurezza pubblica, alla solidità economica o ai diritti individuali rappresentate da comportamenti scorretti tenuti da alcune compagnie. Ancora, è stata registrata la tendenza, da parte di alcuni studi legali di grandi dimensioni, a utilizzare la mediazione quale strumento per ottenere informazioni e prove in vista della discovery, con un utilizzo del tutto strumentale della mediazione.

^[43] Tutte queste preoccupazioni sono ritenute da Brazil, op. cit., p. 110 ss., del tutto marginali in quanto l'intero sistema ADR si concentra nel formare dei mediatori sensibili proprio ad evitare questo genere di pericoli.

^[44] Sussman, Weiner, Striving for a "Bulletproof" Mediation Settlement Agreement, in Alternatives to the High Cost of Litigation, 2015, Vol. 33, Issue 4, pp. 49 ss.

^[45] La descrizione degli strumenti ADR forniti dalla District Court of Northern District of Califronia è reperibile sul sito http://www.cand.uscourts.gov/adr.

^[46] ADR Act of 1998, 28 U.S.C., par. 651-58, sul sito http://www.adr.gov/ADR%20ACT%201998.pdf.



de (con l'istituzione di una *presumption*) che ogni *Fede*ral District Court si doti di un sistema di ADR in ambito civilistico.

La California, in tal senso, pur conoscendo il fenomeno ADR sin dai primi anni '80, ha promulgato le ADR *Local Rules* effettive dal 1 dicembre 2009[47] che si applicano a tutte le cause civili instaurate nella *District Court* salvo sia diversamente indicato.

Da un punto di vista generale la *Court* è dotata di un ADR Unit e di un *Magistrate Judge* di riferimento.

La prima è composta di un direttore del programma ADR e da procuratori, *case administrators* con esperienza in campo ADR. Essa ha la responsabilità di gestire, implementare e amministrare oltre che valutare i risultati dei *Court's ADR Programs* ossia, come visto, i programmi che la corte mette a disposizione dei cittadini in materia di ADR.

È interessante notare come queste responsabilità comprendano anche l'incarico di rendere edotte le parti, gli avvocati, i giudici e lo *staff* della Corte riguardo al programma ADR e le regole a esso connesse. La ADR Unit inoltre è tenuta ad osservare l'operato dei mediatori (c.d. *neutrals*) ed a provvedere alla loro formazione. In alcuni casi particolari anche il direttore della struttura così come lo *staff* legale dell'ADR Unit può operare quale mediatore

L'altro perno fondamentale della struttura delle ADR, nella Federal Court, è la figura del ADR Magistrate Judge, nominato dalla Corte tra i propri giudici. Questi è il supervisore della ADR Unit, si consulta con il direttore della medesima e con lo staff legale per tutto ciò che riguarda la valutazione, l'implementazione e la programmazione dell'ADR Unit. Lo ADR Magistrate Judge decide di tutto ciò che riguarda l'applicazione delle ADR Local Rules così come eventuali ricorsi in relazione violazioni delle stesse ma è esonerato dal partecipare ai procedimenti di arbitrato non vincolante di ENE, Early Neutral Evaluation, o a sessioni di mediazione.

Una causa può essere indirizzata a un processo di *Court ADR* per ordine del giudice a seguito di una richiesta di una o tutte le parti o su iniziativa del giudice stesso. In tal caso, l'ordine della cancelleria di esperire un tentativo di ADR deve comunque riferirsi a quel procedimento

che le parti hanno selezionato, specificare il periodo entro il quale il processo sarà completato e ogni altra informazione utile. È la stessa Corte a fornire un formulario da compilare in seguito al deposito della domanda nel quale è fissata la data della prima udienza di fronte al giudice. Le parti sono invitate (entro un termine) a indicare la loro opzione ADR. Naturalmente, la competenza delimitata della Federal Court comporta che siano trattati solo alcuni casi di rilevanza importante, escludendo i c.d. small claims (dove si annida peraltro il peso maggiore per il sistema giustizia) di competenza delle Corti Statali[48]. È interessante notare come la scelta delle ADR non sia obbligatoria ma basata su una presumption che le parti scelgano, a prescindere dall'espletamento dello stesso, un processo di ADR che eventualmente saranno disponibili a intraprendere senza che, in questa fase preliminare, siano fissati termini o modalità per l'espletamento dello stesso.

Ciò che è vincolante, ed è rilasciata un'apposita dichiarazione in tal senso, è che gli avvocati informino le parti in modo corretto ed esaustivo circa le loro possibilità.

L'obiettivo del *c.d.* ADR Multi Option Program è, in effetti, quantomeno in prima battuta, quello di incoraggiare le parti in conflitto a considerare i metodi di risoluzione alternativa quale valido strumento per chiudere la controversia. Per tale motivo, proprio in questa fase iniziale, la ADR Unit mette a disposizione un servizio di assistenza particolarmente qualificato che aiuta le stesse a identificare il processo di ADR che più addice al tipo di controversia in corso.

È prevista una conference call tra gli avvocati delle parti e lo staff legale della ADR Unit al fine di individuare la migliore opzione ADR: lo spostamento dalla logica avversariale a quella consensuale, nelle intenzioni del sistema californiano comincia proprio in questa fase, dove le parti (o meglio gli avvocati) sono sostanzialmente forzati a discutere tra loro e in stretta connessione con gli esperti della ADR Unit circa una ipotesi di chiusura consensuale della controversia.

Questo primo contatto telefonico può essere considerato la cartina di tornasole di quanto dagli anni '80 a oggi il concetto di risoluzione alternativa della controversia sia entrato nelle mentalità dei cittadini e dei professionisti

^[47] U.S. District Court, Northern District of California, ADR Local Rules, sul sito http://www.cand.uscourts.gov/adr

^[48] La competenza federale è limitata alla *Diversity jurisdiction* (i casi in cui le parti sono cittadini di due diversi stati) e alla *Federal question jurisdiction* (le materie cui è riconosciuta intrinseca rilevanza processuale). Nel sistema statunitense le small claims sono di competenza delle corti statali e non si può tacere come la maggior parte del peso giudiziale si concentri proprio nelle controversie di minor valore.



del settore legale californiano. Ed infatti, se nei primi anni di applicazione il *feedback* degli avvocati era pressoché esclusivamente negativo, oggi è quasi dato per scontato che, salvo particolarità del caso, un metodo di mediazione sarà certamente utile per comporre il conflitto.

Nel caso in cui le parti e gli avvocati si rivelino ostici rispetto alla selezione di un'ipotesi di ADR, il giudice titolare della causa in occasione della *Case Management Conference* discuterà con le parti la soluzione più consona selezionando un metodo ADR e valutando altresì l'opportunità di un *Settlement Conference*, ossia un tentativo di mediazione di fronte ad un giudice. Ciò qualora non si persuada che la natura del caso o il comportamento delle parti sia tale che un tentativo di carattere conciliativo non porterebbe alcun beneficio e non sarebbe idoneo a giustificare alcun investimento di risorse nel tentativo di cercare un accordo. L'incontro di ADR, in ogni caso, deve tenersi entro 90 giorni dalla comunicazione di cancelleria (*order*) che destina il caso allo specifico processo scelto dalle parti.

Quanto ai tipi di ADR promossi nell'ambito dell'ADR Multi Option program essi includono a) Non Binding Arbitration; b) Early Neutral Evaluation c) Mediation.

Una menzione a parte ha la mediazione privata che rimane estranea alla struttura della ADR Unit pur potendo essere preferita dalle parti. Le parti, infatti, possono partecipare al processo ADR non vincolante offerto dalla Court oppure, con l'autorizzazione del giudice titolare della causa, rivolgersi a un *provider* privato.

Vi è poi il sopra menzionato caso dell' Early Settlement di fronte ad un Magistrate Judge appositamente nominato, ipotizzabile solo laddove la fonte sia un ordine del giudice titolare della causa, non essendo tra le opzioni delle parti nella fase preliminare del contenzioso.

Non è nelle mie intenzioni soffermarmi in profondità sulla *Non Binding Arbitration* e sull'*Early Neutral Evaluation* volendo invece incentrare lo studio sull'istituto della *Mediation*, al fine di effettuare una riflessione comparatistica rispetto allo speculare strumento di recente istituito nel panorama legislativo italiano.

La *Mediation* è definita come un processo flessibile, non vincolante e confidenziale in cui un mediatore imparziale, *Neutral*, facilita le parti nel raggiungimento di un accordo che risolva la controversia prima del *Trial*.

Il mediatore ha lo specifico compito di aumentare la comunicazione tra le parti, asserragliate, soprattutto nella fase introduttiva della lite, sulle rispettive linee difensive. Nello svolgere tali funzioni il *Neutral* aiuta le parti ad articolare meglio i propri interessi e a focalizzare quelli dell'avversario lasciando alle stesse la possibilità di valutare e mettere alla prova, una volta ampliato il panorama delle reciproche posizioni, i punti di forza e di debolezza delle posizioni giuridiche delle stesse. Il mediatore, inoltre, identifica alcune aree di possibile accordo e aiuta a generare opzioni per soluzioni consensuali che soddisfino entrambe le parti.

Di solito non fornisce alcuna valutazione generale del caso ma si limita a permettere alle parti una valutazione *interest-based* segnalando l'importanza di trovare una soluzione che concluda la vicenda prima di entrare nel *trial*, il pronostico dei cui esiti, considerata la centralità della giuria, è del tutto imprevedibile.

Nel sistema californiano in esame l'obiettivo della mediazione è espandere l'area di discussione riguardo a un possibile accordo e ampliare il *range* di opzioni sullo stesso. Ciò, andando a esplorare i bisogni e gli interessi delle parti che spesso sono solo collateralmente legati o addirittura indipendenti dalle questioni di diritto che radicano il contenzioso dal punto di vista legale.

Tale strumento ha avuto una progressiva e sempre crescente diffusione tanto da mettere in ombra gli altri ADR[49] e può considerarsi ad oggi lo strumento alternativo maggiormente utilizzato. Le cause civili possono essere mandate in mediazione su ordine del giudice titolare della causa, a seguito di una richiesta congiunta delle parti, su istanza di una delle parti oppure per ordine diretto del giudice. In tali casi la ADR Unit, salvo le parti, come avviene sovente, non si rivolgano ad un centro di mediazione privato, individua e mette a disposizione un mediatore volontario il quale offre la propria competenza gratuita per le prime quattro ore e successivamente presta il proprio servizio a pagamento[50].

Il mediatore nominato deve organizzare un primo incontro preliminare alla mediazione e dopo essersi consultato con tutte le parti fissare data e luogo del tentativo di mediazione individuando le scadenze da rispettare per permettere lo svolgersi fluido dello stesso[51]. In questa fase,

^[49] Brazil, op. cit., p. 110, rileva che Non Binding Arbitration e ENE sono progressivamente diminuiti nel loro utilizzo a favore di un sempre più crescente ricorso alla Mediation.

^[50] Il neutral nominato dalla ADR Unit viene pagato 300\$ l'ora dopo le prime quattro ore gratuite di mediazione.

^[51] La scadenza principale è quella che prevede che il tentativo di mediazione si debba svolgere entro 90 giorni dalla comunicazione di cancelleria che individua



come più in generale nell'intero svolgersi della mediazione, gli avvocati delle parti hanno un obbligo di cooperazione reciproca e con il mediatore.

Prima dell'incontro di mediazione, la ADR Unit prevede che il mediatore debba organizzare un breve incontro telefonico al fine di discutere le materie così come l'organizzazione del procedimento di mediazione in modo condiviso: si discute preventivamente delle procedure che verranno seguite, della natura del caso e del contenuto delle memorie scritte che le parti destinano al mediatore affinché possa comprendere le reciproche pretese. In tale conferenza telefonica preliminare, inoltre, le parti preavvertono il mediatore circa i soggetti che parteciperanno alla mediazione e i loro poteri di rappresentanza.

Quanto alle memorie scritte di cui sopra, è previsto che entro sette giorni prima della prima sessione di mediazione ogni parte debba inviare al mediatore e rendere nota alle altre parti la propria memoria scritta.

Al fine di mantenere la confidenzialità, il giudice titolare della causa non ha accesso alle informazioni che le parti e il mediatore si scambiano in questa fase[52]. Le memorie, in questa sede, sono dei report concisi che oltre a contenere le informazioni che possono essere utili per il mediatore devono riportare obbligatoriamente a) l'identificazione della persona che oltre all'avvocato parteciperanno alla mediazione quali rappresentanti della parte; b) una breve descrizione della lite; c) l'indicazione di eventuali soggetti connessi con la parte avversaria che potrebbero incrementare l'utilità della mediazione; d) l'identificazione di informazioni che potrebbero contribuire al buon esito della mediazione; e) la descrizione di eventuali tentativi di negoziazione già posti in essere e il loro stato di avanzamento; f) copia di documenti che potrebbero rendere produttiva la mediazione.

Interessante, nell'ambito dell'indagine riguardo ai poteri del giudice nel raggiungimento di accordi conciliativi è la *Settlement Conference* poco sopra solo accennata.

Si tratta del caso in cui sia proprio un giudice a facilitare le parti nella negoziazione di un accordo.

Nel sistema californiano e più in generale statunitense esiste una figura di giudice detta *Settlement Judge*.

Alcuni giudici usano, infatti, le tecniche di mediazione

nell'ambito della Settlement Conference per migliorare la comunicazione tra le parti e assisterle nella formulazione d'ipotesi di accordo. Questi, comunque, dotati di poteri più stringenti rispetto ai mediatori, possono prospettare anche valutazioni circa il merito della controversia, con un approccio più valutativo che facilitativo rispetto alla ricerca di un accordo e possono meglio isolare i punti di forze a debolezza nelle posizioni giuridiche delle parti. Di norma le parti sono inviate a tale tipo di procedimento su iniziativa della Corte stessa, laddove nella fase preliminare non siano riuscite ad accordarsi rispetto a una scelta condivisa di ADR. È comunque possibile che laddove il caso sia stato assegnato a un programma ADR Multi-Option, in un qualsiasi momento dopo la conferenza telefonica preliminare con lo staff legale della ADR Unit, una parte chieda al giudice titolare della causa di provare una Settlement Conference. Le parti, in tal caso, possono indicare la preferenza rispetto a uno dei giudici della Corte[53] e questa, compatibilmente con la disponibilità del Magistrate Judge indicato, può (ma non è vincolata) ad inviare le parti di fronte al giudice prescelto per effettuare tale incontro finalizzato all'accordo.

Il giudice nominato, a questo punto deve notificare alle parti la data e il luogo in cui si terrà la Settlement Conference, e le richieste specifiche proprio a proposito dell'incontro, eventualmente ordinando alle parti di partecipare personalmente allo stesso.

È intuitivo come un elemento fondamentale nell'ambito della *Settlement Conference* sia il mantenimento della confidenzialità rispetto alle informazioni che in quella sede sono scambiate.

Chiunque partecipi a tale incontro, infatti, deve considerare le informazioni delle quali viene a conoscenza come strettamente confidenziali[54]. Queste non possono in alcun modo essere riferite a soggetti che non sono coinvolti nel contenzioso, né riferite al giudice titolare della causa. Tali informazioni, in sostanza non possono essere utilizzate a nessuno scopo.

Vi sono alcune, limitate, eccezioni rispetto alla confidenzialità di cui sopra. Sono possibili, con l'accordo di tutte le parti, delle finestre di *disclosure*. Alcune informazioni possono essere esternate, a scopo di valutazione e mo-

il tipo di ADR prescelto dalle parti. È possibile chiedere una proroga della scadenza con un'istanza motivata diretta al giudice, alle altre parti, ed eventualmente al *Neutral*, oltre che alla ADR Unit.

^[52] Ciò permette di tutelare l'interesse alla confidenzialità del procedimento di Mediation.

^[53] Non quello titolare della causa.

^[54] Il c.d. Confidential Treatment.



nitoraggio del funzionamento del sistema di ADR a soggetti interni alla *Federal Court*. Il divieto di esternazione delle informazioni suddette viene altresì superato laddove vi sia un superiore interesse della *Federal Court* di assicurare l'applicazione della legge o punire condotte ad essa contrarie.

Vi sono poi numerosi *provider* privati di mediazione e di servizio di ADR[55] cui le parti si rivolgono, concordemente, nella maggioranza dei casi. Tali centri forniscono un servizio in tempi particolarmente rapidi e a costi piuttosto elevati.

Nella mia esperienza presso la ADR Unit [56] di San Francisco ho potuto partecipare ad alcune *Settlement Conference* e discutere della natura della mediazione con alcuni mediatori appartenenti a provider privati.

6. I benefici e i problemi risultanti dall'istituzionalizzazione delle ADR e della mediazione

Quali sono allora, quanto alla più radicata esperienza statunitense, i benefici risultanti dalla ormai avvenuta istituzionalizzazione delle ADR e della mediazione nei Tribunali? Quali i problemi sorti? Quali le soluzioni proposte? Quali i progressi ed i problemi connessi a tali progressi? E quali strategie risolutive?[57]

Quanto ai benefici pare necessario partire da un dato di fatto: l'aver permesso che i tribunali imponessero, in alcuni casi, la mediazione, ne ha accresciuto la diffusione e l'utilizzo. In tal senso la discutibile scelta di forme impositive ha avuto una funzione antagonista e propulsiva rispetto al fatto che storicamente la mediazione volontaria ha (anche negli Stati Uniti) attecchito poco. Gli avvocati, infatti, preferiscono comunque la familiarità del contenzioso e le parti, nella concitazione delle posizioni, vogliono un sistema di carattere avversariale piuttosto che pro-

penso alla cooperazione o alla considerazione degli interessi della controparte. Permane infine la convinzione che suggerire la mediazione sia una forma di debolezza nella strategia difensiva.

In tal senso, dunque, si può affermare come rispetto al sistema italiano non vi sia un diverso approccio sociale al problema del contenzioso quanto un sistema impositivo maggiormente persuasivo perché proveniente da un soggetto, il giudice, dotato del potere di valutare l'opportunità o meno di portare a processo la causa.

È anche vero che solo con l'imposizione delle forme di ADR la popolazione ha cominciato ad acquisire consapevolezza dell'esistenza di tali tecniche e del potenziale connesso al loro utilizzo, accettandone l'esistenza come alternativa tipica al processo. In assenza di una capillare diffusione, altrimenti, lo strumento sarebbe rimasto valido ma sostanzialmente inutilizzato.

Si può affermare, pur con le dovute differenziazioni, che il sistema obbligatorio di mediazione domestico, previsto a pena d'improcedibilità per certe materie, unitamente alla nuova formulazione dei poteri di conciliazione del giudice, rappresenta il primo passo, quanto all'Italia, per una diffusione delle ADR. Solo il tempo potrà dire se questa prima fase, di attacco, comporterà una accettazione sociale delle ADR ed uno spontaneo utilizzo delle stesse.

Elemento di diffusione e miglioramento del sistema delle ADR interne ai tribunali è dato dalla ormai acquisita padronanza da parte di giudici e avvocati delle tecniche di mediazione e dell'impostazione necessaria affinchè il cliente entri in una simile mentalità abbandonando l'istintivo approccio contenzioso alla controversia.

Peraltro, l'idea embrionale partorita da Sander nel 1976 è stata, grazie ad anni di applicazione empirica, nettamente migliorata, giungendo a una sempre più raffinata corri-

^[55] I provider privati offrono, oltre alla mediazione, i servizi di Arbitration, Fact-Finding, Neutral Evaluation e Private Judging. Gli esperti privati possono essere avvocati, professori di diritto, giudici ritirati o altri professionisti con esperienza provata nel settore delle tecniche di risoluzione alternativa delle controversie. Tali prestazioni sono a pagamento e la Corte, tendenzialmente, non ricorre a tali enti private salvo richiesta esplicita delle parti. In ogni caso, il giudice titolare della causa, si assicura che la scelta di un provider privato di ADR non danneggi in alcun modo una delle parti imponendo un peso economico irragionevole o che quest'ultima non è in grado di affrontare. Il centro leader in materia di ADR è il JAMS. per maggiore approfondimento si rimanda al sito http://www.jamsadr.com/files/Uploads/Documents/JAMS-Rules/JAMS-ADR-Clauses.pdf.

^[56] Esistono inoltre processi minori di mediazione quali il *Non binding summary bench or Jury Trial*, un processo finalizzato a fornire una proiezione del *trial* dopo una *discovery* condensata effettuata dagli avvocati occasionalmente con l'audizione di alcuni testimoni. Questa procedura per come strutturata dà alle parti la possibilità di porre questioni e ascoltare le reazioni della giuria o del giudice. Il verdetto della giuria o del giudice non è vincolante e le reazioni all'argomentazione dei fatti o del diritto sono usate come base per procedere, successivamente, d una negoziazione finalizzata all'accordo. Le parti che scelgono questo tipo di procedura sono incoraggiate a contattare la ADR Unit proprio per avere assistenza nella strutturazione di un *trial* sommario che si adatti alla particolarità del caso. Un altro metodo di ADR è il c.d. *Special Master*, La Corte può mettere a disposizione una serie di esperti che permettano alle parti di gestire la *discovery* o trovare fatti centrali. Per una panoramica più completa si consiglia il sito http://www.cand.uscourts.gov/otherprocesses

^[57] L.P. Senft, C.A. Savage, ADR in the Courts: Progress, Problems, Possibilities, in P enn State law Review, 2003, vol. 108, n. 1.



spondenza tra il tipo di controversia da trattare e la corrispondente tecnica di risoluzione della controversia (il giusto procedimento per la giusta causa).

Anche i soggetti che offrono il servizio di mediazione peraltro sono oggi sempre più preparati e diversificati: esistono infatti le strutture c.d. *court-annexed* ma anche soggetti pubblici o privati tra i quali scegliere con diversi prezzi, specializzazioni, professionalizzazioni.

Tutti questi elementi in definitiva hanno portato a un mutamento della cultura non solo delle parti in causa, focalizzate ormai sulla soluzione del contenzioso più che sul contenzioso in sé ma anche un mutamento da parte degli stessi tribunali nella concezione del proprio ruolo. Il giudice non è più un soggetto che decide la lite con approccio passivo rispetto a ciò che le parti portano nel processo ma un soggetto attivo, manager del caso e problem solver, in alcuni casi catalizzatore di un cambio di mentalità e di una trasformazione dell'accezione di conflittualità. Anche i giudici, oggi, ritengono che il processo sia l'ultima e non la prima scelta, quantomeno per alcuni tipi di casi.

È evidente che una simile impostazione ormai radicata porta con sé altrettanti problemi di natura teorica ed anche pratica.

Tali problemi si concentrano tutti sulla mediazione *Court-Connected o Court-Administrated*.

La mediazione negli Stati Uniti è cresciuta grazie all'autorità esercitata dai giudici. Il fenomeno, infatti, trova origine nell'istituzionalizzazione della mediazione nei tribunali che ha permesso di conoscere lo strumento a milioni di cittadini che altrimenti non l'avrebbero conosciuta. La ragione del suo successo, dunque, come spesso accade, è anche la ragione dei problemi a essa connessi.

Originariamente, infatti, la mediazione era intesa come uno strumento mirante a neutralizzare i dati negativi del sistema avversariale. Una tecnica che permettesse alle parti di confrontare le varie circostanze ipotizzando delle soluzioni. Un conflitto cioè che non fosse alienante ma in grado di rafforzare le connessioni umane.

Nell'impostazione dei tribunali la mediazione offre ai litiganti la possibilità di parlare senza vincoli o regole, acquisire informazioni mancanti e avere sempre un conflitto ma con cognizione di causa su tutto, senza particolari segreti.

La mediazione non è, però, nella sua logica originaria, solo un accordo.

Il valore fondamentale della mediazione può essere raggiunto anche se, in ipotesi, l'accordo non è raggiunto e si decide di continuare per le vie legali. Diversamente che in causa, nella mediazione acquistano peso diversi elementi, non solo il risultato finale ma anche il meccanismo che ha permesso alle parti di esprimere liberamente il proprio parere.

Bisogna quindi fare attenzione a identificare il risultato finale (la conciliazione, nella logica della legge italiana, per azzardare un paragone) che è il *focus* primario nella composizione *Court connected* con la mediazione in sé che è un procedimento nel quale alcuni aspetti possono essere chiarificati, ad esempio un mantenimento dei rapporti, senza per forza chiudere un accordo e magari continuando per le vie giudiziali per quanto riguarda l'aspetto economico della vicenda.

Nella logica statunitense i tribunali che hanno promosso la mediazione hanno avuto, al pari dell'esperienza legislativa italiana, il fine primario di migliorare l'efficienza della giustizia valutando dunque primariamente l'aumento degli accordi conciliativi e la riduzione dei costi, tanto che in molte *Courts* la conciliazione raggiunta in sede di mediazione ha perso i suoi connotati di processo alternativo alla giurisdizione formale.

In sostanza non una mediazione *interest based* ma un procedimento in cui si compongono le pretese (con un linguaggio di carattere prettamente normativo) senza però andare a processo.

Il sistema legale, in effetti, si deve occupare di chi ha ragione e non dell'aspetto emozionale della vicenda, non vi è ricerca di consenso ma autorità della legge, e questi sono valori completamente differenti da quelli della mediazione.

Si può dunque osservare che la *Court annexed mediation* ha perso il suo ruolo di strumento alternativo finendo per essere assorbita tra gli strumenti giudiziali utilizzati dal tribunale.

Sono coinvolte le compagnie di assicurazione, gli avvocati parlano al posto delle parti e spesso le parti nemmeno presenziano agli incontri, i tempi per la chiusura sono contati e sono i giudici e gli avvocati a condurre la mediazione, peraltro senza una particolare formazione.

Queste circostanze portano alla convinzione per le parti che qualcun altro stia decidendo le sorti del loro accordo. Quale strategia, allora, per mantenere la mediazione quale processo alternativo di risoluzione delle controversie e soddisfare le necessità di contenimento dei costi e deflazione dei tribunali?

La dottrina statunitense ritiene debbano essere individuati dei supervalori condivisi da tutte le parti come la fiducia nel metodo alternativo di risoluzione della controversia, l'efficienza dell'accordo a lungo termine; l'incorag-



giamento affinché le parti risolvano consensualmente il conflitto piuttosto che adire il tribunale; la consapevolezza delle parti circa cosa è richiesto loro nell'ambito di un tentativo di mediazione.

Gli interessi esclusivi del tribunale invece includono la velocità della soluzione, un migliore utilizzo di risorse limitate, il mantenimento di una posizione di autorità.

Chi propone la mediazione come strumento alternativo ha invece a cuore i seguenti valori: l'autodeterminazione delle parti; la protezione del potere delle parti di determinarsi nelle scelte e il mantenimento o miglioramento del rapporto umano-sociale.

Il pericolo, laddove, come si adombra nella *Court annexed mediation*, il tribunale non aderisce alla mediazione come strumento del tutto alternativo alla giurisdizione mentre le parti sono educate e informate in tal senso, si crea confusione e sospetto che porta ad un'erosione prima nella fiducia nella mediazione e poi nella corti stesse.

L'obiettivo dei tribunali dunque deve essere l'efficienza non a stretto termine, con il rischio di coercizione della volontà delle parti, bensì a lungo termine. Bisogna cioè evitare che le parti tornino a discutere.

I valori del tribunale e della mediazione, che rimangono per natura diversi si intersecano proprio nel reperimento di un accordo di lunga durata.

Quali sono dunque le strategie per avvicinare lo strumento della mediazione all'impostazione dei tribunali?

Innanzitutto, un allineamento di teoria e pratica con una chiarificazione della terminologia della mediazione e di altri ADR. Inoltre, è necessario neutralizzare il rischio di coercizione nel processo di mediazione: poteri limitati ai giudici, una confidenzialità totale e assicurata per le informazioni scambiate nella mediazione, un'informativa alle parti circa l'assenza di alcun obbligo a mediare, procedure disciplinari severe per giudici, avvocati, mediatori che in qualche modo spingano le parti a chiudere minacciando una disclosure delle strategie.

Le parti devono avere chiaro, e così dovrebbe essere anche in Italia, che obbligo di mediazione non significa obbligo di giungere a un accordo.

È essenziale, poi, una migliore educazione alla mediazio-

ne di parti, giudici, avvocato anche tramite formazione da parte del tribunale. Diffusione maggiore soprattutto per le parti, che altrimenti si trovano in balia di decisioni altrui, un miglioramento del controllo di qualità con formazione in *standard* deontologici e uso di misure basate sulle performance; assicurare la disponibilità della mediazione quale alternativa al processo e dunque diversamente da altre adr bastato sull'interazione e può anche essere esterna al tribunale (mediatori privati). In tal senso differenziarla rispetto ad arbitrato e settlement conference). Negli Stati Uniti, inoltre, si propone di incorporare ADR e corsi di mediazione nella educazione scolastica.

7. Una Court Connected ADR anche per l'Italia?

L'esperienza statunitense può essere molto utile nella riflessione rispetto all'esperienza italiana poiché permette di esaminare con uno sguardo diverso le ipotesi di ADR all'interno di un processo già iniziato. In Italia, ciò può avvenire a seguito dei poteri riconosciuti al giudice dal diritto positivo, di recente incrementati con l'introduzione dell'art. 185 *bis* c.p.c. o nella mediazione sollecitata dal giudice, nell'esercizio di quello che può essere avvicinato un potere di gestione manageriale della causa[58].

L'art 77, comma. 1, lett. a) del D.L. 21.6.2013 n. 69 (Decreto del Fare) convertito, con modificazioni, dalla 1. 9.8.2013 n. 98 ha introdotto nel codice di procedura civile l'art. 185 *bis*, rubricato proposta di conciliazione del giudice[59].

Secondo tale nuova norma, il giudice, alla prima udienza, ovvero sino a quando è esaurita l'istruzione, formula alle parti ove possibile, avuto riguardo alla natura del giudizio, al valore della controversia e all'esistenza di questioni di facile e pronta soluzione di diritto, una proposta transattiva o conciliativa. La proposta di conciliazione non può costituire motivo di ricusazione o astensione del giudice.

Si aggiunge così un altro strumento, con le dovute differenziazioni, all'insieme di metodi offerti al giudice per stimolare verso una soluzione della controversia alternativa alla giurisdizione. Il giudice non soltanto può ai sensi dell'art. 185 c.p.c. disporre la comparizione personale del-

^[58] Silvestri, Enciclopedia del diritto, voce Conciliazione e Mediazione, Milano, 2007. p. 278.

^[59] Ferrari, sub art. 185 bis c.p.c., in Codice di procedura civile, diretto da Consolo, Milano, 2013, p. 2299 ss. Il tentativo di conciliazione giudiziale non costituisce una vera e propria novità poiché si ritrovava già nella versione originaria del c.p.c. In una parabola progressivamente crescente esso è stato reso obbligatorio innanzitutto nel rito del lavoro e successivamente nel processo ordinario di cognizione con la I. 26.11.1990 n. 353. IL medesimo è stato abolito con la I. 80 del 14.5.2005 (1.3.1006), di attuazione del d.l. n. 35 del 14.03.2005 che, intervenendo sull'art. 183 c.p.c. ha abrogato il previsto espletamento di un tentativo di conciliazione quale adempimento da effettuare obbligatoriamente in prima udienza.



le parti per interrogarle liberamente[60]; oggi può anche, fermi i poteri in caso di mediazione delegata, formulare direttamente una proposta che la norma definisce conciliativa o transattiva[61].

Ad un primo esame emerge una certa contraddittorietà della norma[62] per la sua assenza di coordinamento con le norme già esistenti in materia.

La nuova norma prevede la formulazione da parte del giudice di una proposta transattiva o conciliativa ponendosi in modo del tutto autonomo rispetto alla posizione delle parti, diretta ai difensori anzichè direttamente alle parti. Ciò con il risultato di rendere la proposta verosimilmente meno incisiva poiché è proprio l'autorità e la posizione del giudice a influire maggiormente sulle parti, come visto, al fine di una composizione del conflitto [63]. Sul punto, fermo il dato, positivo, di affidare a un giudice il tentativo di comporre il conflitto tra le parti, v'è da osservare come queste ultime non siano considerate centrali dalla norma che permette la formulazione di una proposta transattiva o conciliativa a prescindere dall'indagine circa la volontà di queste.

La formulazione di una proposta transattiva o conciliati-

va a opera del giudice impone inoltre di soffermarsi maggiormente sugli aspetti teorici dell'istituto della conciliazione e della transazione per meglio comprendere e delineare come si attua tale intervento del giudice che sembra, ad una mera lettura, entrare "a gamba tesa" in prerogative che, quantomeno da un punto di vista terminologico sembrerebbero configurare poteri riservati in via esclusiva alla libera determinazione delle parti. Ciò per comprendere se il giudice, in questa sede, abbia un ruolo esterno rispetto alle due figure negoziali oppure svolga, con tale attività propositiva, una attività qualificabile come giurisdizionale [64].

Ci si potrebbe chiedere, quindi, se la facoltà di conciliazione del giudice possa essere considerata a tutti gli effetti uno strumento di *management* [65] per la migliore gestione del processo ed un metodo alternativo di risoluzione delle controversie oppure debba qualificarsi come una attività essenzialmente giurisdizionale[66].

Non si può, poi, sottovalutare l'identità soggettiva tra chi espleta il tentativo di conciliazione tra le parti nel processo e colui che, in caso di fallimento di tale tentativo, giudicherà la controversia secondo legge [67].

^[60] Sebbene sia venuta meno l'obbligatorietà del tentativo rimane nel contesto dell'art. 185 c.p.c. la possibilità per il giudice di interrogare liberamente le parti sulla base di una sua iniziativa oppure in caso di «richiesta congiunta» delle parti. L'esperienza applicativa del tentativo di conciliazione, infatti, ha dimostrato come solo una richiesta ad opera di entrambe le parti possa rendere in qualche modo utile l'espletamento del tentativo, evitando così allo stesso tempo tattiche dilatorie ad opera di una delle parti.

^[61] Lupoi, Le novità processuali dell'estate 2013, Riv. trim. dir. proc. civ., fasc. 1, 2014, p. 329.

^[62] Finocchiaro, Rischio di incertezza sulla conciliazione giudiziale, in Guida al diritto, 2013, fasc. 28, p. 86.

^[63] Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, vol. II, Profili Generali, II ed. Torino, 2012, p. 106.

^[64] Si veda in materia di conciliazione il contributo di Carrato, Le attività conciliative nel contenzioso civile, Milano, 1993.

^[65] In realtà il giudice, nella proposta *ex* art. 185 *bis* c.p.c. non potrà prescindere totalmente dal contraddittorio delle parti e così dal previo interrogatorio libero delle stesse. La proposta dovrà «comunque nascere dall'oralità, una volta sentite le parti, e non quale astratto provvedimento autoritario, calato *ex abrupto* dall'alto sulle parti, senza un previo contatto tra di esse e il giudicante" Consolo, *Per una vocazione e dirittura ad un tempo tecnica e politica della organizzazione meno stentata della giustizia civile o comunque non penale*, in Rassegna forense, 2012, *45*, 3/4 *p. 473 ss.*

^[66] La proposta di transazione o di conciliazione del giudice nell'originaria formulazione prevedeva l'obbligo per il giudice di formulare alle parti una proposta. Tale obbligatorietà non si ritrova nella legge di conversione ove è stata mantenuta per il giudice la possibilità e non l'obbligo di formulare tale proposta. La previsione di cui all'art. 185 bis c.p.c. è dedicata ad ogni tribunale, anche ai giudici di pace. In tal senso va coordinata con la previsione di cui all'art. 320 c.p.c. dove è previsto per il Giudice di pace l'obbligo di tentare la conciliazione delle parti in prima udienza e l'art. 322 c.p.c. per cui l'istanza per la conciliazione in sede non contenziosa, che costituisce titolo esecutivo a norma dell'articolo 185 c.p.c. u. c. se la controversia rientra nella competenza del giudice di pace, altrimenti ha valore di scrittura privata riconosciuta in giudizio, è proposta anche verbalmente al giudice di pace competente per territorio.

^[67] Dittrich, L'incompatibilità per il giudice derivante dalla precedente cognizione della controversia, RDProc, 1987, 51; Dittrich, Incompatibilità, astensione e ricusazione del giudice, Padova 1991. Contra sul punto Consolo, Una benvenuta interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 51 n. 4 (in relazione all'art. 28 St. lav.) ed i suoi limiti per i casi futuri, CG 2000, 56; Scarselli, Terzietà del giudice e processo civile, FI, 1996, I, 3616.) Nessuna difficoltà a che il giudice proponga conciliazione nel corso del giudizio per altri autori Pagni, La riforma del processo civile: la dialettica tra il giudice e le parti (e i loro difensori) nel nuovo processo di primo grado, CG, 2009, 1320; Potetti, Novità della I. 69/2009 in tema di spese di causa e responsabilità aggravata, G Merito, 2010, 938; Dalfino, Mediazione, conciliazione e rapporti con il processo, FI, 2010, 105). Vi è chi sottolinea come il giudice, in quanto figura volta istituzionalmente a dirimere il contenzioso attraverso il giudicato ovvero con un provvedimento di tipo aggiudicativo volto ad attribuire un bene della vita in via definitiva ad una parte o all'altra debba manifestare il proprio convincimenti in merito alla controversia solo nella fase decisoria e non nel corso del processo. Secondo parte della dottrina inoltre il giudice» cumula una natura promiscua: quella di mediatore dell'accordo conciliativo, contenente la regolamentazione transattiva della lite e quello di titolare del potere di decide-



Tale identità, infatti, può incidere non soltanto sulla natura della cognizione del giudice ma anche sul problema della confidenzialità e riservatezza delle informazioni ossia, in sostanza, sull'approccio più o meno disinvolto che le parti potranno avere nello svelare i propri punti di forza (e di debolezza) nell'ambito del tentativo di conciliazione, condizionando così l'esito e il successo della conciliazione stessa e la qualità dell'accordo eventualmente raggiunto. Si consideri, infatti, che nei casi di court annexed mediation statunitense, il giudice che si occupa del tentativo di accordo negoziale non è mai il giudice titolare della causa e ciò, innanzitutto, per un problema di riservatezza [68]. Lo strumento, al pari della mediazione è stato peraltro inserito in una precisa ottica politica volta a deflazionare il contenzioso giudiziario che altrimenti si riverserebbe in toto sul carico dei tribunali. Punto di partenza dell'inserimento di tali strumenti di ADR nell'ambito del contenzioso italiano è, infatti, la considerazione della situazione di crisi della giustizia tradizionalmente intesa soffocata dal carico dell'arretrato [69]. V'è però da notare la contraddizione tra la finalità di economia processuale dello strumento e il fatto che la conciliazione può essere chiesta sino all'udienza di p.c., fermi i pericoli di un tentativo di conciliazione che, così vicino alla sentenza, potrebbe sembrare quasi un'anticipazione del giudizio che andrà a finire nel provvedimento.

È infine interessante notare come nella formulazione originaria della norma il rifiuto senza giustificato motivo della proposta transattiva e conciliativa formulata dal giudice costituisse comportamento valutabile da quest'ultimo ai fini del giudizio (indipendentemente dalla coincidenza tra proposta conciliativa e decisione del giudice). In effetti, una simile pressione sulla volontà delle parti è risultata eccessiva tanto che non si ritrova tale previsione nel testo finale ove si è concluso per non prevedere allora nessuna sanzione, nemmeno in assenza di un giustificato motivo non incorrendo in nessuna conseguenza sul piano processuale e sanzionatorio e non potendo il giudice desumere nessun argomento idoneo ai fini della decisione della causa dal comportamento delle parti in questa sede[70].

In conclusione, la conciliazione ex art. 185 bis c.p.c. rap-

re della controversia, in caso di fallimento della conciliazione, Scarpa, Ruolo del giudice e potere delle parti nell'udienza di trattazione, CMerito, 2010, 905 per cui sono infondate le "diffuse resistenze di carattere ideologico e arretratezze di natura culturale, che paventano il rischio di indebite anticipazioni del convincimento del giudice, rilevanti come motivo di astensione, ogni qual volta il giudice stesso, nel dirigere il tentativo di conciliazione, o anche nel decidere motivatamente sulle istanze di tipo anticipatorio o sulla ammissibilità e rilevanza dei mezzi di prova, esprima le sue valutazioni preventive sull'esito della lite" e che tali occasioni siano piuttosto "espressione del principio di collaborazione del giudice con le parti, e in quanto tali non possono mai pregiudicare l'esito del giudizio". Altra interpretazione sostiene che la mera formulazione della proposta dovrebbe determinare l'incompatibilità con la funzione decisoria: il giudice dovrebbe astenersi dal decidere (ovvero rischierebbe di essere ricusato dalla parte) quando "abbia dato consigli o prestato patrocinio nella causa" oppure quando vi siano "gravi ragioni di convenienza che consigliano al giudice di astenersi". La posizione di assoluta equidistanza del giudice dalle posizioni delle parti deve assurgere ad elemento caratteristico strutturale dell'attività che il giudice stesso svolge e, pertanto, bisogna "evitare che giudichi una controversia chi s'è già formato un'opinione", Dittrich, La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile, RDProc, 2002, 1145). Per altri autori la ratio della disciplina dell'astensione del giudice ha ad oggetto «l'amor proprio del giudice che difficilmente recederebbe da da una soluzione della controversia data in anticipo, in termini concreti, Romboli, Astensione e ricusazione del giudice, (dir. proc. civ.) voce, EGT, III, Roma; 1980, Mattirolo, Trattato di diritto giudiziario civile italiano, Torino, 1902-1906, V, ed. vol. I., p. 950. [68] Il problema dell'imparzialità e della terzietà del giudice in siffatte ipotesi è ben noto nella dottrina italiana, Dittrich, La precognizione del giudice e le incompatibilità nel processo civile, RDProc, 2002, 1145; nel caso della conciliazione ex art. 185 bis c.p.c. il giudice con la sua decisione anticipa di fatto il suo convincimento in merito alla controversia che difficilmente potrà cambiare laddove l'istruttoria si conclusa, Breggia, 1 / tentativo di conciliazione e l'imparzialità del giudice GM, 2008, 571; Comoglio, La durata ragionevole del processo e le forme alternative di tutela, RDProc, 2007, 599; Cuomo Ulloa, La Conciliazione, Modelli di composizione dei conflitti, Padova, 2008; Scarselli, Terzietà del giudice e processo civile, Fl, 1996, I, 3616.

[69] Da un punto di vista comparatistico: G. De Palo-L. Cominelli, *Mediation in Italy: waiting for the Big Bang,* in N. Alexander, Global Trends in Mediation, Kluwer Law, International, Chapt. X, p. 259 ss.

^[70] De Cristofaro, *Il nuovo regime delle alternative alla giurisdizione statale (ADR) nel contenzioso del* lavoro , LG, 2011, 57; De Angelis, *Collegato lavoro e diritto processuale: considerazioni di primo momento*, www.astridonline.it) secondo cui in merito alle sanzioni derivanti dal rifiuto senza adeguata motivazione della proposta di cui all'art. 420 c.p.c. la sanzione si dovrebbe rinvenire nell'art. 91 c. 1 per. 2 (modificato dall'art. 45 della I. n. 69/2009) per cui il giudice laddove abbia accolto la domanda in misura non superiore a un'eventuale proposta conciliativa rifiutata senza motivo, condanna la parte rifiutante al pagamento delle spese del processo maturate dopo la formulazione della proposta, salvo quanto disposto dall'art. 92. A ciò si potrebbe aggiungere il disposto dell'art. 96 comma 3, per cui "in ogni caso" il giudice quando pronuncia sulle spese, può condannare *ex officio* la parte soccombente nei confronti della controparte al pagamento di una somma di denaro, determinata in via equitativa, a titolo di risarcimento. Lo scopo preminente non è quello di scoraggiare il ricorso alla tutela giurisdizionale di un diritto ma evitare forme di abuso del processo rafforzando il ruolo conciliativo del giudice. Ad ora non c'è sanzione e il mancato coordinamento tra la norma in commento e l'art. 91 c. 1 parte 2 rischia di diluire lo scopo della norma (deflazionare il contenzioso) e far debuttare uno strumento processuale che in questo modo è poco incisivo.



presenta un interessante strumento nell'ottica di un ampiamento dei poteri di gestione della causa ad opera del giudice. L'individuazione di quest'ultimo quale filtro dell'opportunità di un tentativo di chiusura consensuale della controversia porta con sé inevitabili effetti, alcuni positivi, altri più discutibili.

Da una parte, infatti, la conoscenza del *petitum* della causa permette al giudice una valutazione approfondita delle possibilità di riuscita della soluzione conciliativa. È spesso il giudice, quale soggetto *super partes* a poter responsabilmente spingere verso metodi di uscita dal processo, ad esempio, per le controversie seriali, ove il giudice si sia già pronunciato in casi speculari, o nelle controversie di modesto valore ove è del tutto sufficiente la dinamica clien-

te/avvocato per trovare un nuovo assetto che sia soddisfacente per i litiganti. Ancora, di grande utilità potrà essere la conciliazione giudiziale per le materie in cui il meccanismo processuale risulta addirittura punitivo[71]. Dall'altra, però il riconoscimento al giudice di un forte poteredovere conciliativo, l'informalità della metodologia con la quale si svolge il tentativo di composizione, con l'unico limite del coinvolgimento paritario delle parti, la tendenziale ricaduta sul regime delle spese in caso di proposta conciliativa fallita, porta con sé l'antico rischio che a scegliere la conclusione conciliativa della controversia siano parti economicamente deboli rispetto a controversie di valore relativo e ciò a discapito della liberta di determinazione idealmente propria di ogni forma di ADR[72].

^[71] Si pensi alle divisioni immobiliari.

^[72] Sul punto è interessante Trib. Fermo, sez. civ., 21 novembre 2013 (Est. Cesare).



CLIMATE CHANGE LITIGATION

Climate change litigation, ovvero la nuova frontiera della tutela giurisdizionale: il processo come strumento per combattere i cambiamenti climatici

di Elena D'Alessandro

DEL 12 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. Introduzione
- 2. Il caso Lliuya c. RWE AG.
- 3. Il principio Pollution claims know no borders e le questioni processuali suscitate da tale regola

1. Introduzione

Nell'ultimo decennio l'opinione pubblica ha acquisito sempre maggiore consapevolezza delle conseguenze nefaste causate dai cambiamenti climatici; conseguenze che impattano sulla vita quotidiana dei cittadini, ad esempio di quelli che vivono nelle città - anche italiane - alle prese con il problema delle polveri sottili.

Per la medesima ragione, nello stesso arco di tempo, la lotta al cambiamento climatico si è fatta sempre più intensa. In molti Stati sono sorti numerosi *climate change centers* a carattere multidisciplinare[1] e sono stati elaborati nuovi strumenti di contrasto nei confronti dell'innalzamento della temperatura terrestre[2]. Tra questi nuovi strumenti, vi è la tutela giurisdizionale civile (o amministrativa, dove sussistente). Non a caso in molte università - ad esempio alla *Columbia Law School*, presso cui ha sede il prestigioso *Sabin Center for Climate Change Law-sono stati introdotti corsi dedicati alla <i>Climate Change Law and Policy*.

Poiché i cambiamenti climatici mettono in pericolo la salute (si pensi al problema delle polveri sottili) ovvero le proprietà (si pensi agli incendi australiani) dei cittadini, nell'ultimo decennio vi è stato un fiorire di azioni giudiziarie[3] proposte da cittadini ovvero da associazioni senza scopo di lucro miranti a proteggere l'ambiente. Si tratta di azioni proposte: 1) In primis nei confronti dello Stato (c.d. suits against governments) affinché ponga in essere politiche finalizzate a combattere i cambiamenti climatici, evitando di mettere a repentaglio la salute e le proprietà dei propri cittadini Emblematica in tal senso è la vicenda che ha visto coinvolto il governo olandese, citato in giudizio dall'associazione non governativa Urgenda per non aver non aver perseguito politiche miranti alla riduzione delle emissioni di gas serra in linea con gli obiettivi internazionali ed avere così violato, rispetto alla posizione dei propri cittadini, gli artt. 2 (diritto alla vita) ed 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito: CEDU).

^[1] Ad esempio risale al 2008 l'istituzione del Grantham Research Institute on Climate Change and the Environment presso la London School of Economics and Political Science di Londra

^[2] La tematica de qua ha inoltre suscitato l'attenzione dei giuristi. A titolo esemplificativo v. Peel, Osofsky, Climate Change Litigation, Cambridge, 2015, spec. 4 e 221 ss.; Lin, Climate Change and the Courts, in Legal Studies, 2012, 35-57; Zhao, Lyu, Wang, Prospects for Climate Change Litigation in China, in Transnational Environmental Law, 2019, 349-37.

^[3] Per maggiori indicazioni v. i *climate change litigation databases* predisposti *dal Sabin Center for Climate Change Law*, consultabili al seguente indirizzo: http://climatecasechart.com/1.



Le corti olandesi di primo e di secondo grado[4] hanno accolto la domanda con cui veniva chiesta tutela per la violazione di due diritti fondamentali garantiti dalla Cedu e, per l'effetto, hanno condannato il governo olandese a prendere le misure opportune per ridurre entro la fine del 2020 le emissioni di gas a effetto serra di almeno il 25% rispetto al 1990. La decisione è stata confermata dalla Corte suprema olandese lo scorso 21 dicembre 2019[5]. A ciò si aggiunga che, negli ordinamenti, come la Germania, in cui è ammesso il giudizio diretto di costituzionalità (Verfassungsbeschwerde) vi è stato il tentativo di utilizzare tale strumento non già per far dichiarare la incostituzionalità di un atto legislativo in vigore ma, piuttosto, per reagire all'inerzia del parlamento tedesco. Alcuni cittadini tedeschi, coadiuvati da due locali associazioni non governative, hanno chiesto alla Corte costituzionale tedesca di ordinare al Parlamento di attivarsi e di predisporre gli atti legislativi necessari per la riduzione delle emissioni[6]. 2) In secondo luogo, e più di recente, nei confronti delle imprese considerate autrici delle emissioni causanti il surriscaldamento globale (Corporate duties to the public). Trattasi per lo più di azioni risarcitorie extracontrattuali di matrice civilistica finalizzate a causare un esborso impegnativo per l'impresa autrice delle immissioni, nella speranza di indurla, in tal modo, a mutare le proprie politiche aziendali in riferimento alle emissioni.

In un procedimento salito alla ribalta delle cronache, instaurato innanzi al giudice tedesco, è stata invece invocata la norma che tutela il diritto di proprietà su beni mobili o immobili nei confronti di qualsiasi ingerenza da parte di un molestatore (§ 1004 BGB); norma, la cui operatività, a partire dagli anni'20, è stata estesa anche alle ingerenze causate in modo indiretto ossia quando l'autore dell'ingerenza abbia tenuto una condotta capace di suscitare lo scatenarsi di forze metereologiche[7]. Nella vicenda in esame l'ingerenza è costituita dalle immissioni nocive e avrebbe determinato (rectius: contribuito a determinare) l'innalzamento della temperatura terrestre con ciò ledendo il diritto di proprietà dell'istante.

All'analisi di quest'ultimo caso (*Lliuya* c. *RWE AG*), di matrice squisitamente civilistica, è dedicato il presente contributo.

2. Il caso Lliuya c. RWE AG.

Saul Lliuya è un contadino peruviano proprietario di un immobile adibito a civile abitazione nella città di Huaraz (Perù). Egli, con l'aiuto della associazione tedesca Germanwatch, ha deciso di instaurare un giudizio civile ad Essen (Germania), ai sensi del § 1004 BGB (codice civile tedesco), avverso l'azienda REW (avente sede legale proprio ad Essen), colosso tedesco dell'energia. L'azione è finalizzata a far dichiarare che quest'ultima società, che non ha ancora rinunciato all'impiego del carbone, è responsabile - proporzionalmente al livello di emissioni prodotte (share of global greenhouse gas emissions) - per il surriscaldamento globale e conseguentemente per aver messo in pericolo la sua proprietà. Nel corso del giudizio Saul LLiuya ha anche avanzato richiesta di condanna di RWE al pagamento - pro quota, i.e. in proporzione al livello di emissioni prodotte - della somma necessaria per costruire delle fortificazioni atte a proteggere la cittadina e l'immobile di proprietà del sig. LLiuya dai rischi dello scioglimento dei ghiacciai.

Il sig. Lliuya sostiene che, a causa del surriscaldamento terrestre causato da immissioni nocive nell'atmosfera e del conseguente scioglimento dei ghiacciai, il lago glaciale Palcacocha, situato nella cordigliera delle Ande, nelle immediate vicinanze della città di Huaraz, è a rischio straripamento. A sostegno della propria pretesa menziona nella domanda giudiziale uno studio da cui risulta che il volume di metri cubi di acqua presenti nel lago è passato da 579000 negli anni'70 a 17.325.206 nel 2009. Per proteggere le abitazioni della città di Huaraz da tale pericolo è stato necessario costruire delle fortificazioni, dal cui costo egli chiede di essere parzialmente tenuto indenne da REW, considerata autrice di una parte delle immissioni nocive.

In primo grado il Landgericht di Essen[8] ha rigettato la domanda per due ordini di ragioni.

^[4] Cfr. Tribunale distrettuale dell'Aja, sentenza 25 giugno 2015 e Corte d'appello de L'Aia, sezione civile, sentenza del 9 ottobre 2018 (Case n. 200.178.245/01).

^[5] Https://thecorrespondent.com/194/thanks-to-this-landmark-court-ruling-climate-action-is-now-inseparable-from-human-rights/6431566570-33b59a50.

^[6] Si fa riferimento alla *Verfassungsbeschwerde* proposta in data 23 novembre 2018 da alcuni cittadini tedeschi e da due associazioni non governative tedesche operanti per la difesa dell'ambiente (*Solarenergie-Förderverein Deutschland e.V.* e *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland e.V.* Aggiornamenti sull'andamento della controversia possono leggersi all'indirizzo https://klimaklage.com/news/.

^[7] Per i doverosi riferimenti, in lingua italiana v. Stolls, La rilevanza normativa della comparazione in un sistema privatistico codificato, in Annuario di diritto tedesco, 2004, 19 ss., spec. 38.

^[8] Landgericht Essen, sentenza 15 dicembre 2016, 2 0 285/15, leggibile in originale tedesco o inglese ai seguenti link:

¹⁾ https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/19023.pdf.



In primo luogo perché la domanda è stata considerata indeterminata, non avendo l'istante quantificato lo *share of global greenhouse gas emissions* di REW. L'istante nell'atto introduttivo del giudizio - aveva quantificato il valore della causa in 21000 euro (ritenendo ciò evidentemente sufficiente a rendere determinata la domanda) ma aveva al contempo chiesto al Landgericht di determinare la *share of global greenhouse gas emissions* di REW, nei limiti di tale valore, ai sensi del § 287 ZPO, ossia secondo il suo prudente apprezzamento.

Il Landgericht ha considerato la domanda indeterminata perché, essendo stata la domanda originaria di mero accertamento e non anche di condanna, il sig. Llluya avrebbe dovuto specificare in quale percentuale, a suo dire, il convenuto avrebbe dovuto rispondere, potendo la quantificazione del valore della causa avere un ruolo soltanto a fronte di una domanda di condanna e non anche di mero accertamento.

In secondo luogo, il giudice ha ritenuto carente il nesso di causalità tra il comportamento del colosso tedesco e il danno patito dal sig. Lliuya a causa degli esborsi resisi necessari per le fortificazioni.

Il sig. Lluya, soccombente, ha appellato la decisione. Il giudizio d'appello è ancora pendente davanti alla Corte d'appello (Oberladensgericht) di Hamm. Tuttavia il giudice d'appello, con provvedimento del 30 novembre 2017[9], diversamente da quanto ritenuto in primo grado, ha dichiarato che l'azione soddisfa i requisiti di ammissibilità (*Zulässigkeit*) e concludenza (*Schlüssigkeit*) disponendo il passaggio alla fase istruttoria del processo di gravame.

3. Il principio Pollution claims know no borders e le questioni processuali suscitate da tale regola

Nel caso *Lliuya* v. REW, per il tramite una norma finalizzata a tutelare il diritto di proprietà, si tenta di orientare il comportamento di un colosso dell'energia, inducendolo a mutare strategia aziendale, riducendo il numero delle emissioni[10] (c.d. *polluter pays principle*). Vi è però da attendere la decisione dell'Oberlandesgericht di Hamm per

vedere se siffatto strumento di lotta ai cambiamenti climatici avrà successo in appello.

Certo è che la vicenda è interessante per il modo in cui la domanda giudiziale è stata prospettata: si afferma che REW è responsabile - in virtù di una condotta tenuta in Germania - per danni cagionati in Perù: lasciando da parte la delicata questione civilistica concernente la sussistenza o meno del nesso di causalità tra condotta ed evento, e concentrandosi sul solo profilo della giurisdizione, viene da dire che "pollution claims know no borders".

Nel caso di specie, tuttavia, la giurisdizione del giudice tedesco si fonda agevolmente sull'art. 4 del Regolamento n. 1215 del 2012, essendo la società convenuta domiciliata in Germania e, come chiarito dalla Corte di giustizia, irrilevante essendo la nazionalità o il domicilio dell'attore ai fini dell'applicazione del Regolamento[11]. Quando si applica la norma sul foro generale, come noto, è altresì irrilevante la circostanza per cui il danno si sia verificato in altro ordinamento, nel caso di specie un ordinamento di uno Stato terzo.

Semmai a suscitare problemi - per il processualcivilista - è la norma che parte istante considera applicabile al merito della controversia: infatti il sig. Lliuya sostiene che il § 1004 BGB protegge il diritto di proprietà anche quando il bene (nel caso di specie un immobile) si trovi fuori del territorio tedesco, essendo per la sua applicazione sufficiente che la condotta del molestatore sia posta in essere in Germania. In base a questa lettura, tuttavia, la norma del BGB a tutela del diritto di proprietà finirebbe per avere una valenza extraterritoriale, ossia finirebbe per tutelare il diritto di proprietà su beni immobili situati in Perù; valenza extraterritoriale che non sarebbe neppure supportata dalla volontà di entrambe le parti (i.e. da un previo accordo delle parti sulla legge applicabile alla controversia). Spetterà al giudice, in applicazione del principio iura novit curia, decidere questa interessante questione, valutando l'attendibilità di una siffatta ricostruzione ovvero applicando la legge sostanziale peruviana, ossia la legge dello Stato in cui l'immobile si trova, qualora non condivida l'opinione dell'istante.

²⁾ https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/announcement/20823.pdf.

^[9] Leggibile per esteso al seguente link: https://germanwatch.org/sites/germanwatch.org/files/static/20732.pdf

^[10] Amplius Lehmann, Eichel, Zuständigkeit und anzuwendendes Recht für transnationale Klagen wegen klimawandelbedingter Individualschäden, in RabelsZ, 2019, 77 ss., spec. 80 ss.

^[11] Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 2000, causa C-412/98, Group Josi.



STRUMENTI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE E NOVITÀ

Le online dispute resolution

di Sara Pini

DEL 13 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie e processo nell'ambiente virtuale
- 2. ODR: evoluzione della normativa in materia
- 3. L'esperienza nordamericana ed europea: modelli a confronto
- 4. I successi ed i fallimenti delle ODR
- 5. Conclusioni

Bibliografia

1. Mezzi alternativi di risoluzione delle controversie e processo nell'ambiente virtuale

Il Cyberspazio, termine evocativo di scenari fantascientifici, estranei al mondo reale, è una realtà sempre più pregnante, la quale entra a contatto ogni giorno con chiunque ricorra all'utilizzo delle nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione, divenendo pertanto un fenomeno che è necessario indagare, per conoscerne i rischi e le potenzialità[1]. Internet non può essere concepito come un semplice mezzo mediante il quale si procede ad un'accelerazione ed ad una semplificazione delle attività che vengono comunemente svolte, degli scambi e dei servizi, piuttosto, deve intendersi come un ambiente peculiare, ampio, sprovvisto di limiti alla partecipazione[2] di persone e di attività che si intendono svolgere online, foriero di nuove forme di interazione tra gli individui[3]. L'inconfutabile affermazione di internet e delle tecnologie

virtuali realizzatasi negli ultimi decenni non ha riguardato solo la sfera delle relazioni sociali tra soggetti, invero, insinuandosi in maniera determinante nel settore dell'economia, ha dato vita a nuovi rapporti economici, nuove tecniche di organizzazione delle Reti, connotati dalla duttilità, dall'economicità, dalla rapidità e dall'informalità, sino ad approdare alla creazione di un mercato globale. I rapporti in rete, non delimitati da barriere doganali, si instaurano tra soggetti potenzialmente distanti tra loro, i quali escludono l'assoggettamento del rapporto derivante dalla stipulazione di un contratto online all'autorità di un sistema normativo[4], orientando i propri comportamenti conformemente a standard adottati dalla comunità. La Rete diviene, di conseguenza, espressione dell'autoregolamentazione, «adeguata al non-tempo e all'extraterritorialità» [5], non vincolata alle formalità ed alle rigidità di una disciplina nazionale. L'affermazione di un mercato

^[1] Per un'analisi generale si veda Camardi, *Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informati*che, in Europa e dir. priv., 2004, pagg. 549 e ss. Imbrenda, *Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera*, in *Meccanismi alternativi* di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, *Le Corti salernitane: tri*mestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pagg. 33 e ss.

^[2] Non possono essere trascurate le problematicità che emergono in termini generali relativamente all'accesso ad internet ed alla disponibilità delle tecnologie informatiche. L'assenza di limiti di partecipazione si spiega in relazione al fatto che non esiste un numero finito di interazioni possibili tra i soggetti nel cyberspazio, essendo potenzialmente ammesso l'accesso a ciascun individuo.

^[3] Camardi, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004, pag. 549. Zampini, E-marketplaces ADR online e pluralità degli ordinamenti giuridici, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 139.

^[4] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 32.

^[5] Camardi, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004, pag. 567. L'autore chiarisce come l'anarchia e la "non linearità" non abbiano impedito la creazione di un sistema che si caratterizza per la presenza di marcate



virtuale globale, accanto a quello reale, sede di scambi e di relazioni, suscettibili di varcare i confini nazionali, porta con sé un inevitabile aumento della conflittualità, alla quale è necessario porre rimedio con strumenti efficaci ed efficienti. Tuttavia, se si adotta come punto di osservazione l'ordinamento italiano, l'efficacia, l'efficienza e la rapidità non sembrano essere tratti distintivi del sistema giudiziario nazionale, ed a ciò inevitabilmente consegue la constatazione dell'inadeguatezza di un modello siffatto alla ricomposizione delle controversie sorte online. La questione non è prontamente risolta poiché, sebbene non possano essere trascurate le difficoltà relative all'agevole risoluzione delle controversie nel nostro ordinamento, l'inadeguatezza dei sistemi tradizionali è la condizione che porta allo sviluppo ed all'introduzione a livello internazionale di sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nuovi rispetto agli strumenti originariamente prospettati[6].

Diversi sono i profili che devono essere considerati e che esortano ad abituarsi ad una "giustizia altra"[7]. In primo luogo, non può essere trascurata l'impotenza del diritto internazionale privato di fronte alla spiccata trasversalità che caratterizza tali controversie: il carattere transnazionale delle controversie, unitamente alla difficoltà di reperire una normativa nazionale o sovranazionale applicabile al caso concreto, suggerisce di guardare oltre il sistema tradizionale[8], facendo prevalere soluzioni che escludono l'applicazione diretta di una norma di legge. Difficol-

tà si evidenziano anche con riferimento all'applicazione della disciplina di individuazione del giudice competente, in quanto i normali criteri di determinazione del foro, nazionali ed europei[9], non sarebbero idonei a radicare la competenza in caso di controversie che sorgono online, ossia in un "luogo non luogo" [10]. All'interno di un mercato globale a cui non corrisponde un sistema normativo uniforme, l'incertezza relativa all'individuazione del luogo fisico in cui la negoziazione è stata posta in essere o altro criterio in grado di attrarre una controversia davanti ad un determinato giudice, sarebbe sanata solo se trovasse riconoscimento un sistema normativo unitario, applicabile in caso di controversie sorte nel cyberspazio. Tuttavia, presupponendo un accordo della totalità degli Stati, non sembra essere uno scenario concretamente prospettabile[11].

Un limite alla rapida risoluzione di queste controversie sarebbe, altresì, individuabile nella struttura e nel funzionamento del rito processuale. Il rito processuale detta le forme, le modalità di svolgimento della procedura e le condizioni di validità del risultato di tale procedimento, ossia la sentenza. Tale meccanismo, costellato da previsioni temporali, non mera successione di atti e sanzioni in caso di mancato rispetto delle previsioni del legislatore, esprime la rigidità ed il formalismo che caratterizzano il processo civile. Nel corso del procedimento tanto il diritto, quanto la pretesa economica dell'attore sono cristallizzate sino alla pronuncia, a cui conseguiran-

regolarità nell'attività posta in essere dai diversi soggetti. Zampini, *E-marketplaces ADR online e pluralità degli ordinamenti giuridici,* in *I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online,* a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 143.

^[6] Relativamente all'incapacità del sistema tradizione di dare risposta alle sfide lanciate dall'era digitale si veda Rossi, La tutela dei Diritti nel mercato digitale, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 72. Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 29.

^[7] Camardi, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004, pag. 563.

^[8] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 33. Gaitenby, Online dispute resolution: l'esperienza americana, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 260.

^[9] Si distinguono le regole di determinazione del giudice competente disciplinate dal c.p.c. e quelle di derivazione europea, Regolamento UE n. 1215 del 2012.

^[10] Camardi, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004, pag. 555. Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR in Le online dispute resolution a cura di Minervini, 2016, Napoli, pagg. 30 e ss.

^[11] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 31; Criscuolo, Il ruolo delle prassi economica telematica: autosufficienza ordinamentale e lex mercatoria, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 107. L'autore presenta le possibili soluzioni prospettate dalla dottrina per colmare le incertezze che i sistemi ODR presentano: applicazione ad Internet di regole vigenti, radicale innovazione nel diritto e nel sistema delle fonti e, da ultimo, la prospettazione di una lex informatica.



no specifiche statuizioni per dare esecuzione alla sentenza. L'approdo al provvedimento finale è preceduto da un complesso svolgimento che coinvolge un giudice terzo, al quale è affidato il compito di valutare la sussistenza del diritto sulla base delle prove addotte dalle parti, conformemente al principio dispositivo. Tale attività ermeneutica si traduce nella ponderazione degli interessi in gioco, quanto mai complessa se non esplicitati secondo il comune linguaggio[12]. Dinnanzi alle difficoltà che si manifestano nel concepire concettualmente una procedura che si possa svolgere in rete, si abdica alla giurisdizione statale ed al diritto sostanziale[13], sostituendo il modello tradizionale con una procedura *ad hoc*, ossia la *online dispute resolution*.

Nell'ambito del commercio elettronico, ad una conclusione dei contratti deformalizzata, atecnica, deve corrispondere un sistema di risoluzione delle controversie rapido, efficace ed economicamente conveniente, prescindendo frequentemente dall'applicazione diretta di una norma. In tale ambito ADR e ODR giocano un ruolo fondamentale, consentendo di regolare tale fenomeno[14] non attraverso una mera semplificazione del rito, prospettando invece un nuovo sistema di gestione delle controversie, dove a prevalere sono i metodi conciliativi, che intendono approdare ad una soluzione ottimale per i contraenti e non necessariamente la soluzione più corretta[15]. Le ODR possono essere quindi definite come un prodotto della società dell'informazione che riconosce all'utente la possibilità di risolvere la controversia sorta online mediante dichiarazioni telematiche, senza entrare a contatto direttamente con la controparte, riecheggiando le modalità che caratterizzano la conclusione del contratto nel commercio elettronico[16]. Il rapporto in rete consente pertanto di svolgere «un'esperienza collettiva completa»[17], luogo di scambi e di relazioni e, da ultimo, in caso di conflitto, sede di ricomposizione della controversia.

2. ODR: evoluzione della normativa in materia

Le ADR e le ODR sono strumenti di risoluzione del controversie che consentono di realizzare, in caso di adesione delle parti in conflitto, un contemperamento degli interessi contrapposti. La peculiarità risiede nel riconoscimento di un «principio di giustizia partecipata»[18], il quale delinea un procedimento in cui essenziale è la partecipazione attiva dei soggetti in conflitto per approdare ad una decisione concordata, mentre riveste rilevanza meramente residuale l'intervento dell'autorità giudiziaria. Tra le due misure esiste una stretta connessione e non è agevole discernere il procedimento e le finalità di ciascuna poiché si realizza un rapporto mezzo-fine: le ODR rappresentano infatti il presupposto per l'accesso alle ADR[19]. La dottrina[20] considera infatti le ODR come un'evoluzione dei tradizionali modelli di alternative dispute resolution, suggerendo un rapporto di genere a specie, conseguenza della diffusione ed affermazione delle negoziazioni telematiche, non rilevando una differenza ontologica tra i due strumenti. Le ODR rappresentano una categoria autonoma, non mero c.d. aspetto telematico delle ADR, a fronte delle particolari tecnologie che si sono progressivamente introdotte facendo ad esse acquisire caratteristiche indipendenti, tanto sotto il profilo sostanziale, quanto sotto il profilo processuale[21].

Tali strumenti non operano come alternativa alla giustizia ordinaria ma come sistema che trova riconoscimento

^[12] Camardi, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004, pag. 559. L'autore descrive come varia l'interpretazione in presenza di fatti, prove e dichiarazioni che si esplicitano secondo modalità differenti, ossia tramite il linguaggio html.

^[13] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 33.

^[14] Camardi, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004, pag. 563.

^[15] Ivi, pag. 564. L'autore ritiene che in tale ambito si preferisca il contratto, accordo tra i contraenti, alla sentenza.

^[16] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 26.

^[17] Camardi, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004, pag. 549.

^[18] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag.18.

^[19] Minervini, *I sistemi di ODR*, in *Le online dispute resolution*, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 10.

^[20] Ivi, pagg. 9 e ss.

^[21] Lazzarelli, ODR e rapporti asimmetrici tra non consumatori, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi, Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 143.



ed applicazione in via complementare[22], accordando la tutela a quelle situazioni che non troverebbero agevole ristoro per il tramite della giustizia ordinaria. L'eterogeneità dei mezzi[23] e l'impossibilità di circoscrivere il concetto di ODR[24] non escludono di rinvenire dei connotati essenziali, comuni alle diverse tipologie di procedimento. è possibile individuare una fase iniziale, nella quale si instaura un collegamento tra le parti e si definiscono i criteri in forza del quale si definirà la controversia, dando così avvio alla procedura, a ciò segue lo scambio delle informazioni e l'esplicitazione delle richieste delle parti, mediante dichiarazioni telematiche, alle quali verrà data definizione nella fase successiva. La valutazione, nel quadro di questa procedura extragiudiziale, può essere effettuata da un soggetto terzo, diverso dal giudice, anch'esso in una posizione di terzietà rispetto alle parti, oppure da un software. In capo al mediatore ed al software sorge il potere di rendere la decisione finale[25], distinguendo così rispettivamente la procedura automatica, c.d. blind-bidding, la quale si sostanzia in un'offerta cieca proposta dal sistema alle parti, e la c.d. assisted negotiation, la quale prescrive l'intervento di un soggetto terzo, provvisto di peculiari requisiti[26], che assiste le parti nella conciliazione[27]. La decisione sarà orientata al principio di proporzionalità, ragionevolezza ed equità, propri della dimensione europea e nazionale, non tanto al contenuto di specifiche disposizioni normative, difficilmente individuabili nell'ambito di controversie transfrontaliere.

Procedendo ad una combinazione di questi differenti fat-

tori possono distinguersi tre diverse modalità di risoluzione delle controversie[28], in alternativa al modello tradizionale: il modello di arbitrato virtuale, la negoziazione automatica ed un modello di mediazione aperta. Senza pretesa di esaustività, si intendono ripercorrere i tratti distintivi di ciascuna procedura, muovendo in primo luogo dall'arbitrato virtuale, il quale si traduce in una trasposizione sul piano telematico di una procedura di notevole rilevanza, espressione della giustizia privata, alla quale viene fatto frequentemente ricorso per ottenere una rapida definizione del conflitto. Se l'arbitrato virtuale si sostanzia in una mera riproposizione ed adattamento delle regole vigenti in materia di arbitrato ad un peculiare contesto, del tutto estraneo alle normali logiche di risoluzione delle controversie è la negoziazione automatica. Si tratta di uno strumento che nasce e trova riconoscimento all'interno del panorama statunitense mentre gli ordinamenti continentali sono refrattari all'utilizzo di un modello siffatto, il quale si caratterizza per un completo superamento dei modelli tradizionali, con la sostituzione del soggetto terzo, che interviene con il ruolo di conciliatore, con un software. Si soverchiano i principi ai quali si incardina la disciplina processuale e la composizione della controversia si realizza per il tramite di un sistema informatico che opera come una sorta di battitore d'asta, bilanciando le offerte avanzate dalle parti. Da ultimo il modello di mediazione aperta, a cui fa ricorso, la Camera arbitrale di Milano, c.d. RisolviOnline[29], che si sostanzia in un sistema che coniuga le caratteristiche di una tradi-

^[22] Larson, Designing and implementino a State Court ODR System: From disappointment to celebration, in Heinonline, 2019, pag. 86.

^[23] Per una rassegna delle diverse tipologie di ODR si veda Criscuolo, *Il ruolo delle prassi economica telematica: autosufficienza ordinamentale e lex mercatoria*, in *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, *Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione,* 2015, Napoli, pag. 114. Clark, Cho, Hoyle, *Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect*, in *Heinonline*, 2003, pagg. 11 e ss; Mancini, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle* ODR, in *Le online dispute resolution,* a cura di Minervini, 2016, Napoli, pagg. 19 e ss.

^[24] Minervini, I sistemi di ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 9.

^[25] Clark, Cho, Hoyle, Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect, in Heinonline, 2003, pag. 8.

^[26] Polidori, ODR e Giustizia del caso concreto, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 68. Non è necessario che i soggetti siano professionisti legali qualificati poiché la direttiva in materia, art. 6 par. 1, richiede una comprensione generale del diritto. Si parla quindi di comprensione e non di conoscenza del diritto: ciò non ammette che la decisione assunta possa essere svincolata da ogni tipo di previsione ed estranea all'ordinamento. Il mediatore approderà ad una decisione tenendo in considerazione il principio di proporzionalità, ragionevolezza ed equità.

^[27] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 18.

^[28] Gaitenby, Online dispute resolution: l'esperienza americana, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pagg. 268 e ss. Sali, RisolviOnline della Camera Arbitrale: il modello e la procedura, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 160.

^[29] Per un quadro completo relativo alla natura ed il funzionamento di RisolviOnline si veda Sali, RisolviOnline della Camera Arbitrale: il modello e la procedura, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano.



zionale mediazione con le possibilità offerte da una comunicazione in rete.

3. L'esperienza nordamericana ed europea: modelli a confronto

Già a partire dalla seconda metà del secolo scorso, i giuristi americani condividevano l'idea per la quale la tutela dei diritti dei cittadini potesse trovare ristoro anche al di fuori del sistema giudiziario statale[30], ma si dovette attendere la metà degli anni novanta per giungere ad un'elaborazione dei primi modelli di ODR, in continuità con la consolidata tradizione delle alternative dispute resolution[31]. La U.S. Federal Trade Commission e il Department of Commerce nel 2000 riconoscono la rilevanza delle ODR e si prefiggono l'obiettivo di orientare la politica statunitense verso strumenti per la risoluzione delle controversie sorte online, dimostrando così di condividere l'itinerario tracciato dalle linee guida elaborate dell'OCSE nel 1999 per la tutela del consumatore[32]. I primi modelli nascono in seno alle università, con la partecipazione di accademici ed associazioni dei consumatori, e si limitano a trasporre nell'ambiente digitale le tecniche e le peculiarità degli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie già operanti nel sistema[33]. Questa prima fase di sperimentazione segna un punto di arrivo

non trascurabile nell'elaborazione dei sistemi ODR poiché costituisce il fondamento della successiva elaborazione[34]. In questa parabola evolutiva, ad una prima fase, caratterizzata dalla sperimentazione in ambito accademico, fa seguito l'affermazione di iniziative private[35], capaci di trasformare la gestione del conflitto in un'attività di profitto, attribuendo ai servizi ODR statunitensi una natura imprenditoriale.

L'esperienze d'oltreoceano hanno progressivamente preso piede anche nel panorama europeo, tuttavia, non si può parlare di mera trasposizione del sistema descritto all'interno dei diversi ordinamenti dell'Unione. L'efficiente protezione dei consumatori ha tradizionalmente rappresentato un elemento di grande interesse per l'Unione Europea ma il significativo sviluppo dell'e-commerce ha posto nuove sfide. In primo luogo è possibile osservare come in Italia ed in generale nell'Unione europea abbiano trovato riconoscimento procedure che mantengono un collegamento con le ADR[36], rappresentando pertanto un'evoluzione ed una specificazione di queste, mentre refrattario è il riconoscimento di altre misure operanti nel sistema statunitense come le c.d. peer pressure e le c.d. blind bidding, massima espressione della semplificazione e dell'assenza della face to face communication[37]. Tuttavia, come certa dottrina avverte[38], è necessario preci-

^[30] Zunko, Implementation of the ODR platform according to the regulation no 524/2013 on online dispute resolution for consumer disputes, in heinonline, 2016, pag. 265. In tema di evoluzione della normativa ODR in USA si veda Gaitenby, Online dispute resolution: l'esperienza americana, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 266.

^[31] Imbrenda, Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pagg. 37 e ss.

^[32] Ivi, pag. 45.

^[33] Ivi, pag. 38. Ne sono un esempio il Virtual Magistrate, ossia una procedura estremamente semplificata che opera in materia di responsabilità del provider per diffusione di contenuti lesivi e l'Online Mediation Project, preposto alla risoluzione delle controversie familiari, che, come il primo, ha trovato rilevanza solo sul piano dell'elaborazione, non per questo trascurabile, e non si è tradotto in un strumento effettivamente operante nel sistema statunitense. La rassegna dei primi modelli di ODR non si esaurisce nel V-Mag e nel Mediation-Net poiché la spinta verso l'introduzione di questi strumenti conduce a saldare la relazione tra sviluppatori informatici, giuristi e soggetti privati, al punto che dalla collaborazione con E-Bay si introduce l'Online Ombuds Office per la risoluzione elle controversie in materia di consumo ed a seguire il c.d. Cyber Tribunal.

^[34] Imbrenda, Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi, Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 39. A questa prima fase fa seguito un'elaborazione che conduce alla semplificazione e all'attuazione dei modelli originari. L'autore propone una rassegna articolata dell'evoluzione e dei modelli di risoluzione delle controversie che si succedono.

^[35] Gaitenby, Online dispute resolution: l'esperienza americana, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 257, l'autore afferma che il settore privato statunitense ha avuto il merito di aver evidenziato la necessità e le problematiche e, contestualmente, aver prospettato un sistema in grado di consentirne la risoluzione.

^[36] Minervini, *I sistemi di ODR,* in *Le online dispute resolution,* a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag.10. Testimonianza di ciò è la considerazione di ADR e ODR in maniera unitaria sotto il profilo normativo.

^[37] *Ibidem.*

^[38] *Ibidem*.



sare che la mancata diffusione di questi meccanismi nella scena europea non è attribuibile ad una stimata incompatibilità tra tali modelli di ODR e i sistemi di civil law, piuttosto è rinvenibile in un sostrato culturale refrattario o timido all'accoglimento dei sistemi ADR in generale[39] e, a fortiori, delle procedure ODR. Muovendo dalle considerazioni di carattere generale ed accostandoci al vaglio della disciplina normativa, l'attenzione deve essere rivolta alla direttiva Ue n. 11 del 2013[40] ed il regolamento UE n. 524 del 2013[41], sebbene siano presenti una pluralità di elaborazioni e provvedimenti prodromici alla loro approvazione[42]. Gli interventi normativi più recenti muovono dalla constatazione per la quale il ricorso ai descritti sistemi alternativi sia ancora contenuto: il limite alla diffusione dell'istituto si individua nella presenza di «squilibri nella distribuzione geografica degli organismi e nella carenza di informazioni»[43]. Il risultato è l'approvazione di un regolamento che istituisce una piattaforma europea

di risoluzione delle controversie online, gratuita e direttamente accessibile ai consumatori ed ai professionisti, che intende «stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel mercato unico[44] ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori».

Volgendo l'attenzione all'ultimo intervento del legislatore europeo in materia, il Regolamento n. 524 del 2013[45], non possono essere trascurati alcuni profili che ne caratterizzano la disciplina. Il regolamento ODR affonda le sue radici nel sistema di organismi ADR certificati, istituito ai sensi della direttiva UE n. 11 del 2013, e trova applicazione con riferimento alle controversie per acquisiti di prodotti o servizi effettuati online[46]. Conformemente a quanto dichiarato nei considerando[47], il regolamento istituisce una piattaforma ODR a livello dell'Unione, la quale è tenuta da un lato, a rappresentare il punto di accesso unitario per i consumatori ed i professionisti che intendono risolvere le controversie in via stragiudi-

^[39] Ibidem. L'autore richiama gli interventi del nostro legislatore in materia di mediazione obbligatoria: si ricorre all'obbligatorietà come strumento per diffondere una cultura della mediazione e degli strumenti conciliativi in generale. In termini generali rileva anche una certa diffidenza all'utilizzo della rete telematica, privilegiando un rapporto vis-à-vis.

^[40] Direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (Direttiva sull'ADR per i consumatori), in https://eur-lex.europa.eu.

^[41] Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori), in https://eur-lex.europa.eu

^[42] Imbrenda, Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 47. Passando in rassegna i vari interventi si da conto del piano d'azione e-Europe del 2000, dove si pone al centro l'esigenza di rafforzare la fiducia dei consumatori nei confronti del commercio elettronico, della direttiva 2000/31 sul commercio elettronico; tale prospettiva è confermata nella dichiarazione congiunta tra Stati Uniti ed Unione Europea del 2002, dove si ribadisce la necessaria sinergia tra e-commerce e gestione del conflitto mediante strumenti ad hoc. Segue la direttiva 2008/52/CE, la quale interviene in materia di mediazione civile e commerciale, il Codice europeo di condotta per i mediatori, all'interno del quale si definiscono i livelli e gli standard che il soggetto preposto alla composizione della controversia dovrà rispettare, e la risoluzione del Parlamento del 2010, sul completamento del mercato interno per il commercio elettronico.

[[]**43**] *Ivi*, 51.

^[44] Considerando n. 3 del Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori), in https://eur-lex.europa.eu.

^[45] Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori), in https://eur-lex.europa.eu. Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, Bruxelles 25 settembre 2019, COM(2019) 425 final, in https://eur-lex.europa.eu, 15, offre una chiara rassegna relativa all'introduzione della disciplina.

^[46] Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, Bruxelles 25 settembre 2019, COM(2019) 425 final, in https://eur-lex.europa.eu, 4.

[47] Considerando n. 18, Regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2013, relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori e che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2009/22/CE (regolamento sull'ODR per i consumatori), in https://eur-lex.europa.eu.



ziale, consentendo ad essi di presentare reclami mediante la compilazione di un modulo elettronico[48] e, dall'altro, a fronte delle manifestazione delle parti, deve trasmettere i reclami all'organismo ADR competente. L'ADR competente provvederà all'applicazione delle proprie norme procedurali, comprese le previsioni relative ai costi del servizio, salvo la conformazione alle regole comuni prospettate dal regolamento per garantire un'efficace operatività del sistema[49]. Un impianto siffatto, al vertice del quale viene posta la Commissione con funzioni di controllo e coordinamento, non può essere lesivo del «diritto ad un ricorso effettivo ed a un giudice imparziale» [50], come sancito dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali. Pertanto, l'eventuale esito negativo del tentativo di conciliazione non può precludere l'avvio di un procedimento davanti all'autorità statale. Il regolamento, dopo aver delineato l'oggetto (art. 1), l'ambito di applicazione ed i rapporti con altri atti giuridici dell'Unione (art. 2 - 3) e le caratteristiche della piattaforma ODR (art. 4), prevede, all'art. 7, l'istituzione dei punti di contatto ODR. L'obiettivo della normativa non si esaurisce nella designazione dell'organismo in questione, avvenuto per lo più all'interno del centro europeo nazionale dei consumatori, ma guarda oltre ed intende realizzare una rete per consentire ed agevolare la cooperazione tra i punti di contatto ODR, garantendo così un'efficace assistenza delle parti coinvolte in una controversia presentata per il tramite della piattaforma[51]. Dopotutto, la circolazione delle informazioni, tanto relative ai connotati essenziali dell'istituto, quanto con riferimento alle sue potenzialità ed operatività, è elemento di grande interesse per l'Unione Europea,

la quale persegue tale finalità non solo autonomamente, ma anche rivolgendosi ai professionisti, imponendo loro di inserire nei siti web un collegamento con la piattaforma ODR. Sul punto è necessario precisare che a seguito di un indagine condotta dalla Commissione nel 2017[52], solo il 28% dei rivenditori al dettaglio online ha realizzato tale connessione con la piattaforma ODR, rilevando inoltre notevoli variazioni a seconda degli Stati membri, dei settori commerciali e delle imprese considerate. Un dato certamente non sufficiente, che impone di adottare misure volte ad implementare la disciplina, ma non in ogni modo scoraggiante poiché, se contemperato con l'aumento del numero di visite e il numero di controversie instaurate mediante la piattaforma, rivela un crescente ricorso a tale strumento ed un aumento della consapevolezza dei consumatori.

4. I successi ed i fallimenti delle ODR

In termini generali la dottrina ritiene che le *online dispute resolution* siano in grado di portare significativi vantaggi, accanto ai quali inevitabilmente trovano riconoscimento anche possibili svantaggi nella corretta ed agevole risoluzione delle controversie.

In primo luogo non è trascurabile il superamento degli ostacoli connessi alla distanza fisica tra i contraenti. La procedura non richiede la necessaria e contestuale presenza delle parti in un determinato luogo[53]: attraverso le dichiarazioni online si può raggiungere un accordo senza la necessaria presenza fisica dei soggetti. Il mancato radicamento della controversia in un luogo prestabilito consente altresì di coinvolgere nella procedura esper-

^[48] Il modulo elettronico deve essere disponibile nelle lingue ufficiali delle istituzioni, art.5 Reg. 2013/524/UE.

^[49] *Ivi*, considerando n. 22.

^[50] Ivi, considerando n. 26.

^[51] Ivi, considerando n. 25. Per approfondire il ruolo dei punti di contatto e le questioni che vengono maggiormente proposte di veda R elazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori,Bruxelles 25 settembre 2019, COM(2019) 425 final, in https://eur-lex.europa.eu, 18.

^[52] L'Unione ha condotto un esercizio di web scraping come riportato in R elazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori,Bruxelles 25 settembre 2019, COM(2019) 425 final, in https://eur-lex.europa.eu, 19.

^[53] Schwarzenbache, Online Arbitration: a European and US perspective, in Heinonline, 2018, pag. 389. Sul punto si veda Abedi, Zeleznikow, Brien, Universal standards for the concept of fairness in online dispute resolution in B"C E-disputes, in Heinonline, 2019, pag. 359. L'autore chiarisce come la distanza tra i contraenti possa costituire una condizione per il superamento delle criticità connesse, ossia la differenza di lingua e di cultura e le altre criticità connesse ad un procedimento instaurato tra contraenti di diversa nazionalità. L'autore ritiene altresì che questo strumento sia in grado di offri vantaggi ulteriori, in termini di flessibilità, rapidità ed efficienza della procedura, rispetto alle ADR. Clark, Cho, Hoyle, Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect, in Heinonline, 2003, pag. 9.



ti ed altre professionalità che difficilmente sarebbero in grado di prendere parte al processo civile, abbattendo così le limitazioni che la distanza tra i soggetti che intervengono a vario titolo comporta[54]. Ulteriore prerogativa delle ODR, diretta conseguenza della separazione fisica tra contraenti, si ravvisa nelle modalità mediante le quali le parti comunicano. Si parla in questi termini di asynchronous communications [55]: una comunicazione non simultanea tra le parti ed il soggetto terzo, la quale si traduce nello scambio di dichiarazioni telematiche. Secondo quanto si desume dalle elaborazioni dottrinali, tale peculiarità determinerebbe un vantaggio non solo con riferimento ai profili formali, nella misura in cui la prospettazione di osservazioni scritte induce la parte a formulare in maniera chiara e sintetica le sue richieste, ma anche sotto il profilo soggettivo, avuto riguardo alla sensibile diminuzione della conflittualità delle parti, prediligendo la ponderazione alla manifestazione istintiva[56]. Tuttavia, sebbene non possa essere disatteso l'effetto positivo descritto, soprattuto in presenza di controversie dove accentuata è la disparità tra le parti[57], la distanza tra quest'ultimi ed il predominio della forma scritta possono comportare

svantaggi non trascurabili[58]. Una descrizione laconica della vicenda proposta dalla parte non può essere colmata da elementi che si desumono dalla face to face communication, ossia le espressioni, i comportamenti e le dichiarazioni che possono corroborare e suffragare le posizioni delle parti, o, per converso, tradire la ricostruzione della vicenda che è stata da questi delineata [59]. La possibilità di cogliere le inflessioni del tono della voce e le espressioni del viso è rilevante al punto che, nell'impossibilità di coglierle nell'ambito di una tradizionale procedura ODR, sono oggetto di studio sistemi di calcolo emotivo, c.d. affective computing, finalizzati a cogliere l'effettiva volontà dei contraenti, mediante l'indagine e l'osservazione dei comportamenti da questi posti in essere[60]. La distanza fisica tra i contraenti, dunque, si può tradurre tanto in un vantaggio, quanto in uno svantaggio[61], per l'incompatibilità della procedura con l'utilizzo dei mezzi probatori di indubbia utilità[62] e perchè impedisce al terzo ed alla controparte di cogliere le innumerevoli sfaccettature e le sfumature del linguaggio che giocano un ruolo significativo nell'attività di mediazione ed in generale nell'attività giurisdizionale[63].

^[54] Schwarzenbache, Online Arbitration: a European and US perspective, in Heinonline, 2018, pag. 389.

^[55] Ivi, pag. 390.

^[56] Ivi, pag. 391.. L'autore afferma che it transpires that such communication contributes to organizing one's feelings and controlling them as well as presenting them to the other party in an intelligent fashion after the exercise of discretion. Secondo la valutazione dell'autore, il quale richiama gli studi condotti da Hammond, la comunicazione non simultanea sarebbe idonea ad agevolare l'attività stessa del mediatore, garantendogli il tempo per elaborare soluzioni ponderate, valutare accuratamente quanto addotto dalle parti ed approdare alla proposizione della soluzione che appare più coerente rispetto al caso concreto. Clark, Cho, Hoyle, Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect, in Heinonline, 2003, pag. 9, conferma quanto sostenuto da altra dottrina affermando che this time lag in online dispute resolution also allows participants to absorb the materials and documents and reflect on a position. Contra si veda Fachechi, La giustizia alternativa nel commercio elettronico: profili civilistici delle ODR, 2016, Napoli, pagg. 134 e ss.; l'autore non esclude l'importanza dell'istituto ma non manca di sollevare le perplessità e le difficoltà che sorgono in capo al mediatore nello svolgimento della sua attività.

^[57] Zunko, Implementation of the ODR platform according to the regulation no 524/2013 on online dispute resolution for consumer disputes, in heinonline, 2016, pag. 268.

^[58] Fachechi, La giustizia alternativa nel commercio elettronico: profili civilistici delle ODR, 2016, Napoli, pag. 133.

^[59] Clark, Cho, Hoyle, Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect, in Heinonline, 2003, pag. 9; Fachechi, La giustizia alternativa nel commercio elettronico: profili civilistici delle ODR, 2016, Napoli, pag. 133.

^[60] Fachechi, La giustizia alternativa nel commercio elettronico: profili civilistici delle ODR, Napoli, 2016, 132 ss. Si introduce il concetto di affettive computing e si afferma che l'assenza di una face to face communication possa essere in parte ovviata dal ricorso alle tecniche di videoconferenza; sul punto la dottrina esprime opinioni contrastanti. Imbrenda, Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2016, Napoli, pag. 36.

^[61] Abedi, Zeleznikow, Brien, *Universal standards for the concept of fairness in online dispute resolution in B"C E-disputes*, in *Heinonline*, 2019, pag. 360. L'autore chiarisce che anche nelle procedure ODR i principi del giusto processo debbano essere garantiti.

^[62] Fachechi, *La giustizia alternativa nel commercio elettronico: profili civilistici delle ODR*, 2016, Napoli, pag. 133; di questo non sembra preoccuparsi il legislatore europeo. Rainey, *Glimmers on the horizon: unique ethical issues created by ODR*, in *heinonline*, 2015, pag. 21. L'autore segnala anche le perplessità relative all'utilizzo di istituti e strumenti che non trovano reale connessione con la risoluzione delle controversie e nascono come strumenti per finalità *ad hoc*, create da soggetti privati.

^[63] Clark, Cho, Hoyle, Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect, in Heinonline, 2003, pag. 10; Schwarzenbache, Online



La semplificazione è un profilo ascrivibile nel novero delle caratteristiche che incentivano il ricorso ad una procedura di risoluzione delle controversie online. La semplificazione delle modalità di svolgimento del procedimento, non scevra da critiche[64], si traduce in: rapidità nella risoluzione, riduzione dei costi ed accesso alla giustizia. La procedura consente una riduzione dei tempi necessari per giungere ad una decisione poiché da un lato, è assente un articolato sistema di termini decadenziali e di previsioni che caratterizzano il rito ordinario, dall'altro, non si rischia l'effetto di una dilatazione temporale, conseguenza delle necessità organizzative delle parti in causa, essendo il sistema ODR operante 24/24[65]. La possibilità di risolvere le vicende contrattuali al di fuori del perimetro della giustizia tradizionale è un aspetto di forte interesse per il legislatore, il quale coglie nelle procedure di risoluzione di conflitti online un potenziale deflativo. Tuttavia, l'intervento normativo nazionale ed europeo deve essere cauto poiché la volontà di incentivare il ricorso a modelli siffatti si può tradurre in un loro depotenziamento, facendo accrescere la sfiducia dei consumatori nel funzionamento delle ODR e del sistema dei mezzi alternativi di risoluzione delle controversie in generale[66].

La semplificazione si evidenzia anche nella riduzione dei

costi che le parti devono sostenere per accedere alla tutela dei propri diritti [67]. I costi contenuti producono un effetto positivo con riferimento al tema dell'accesso alla giustizia poiché, a causa dei costi eccessivi, le controversie di natura bagattellare spesso non troverebbero ristoro attraverso i normali mezzi di tutela, dissuadendo così il cittadino dalla richiesta di protezione dei propri diritti[68]. A maggior ragione nell'ambito di controversie derivanti dalla stipulazioni di contratti online, dove l'alterativa ad una tutela mediante una procedura ODR, sarebbe il più delle volte un diniego di giustizia [69], non trovando il consumatore altra via percorribile per la tutela della sua posizione. Da un'altra prospettiva, la dottrina rileva come la fissazione di una somma più elevata per l'accesso possa costituire un deterrente avverso la presentazione di questioni pretestuose, non suscettibili ictu oculi di trovare ristoro.

Muovendo da profili funzionali, la disamina dei vantaggi e degli svantaggi delle procedure ODR non può tralasciare il vaglio degli elementi che, ascrivibili in questa ripartizione, discendono direttamente dalle caratteristiche di internet, dei sistemi informatici e del commercio elettronico. Ci si riferisce in primo luogo ad un presupposto generale, ossia l'accesso ad internet [70]: la disponibilità di

Arbitration: a European and US perspective, in Heinonline, 2018, 392. L'autore precisa che il rischio connesso alla mancanza di una face to face communication è diminuito nel caso dei rapporti B2C rispetto alle ipotesi in cui la carica emotiva dei soggetti è maggiore.

^[64] Polidori, ODR e Giustizia del caso concreto, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 66. La rapidità e la celerità rischiano di imporre un sacrificio della giustizia.

^[65] Schwarzenbache, Online Arbitration: a European and US perspective, in Heinonline, 2018, pag. 389. Clark, Cho, Hoyle, Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect, in Heinonline, 2003, pag. 9. Gaitenby, Online dispute resolution: l'esperienza americana, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 259.

^[66] Ross, European business and the new European requirements for ODR, in heinonline, 2016, pag. 137.

^[67] Ross, European business and the new European requirements for ODR, in heinonline, 2016, pag. 137; Schwarzenbache, Online Arbitration: a European and US perspective, in Heinonline, 2018, pag. 389; Clark, Cho, Hoyle, Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect, in Heinonline, 2003, pag. 9. Polidori, ODR e Giustizia del caso concreto, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 66. Larson, Designing and implementino a State Court ODR System: From disappointment to celebration, in Heinonline, 2019, pag. 79. Gaitenby, Online dispute resolution: l'esperienza americana, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano, pag. 259.

^[68] Mancini, Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle ODR, in Le online dispute resolution, a cura di Minervini, 2016, Napoli, pag. 32. L'autore parla di ODR come antidoto contro l'eventualità di una rinuncia alla tutela dei propri diritti da parte del consumatore che opera in rete e che, consapevole dell'inadeguatezza dei costi, dei tempi e delle formalità propri dei rimedi tradizionali, opti per un abbandono de riconoscimento delle proprie ragioni.

^[69] Polidori, ODR e Giustizia del caso concreto, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pag. 66. Si chiarisce tale aspetto e si afferma che in assenza delle procedure ODR, il diniego di tutela avrebbe come effetto una diminuzione del fiducia dei consumatori nell'utilizzo dei sistemi ODR ed un potenziale allontanamento dal e-commerce e dall'utilizzo della rete per la gestione dei proprio affari.

^[70] Schwarzenbache, Online Arbitration: a European and US perspective, in Heinonline, 2018, pag. 387. L'autore, da un lato, considera l'accesso ad internet e la rilevanza del fenomeno, dall'altra, tiene conto della fiducia che i cittadini nutrono nei confronti di un sistema di risoluzione delle controversie operante online. Sotto entrambi i profili la valutazione appare essere soddisfacente. Imbrenda, Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera, in Mec-



tecnologie che consentono l'accesso alla rete si pone come precondizione necessaria poichè in assenza di questa si preclude la possibilità ad alcuni utenti di ricevere tutela mediante tali strumenti; si potrebbe tuttavia obiettare che il ricorso a tali mezzi di composizione della controversia trova una sede privilegiata ed evidenzia un significativo utilizzo nell'ambito dei contratti telematici, sottoscritti online con le relative procedure, le quali a fortiori richiedono l'utilizzo di apparecchiature elettroniche. Ulteriore elemento di interesse è rappresentato dalla netocracy[71] poiché in questo quadro si attenuano le disparità ed il divario tra i contraenti, palpabile in caso di controversie B2C[72], consentendo l'approdo ad una soluzione favorevole per entrambe la parti, a differenza dei modelli di face to face communication, nei quali il contraente debole è persuaso a fare concessioni alla parte più forte. Da ultimo, diretta conseguenza delle peculiarità e delle modalità operative dei sistemi informatici è la possibilità di procedere alla conservazione ed alla documentazione dei dati e delle informazioni raccolte. Se da un lato l'archiviazione delle informazioni, automaticamente salvate, costituisce un prezioso elemento di supporto per il mediatore/terzo[73], non può essere escluso il rischio della scoperta e della sottrazione di documenti ed informazioni sensibili da parte di altri soggetti, esponendo altresì al rischio di una violazione della riservatezza e della disciplina della privacy.

5. Conclusioni

Le *online dispute resolution*, al netto dei vantaggi e degli svantaggi che comportano, sembrano essere uno strumento efficace per risolvere le controversie sorte nel commercio elettronico. L'efficacia e l'effettività dell'istituto dipendono certamente dalla regolamentazione che i legi-

slatori nazionali e sovranazionali introducono in materia ma è evidente che il successo di tali procedure è strettamente connesso alla loro conoscibilità.

In un contesto estremamente deformalizzato rispetto al tradizionale iter processuale che si svolge davanti ad un'autorità giurisdizionale, l'attenzione volge non tanto alle regole procedurali, quanto piuttosto alle tecniche messe in campo dai promotori per diffondere una cultura della risoluzione alternativa delle controversie, tanto tra i consumatori quanto tra i professionisti. La relazione della Commissione e del Consiglio [74] è in questo senso un utile strumento per comprendere il contesto all'interno del quale ci troviamo: secondo quanto emerge da tale analisi, con riferimento alla consapevolezza in merito all'ADR, circa il 45% dei rivenditori non sa o non conosce l'esistenza di questa procedura, il 32% ne è a conoscenza ed è disposto ad utilizzarla mentre il residuo 23% o li conosce e non sono disponibili per il suo settore, oppure, pur essendone a conoscenza, non è disposto ad utilizzarli. Un quadro eterogeneo che, benché non scoraggiante, evidenzia come il sostegno alla diffusione delle informazioni relative alle ODR tra i produttori sia la strada da percorrere ed in questa direzione si muove l'Unione Europea.

Lo spettro di intervento non è limitato alla promozione della misure alternative di risoluzione delle controversie nei confronti dei professionisti, poiché un obiettivo precipuo, come dichiarato all'interno del regolamento 2013/524/UE, è quello di incrementare la consapevolezza e la fiducia dei consumatori verso siffatti strumenti. La fiducia del consumatore è un elemento essenziale per il ricorso alle ODR tanto nel commercio domestico, tanto in quello transfrontaliero[75], poiché questi richiede garanzie circa la serietà e l'affidabilità del produttore per la stipulazione dei contratti da una parte e, in caso di conflitto, reclama l'efficacia degli

canismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi, Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli, pagg. 33 e ss.

^[71] Schwarzenbache, Online Arbitration: a European and US perspective, in Heinonline, 2018, pag. 389.

^[72] *Ibidem*.

^[73] *Ivi*, pag. 6.

^[74] Relazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo sull'applicazione della direttiva 2013/11/UE del Parlamento europeo e del Consiglio sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori e del regolamento (UE) n. 524/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori, Bruxelles 25 settembre 2019, COM(2019) 425 final, in https://eur-lex.europa.eu allegato n. 2.

^[75] Lepore, *Il possibile carattere transnazionale delle ADR nel sistema italo-comunitario delle fonti*, in *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico*, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, *Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione*, 2015, Napoli, pag. 121. Alla luce delle informazioni che offre l'Unione Europea in *https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.statistics. show* si può affermare che il numero di reclami all'interno del nostro ordinamento è comunque significativo, anche nel rapporto rispetto ai reclami proposti dagli altri Stati membri. In prima linea con riferimento al numero di reclami proposti troviamo la Germania, seguita da Regno Unito, Francia e Spagna.



strumenti offerti per la tutela dei propri interessi. Di fiducia si parla soprattutto con riferimento agli standard delle ADR e ODR relativamente all'accessibilità, alle regole di definizione della controversia, ai costi e alle forme di assistenza che sono riconosciute ai consumatori[76]. Ad oggi i consumatori ed i produttori hanno a disposizione un sistema di ADR/ODR che deve ancora mostrarsi con tutte le sue potenzialità, pertanto il rafforzamento della consapevolezza e della percezione dei consumatori sono obiettivi che il legislatore europeo pone in primo piano.

Dopotutto, che la fiducia e la cultura dei consociati verso questi servizi siano elementi idonei ad incidere in maniera significativa nella diffusione delle ADR, sembra essere testimoniato dell'esperienza giapponese. Secondo quanto riportato da certa dottrina[77], in Giappone l'istituto della conciliazione processuale ed extraprocessuale è noto e riconosciuto da oltre settant'anni e costanti sono gli interventi volti a promuovere l'utilizzo della conciliazione[78]. Sicché non sorprende che il Giappone sia stato definito come una "società senza conflitti", riluttante alla ricomposizione delle liti mediante contenzioso giudiziale[79]. A questo modello si intende approdare? Probabilmente no, quantomeno nel breve periodo; l'abbassamento del livello di conflittualità che caratterizza il contesto occidentale non sembra essere eliminabile mediante il mero ricorso a tecniche alternative di risoluzione delle controversie. Tuttavia, è innegabile che tali strumenti possano giocare un ruolo significativo nella definizione delle controversie sorte online, alla luce delle loro peculiarità e le connesse difficoltà di gestione secondo i metodi tradizionali, in quanto la rapidità degli scambi e delle comunicazioni sembra necessitare di altrettanto agevoli strumenti di risoluzione. Pertanto, l'implementazione della disciplina e la definizione di standard e principi comuni, valevoli a livello internazionale, rappresentano, accanto alla diffusione di un cultura delle ADR/ODR, le due direzioni verso le quali si dovrà auspicabilmente procedere se si vuole ritagliare un ruolo significativo alle procedure alternative di risoluzione delle controversie.

Bibliografia

- ABEDI, ZELEZNIKOW, BRIEN, *Universal standards for the concept of fairness in online dispute resolution in B"C E-disputes*, in *Heinonline*, 2019.
- CAMARDI, Metodi "alternativi" di soluzione delle controversie: diritto, scienza e tempo nell'ambiente delle tecnologie informatiche, in Europa e dir. priv., 2004.
- CLARK, CHO, HOYLE, *Online dispute resolution: present realities, pressing problems and future prospect*, in *Heinonline*, 2003.
- COMINELLI, L'online dispute resolution nel mondo: modelli a confronto, in Sistemi alternativi di risoluzione delle controversie nella società dell'informazione, a cura di Maggiopinto, 2006, Milano.
- CORTES, Accredited online dispute resolution services: creating European legal standards for ensuring fair and effective processes, in heinonline, 2008.
- CRISCUOLO, *Il ruolo delle prassi economica telematica: autosufficienza ordinamentale e lex mercatoria,* in *Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico,* a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, *Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione,* 2015, Napoli
- FACHECHI, La giustizia alternativa nel commercio elettronico: profili civilistici delle ODR,2016, Napoli.
- GAITENBY, Online dispute resolution: l'esperienza americana, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano.
- MBRENDA, Conciliazione e mediazione telematiche nell'esperienza nazionale e straniera, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi, Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli.
- LARSON, Designing and implementino a State Court ODR System: From disappointment to celebration, in Heinonline, 2019.
- LAZZARELLI, ODR e rapporti asimmetrici tra non consumatori, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli.
- LEPORE, Il possibile carattere transnazionale delle ADR nel sistema italo-comunitario delle fonti, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli.

^[76] *Ibidem*.

^[77] *Ivi,* pagg. 119 e ss.

^[78] In tema di protezione dei consumatori il governo locale ha creato una fitta rete di relazioni tra agenzie, al cui vertice è stato collocato il Centro Nazionale per la Tutela dei consumatori, con il compito di raccogliere le informazioni dagli uffici locali, dai consumatori e dai professionisti ed offrendo, se necessario, servizi di consulenza

^[79] Ivi, 126. L'autore chiarisce che lo scarso ricorso alla tutela giurisdizionale tradizionale sarebbe imputabile anche ad altri fattori come l'elevato costo dell'onorario degli avvocati, il numero di professionisti estremamente inferiore rispetto al dato nazionale e agli ostacoli di tipo processuale che si limitano l'accesso al giudizio.



- LOEBL, *Identifying and establishing standard ODR processes*, in Heinonline, 2016.
- LUISO *La direttiva 2013/11 sulla risoluzione alternativa delle controversie dei consumatori,* in *riv. trim.*, 2014.
- MATTERA, D ecisione negoziale e giudiziale: quale spazio per la robotica?, in Nuova Giur. Civ., 2019.
- MANCINI, *Mercato, regola iuris e giurisdizione nazionale nel fenomeno delle* ODR, in *Le online dispute resolution,* a cura di Minervini, 2016, Napoli.
- MINERVINI, *I sistemi di ODR,* in *Le online dispute resolution,* a cura di Minervini, 2016, Napoli.
- PIERANI, On Line Dispute Resolution, in Diritto dell'internet e delle nuove tecnologie, a cura di Cassano e Cimino, 2009, Padova.
- POLIDORI, S., ODR e Giustizia del caso concreto, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli.
- RAINEY, Glimmers on the horizon: unique ethical issues created by ODR, in heinonline, 2015.
- RECINTO, La natura giuridica del settlement tra giusto processo e giuste online dispute resolution, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi,

- Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, *Le Corti salernitane: tri-mestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione*, 2015, Napoli.
- ROSS, European business and the new European requirements for ODR, in heinonline, 2016.
- ROSSI, La tutela dei Diritti nel mercato digitale, in Meccanismi alternativi di risoluzione delle controversie nel commercio elettronico, a cura di Imbrenda e Fachechi , Atti del convegno di Salerno, 15 ottobre 2014, Le Corti salernitane: trimestrale di giurisprudenza dottrina e legislazione, 2015, Napoli.
- SALI, RisolviOnline della Camera Arbitrale: il modello e la procedura, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano.
- SCHMITZ, "Drive-thru" arbitration in the digital age: empowering consumers through binding ODR, in Heinonline, 2010.
- SCHWARZENBACHE, *Online Arbitration: a European and US perspective*, in *Heinonline*, 2018.
- ZAMPINI, E-marketplaces ADR online e pluralità degli ordinamenti giuridici, in I sistemi alternativi di risoluzione delle controversie online, a cura di Pierani e Ruggiero, 2002, Milano.
- ZUNKO, Implementation of the ODR platform according to the regulation no 524/2013 on online dispute resolution for consumer disputes, in heinonline, 2016.



PIGNORAMENTO PRESSO TERZI E FALLIMENTO DEL DEBITORE

Giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo e fallimento del debitore esecutato

di Martino Zulberti

DEL 17 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. Lo stato dell'arte
- 2. L'ordinanza n. 9624 del 2018 della Cassazione
- 3. Rilievi conclusivi

1. Lo stato dell'arte

Con l'ordinanza n. 9624 del 2018 la Cassazione prende posizione sulle sorti del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo - nella disciplina precedente alle modifiche introdotte agli artt. 548 e 549 c.p.c. dalla l. 24 dicembre 2012, n. 228 - in caso di dichiarazione di fallimento del debitore esecutato. Posto che, a mente dell'art. 51 l. fall., le esecuzioni individuali, anche quando il pignoramento sia eseguito presso terzi, non possono essere proseguite in caso di fallimento del debitore esecutato, si pone il problema di stabilire quali siano le sorti del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pendente al momento della dichiarazione di fallimento.

Secondo un primo indirizzo, l'improcedibilità che colpisce, ai sensi dell'art. 51 l. fall., l'esecuzione individuale per sopraggiunto fallimento del debitore esecutato si estenderebbe anche al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, vuoi sull'assunto per il quale questo giudizio, ancorché di cognizione, «incide indissolubilmente nell'esecuzione, perché tende, a norma dell'art. 549 c.p.c., ad una pronuncia giurisdizionale di accertamento circa la

sussistenza del debito pignorato o la detenzione delle cose pignorante, che deve sostituire l'omessa o contestata dichiarazione»[1], vuoi perché, comunque, l'art. 51 l. fall. sarebbe applicabile anche al di fuori dell'espropriazione forzata, coinvolgendo tutte le azioni «indirettamente esecutive», fra le quali anche il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo di cui al previgente art. 548 c.p.c.[2]. Per contro, secondo un diverso ordine di idee, il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo di cui al previgente art. 548 c.p.c. subirebbe un'interruzione in ragione del fallimento del debitore con possibilità di essere riassunto nel contraddittorio del curatore fallimentare: il divieto di azioni esecutive sancito dall'art. 51 l. fall. riguarderebbe solo le procedure esecutive e non anche i giudizi di cognizione ordinaria, qual è quello di accertamento dell'obbligo del terzo[3]. A questa impostazione ha aderito anche una parte della giurisprudenza di legittimità che - ponendosi così in contrasto con quanto sostenuto in precedenza[4] - ha ritenuto che l'improcedibilità del processo esecutivo in caso di sopraggiunto fallimento del debitore esecutato, non si estenda al giudizio di accertamen-

^[1] cfr. Cass. 20 aprile 1962, n. 789, in Foro it., 1962, I, 1728 ed in Dir. fall., 1962, II, 276. Conf. Trib. S. Maria Capua Vetere 1 febbraio 1992, in Dir. fall., 1992, II, 1192; Trib. Roma, 14 gennaio 1960, in Temi rom., 1960, II, 451; Pret. Roma, 26 aprile 1965, n. 121, in Temi rom., 1965, 548. In dottrina, cfr. V. De Martino, Nuovo commentario teorico-pratico alla legge fallimentare, III, Novara, 1980, 1632; A. Caron, F. Macario, Effetti del fallimento per i creditori, in U. Apice (a cura di), Trattato di diritto delle procedure concorsuali, I, Torino, 2010, 460

^[2] A. Scala, sub art. 51, in F. Santangeli (a cura di), Il nuovo fallimento, Milano, 2006, 247

^[3] App. Roma 24 febbraio 1960, n. 368, in Dir. fall., 1960, 501 ss., con nota di S. Pellitti, Un singolare caso di illusione ottica processuale

^[4] Cass. 20 aprile 1962, n. 789, cit.



to dell'obbligo del terzo il quale, se già instaurato, potrebbe proseguire[5].

Questo orientamento muoveva dall'idea che il giudizio d'accertamento dell'obbligo del terzo non sarebbe volto solo ad individuare l'oggetto del pignoramento, ma sarebbe stato altresì idoneo a portare ad una decisione sul rapporto fra debitore esecutato e terzo pignorato (secondo la tesi c.d. del "doppio oggetto" sostenuta da Cass. 13 ottobre 2008, n. 25037[6]): secondo questa ricostruzione, procedimento di esecuzione e giudizio ex art. 548 c.p.c. sarebbero fra loro autonomi, in ragione dell'idoneità del secondo a condurre ad un accertamento sul diritto del debitore. Lo prova il fatto che, muovendo da siffatta premessa, si affermava che il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo avrebbe potuto proseguire anche in quei casi, diversi dalla improcedibilità, in cui comunque il processo esecutivo non fosse stato portato a termine, come nell'ipotesi di una sua estinzione[7] o di dichiarazione di nullità del pignoramento in accoglimento di un'opposizione agli atti esecutivi[8].

2. L'ordinanza n. 9624 del 2018 della Cassazione

In questo quadro interpretativo, si colloca l'ordinanza segnalata, che dà continuità alla più recente soluzione ed afferma che il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo avrebbe perciò potuto proseguire anche a seguito della sopravvenuta improcedibilità dell'esecuzione per fallimento del debitore esecutato. La Corte osserva in primo luogo che l'idea per la quale il giudizio di accertamento, exart. 548 c.p.c. previgente, possa essere dichiarato improcedibile ex art. 51 l. fall. non considera l'eccezionalità di quest'ultima previsione, non estensibile ad un giudizio di cognizione ordinaria quale era quello di accertamento dell'obbligo del terzo. In secondo luogo, la dlgs. n. 5/06 ha ampliato la portata del divieto di cui all'art. 51 l. fall. alle

azioni cautelari, ma nulla ha stabilito per il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, sicché tale silenzio suffragherebbe la lettura restrittiva della disposizione. In terzo luogo, l'oggetto del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, una volta esteso al rapporto sostanziale fra debitore e terzo pignorato, porta ad «autonomizzarlo» dalla procedura esecutiva.

È decisivo infatti, secondo la Corte, il fatto che la sentenza resa a valle di un giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo trascende la procedura esecutiva, perché mira a decidere del rapporto fra debitore e terzo pignorato. A seguito del fallimento del debitore, pertanto, il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo si interromperebbe exart. 43 l. fall., ma andrebbe al contempo riconosciuto l'interesse all'accertamento della sussistenza del credito tanto da parte del curatore fallimentare, il quale potrebbe riassumere il giudizio in luogo del debitore, quanto da parte del creditore procedente, in quanto la decisione favorevole, per un verso, permetterebbe di acquisire alla massa il credito e, per altro verso, gioverebbe anche al creditore procedente in vista di una sua insinuazione al passivo, nell'ottica così di trovare soddisfacimento del proprio credito in sede fallimentare.

In chiusura, la Corte afferma che le considerazioni svolte in relazione al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo non perderebbero validità successivamente alle modifiche operate al giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo di cui alla 1. 24 dicembre 2012, n. 228. La riformata disciplina dell'accertamento dell'obbligo del terzo stabilisce che, se sulla dichiarazione del terzo sorgono contestazioni o se a seguito della mancata dichiarazione non è possibile l'esatta identificazione del credito o dei beni del debitore in possesso del terzo, spetta al giudice dell'esecuzione risolvere tali contestazioni, su istanza di parte e nel contraddittorio tra le parti ed il terzo, con or-

^[5] Cass. 7 gennaio 2009, n. 28. Conf., in dottrina, S. Di Amato, Gli effetti del fallimento rispetto ai creditori, in L. Panzani (diretto da), Il fallimento e le altre procedure concorsuali, 2ª ed., Torino, 2012, 292

^[6] Sul punto, per approfondimenti, cfr. R. Rossi, *Sul giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Scritti sul processo esecutivo e fallimentare in ricordo di Raimondo Annecchino*, Napoli, 2005, 591 ss.; L. Pelle, *Sull'oggetto del giudizio di accertamento del diritto pignorato nell'espropriazione presso terzi*, in *Giusto proc. civ.*, 2010, 611 ss.

^[7] Così Cass. 13 aprile 1979, n. 2194, in *Giur. it.*, 1980, I, 1742, con nota di F. Bucolo. In senso contrario, R. Vaccarella, voce *Espropriazione presso terzi*, in *Dig. it.*, VIII, Torino, 1992, 118; P. Frisina, *Espropriazione forzata di crediti di lavoro e regime della competenza nel giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo e art. 549 c.p.c.*, in *Giust. civ.*, 1984, I, 457; A. Saletti, *Il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo pignorato*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 1014; nonché A. Travi, voce *Espropriazione presso terzi*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1964, IV, 964, ancorché, forse non del tutto coerentemente, con la premessa, accolta dall'A., per la quale il giudicato del giudizio di accertamento non atterrebbe al rapporto sostanziale fra debitore e terzo pignorato e, comunque, fatta salva l'ipotesi in cui l'oggetto del giudizio non fosse stato esteso anche ad esso su istanza di parte.

^[8] V. Andrioli, Commento al codice di procedura civile, III, 3º ed., Napoli, 1957, 206. Contra, Trib. Genova 7 maggio 1947, in Giur. it., 1948, I, 2, 114, con nota critica di E. Allorio, Legame tra esecuzione e accertamento nell'esecuzione forzata presso terzi e, in dottrina, R. Vaccarella, loc. ult. cit.



dinanza impugnabile con le forme di cui all'art. 617 c.p.c.: il giudizio, dunque, si snoda in due fasi, la prima, necessaria, in sede esecutiva e definita dallo stesso giudice dell'esecuzione, la seconda, eventuale, in sede di cognizione ordinaria, che si apre in caso di impugnazione dell'ordinanza resa dal giudice dell'esecuzione.

3. Rilievi conclusivi

L'ordinanza in rassegna, peraltro, là dove estende il principio di diritto al nuovo giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo, sembra riferirsi alla sola fase che si svolge in sede di cognizione, vale a dire quella che si apre a seguito dell'impugnazione dell'ordinanza del giudice dell'esecuzione. Difatti, davanti al giudice dell'esecuzione mi pare difficile ipotizzare l'applicazione dell'art. 43, comma 3, l. fall. [9]. Del resto, l'art. 107, comma 6, l. fall. stabilisce - con una soluzione ripresa per la liquidazione giudiziale dall'art. 216, comma 10, CCII - che il curatore, in alternativa a chiedere la pronuncia di improcedibilità, può subentrare sostituendosi al creditore - e non al debitore nelle procedure esecutive, anche presso terzi [10], che proseguono come forma di liquidazione concorsuale svolta in sede esecutiva.

Inoltre, l'opinione prevalente esclude che in sede esecuti-

va il giudice renda un accertamento sul rapporto sostanziale, dal momento che, per alcuni, l'ordinanza risolutiva delle contestazioni costituirebbe un semplice atto esecutivo, di per sé inidoneo al giudicato, e, per altri, avrebbe natura decisoria, ma il rapporto sostanziale rimarrebbe al di fuori del *decisum*[11].

Sennonché, anche in sede di impugnazione contro l'ordinanza del giudice dell'esecuzione, proponibile nei termini e le forme di cui all'art. 617 c.p.c., secondo quanto dispone l'art. 549 c.p.c., il giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo non conduce, secondo i più, ad una decisione idonea al giudicato sul rapporto sostanziale fra debitore e terzo[12]. Per tale ragione l'estensione del principio predicato dalla Corte con riferimento al sistema antecedente alle modifiche del 2012 - per il quale il curatore potrebbe riassumere il giudizio di accertamento per ottenere una decisione sul credito del debitore verso il terzo - non sembra condivisibile, poggiando su una concezione dell'oggetto del giudizio di accertamento dell'obbligo del terzo che non merita adesione.

Con ciò, peraltro, non intendo negare che il curatore possa avere interesse ad una decisione sulla domanda di accertamento dell'obbligo del terzo, ancorché opti per l'improcedibilità della esecuzione. Con riferimen-

^[9] Ma per un'apertura in tal senso, cfr. C. Di Corrado, *sub* art. 51, in M. Ferro (a cura di), *La <u>legge fallimentare</u>*. *Commentario teorico-pratico*, Padova, 2007, 353; P. Bosticcio, *sub* art. 51, in Lo Cascio (a cura di), *Codice commentato del fallimento*, 4ª ed., cit., 600.

^[10] G.M. Nonno, *sub* art. 107, in M. Ferro (a cura di), *La <u>legge fallimentare</u>*, 3ª ed., cit., 1482; M. Moramarco, *sub* art. 107, in A. Nigro, M. Sandulli, V. Santoro (a cura di), *La <u>legge fallimentare</u> dopo la riforma*, II, Torino, 2006, 1506; M. Montanaro, *Il sistema riformato*, cit., 152; P. Farina, *L'aggiudicazione nel sistema delle vendite forzate*, cit., 461; M. Cirulli, *Espropriazione singolare e fallimento del debitore*, in *Dir. fall.*, 2016, 1489, per il quale il curatore potrebbe financo chiedere l'assegnazione del credito pignorato.

^[11] Cass. 24 settembre 2019, n. 23644. In dottrina, cfr. G. Bongiorno, *Le novità in materia di espropriazione presso terzi*, in C. Punzi, *Il processo civile. Sistema e problematiche. Le riforme del quadriennio 2010-2013*, coordinato da G. Ruffini, Torino, 2013, 353; M. Bove, *La nuova disciplina in materia di espropriazione del credito*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 17; B. Capponi, *Manuale di diritto dell'esecuzione civile*, 4ª ed., Torino, 2016, 222; V. Colesanti, *Novità (non liete) per il terzo debitore (cinquant'anni dopo!)*, in *Riv. trim. dir. proc.*, 2013, 1259 ss.; A. Saletti, *Le novità dell'espropriazione presso terzi*, in *Riv. esec. forz.*, 2013, 24; G. Tota, *Individuazione e accertamento del credito nell'espropriazione presso terzi*, Napoli, 2014, 280; A. Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l.*132/2014, in *Corriere giur.*, 2015, 395; P. Farina, *L'espropriazione presso terzi dopo la legge n. 228 del 24 dicembre 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2014, 248 s.; R. Giordano, *Considerazioni sul procedimento di accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 647; A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, 6ª ed., Milano, 2017, 1197; A. Crivelli, *L'accertamento dell'obbligo del terzo*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, 203; G. Stasio, *La costituzionalità del nuovo "accertamento" dell'obbligo del terzo*, ovvero: come ho imparato a non preoccuparmi e ad amare la ragionevole durata del processo, in *Riv. esec. forz.*, 2019, 875; E. Cavuoto, *La cognizione incidentale sui crediti nell'espropriazione forzata*, Napoli, 2017, 314; G. Felloni (-M.C. Vanz), *Il pignoramento presso terzi*, in L. Dittrich (a cura di), *Diritto processuale civile*, III, Torino, 2019, 3835. In senso contrario, F. Russo, *La tutela del terzo nell'espropriazione di crediti*, in *Giusto proc. civile*, 2013, 872 s., nonché, se ben intendo, A.L. Bonafine, *L'ordinanza di assegnazione di crediti ex art. 553 c.p.c.*: natura e possibili rimedi, in *Riv. esec. forz.*, 2013, 393 e

^[12] M. Bove, La nuova disciplina in tema di espropriazione del credito, cit., 17; A. Saletti, Le novità dell'espropriazione presso terzi, cit., 14; S. Vincre, Brevi osservazioni sulle novità introdotte dalla <u>I. 228/2012</u> nell'espropriazione presso terzi: la mancata dichiarazione del terzo (<u>art. 548 c.p.c.</u>) e la contestazione della dichiarazione (<u>art. 549 c.p.c.</u>), in Riv. esec. forz., 2013, 70; P. Farina, L'espropriazione presso terzi, cit., 248 s.; L. Durello, Contributo allo studio della tutela del terzo nel processo esecutivo, Napoli, 2016, 230 ss.; A. Crivelli, L'accertamento dell'obbligo del terzo, in Riv. esec. forz., 2016, 203. Contra A. Carratta, Riforma del pignoramento presso terzi e accertamento dell'obbligo del terzo, in Giur. it., 2014, 1034; F. Russo, La tutela del terzo nell'espropriazione, cit., 874 ss.; R. Giordano, L'espropriazione presso terzi, in C. Delle Donne (a cura di), La nuova espropriazione forzata, Bologna, 2017, 523.



to alla liquidazione giudiziale - che con l'entrata in vigore del Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza sostituirà il fallimento - l'art. 216, comma 10, CCII stabilisce che, qualora il curatore non subentra nella procedura esecutiva pendente, il giudice dell'esecuzione, su sua istanza, ne dichiara l'improcedibilità e restano fermi, in tal caso, gli effetti conservativi sostanziali del pignoramento in favore dei creditori. Per quanto attiene al procedimento di espropriazione presso terzi, tali effetti, pur collegati alla notifica dell'atto di pignoramento, mi pare siano da ritenersi subordinati al perfezionamento del-

lo stesso, che si realizza nel momento in cui si individua il suo oggetto. Per questa ragione, ogniqualvolta la dichiarazione manchi o il meccanismo della contestazione non possa operare, riterrei che il curatore, che voglia avvantaggiarsi degli effetti in parola, potrà avere interesse, ad una decisione sulla domanda di accertamento dell'obbligo del terzo[13] o a proporla egli stesso: si tratterà però di capire come il curatore, che opti per l'improcedibilità dell'esecuzione, possa prendere parte, in sede esecutiva, al subprocedimento di accertamento dell'obbligo del terzo.

^[13] In senso differente, A.M. Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, cit., 1206, per la quale a seguito dell'improcedibilità dell'esecuzione individuale il giudizio di accertamento entrerebbe in uno stato di quiescenza



ACCERTAMENTO TECNICO PREVENTIVO OBBLIGATORIO E RESPONSABILITÀ SANITARIA

L'accertamento tecnico preventivo obbligatorio nelle controversie per responsabilità sanitaria: note sparse

di Mattia Polizzi

DEL 18 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. Introduzione. Ratio dell'istituto
- 2. L'esperimento dell'atp come condizione di procedibilità della domanda
- 3. La partecipazione (personale) al procedimento
- 4. I possibili esiti del procedimento
- 5. Il mancato (tempestivo) deposito del ricorso ex art. 702-bis, c.p.c.

1. Introduzione. Ratio dell'istituto

La <u>l. 8 marzo 2017, n. 24</u> (c.d. Legge Gelli-Bianco, recante «disposizioni in materia di sicurezza delle cure e della persona assistita, nonché in materia di responsabilità professionale degli esercenti le professioni sanitarie») appare principalmente incentrata su di una precisa (ri)qualificazione della responsabilità (penale e) civile della struttura medica e del professionista sanitario[1]. Tale operazione è idonea a spiegare effetti (indiretti) anche sul percorso processuale (si pensi alle diverse declinazioni del principio dell'onere della prova a seconda che si tratti di responsabilità contrattuale o aquiliana). La novella ha tuttavia apportato anche alcune novità che operano direttamente sul

piano processuale, come il *favor* per il rito sommario di cognizione: la riforma del 2017 assoggetta le controversie sulla responsabilità sanitaria al rito di cui agli <u>art. 702- bis</u> <u>e ss., c.p.c.</u>, previo l'esperimento obbligatorio, per ciò che più da vicino interessa, di un accertamento tecnico preventivo con finalità conciliative[2].

Viene in particolare in rilievo, al riguardo, il disposto dell'art. 8 l. 24/2017, ispirato ad esigenze deflattive del contenzioso derivante dalla *malpractice* medica nonché a finalità conciliative tese (anche) ad una limitazione del contenzioso ed al contenimento delle misure di c.d. medicina difensiva. Il presente contributo si propone lo scopo di offrire alcune osservazioni in merito a questo strumento processuale.

^[1] Sul tema cfr., senza pretesa di esaustività, Carbone, Legge Gelli: inquadramento normativo e profili generali, in Corr. giur., 2017, VI, pagg. 737 e ss.; Faccioli, La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. «Legge Gelli-Bianco»): profili civilistici (Prima parte), in Studium iuris, 2017, VI, pagg. 659 e ss.; Id. La nuova disciplina della responsabilità sanitaria di cui alla legge n. 24 del 2017 (c.d. «Legge Gelli-Bianco»): profili civilistici (Seconda parte), in Studium iuris, 207, VII-VIII, pagg. 781 e ss.; Olivieri, Prime impressioni sui profili processuali della responsabilità sanitaria (legge 8 marzo 2017, n. 24), in Judicium, 20 aprile 2017, pagg. 1 e ss.; Pardolesi, Chi (vince e chi) perde nella riforma della responsabilità sanitaria, in Danno e resp., 2017, III, pagg. 261 e ss.; Trisorio Liuzzi, La riforma della responsabilità professionale sanitaria. I profili processuali, in Giusto proc. civ., 2017, III, pagg. 649 e ss.; Valentini, Il nuovo assetto della responsabilità sanitaria dopo la riforma Gelli-Bianco, in Riv. it. med. leg., 2017, IV, pagg. 1395 e ss.

^[2] Si v., oltre ai contributi di cui supra, Consolo, Bertollini, Buonafede, II "tentativo obbligatorio di conciliazione" nelle forme di cui all'art. 696 bis c.p.c. e il successivo favor per il rito semplificato, in Corr. giur., 2017, VI, pagg. 762 e ss.; Cuommo Ulloa, Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della legge Gelli - I parte, in Resp. civ. prev., 2018, I, pagg. 297 e ss.; Id., Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della legge Gelli - Il parte, in Resp. civ. prev., 2018, II, pagg. 654 e ss.; Melucco, La legge Gelli/Bianco, il processo (I'ATP) e la mediazione, in Giustiziacivile.com, 29 settembre 2017, pagg. 1 e ss.; Pagni, La riforma della responsabilità medica. I profili processuali, in Questione giustizia, 2018, I, pagg. 174 e ss.; Tedoldi, Profili processuali della riforma sulla responsabilità sanitaria, in Giusto proc. civ., 2018, III, pagg. 701 e ss.



2. L'esperimento dell'atp come condizione di procedibilità della domanda

Il primo comma della norma dispone che «chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente».

Il capoverso della disposizione in esame afferma poi che la presentazione del ricorso *exart*. 696-bis c.p.c. costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. Tuttavia, la medesima norma dispone che è fatta salva la possibilità di esperire, in alternativa al procedimento di atp ai fini conciliatori, quello di mediazione di cui all'art. 5, comma 1-bis, d.lgs. 4 marzo 2010, n. 28: la presentazione della domanda di mediazione comporta l'assolvimento della condizione di procedibilità, sicché i due istituti appaiono rimessi alla discrezionale scelta del (futuro) attore. Non trova invece applicazione, per espressa esclusione, il procedimento di negoziazione assistita di cui all'art. 3, d.l. 12 settembre 2014, n. 132, conv. con modificazioni dalla l. 10 novembre 2014, n. 162.

L'improcedibilità deve essere eccepita, analogamente a quanto previsto in tema di atpo exart. 445- bis, c.p.c., ad opera del convenuto non oltre la prima udienza ovvero da parte del giudice nel rispetto del medesimo termine decadenziale. Il mancato esperimento del procedimento di cui all'art. 696- bis, c.p.c. (ovvero la sua mancata conclusione) comporta - anche in questo caso in maniera conforme alla disciplina dettata in tema di atpo previdenzialeassistenziale - che il giudice debba provvedere ad assegnare alle parti un termine di quindici giorni per la presentazione «dinanzi a sé dell'istanza di consulenza tecnica in via preventiva ovvero di completamento del procedimento». Come osservato in letteratura, è possibile affermare che, sulla base del tenore letterale della norma di riferimento, la facoltà di scelta tra l'atp conciliativo e la mediazione è concessa al preteso danneggiato solo nel caso di introduzione della conciliazione ante causam; diversamente, il giudice che si avveda del mancato esperimento della conciliazione concederà il termine perentorio di quindici giorni per la presentazione della sola istanza di atp exart. 696- bis c.p.c.[3].

3. La partecipazione (personale) al procedimento

Al tentativo di conciliazione (che seguirà le regole delineate dall'art. 15 l. 24/2017) dovranno partecipare tutte le parti che parteciperanno al giudizio di merito, ai sensi dell'art. 8, 4° comma, l. 24/2017; e la partecipazione dovrà, secondo autorevole dottrina, essere personale.

La disposizione da ultimo citata precisa che al procedimento per atp conciliativo devono partecipare anche «le imprese di assicurazione di cui all'articolo 10», le quali hanno l'obbligo di formulare l'offerta di risarcimento del danno ovvero di comunicare i motivi per cui ritengono di non formularla. Non solo. Nel caso in cui l'assicurazione non abbia formulato l'offerta e la sentenza resa nel successivo sia favorevole al danneggiato, il giudice è tenuto a trasmettere copia della pronuncia all'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni (Ivass) per gli adempimenti di vigilanza di propria competenza.

Inoltre, al fine tutelare e rendere effettivo l'obbligo di partecipazione al procedimento di conciliazione l'art. 8, 4° comma, 1. 24/2017, dispone che in caso di mancata partecipazione, il giudice, con il provvedimento che definisce il giudizio, condanna le parti che non hanno partecipato al pagamento delle spese di consulenza e di lite oltre che ad una pena pecuniaria, determinata equitativamente, in favore della parte che è comparsa alla conciliazione. E ciò indipendentemente dall'esito del giudizio.

Peraltro, è stato osservato come l'assenza di riferimenti alle cause che abbiano determinato la mancata partecipazione al tentativo di conciliazione presta il fianco a dubbi in merito alla legittimità costituzionale della disposizione in esame[4]: sicché meglio sarebbe stato ammettere che gravi motivi potessero giustificare la mancata presenza al tentativo anzidetto. Dubbi acuiti dalla previsione della condanna, in caso di assenza, al pagamento delle spese processuali, senza riferimento alcuno al criterio della soccombenza, con conseguente incertezza in merito alla legittimità della previsione con riferimento all'art. 3 Cost. ed al principio di ragionevolezza; e ciò anche alla luce della disciplina sulla mediazione di cui al d.lgs. 28/2010 che, all'art. 8, comma 4- bis, consente al giudice del successivo giudizio di merito (solo) di desumere argomenti di prova ai sensi dell'art. 116 c.p.c. e di condannare la parte (costituita) che non abbia partecipato alla mediazione al pagamento in favore del bilancio dello Stato di una somma

^[3] Cfr. Cuommo Ulloa, Risoluzione alternativa delle controversie in materia di responsabilità sanitaria: le novità della legge Gelli - I parte, cit., pagg. 309 e ss.; Melucco, op. cit., pagg. 17-18; Pagni, op. cit, pagg. 176 e ss.

^[4] Così, ad esempio, Consolo, Bertollini, Buonafede, op. cit., pag. 767-768; Melucco, op. cit., pagg. 5-6



di importo corrispondente al contributo unificato dovuto per il giudizio. Il dubbio di illegittimità costituzionale si pone poi anche con riferimento al diritto di azione di cui all'art. 24 Cost. ed al principio (che ne costituisce corollario[5]) del *victus victori*, che risulta suscettibile di compressione solo a fronte di esigenze di pari rango: la dottrina sottolinea come sarebbe più opportuno che le spese fossero addossate alla parte che non abbia partecipato (senza giustificato motivo) al tentativo di conciliazione solo qualora la domanda giudiziale venisse accolta in misura non superiore a quanto risultante alla proposta conciliativa; e ciò, ancora una volta, per raggiungere una certa "simmetria" con la disciplina dettata in materia di mediazione[6].

4. I possibili esiti del procedimento

La Legge Gelli-Bianco nulla dispone per il caso in cui l'atp *ex*art. 696- *bis* c.p.c. dia esito positivo. Il silenzio normativo, tuttavia, non appare foriero di particolari criticità, in quanto sembra dover trovare piana applicazione la disposizione da ultimo citata: sicché, in seguito all'omologazione da parte del giudice, il verbale di conciliazione (esente da imposta di registro), acquisirà l'efficacia esecutiva ivi prevista e sarà titolo per l'iscrizione di ipoteca giudiziale.

Dell'ipotesi inversa, ossia della mancata conciliazione, si occupa il comma 3 dell'art. 8 l. 24/2017. In tale evenienza la domanda «diviene procedibile» ed i suoi effetti restano salvi purché entro novanta giorni dal deposito della relazione peritale venga depositato presso il giudice «che ha trattato il procedimento di cui al comma 1» il ricorso di cui all'art. 702- bis, c.p.c.: il processo di merito seguirà le forme del rito sommario di cognizione e l'elaborato peritale - fallita la conciliazione - troverà ingresso nel giudizio anzidetto.

Il ricorso introduttivo deve naturalmente contenere la domanda che si intende proporre: in sede di giudizio sommario di cognizione la medesima non potrà essere ampliata o modificata né potranno ad essa aggiungersi domande nuove[7].

Il <u>comma 3</u> trova applicazione anche per il caso in cui sia scaduto il termine perentorio di sei mesi dal deposito del ricorso senza che si sia addivenuti ad una conclusione delle operazioni peritali. Una attenta ed autorevole

dottrina ha peraltro stigmatizzato tale equiparazione. Ciò in quanto, qualora sia decorso inutilmente il termine anzidetto, l'attore dovrà comunque introdurre il giudizio di merito nelle forme di cui agli art. 702- bis ss., c.p.c.: tuttavia, considerato che in questo caso manca un elaborato peritale (versandosi nell'ipotesi non di una mancata conciliazione, ma di un'assenza in toto di attività) sarà piuttosto difficile (se non improbabile) operare una istruttoria semplificata e deformalizzata, con conseguente onere per il giudice di provvedere al mutamento del rito (da sommario ad ordinario) ai sensi dell'art. 703- ter, 2° comma, c.p.c. Una ulteriore criticità sul punto è rappresentata dal fatto che ancorare il decorso del termine di novanta giorni per l'introduzione del giudizio (e la conseguente salvezza degli effetti) alla scadenza di quello di sei mesi dalla proposizione del ricorso exart. 696- bis c.p.c. implica che l'atp non potrà proseguire il proprio corso, anche qualora le parti vi abbiano interesse: queste ultime, infatti, si vedranno costrette ad introdurre il giudizio a pena di perdita degli effetti della domanda. La criticità in parola, a detta della migliore dottrina, potrebbe trovare un lenimento mediante l'adozione di alcuni accorgimenti pratici: ad esempio, il giudice potrebbe fissare la prima udienza del processo di merito in modo da consentire un certo lasso di tempo per la conclusione della consulenza; oppure, le parti potrebbero, una volta iniziato il giudizio, richiedere congiuntamente la sospensione del processo ai sensi dell'art. 296 c.p.c. Peraltro, è stato messo in luce in letteratura come il termine perentorio di sei mesi risulti praticamente impossibile da rispettare, in ragione delle tempistiche in concreto necessarie per completare le (o la maggior parte delle) operazioni di conciliazione, anche in considerazione della necessaria partecipazione al procedimento di una platea di soggetti (che può, nel caso concreto, risultare) piuttosto ampia.

5. Il mancato (tempestivo) deposito del ricorso ex art. 702-bis, c.p.c.

L'art. 8 l. n. 24/2017, invero oggetto di diverse critiche da parte della dottrina per la propria lacunosità e per una formulazione non proprio cristallina, non prevede nulla per il caso in cui il ricorso *exart.* 702- *bis* c.p.c. non venga (tempestivamente) proposto: in letteratura si è allora affermato che il processo (già pendente) andrà in-

^[5] Cfr. Corte cost., <u>31 dicembre 1986, n. 303</u>.

^[6] Cfr. art. 13 d.lgs. 28/2010.

^[7] Così come intese, nella più recente elaborazione pretoria, da Cass. Civ., Sez. Un., 15 giugno 2015, n. 12310



contro ad estinzione per inattività delle parti, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 307, 3° comma, del codice di rito.

In conclusione, anche alla luce di una sintetica panoramica come quella or ora mossa, non si può che concordare con chi, autorevolmente, aveva modo di affermare - a poca distanza dall'introduzione dello strumento in esame, che «vi sono delle idee buone, ma attuate sul piano del costrutto normativo con troppe smagliature e con alcune forzature decisamente squilibrate»[8].

^[8] Consolo, Bertollini, Buonafede, op. cit., 768.



COMPOSIZIONE DELLE CRISI DA SOVRAINDEBITAMENTO

La cancellazione delle formalità pregiudizievoli nelle procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento

di Chiara Cracolici e Alessandro Curletti

DEL 19 FEBBRAIO 2020

Sommario

Abstract

Premessa

- 1. Il quadro normativo di riferimento
- 2. Il potere del giudice di cancellare le formalità pregiudizievoli nelle procedure di accordo e di piano
- 3. Segue. Il potere del giudice nella liquidazione del patrimonio
- 4. Dal Codice della crisi allo schema di decreto correttivo
- 5. Conclusioni

Abstract

Il presente contributo affronta la vexata quaestio relativa al potere del giudice di cancellare le formalità pregiudizievoli iscritte su di un bene liquidato nell'ambito di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento. Dopo una breve disamina dell'attuale quadro normativo di riferimento, si darà conto del prezioso intervento della giurisprudenza di merito, che ha scrupolosamente stabilito i principi intorno ai quali delineare il potere in questione. Un' analisi conclusiva non potrà che essere dedicata alla disciplina contenuta nel Codice della crisi e, soprattutto, nello schema di decreto correttivo in fase di approvazione.

Premessa

Il presente contributo si pone l'obiettivo di esaminare la tematica relativa al potere del giudice delegato di cancellare le trascrizioni e le iscrizioni pregiudizievoli e, più in generale, tutti gli *altri vincoli* sui beni utilizzati dal debitore per la soddisfazione dei crediti, nell'ambito di una delle due procedure di composizione della crisi da sovraindebitamento (nella specie, l'accordo di composizione della crisi o il piano del consumatore) o di una procedura di liquidazione del patrimonio, procedure tutte attualmente (e sino all'entrata in vigore del codice della crisi di impresa e dell'insolvenza contenuto nel d.lgs., 12 gennaio 2019, n. 14) disciplinate dalla legge 27 gennaio 2012, n. 3, succ. mod. integr. Nella disamina della fattispecie, si terrà in debita considerazione sia il quadro normativo di riferimento, vigente, ma con uno sguardo attento sempre rivolto anche al futuro, sia l'interpretazione fornita dalla più attenta ed autorevole giurisprudenza di merito[1].

1. Il quadro normativo di riferimento

Una prima e puntuale analisi non può che prendere le mosse dalla disamina del vigente quadro normativo di riferimento in materia.

^[1] Cfr., per una panoramica degli orientamenti giurisprudenziali, Trib. Torino, decreto del 13.11.2019, in www.tribunale.torino.giustizia.it; Trib. Rimini, decreto del 2.08.2019, in www.tribunale.torino, decreto del 3.05.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it; Trib. Torino, decreto del 24.04.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it; Trib. Torino, decreto del 17.04.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it; Trib. Torino, decreto del 1.02.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it; Trib. Torino, decreto del 16.10.2017, in www.tribunale.torino.giustizia.it



Le vigenti disposizioni di riferimento, contenute nella <u>L.</u> <u>n. 3/2012</u>, come poi modificata dal <u>d.l. n. 179/2012</u>, convertito dalla <u>L. n. 221/2012</u>, che si occupano della disciplina del potere del giudice di cancellazione delle formalità pregiudizievoli, sono essenzialmente due: l'art. 13 e l'art. 14 novies.

Si tratta di due sole disposizioni: la prima, riferita alla procedura di accordo di composizione della crisi e di piano del consumatore; la seconda, riferita alla procedura di liquidazione del patrimonio. La prima è particolarmente generica e, per certi versi, poco chiara; la seconda, al contrario, risulta meno fumosa e sicuramente più esplicativa della prima, tanto da non aver dato adito, per quanto consta, ad un rilevante ed attuale, oltre che acceso, dibattito in seno alla giurisprudenza di merito o di legittimità. Ora, procedendo con ordine, la disposizione di cui all'art. 13 si riferisce alla fase esecutiva della proposta di accordo o di piano oramai omologate e prevede, al suo primo comma, che, qualora per la soddisfazione dei crediti siano utilizzati beni sottoposti a pignoramento o qualora sia previsto dall'accordo di composizione della crisi o dal piano del consumatore, il giudice, su proposta dell'organismo di composizione della crisi (o, nel caso in cui il debitore si sia rivolto al tribunale, su proposta del professionista facente funzioni dell'organismo di composizione della crisi), nomini un liquidatore che disponga in via esclusiva degli stessi e delle somme incassate.

Espletato tale adempimento, il legislatore, al terzo comma, introduce la norma che, pur con una previsione non particolarmente chiara e foriera di dubbi interpretativi, sviluppa comunque l'argomento del presente contributo, contemplando nella sostanza il potere del giudice di cancellare le formalità pregiudizievoli, con siffatta previsione: "il giudice, sentito il liquidatore e verificata la conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano, anche con riferimento alla possibilità di pagamento dei crediti impignorabili e dei crediti di cui all'art. 7, co. 1, terzo periodo, autorizza lo svincolo delle somme e ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché di ogni altro vincolo, ivi compresa la trascrizione del decreto di cui agli artt. 10, comma <u>1</u> e <u>12 bis, comma 3</u>, e la cessazione di ogni altra forma di pubblicità".

Il primo dato che si può evincere dalla lettura della disposizione su indicata è il fatto che la cancellazione delle formalità pregiudizievoli possa avvenire non solo sui beni sottoposti a pignoramento, ma anche sui beni che, pur non essendo sottoposti a pignoramento, sono comunque sottoposti ad altre iscrizioni pregiudizievoli (si pensi all'i-

poteca volontaria ovvero all'ipoteca legale) o, più genericamente, ad ogni altro vincolo (ad esempio, un fermo amministrativo).

Ciò si desume, *in primis*, dalla duplice ipotesi prevista dal primo comma dell'art. 13, in ordine all'ipotesi di nomina del liquidatore: da una parte, la nomina di tale figura è prevista, qualora per la soddisfazione dei crediti siano utilizzati beni sottoposti a pignoramento; dall'altra parte, tale nomina viene contemplata qualora ciò sia previsto dall'accordo ovvero dal piano. È evidente che una tal previsione, nell'ambito di una proposta di accordo di composizione o di piano, non possa che far presumere la necessità che, nella fase esecutiva della procedura, venga nominato un soggetto ad hoc - un liquidatore appunto - che si occupi di liquidare uno o più beni per la soddisfazione dei creditori secondo i modi e i tempi previsti nel piano. In altri termini, non avrebbe ragion d'essere prevedere, nel cuore di una proposta di accordo ovvero di piano, la nomina di un liquidatore, allorquando non si intendesse conseguentemente liquidare un bene e, attraverso il ricavato, soddisfare poi i creditori. Ciò si desume anche dalla previsione di cui al comma terzo della medesima disposizione, che, nel delineare il potere del giudice, contiene un preciso riferimento ad un ordine di cancellazione, non solo della trascrizione del pignoramento, ma anche delle altre iscrizioni relative ai diritti di prelazione e, ancor più genericamente, di ogni altro vincolo esistente sul bene. Tale legittima l'inclusione nella proposta di beni da liquidare, ma che al contempo non siano (ancora) sottoposti a pignoramento, ma ad altre formalità pregiudizievoli. Il secondo dato che la norma suggerisce riguarda l'interpretazione del termine pignoramento, che, se in prima battuta, potrebbe far pensare esclusivamente al pignoramento immobiliare, stante il riferimento alla cancellazione della trascrizione (propria di un pignoramento immobiliare) ordinata dal giudice, ad avviso di chi scrive, parrebbe riferirsi anche al pignoramento mobiliare presso il debitore ovvero presso terzi, quando oggetto del pignoramento siano somme di denaro.

In tal senso volge sia il primo comma del summenzionato art. 13, nella parte in cui attribuisce al liquidatore nominato dal giudice il potere di disporre esclusivamente delle somme incassate, il che fa pensare non solo all'ipotesi delle somme incassate a seguito della messa in liquidazione di un bene immobile sottoposto a pignoramento immobiliare, ma finanche all'ipotesi delle eventuali somme incassate a seguito di un arresto, conseguente alla emissione del decreto di apertura ovvero di omologa della procedura, di un pignoramento mobiliare presso il debitore o di



un pignoramento mobiliare presso terzi in atto, non ancora definitosi con l'incasso delle somme da parte del creditore esecutante; sia il terzo comma della stessa norma, nella parte in cui attribuisce al giudice il potere di autorizzare lo svincolo delle somme, il che fa pensare all'ipotesi in cui il liquidatore nominato, preso atto di un arrestato pignoramento mobiliare presso il debitore o presso terzi riguardanti somme di denaro, domandi al giudice l'autorizzazione allo svincolo di tali somme, non ancora incassate dal creditore, affinché possano essere devolute alla procedure al fine di consentire il realizzo del ceto creditorio nel rispetto dei principi concorsuali e secondo modalità e tempi della proposta omologata.

Dalla disposizione in esame si può pertanto desumere come il debitore possa, nell'ambito di una procedura di accordo di composizione o di piano del consumatore, proporre la messa in liquidazione di un proprio bene, pignorato o volontariamente ipotecato, oppure proporre, quale modalità di soddisfazione dei crediti, l'utilizzo di una somma di denaro, in suo possesso o oggetto di un credito nei confronti di un terzo, pignorata, ottenendo così dal giudice, rispettivamente, la cancellazione della trascrizione del pignoramento, delle altre iscrizioni pregiudizievoli, di ogni altro vincolo e l'autorizzazione allo svincolo delle somme.

2. Il potere del giudice di cancellare le formalità pregiudizievoli nelle procedure di accordo e di piano

Ciò che la disposizione, al contrario, non chiarisce, riguarda i confini del potere di cancellazione attribuito al giudice. In particolare, nella prassi si verifica di frequente che un debitore presenti una proposta di accordo o di piano del consumatore, avente quale oggetto la messa in liquidazione con modalità "privatistiche" del proprio bene immobile, pignorato o anche ipotecato, corredata da una proposta irrevocabile di acquisto, vuoi anche cauzionata, ma comunque subordinata all'omologa della proposta di accordo ovvero di piano presentata. Ora, in tale particolare ipotesi, in seno alla giurisprudenza ci si è domandati se al giudice fosse o meno demandato il potere di disporre la cancellazione delle formalità, trascrizioni ed iscrizioni pregiudizievoli esistenti sul bene, secondo il disposto di cui all'art. 13.

Sul punto, nel silenzio della norma, la giurisprudenza ha negato al giudice il potere di disporre la cancellazione delle formalità pregiudizievoli. Tuttavia, è interessante segnalare come, nel negare al giudice tale potere, la recente giurisprudenza di merito abbia altresì delineato i contorni entro il quale sarebbe consentito al giudice esercitare il potere di cui all'art. 13.

Ad avviso di chi scrive, una breve e concisa ricostruzione del panorama giurisprudenziale può consentire di meglio delineare i lineamenti di tale fattispecie.

Il primo decreto che ha preso una espressa posizione sul tema è stato pronunciato dal Tribunale di Torino. Trattasi del decreto n. 26/2018, pubblicato in data 1 febbraio 2018[2], con cui è stata dichiarata l'inammissibilità di una proposta di accordo di composizione della crisi

La fattispecie in concreto interessava un debitore, il quale, al fine di porre rimedio alla propria situazione di sovraindebitamento exart. 6, co. 1, lett. a) L. n. 3/2012, aveva depositato presso il Tribunale Ordinario di Torino una proposta di accordo di composizione della crisi ex artt. 7 ss., avente quale precipuo oggetto la soddisfazione parziale dei creditori mediante la messa a disposizione del ricavato della vendita di un bene immobile, nello specifico gravato da due ipoteche giudiziali di primo e secondo grado e dalla trascrizione di un pignoramento immobiliare. A corredo della propria domanda, il debitore aveva allegato una proposta irrevocabile d'acquisto dell'immobile de quo, condizionata all'omologazione della proposta di accordo ed alla preventiva manifestazione di consenso, da parte dei creditori interessati, in ordine alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli esistenti sul bene. Il debitore ricorrente, propendendo per una vendita di tipo privatistico, aveva pertanto richiesto ai propri creditori non soltanto di esprimere una specifica manifestazione del proprio consenso, espressa o mediante un meccanismo di silenzio-assenso, in ordine all'offerta di soddisfacimento parziale indicata nel piano, ma anche di voler manifestare il proprio consenso alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli iscritte sul bene e, precisamente, alla cancellazione delle due ipoteche giudiziali e della trascrizione del pignoramento immobiliare. Il Tribunale di Torino, con il decreto di rigetto citato, aveva concluso sul punto nel senso di ritenere "la pretesa cancellazione di ogni formalità pregiudizievole incompatibile con una modalità di vendita privatistica"[3].

Tale decreto assume, ad avviso di chi scrive, una particolare rilevanza nel panorama giurisprudenziale, in quanto,

^[2] Trib. Torino, decreto del 1.02.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it

^[3] Trib. Torino, decreto del 1.02.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it



pur non prendendo posizione sull'ipotesi in cui il debitore affidi ai creditori la manifestazione del consenso in ordine alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli iscritte o trascritte sul bene oggetto di liquidazione nell'ambito della proposta di accordo, delimita tuttavia in maniera sì implicita, ma comunque chiara i limiti del potere del giudice di disporre la cancellazione delle esistenti formalità pregiudizievoli, un potere non attribuito, secondo il decreto citato, in caso di vendita di tipo privatistico del bene. Ora, se il decreto è chiaro nell'affermare che il giudice, nella fase esecutiva di una procedura di accordo o di piano, non possa ordinare la cancellazione delle formalità pregiudizievoli iscritte su di un bene messo in liquidazione attraverso una vendita di tipo privatistico, non appare altrettanto esplicito e chiaro nel fornire risposta a due ulteriori quesiti. In primo luogo, può il debitore prevedere una vendita di tipo privatistico di un bene nell'ambito di una proposta di accordo o di piano e demandare ai creditori, attraverso il voto la manifestazione del consenso (espresso o tacito) in ordine alla cancellazione delle formalità pregiudizievoli? Ulteriormente, quando si assuma che al giudice non sia attribuito il potere di disporre la cancellazione delle formalità pregiudizievoli in caso di previsione di una vendita di tipo privatistico, potrebbe il giudice al contrario procedere in tal senso in caso di vendita con una procedura competitiva?

Al primo quesito è stata fornita una chiara risposta, sempre da parte del Tribunale di Torino, con il decreto, emesso in composizione collegiale a seguito di reclamo avverso il decreto di rigetto n. 26/2018, depositato in data 24 aprile 2018[4]. Tale decreto, oltre a confermare il fatto che il giudice non ha il potere di ordinare la cancellazione delle formalità pregiudizievoli in base all'art. 13 allorquando nel piano del consumatore o nell'accordo con i creditori il ricorrente inserisca nel proprio piano una vendita privatistica, ha poi precisato che «[...] la vendita di tipo privatistico su base volontariapresuppone il consenso preventivo del singolo creditore alla cancellazione dell'ipoteca e la cancellazione di per sé non può essere inserita nell'oggetto della proposta di accordo, negoziabile da parte di tutti i credito-

ri [...][5]". Una risposta chiara, ma - merita segnalarlo per completezza - non unanime e comunque dibattuta, atteso che, presso lo stesso Tribunale di Torino, si era sviluppato un precedente orientamento che, nell'ambito di una procedura di piano del consumatore, aveva ritenuto ammissibile l'espressione di un consenso, non preventivo ma successivo, da parte del creditore interessato, alla cancellazione della formalità pregiudizievole iscritta sul bene immobile liquidato privatisticamente in procedura. In particolare, appare qui interessante riportare il ragionamento seguito dal provvedimento citato, in forza del quale "nel caso in oggetto, pur non essendovi un consenso esplicito alla cancellazione dell'ipoteca da parte di [...], si può ragionevolmente ritenere che esso sarà accordato, in quanto la cessione della quota come proposta dai debitori costituisce l'unico modo possibile per [...] per incassare il pagamento proposto, in difetto dovendo esso proporre una costosa e antieconomica azione di divisione con successiva vendita all'asta"[6]. Anche al secondo quesito è stata fornita una risposta dal Tribunale di Torino, con una serie di orientamenti tutti degni di nota, in quanto hanno segnato un'evoluzione non indifferente nel contesto normativo di cui ci si occupa. Originariamente, un primo orientamento aveva ritenuto che, nelle procedure di accordo ovvero di piano (a differenza della procedura liquidatoria), non fosse presente alcuna disposizione che consentisse al giudice di ordinare la cancellazione di iscrizione e trascrizioni, che, quindi, doveva essere necessariamente effettuata in ogni caso su base volontaria[7]. A tale orientamento se n'era subito contrapposto un secondo che, prendendo spunto dal ragionamento speso dal decreto depositato dal Tribunale di Torino in data 24 aprile 2018 ed emesso in sede di reclamo, in forza del quale "il giudice non ha il potere di ordinare la cancellazione delle formalità pregiudizievoli prevista dall'art. 13 qualora nel piano del consumatore o nell'accordo con i creditori il ricorrente inserisca nel proprio piano di uscita dalla crisi una vendita privatistica», ha concluso nel senso di ritenere ammissibile la cancellazione delle formalità pregiudizievoli ex art. 13 ordinata dal giudice solo a seguito di una procedura di vendita competitiva, in applicazione analogica del di-

^[4] Trib. Torino, 24.04.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it

^[5] Conf. Trib. Torino, decreto del 3.05.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it, che, in adesione all'orientamento citato, ha espressamente statuito come "occorra infatti distinguere tra i diritti del creditore avente un diritto di prelazione e le regole proprie del diritto di voto, che sono norme procedurali che determinano le condizioni per verificare se si è avuto il voto della maggioranza necessaria ai fini dell'approvazione dell'accordo, ma non possono incidere sui diritti sostanziali".

^[6] Trib. Torino, 16.10.2017, in www.tribunale.torino.giustizia.it

^[7] Trib. Torino, decreto del <u>16.10.2017</u>, in www.tribunale.torino.giustizia.it



sposto di cui all'art. 107, comma 1, della legge fallimentare[8]. "La ragione di ciò va rinvenuta", precisa il decreto citato, "nell'art. 7, comma 1, secondo periodo che afferma: «è possibile prevedere che i crediti muniti di privilegio, pegno o ipoteca possono non essere soddisfatti integralmente, allorché ne sia assicurato il pagamento in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o ai diritti sui quali insiste la causa di prelazione». Purdovendosi ritenere il sovraindebitamento come disciplina autonoma delle procedure concorsuali, tenuto conto che il fine perseguito è diverso tuttavia un provvedimento così grave e definitivo quale le cancellazioni delle formalità pregiudizievoli è possibile solo se si svolge una procedura competitiva con la regola ad essa propria. Infatti, il riferimento al «valore di mercato» presuppone una procedura competitiva di offerta al rialzo del prezzo proposto nel piano. È vero che l'ordine di cancellazione delle formalità pregiudizievoli non è - almeno in apparenza - sottoposto a condizioni; tuttavia, esso non può prescindere dall'accertamento che il credito ipotecario e i crediti con privilegio immobiliare sussidiario siano stati soddisfatti nella misura massima possibile, così come implicitamente previsto dall'art. 7, che esprima il più generale principio di massimizzazione della utilità per i creditori. Solo se effettuata a seguito di procedura competitiva, infatti, la vendita potrebbe considerarsi giudiziale, in analogia all'orientamento della giurisprudenza di legittimità che tale natura riconosce alle procedure indette ai sensi dell'art. 107, comma 1, l.f.". Il coronamento di tale autorevole orientamento è culminato nel decreto di fissazione udienza, emesso dal Tribunale di Torino, il 13 novembre 2019, nell'ambito di una procedura di accordo di composizione[9]. Il decreto citato ha, in un certo senso, puntualmente ribadito i principi cardine relativi al potere del giudice di disporre la cancellazione delle formalità, trascrizioni e iscrizioni pregiudizievoli relative ad un bene liquidato in una procedura di composizione della crisi. Tali principi possono essere utilmente indicati e riassunti come segue: (i) la disposizione normativa che attribuisce al giudice delegato il potere di ordinare la cancellazione delle formalità pregiudizievoli nelle due procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (accordo di composizione e piano del consumatore) deve essere individuata nel terzo comma dell'art. 13 L. 3/2012, il quale prevede che "il giudice, verificata la conformità dell'atto dispositivo all'accordo e al piano del consumatore, [...] ordina la cancellazione [...] comma 3"; (ii) nel caso di vendita privatistica, il giudice del piano del consumatore e dell'accordo di composizione della crisi non ha il potere di ordinare la cancellazione delle formalità, ma è necessario acquisire il consenso "preventivo" del creditore prelatizio alla cancellazione ; (iii) laddove vi sia stata la nomina di un liquidatore e la vendita sia avvenuta secondo le regole competitive, il giudice delegato può ordinare detta cancellazione; (iv) la necessità di applicare le regole della procedura competitiva perché il giudice delegato possa ordinare la cancellazione delle formalità pregiudizievoli, ai sensi del terzo comma dell'art. 13, ancorché non prevista espressamente nell'ambito della disciplina relativa al piano del consumatore ed alla proposta di accordo, deriva dalla natura concorsuale delle procedure di composizione della crisi, prevista dall'art. 6 del-<u>la L. 3/2012</u> e affermata sancita dalla giurisprudenza della Suprema Corte[10].

Di recente, un corollario dei principi summenzionati è stato scrupolosamente individuato dal Tribunale di Rimini con un decreto del 2 agosto 2019. Nella specie, il provvedimento citato, a fronte di un'istanza di cancellazione delle formalità pregiudizievoli "prima" dell'espletamento della vendita del bene, ha ritenuto doveroso specificare come tale istanza non potesse trovare accoglimento, atteso che il potere del giudice di ordinare la cancellazione di tale formalità pregiudizievole avrebbe potuto essere esercitato solo dopo che l'atto dispositivo fosse stato compiuto. In particolare, si legge nel decreto: "tenuto conto che l'art. 13, comma 3, <u>l. 3 del 2012</u> non consenta al Giudice di autorizzare lo svincolo delle somme e la cancellazione delle trascrizioni e iscrizioni prima che l'atto dispositivo sia compiuto (atteso che la norma, laddove fa riferimento alla «conformità dell'atto dispositivo all'accordo» eallo «svincolo delle somme», assume come presupposto della disciplina la circostanza che l'atto dispositivo sia già stato posto in essere)"[11].

3. Segue. Il potere del giudice nella liquidazione del patrimonio.

Come anticipato nei paragrafi che precedono, la formulazione della disposizione in materia di liquidazione del pa-

^[8] Trib. Torino, decreto del 3.05.2018, in www.tribunale.torino.giustizia.it

^[9] Trib. Torino, decreto del 13.11.2019, in www.tribunale.torino.giustizia.it

^[10] Cass. Civ., Sezione I, <u>12.04.2018</u>, n. <u>9087</u>, in www.ilcaso.it

^[11] Trib. Rimini, decreto del 2.08.2019, in www.ilcaso.it



trimonio (art. 14 novies) appare più chiara, in quanto individua espressamente la vendita competitiva quale presupposto essenziale per l'esercizio, da parte del giudice della procedura, del potere di ordinare la cancellazione delle trascrizioni e delle iscrizioni pregiudizievoli sul bene liquidato. In particolare, ai sensi del secondo comma della citata disposizione, "le vendite e gli altri atti di liquidazione posti in essere in esecuzione del programma di liquidazione sono effettuati dal liquidatore tramite procedure competitive anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate, salvo il caso di beni di modesto valore, da parte di operatori esperti, assicurando, con adeguate forme di pubblicità, la massima informazione e partecipazione degli interessati". Il giudice, prosegue il comma terzo, "sentito il liquidatore e verificata la conformità degli atti dispositivi al programma di liquidazione, autorizza lo svincolo delle somme, ordina la cancellazione della trascrizione del pignoramento e delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, nonché di ogni altro vincolo, ivi compresa la trascrizione del decreto di cui all'articolo 14-quinquies, comma 1, dichiara la cessazione di ogni altra forma di pubblicità disposta".

La disposizione è chiara e non lascia spazio a dubbi interpretativi. È consentito al giudice, nell'ambito di una procedura di liquidazione del patrimonio, disporre la cancellazione delle formalità pregiudizievoli iscritte sul bene liquidato, solo laddove la vendita sia avvenuta con modalità competitive.

La particolare limpidezza del dettato normativo non ha dato adito a contrasti giurisprudenziali. L'unica pronuncia rinvenuta precisa piuttosto i contorni della nozione "[...] ogni altro vincolo", dovendosi ivi ricomprendersi anche il fermo amministrativo iscritto sull'autovettura o su altro bene mobile registrato. Il tema è stato affrontato dal Tribunale di Torino, nel decreto di apertura della liquidazione n. 90/2018 del 17 aprile 2018, il quale ha espressamente precisato che "[...] il fermo amministrativo potrà essere cancellato all'esito di vendita competitiva avente caratteristiche omologhe a quelle statuite dall'art. 107, primo comma, l. fall., sempre che la stessa sia attuata con modalità tali da consentire la qualificazione della vendita come invito domino, con le relative conseguenze c.d. purgative dei vincoli e delle formalità iscritte o trascritte sul bene staggito" [12].

4. Dal Codice della crisi allo schema di decreto correttivo

Nonostante il prezioso dibattito giurisprudenziale venutosi a creare intorno alla questione relativa al potere

di giudice di ordinare la cancellazione delle trascrizioni, iscrizioni e di tutte le altre formalità pregiudizievoli iscritte su di un bene liquidato nell'ambito di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento, appare curioso il fatto che il Codice della crisi, nella sua attuale e vigente versione, non contempli una analoga disposizione, preferibilmente con i correttivi suggeriti dalla giurisprudenza di merito citata, rispetto a quella di cui all'art. 13 L. 3/2012. Il Codice della crisi di impresa e dell'insolvenza, in particolare, con specifico riferimento alle "sole" procedure di ristrutturazione dei debiti del consumatore (sostitutiva del piano del consumatore) e di concordato minore (sostitutiva dell'accordo di composizione della crisi), non solo nulla prevede in ordine alle modalità di vendita dei beni eventualmente messi a disposizione della procedura, ma neppure replica il contenuto di cui al terzo comma dell'art. 13 in ordine al potere del giudice di ordinare la cancellazione delle formalità e delle iscrizioni o trascrizioni pregiudizievoli.

Ciò, peraltro, diversamente da quanto previsto per l'alternativa procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato (sostitutiva della attuale liquidazione del patrimonio), nell'ambito della quale vengono di fatto riproposti i principi contenuti nell'art. 14 novies L. 3/2012: (i) modalità di vendita competitiva dei beni compresi nella liquidazione (desumibile dal preciso richiamo, contenuto nel secondo comma dell'art. 275 del codice, alle disposizioni sulle vendite nella liquidazione giudiziale); (ii) potere del giudice di ordinare la cancellazione, una volta eseguita la vendita e riscosso interamente il prezzo, delle iscrizioni relative ai diritti di prelazione, delle trascrizioni dei pignoramenti e dei sequestri conservativi, nonché ogni altro vincolo (cfr. art. 275, co. 2).

Tale discrasia dovrebbe essere colmata attraverso la previsione, ove effettivamente approvata, contenuta nello schema di decreto correttivo al codice della crisi (in fase di approvazione), che, attraverso la modifica degli artt. 71 e 81, rispettivamente in tema di ristrutturazione dei debiti del consumatore e di concordato minore, da una parte prevede che le vendite e cessioni abbiano luogo tramite procedure competitive, anche avvalendosi di soggetti specializzati, sulla base di stime effettuate con la collaborazione dell'OCC da operatori esperti, fatta eccezione per i beni di modico valore, assicurando con adeguate forme di pubblicità la massima informazione e la partecipazione degli interessati, al preciso scopo, individuato nella rela-



zione illustrativa allo schema di decreto correttivo, "di garantire trasparenza all'attività liquidatoria e dunque che da essa consegua il miglior risultato possibile"[13] e, dall'altra parte, recupera il disposto di cui all'art. 13, co. 3 e 4, L. n. 3/2012, "al fine sia di attribuire effetto purgativo alle vendite, consentendo la cancellazione dei vincoli esistenti sui beni liquidati in esecuzione del piano, sia di garantire che, in mancanza di spossessamento, i creditori concorrenti non siano pregiudicati da atti o pagamenti posti in essere dal debitore in violazione del piano"[14].

5. Conclusioni

Conclusivamente, sotto l'impero della <u>legge 3/2012</u> e sulla base dell'interpretazione fornita dalla giurisprudenza di merito, i principi che fanno in un certo senso da cornice al potere del giudice di ordinare la cancellazione delle trascrizioni, iscrizioni e di tutte le formalità pregiudizievoli sui beni liquidati nell'ambito di una procedura di composizione della crisi da sovraindebitamento possono essere sintetizzati come segue: (i) le disposizioni normative che attribuiscono al giudice delegato il potere di disporre la cancellazione delle formalità pregiudizievoli nelle due procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento (accordo di composizione della crisi e piano del consumatore) e nella liquidazione del patrimonio devono essere individuate rispettivamente nel terzo comma dell'art. 13 (quanto alle procedure di accordo di composizione e piano) e nel terzo comma dell'art. 14 novies (quanto alla procedura di liquidazione); (ii) nel caso di vendita privatistica, il giudice del piano del consumatore e della procedura di accordo di composizione della crisi non ha il potere di ordinare la cancellazione delle formalità, ma è necessario acquisire il consenso «preventivo» del creditore prelatizio alla cancellazione della formalità; (iii) laddove vi sia stata la nomina di un liquidatore e la vendita sia avvenuta secondo le regole competitive, il giudice può ordinare detta cancellazione; (iv) il tenore letterale dell'art. 13 suggerisce che la cancellazione delle formalità non possa avvenire prima che l'atto dispositivo sia compiuto, ma unicamente a vendita avvenuta; (v) la necessità di applicare le regole della procedura competitiva affinché il giudice possa ordinare la cancellazione delle formalità, ai sensi del terzo comma dell'art. 13, ancorché non prevista espressamente nell'ambito della disciplina relativa al piano del consumatore ed alla proposta di accordo (al contrario della procedura liquidatoria, che espressamente menziona tale modalità di vendita), deriva dalla natura concorsuale delle procedure di composizione della crisi, prevista dall'art. 6 della L. 3/2012 e confermata dalla giurisprudenza della Suprema Corte; (vi) le regole della procedura competitiva sono quelle stabilite dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione (completezza dell'informazione sul bene; un sistema incrementale di offerte; un'adeguata pubblicità e assoluta trasparenza endo-processuale ottenuta con la comunicazione alle parti; regole prestabilite e non discrezionali per la selezione dell'offerente; infine, completa e totale accessibilità a tutti gli operatori interessati).

Nella sua versione attuale, il Codice della crisi di impresa, quanto alle procedure di ristrutturazione dei debiti del consumatore e di concordato minore (a differenza dell'alternativa procedura di liquidazione controllata del sovraindebitato) appare lacunoso sul punto, non prevedendo né le modalità di vendita dei beni da liquidare in procedura, né il potere del giudice di cancellare le formalità pregiudizievoli. Sul punto, appare invece felice la formulazione contenuta nello schema di decreto correttivo al Codice, che, in parziale modifica degli artt. 71 e 81, da un lato, integra la palese lacuna presente nella legge 3/2012, da cui è scaturito il dibattito giurisprudenziale, contemplando quale modalità di vendita necessaria affinché il giudice possa cancellare le formalità pregiudizievoli la procedura competitiva e,dall'altro lato, ripropone il contenuto di cui al terzo comma dell'art. 13.

^[13] Cfr. Relazione illustrativa allo schema di decreto correttivo al codice della crisi, in www.ilcaso.it

^[14] Cfr. Relazione illustrativa allo schema di decreto correttivo al codice della crisi, in www.ilcaso.it



MODIFICAZIONI DELLA DOMANDA E AMMISSIBILITÀ

Limitazioni alla modifica della domanda ammissibile (In margine a Cassazione civile, Sez. III, 28 novembre 2019, n. 31078)

di Lucilla Galanti

(DEL 20 FEBBRAIO 2020)

Sommario

- 1. Il contesto giurisprudenziale
- 2. La soluzione adottata nel caso di specie
- 3. (Segue): l'adozione di un approccio "funzionale"
- 4. (Segue): e il carattere "sostitutivo" o "cumulativo" delle domande successivamente proposte
- 5. Possibili dubbi sul percorso argomentativo seguito dalla S.C.
- 6. Conclusioni

1. Il contesto giurisprudenziale

È ben noto come negli ultimi anni la Suprema Corte abbia notevolmente esteso l'area della modifica della domanda ammissibile in corso di causa.

Limitandosi a ricordare alcune delle tappe più significative nel compiuto percorso di ampliamento, deve richiamarsi, innanzitutto, l'arresto delle sezioni unite del 2014[1]; in cui, a fronte di una domanda di risoluzione

contrattuale, proposta ai sensi dell'art. 1453, co. 2, c.c. nel corso del giudizio originariamente promosso per ottenere l'adempimento, è stata ammessa la possibilità di introdurre anche la domanda di risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli effetti del regolamento negoziale[2]. Successivamente, nel 2015 le sezioni unite[3] hanno ritenuto ammissibile, nella memoria *ex* art. 183, co. 6, n. 1, c.p.c., la modifica della iniziale doman-

^[1] Cass. civ., sez. un., 11 aprile 2014, n. 8510, in *Giur. it.*, 2014, 1619, con nota di E. D'Alessandro, *Le Sezioni unite si pronunciano sulla portata dell'art. 1453, 2º comma, c.c.*; in *Contratti*, 2014, 749, con nota di M. Dellacasa, lus variandi *e risarcimento del danno tra disciplina legislativa e regole giurisprudenziali*; in *Nuova giur. civ.*, 2014, I, 991, con nota di D. M. Frenda, *La Cassazione torna sui suoi passi (ma fino ad un certo punto): l'ammissibilità della domanda risarcitoria e il limite dei fatti sopravvenuti*. Nel senso che lo *ius variandi* comprende anche la facoltà di chiedere il ristoro dei danni conseguenti alla risoluzione, v. di recente Cass. civ., sez. II, 19 settembre 2019, n. 23417.

^[2] Per le sezioni unite del 2014, infatti, «[1]a parte che, ai sensi dell'art. 1453, co. 2, c.c., chieda la risoluzione del contratto per inadempimento nel corso del giudizio dalla stessa promosso per ottenere l'adempimento, può domandare, contestualmente all'esercizio dello *ius variandi*, oltre alla restituzione della prestazione eseguita, anche il risarcimento dei danni derivanti dalla cessazione degli effetti del regolamento negoziale ».

^[3] Cass. civ., sez. un., 15 giugno 2015, n. 12310, in Corr. giur., 2015, 961 con nota di C. Consolo, Le S. U. aprono alle domande "complanari": ammissibili in primo grado ancorché (chiaramente e irriducibilmente) diverse da quella originaria cui si cumuleranno; in Riv. dir. proc., 2016, 816, con nota di E. Merlin, Ammissibilità della mutatio libelli da «alternatività sostanziale» nel giudizio di primo grado; con nota di C. M. Cea, Tra «mutatio» ed «emendatio libelli»: per una diversa interpretazione dell'art. 183 c.p.c. in Foro it., 2016, I, 255; con nota di M. Monnini, Le sezioni unite ammettono la "modificazione" delle domande sino alla prima memoria ex art. 183, 6° comma, c.p.c.: una spinta per la rivitalizzazione della fase orale e scritta di trattazione?, in Giusto proc. civ., 2016, 389; in Foro it., 2015, I, 3190, con nota di A. Motto, Le sezioni unite sulla modificazione della domanda giudiziale. Sul tema, già prima dell'intervento delle sezioni unite, v. anche Id., Domanda di esecuzione in forma specifica dell'obbligo a contrarre ex art. 2932 c.c. e domanda di accertamento dell'avvenuto trasferimento della proprietà: «mutatio» o «emendatio libelli»?, in Giusto processo civ., 2014, 1041; G. Guarnieri, Contratto preliminare, contratto definitivo, e mutatio libelli, in Corr. giur., 1996, 639; E. Gasbarrini, Osservazioni in tema di modifica della domanda, in Riv.trim.dir.e proc.civ, 1995, 1301, e, se si vuole, L. Galanti, Sulla modifica della domanda tra accer-



da di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto proposta ai sensi dell'art. 2932 c.c., in una domanda di accertamento del già avvenuto effetto traslativo, sulla base del medesimo contratto qualificato come compravendita; nell'occasione, si è altresì precisato che l'attività di modificazione possa riguardare anche entrambi gli elementi identificativi sul piano oggettivo - petitum e causa petendi - purché in aderenza alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio[4]. Ulteriormente, nel 2018 le sezioni unite[5] hanno ritenuto ammissibile la domanda di arricchimento senza causa exart. 2041 c.c. proposta, in via subordinata, con la prima memoria di cui all'art. 183, nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, pur sempre con il limite dell'aderenza alla medesima vicenda sostanziale[6].

Ne emerge un approccio casistico, sensibile alla fattiva tutela dell'interesse perseguito di fronte all'unitaria controversia dedotta in giudizio, più che ai precisi termini in cui sia stata declinata la domanda. Infatti, nel 2014, i confini della modifica ammissibile sono stati disegnati avendo riguardo precipuo alla complessiva tutela offerta dal processo, senza fornire rigorose spiegazioni processual-

mente orientate in termini di connessione tra domande: la domanda risarcitoria proposta in occasione dell'esercizio dello *ius variandi* consentito dall'art. 1453, co. 2, c.c. rappresenta una pretesa «non legata da un rapporto di consequenzialità logico-giuridica alla domanda di risoluzione»[7]. Nel 2015, l'ammissibilità della domanda successivamente formulata ha trovato spiegazione nello specifico legame intercorrente con quella originaria, in base ad una «connessione per alternatività», e anzi «per incompatibilità»[8], che ha originato la ormai celebre qualificazione di domande «complanari», ammissibili seppur, tecnicamente, nuove[9]; e da una connessione, specificamente «per incompatibilità», risultano caratterizzate anche le domande poste alla base della pronuncia del 2018[10].

2. La soluzione adottata nel caso di specie

In tale contesto giurisprudenziale, ed in controtendenza al percorso di progressivo ampliamento dei margini di ammissibilità di modifica della domanda in corso di causa, si colloca la pronuncia in commento (<u>Cassazione civile</u>, Sez. III, 28 novembre 2019, n. 31078).

Nel caso di specie, a fronte di una originaria domanda di

tamento e costituzione del diritto di proprietà, in Giusto proc. civ., 2012, 932.

^[4] Per le sezioni unite del 2015, infatti, «[1]a modificazione della domanda ammessa a norma dell'art. 183 c.p.c., può riguardare anche uno o entrambi gli elementi identificativi della medesima sul piano oggettivo (petitum e causa petendi), sempre che la domanda così modificata risulti in ogni caso connessa alla vicenda sostanziale dedotta in giudizio, e senza che per ciò solo si determini la compromissione delle potenzialità difensive della controparte ovvero l'allungamento dei tempi processuali. Ne consegue che deve ritenersi ammissibile la modifica, nella memoria all'uopo prevista dall'art. 183 c.p.c., della iniziale domanda di esecuzione specifica dell'obbligo di concludere un contratto in domanda di accertamento dell'avvenuto effetto traslativo».

^[5] Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22404, in *Riv. dir. proc.*, 2019, 1300, con nota di C. Consolo-F. Godio, *Le Sezioni Unite di nuovo sulle domande cc.dd. complanari, ammissibili anche se introdotte in via di cumulo (purché non incondizionato) rispetto alla domanda originaria*; in *Corr. giur.*, 2019, 267, con nota di L. Dittrich, *Sulla successiva proposizione della domanda di arricchimento senza causa nel processo avente come domanda principale la condanna all'adempimento contrattuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2019, 249, con nota di E. Italia, *La modifica della domanda: dal contratto all'ingiustificato arricchimento*; con nota di M. Abbamonte, *Sulla proponibilità della domanda di arricchimento senza causa nel corso del giudizio di adempimento contrattuale: i chiarimenti delle sezioni unite, in <i>Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2019, 1055.

^[6] Dalle sezioni unite del 2018 è infatti stata ritenuta «ammissibile la domanda di arricchimento senza causa ex art. 2041 c.c. proposta, in via subordinata, con la prima memoria ex art. 183 c.p.c., comma 6, nel corso del processo introdotto con domanda di adempimento contrattuale, qualora si riferisca alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio, trattandosi di domanda comunque connessa (per incompatibilità) a quella inizialmente formulata».

^[7] Per le sezioni unite del 2014, la lettura fornita è in grado di cogliere «le ragioni e l'intima *ratio*» dell'<u>art. 1453, co. 2 c.c.</u>, assicurando «la finalità di concentrazione e pienezza della tutela che la disposizione del codice ha inteso perseguire»; la tutela risarcitoria consente infatti «di realizzare, nell'ambito dello stesso processo, il completamento sul piano giuridico ed economico degli effetti che si ricollegano allo scioglimento del contratto», offrendo al contraente non inadempiente la possibilità di perseguire le «naturali conseguenze» della pretesa, ed evitando «il promovimento di un'ulteriore controversia attraverso lo sfruttamento più razionale ed intensivo delle risorse del giudizio già promosso».

^[8] Oltre alla precisazione che la domanda modificata «deve pur sempre riguardare la medesima vicenda sostanziale», le sezioni unite del 2015 hanno specificato che tale domanda debba presentarsi «connessa a quella originaria quanto meno per "alternatività", rappresentando quella che, a parere dell'attore, costituisce la soluzione più adeguata ai propri interessi in relazione alla vicenda sostanziale dedotta in lite»; evidenziando tra l'altro che, nel caso specifico, «non è neppure ravvisabile una semplice connessione per alternatività tra la domanda iniziale e la domanda modificata, ma addirittura una connessione per incompatibilità».

^[9] C. Consolo, Le S. U. aprono alle domande "complanari", cit., 968 ss.

^[10] V., in questi termini, la citata pronuncia.



accertamento della natura locatizia del rapporto dedotto in giudizio al fine di stabilirne il termine o, in subordine, di annullamento del contratto che vi aveva dato origine, era stata successivamente proposta, con la solita memoria *ex* art. 183 c.p.c., comma 6, n. 1, una domanda volta ad ottenere la declaratoria di illegittimità dell'avvenuta estromissione dai locali e la condanna alla riconsegna; la Corte di cassazione ha ritenuto corretta la valutazione dei giudici di merito circa l'inammissibilità delle domande così introdotte in corso di causa.

L'argomentazione svolta si è fondata su un duplice rilievo: il richiamo al fondamento "funzionale" della modifica ammissibile da un lato, e la sua natura sostitutiva e non cumulativa dall'altro; elementi entrambi non rinvenuti nel caso di specie.

3. (Segue): l'adozione di un approccio "funzionale"

Privilegiando l'approccio "funzionale" già accolto dalle sezioni unite del 2015, la modifica della domanda viene configurata come un'attività rivolta al miglior perseguimento degli interessi in causa; in quest'ottica, deve considerarsi domanda modificata quella «più rispondente ai

propri interessi e desiderata rispetto alla vicenda sostanziale ed esistenziale dedotta in giudizio». Nell'ambito di «un circoscritto quadro processuale», l'attività di modificazione rappresenta un «fisiologico e ragionevole aggiustamento» della domanda: a rilevare è, dunque, il fine perseguito e l'utilità sostanziale cui si aspira[11].

La rilevanza della dimensione funzionale consente di scartare un approccio formalistico, incentrato sull'intangibilità degli elementi identificativi della domanda. Sulla scorta dell'arresto del 2015, infatti, si ritiene consentito incidere anche su entrambi gli aspetti del *petitum* e della *causa petendi*[12].

Allo stesso tempo, si evita di inquadrare la modifica ammessa entro la formula di *emendatio libelli*, in contrapposizione alla sua inammissibile *mutatio*; si riafferma, infatti, «l'ambiguità semantica e il connesso rischio di confusione esegetica» insiti nel riferimento alla distinzione. D'altronde, riferirsi a tali espressioni non spiega cosa vi rientri e quale ne sia il contenuto, limitando a spostare i termini del problema sull'identificazione di cosa debba intendersi per un'attività di non consentita *mutatio libelli* e di una invece ammissibile *emendatio*[13].

^[11] Tale approccio "funzionale" è sottolineato anche in dottrina. Nel senso che «in materia sia necessario muovere sempre dall'effettivo bisogno di tutela che si lega alla posizione sostanziale dedotta in giudizio», senza «rimanere astretti al criterio formale che regola la identificazione della domanda», e, infine, avere «riguardo alla medesima vicenda sostanziale dedotta in giudizio tra le stesse parti, ossia allo stesso bisogno di tutela», v. A. Chizzini, *Alcune note in tema di modificazione della domanda*, in *Giusto proc. civ.*, 2018, 667-668. La rilevanza dell'utilità sostanziale effettivamente perseguita si ritrova anche nell'«idea per cui l'oggetto del processo sta nel diritto affermato dall'attore», da individuare «in base a criteri sostanziali che stanno a monte del processo»: M. Bove, *Individuazione dell'oggetto del processo e* mutatio libelli, in *Giur. it.*, 2016, 613. In tal senso, come la dottrina classica ha messo in rilievo, «la *res in judicium deducta* è proprio e direttamente il diritto»: A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, in E. Allorio (diretto da), *Commentario al codice di procedura civile*, Torino, 1980, II, 1, 1980, 188. A porsi in risalto è, infine, lo scopo effettivo della tutela perseguita dalla parte; sul punto, si v. G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1960, 310 ss.; Id, *Identificazione delle azioni. Sulla regola «ne eat iudex ultra petita partium*», in *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, 1930, 160; e, nella medesima prospettiva, v. L. Montesano, *Diritto sostanziale e processo civile di cognizione nell'individuazione della domanda*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 1, 65; C. Consolo, *Preclusioni nel processo civile e preclusioni alla definizione del processo legislativo di riforma. (A proposito della legge n. 477 del 1992; delle problematiche curiose che solleva – ancora per quanto?–, specie nel processo con cumulo di cause; e delle prospettive alternativamente percorribili)*, in *Giur. It.*, 1993,

^[12] Su tale aspetto la dottrina (tendenzialmente) concorda con la giurisprudenza: ricercare la diversità della domanda sulla base della diversità di uno dei suoi elementi identificativi non farebbe che spostare i termini del problema; v. S. Satta, *Domanda giudiziale (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 824. Così, la perdurante scomposizione della domanda in *petitum* e *causa petendi* dovrebbe superarsi a vantaggio di una prospettiva «che attribuisce il giusto primato alla posizione soggettiva fatta valere in giudizio», riconducendo «ad unità *petitum* e *causa petendi* nel prisma del diritto soggettivo fatto valere in giudizio»: C. Gamba, *Domande senza risposta: Studi sulla modificazione della domanda nel processo civile*, Padova, 2008, 17 ss. e 63; in una prospettiva analoga, v. G. Giannozzi, *La modificazione della domanda nel processo civile*, Milano, 1958, 52. D'altro canto, di tali elementi si mette in rilievo il ruolo strumentale, rispetto all'identificazione del diritto sostanziale, anche alla luce della svalutazione della fattispecie legale: E. Merlin, *op. cit.*, 818.

^[13] Invero, «la difficoltà di ravvisare un sicuro discrimen tra mutatio ed emendatio ha fatto sì che la giurisprudenza dominante, da un lato, si è arroccata su posizioni teoricamente rigoriste, ravvisando il mutamento in ogni variazione degli elementi oggettivi della domanda; dall'altro, ha spesso e volentieri sconfessato tale premesse teoriche, adottando soluzioni estremamente permissive»: C.M. Cea, op. cit., 255 ss. D'altronde, sebbene costituisca formula tralatizia e ricorrente quella secondo cui integrerebbe una vera e propria mutatio «il completo mutamento di entrambi o di uno solo degli elementi oggettivi di identificazione della domanda», mentre mera emendatio la variazione solo parziale degli stessi, in realtà divergano le opinioni relative alla variazione consentita, individuando il contenuto dello ius variandi sulla base di una serie di criteri eterogenei, considerando «talvolta la fattispecie legale invocata, talvolta la situazione sostanziale allegata o, ancora, i fatti giuridici allegati e posti a fondamento della domanda»: C. Gamba, Domande senza risposta, cit., 2 ss.



4. (Segue): e il carattere "sostitutivo" o "cumulativo" delle domande successivamente proposte

Proprio in quanto domanda modificata è quella più rispondente agli interessi perseguiti, si ribadisce allora che con la modificazione della domanda iniziale l'attore rinuncia implicitamente alla precedente domanda, o alla domanda come formulata prime della sua modificazione. Emerge, così, il secondo elemento, in base al quale è modifica consentita quella che pervenga a variare la domanda originaria, anziché cumulare ad essa una domanda ulteriore: la domanda modificata, infatti, «sostituisce la domanda iniziale e non si aggiunge ad essa». Dunque, la modificazione «non include l'introduzione di ulteriori domande accanto a quella originaria»: «le domande modificate non possono essere considerate "nuove" nel senso di "ulteriori" o "aggiuntive", trattandosi pur sempre delle stesse domande iniziali modificate - eventualmente anche in alcuni elementi fondamentali -, o, se si vuole, di domande diverse che però non si aggiungono a quelle iniziali ma le sostituiscono e si pongono pertanto, rispetto a queste, in un rapporto di alternatività».

5. Possibili dubbi sul percorso argomentativo seguito dalla S.C.

Su tali basi, la Corte ha ritenuto che la vicenda sottoposta alla sua attenzione si sia posta «al di fuori dei limiti» di ammissibilità della modifica, nella «pur lata» interpretazione accolta nell'arresto delle sezioni unite del 2015. La conclusione così raggiunta è da condividere, seppure alcuni dubbi possano emergere a fronte del percorso argomentativo utilizzato.

Da un lato, infatti, non pare così certo che, in una dimensione funzionale, le domande successivamente proposte in corso di causa siano state inequivocabilmente dirette, nel caso di specie, ad un fine diverso rispetto a quelle iniziali; potendo ravvisarsi, al contrario, la ricerca di una tutela unitaria per la vicenda sostanziale dedotta in giudi-

zio. Di fronte alla domanda di accertamento della natura locatizia del rapporto contrattuale o di suo annullamento, ci si potrebbe infatti chiedere quale fosse il fine concretamente perseguito se non quello di rientrare nel possesso del bene, in conseguenza della scadenza del termine di durata del contratto qualificato come locazione o dell'esperita impugnativa negoziale; fine perseguito, allo stesso modo, dalle domande successivamente proposte per ottenere la declaratoria di illegittimità dell'avvenuta estromissione dai locali e la condanna alla riconsegna. Non sarebbe allora così scontato escludere che la domanda sia stata integrata nel senso «più rispondente ai propri interessi», sì da intravvederne un «aggiustamento» funzionale alla complessiva tutela della vicenda sostanziale.

Più pregnante appare il secondo argomento, in base al quale le domande successivamente proposte, «lungi dall'introdurre una modifica consentita della domanda originaria», hanno condotto, come rileva la Corte, «ad una nuova pretesa, che, non ponendosi in posizione alternativa o sostitutiva della prima - invero rimasta ferma e inalterata - si è aggiunta a quest'ultima, con evidente *vulnus* difensivo per la controparte».

Diversamente dalle domande «complanari» considerate dalle sezioni unite del 2015, rivolte verso una «meta sostanzialmente unitaria»[14], a venire in rilievo nel caso di specie sarebbero domande aggiuntive, anziché meramente concorrenti con quelle inizialmente formulate.

Vi è da dire tuttavia come pure per le domande «complanari» si sia escluso che il carattere sostitutivo rappresenti un elemento essenziale: nell'arresto delle sezioni unite del 2018, infatti, a venire in rilievo è una domanda nuova, che si cumula a quella precedente, così specificando che tra la domanda formulata all'inizio del giudizio e quella successivamente modificata non deve intercorrere un rapporto di necessaria sostituzione[15]. D'altronde, già in passato il carattere non cumulativo della domanda successivamen-

^[14] La domanda definita «complanare» è, infatti, una «domanda concorrente, che viaggia complanarmente verso una meta sostanzialmente unitaria, seppur - come oggetto del giudicato - tutt'altro che identica»; pur essendo una domanda propriamente «diversa», condivide con quella originaria «l'identità dell'episodio socio-economico di fondo (ed ovviamente l'identità dei soggetti)», derivando «assai spesso» «da concorsi di pretese ad un unico petitum» o «da diversi petita conseguenti a diverse qualificazioni della causa petendi»: C. Consolo, Le S. U. aprono alle domande "complanari", cit., 969-970.

^[15] Si è infatti posto il dubbio se «tra i requisiti di ammissibilità della domanda complanare v'è pure quello dell'essere svolta in via sostitutiva di quella originaria», ma la risposta «non deve essere tanto drastica»: con l'intervento delle sezioni unite del 2018 si è infatti chiarito che «la domanda complanare ex art. 183, comma 1, n. 6, c.p.c. non necessariamente dovrà sostituirsi alla domanda originaria, ma potrà ad essa cumularsi (quale domanda principale o) in via vicaria»: C. Consolo - F. Godio, op. cit., 270. Come sottolineano gli AA., però, restano dei profili da indagare, «anzitutto il tipo di cumulo tra domanda originaria e domanda complanare»: la «connessione per incompatibilità», in particolare, originerebbe «dal nesso di alternatività sostanziale che corre tra i diritti oggetto della domanda originaria e di quella complanare, poiché l'uno non può esistere se esiste l'altro»; ne discende «un cumulo alternativo sostanziale (o cumulo alternativo per incompatibilità sostanziale)», ossia «non un fenomeno di cumulo condizionale (nel quale, cioè, un certo esito decisorio di una domanda è condizione di decidibilità dell'altra, destinata altrimenti a rimanere assorbita), ma di cumulo semplice, o puro, poiché il giudice deciderà sempre sulla fondatezza di entrambe le doman-



te proposta era parso recessivo di fronte alla garanzia di una tutela unitaria della vicenda sostanziale; nelle pretese risarcitorie, conseguenziali allo *ius variandi* di cui all'art. 1453, infatti, pure le sezioni unite del 2014 avevano ravvisato un'attività di (mera) modifica, seppure si trattasse, anche in quel caso, di una domanda aggiuntiva[16].

Verrebbe allora da chiedersi se, in realtà, non sarebbe stato più opportuno un riferimento alla tradizionale distinzione fondata sul concorso di norme e azioni[17], oppure valutare se la domanda successivamente proposta si sia posta in un nesso di inferenza conseguenziale rispetto a quella originaria, alla quale fosse legata da un rapporto di connessione qualificata, tale da farla apparire, al limite, in essa implicitamente ricompresa[18]: ipotesi che, come pare, sarebbero state comunque da scartare, giustificando la conclusione raggiunta.

6. Conclusioni

Il progressivo ampliamento che ha interessato la modifica della domanda in corso di causa pare senz'altro appropriata a concentrare la tutela di una medesima situazione sostanziale all'interno dello stesso giudizio[19]. La pronuncia in commento ci ricorda, però, che tale estensione non può essere senza limiti.

Nel caso di specie, sembra che la S.C. sia intervenuta a circoscrivere, correttamente restringendo, i confini della modifica della domanda ammissibile: le domande successivamente proposte nella vicenda sottoposta al suo esame, infatti, seppure collocate nell'ambito di una medesima situazione sostanziale - il rapporto contrattuale da cui è originata la controversia - e astrattamente rivolte a perseguire un unico interesse finale di cui avrebbero contribuito a completare la tutela - la riconsegna del bene - presentano però innegabili profili di novità.

La pronuncia potrebbe semmai suggerire una considerazione più generale: inducendo, cioè, a chiedersi se un approccio eminentemente casistico al tema sia idoneo a delineare confini sufficientemente chiari e preventivabili alla modifica della domanda ammissibile in corso di causa, o non sarebbe invece opportuno pensare ad una (ri)definizione che si ponga entro una cornice sistematica. L'elasticità dei principi giurisprudenziali, certamente utile nell'ottica di effettività della tutela del caso concreto, si presta ad una non marginale incertezza (e dunque imprevedibilità) applicativa; di fronte alla quale potrebbe emergere qualche fondata titubanza nell'inquadramento delle variazioni alla domanda entro una modifica ammissibile o non già in una domanda nuova.

de». La novità della domanda, in relazione di incompatibilità o concorso con quella oggetto del processo, e qualificata come «modificata, pur in perdurante presenza della immodificata» è messa in rilievo anche da L. Dittrich, *op. cit.*, 1312-1313, in cui si sottolinea che la nuova domanda, di indebito arricchimento, persegue «più o meno» «il medesimo interesse sostanziale fatto valere dall'attore nell'ambito della originaria domanda di adempimento»; la «nuova iniziativa dell'attore, insomma, non modifica in nulla la domanda originaria, ma dà luogo ad un cumulo oggettivo (e successivo) di domande».

^[16] In un'ottica sistematica, infatti, si è ricercata «una soluzione che assicura la finalità di concentrazione dei procedimenti»: «la tutela risarcitoria non è legata da un nesso di consequenzialità necessaria alla domanda di risoluzione ma ciononostante, essa contribuisce a completare le difese del contraente non inadempiente»: E. D'Alessandro, op. cit., 1627.

^[17] Sul tema si v., per tutti, A. Cerino Canova, *La domanda giudiziale ed il suo contenuto*, cit., 188 ss., 191 e 234, ove si sottolinea come, rispetto al diritto dedotto in giudizio, se «molteplici sussunzioni confluiscono in tanti e separati effetti, poiché spiegano rilevanza staccata, plurimi sono i diritti affermati nel processo; se esse sono coordinate dalla legge per un unico effetto, egualmente unico è il diritto fatto valere»; cfr. A. Proto Pisani, *Dell'esercizio dell'azione*, in E. Allorio (a cura di), *Commentario del codice di procedura civile*, Torino, 1973, I, 2, 1061; C. Consolo, voce «Domanda giudiziale», in *Dig. Disc. priv., sez. civ.*, Torino, VII, 1991, 44 ss.; S. Menchini, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, 46 ss.

^[18] Rispetto all'arresto delle sezioni unite del 2018, si è infatti affermato che, se non ci si vuole arrendere ad una interpretazione «paradossale del testo dell'art. 183, sesto comma, c.p.c.», si dovrebbe riconoscere che, in certi casi, «la domanda giudiziale ricomprenda in sè, in potenza (e ovviamente in dipendenza dello svolgimento del processo e delle attività di allegazione delle parti) tutte quelle azioni idonee a perseguire il medesimo «bene della vita», determinato sulla base di valutazioni fondamentalmente empiriche»: L. Dittrich, op. cit., 1313.

^[19] Per alcune applicazioni recenti sull'ammissibilità della modifica della domanda, si v. Cass. civ., sez. III, 28 novembre 2019, n. 31060, in cui la Corte ha escluso che la ricostruzione della dinamica di un sinistro parzialmente diversa da quella originariamente prospettata comporti una mutatio libelli, a fronte dell'invarianza della causa petendi; nonché Cass. civ., sez. II, 27 settembre 2019, n. 24184, in cui si è affermato che, in quanto la deduzione del testamento a titolo regolatore della successione non altera gli elementi essenziali connotanti la domanda, anche se la successione testamentaria esclude il ricorso alla disciplina legale, «la mera mutazione del titolo a regolamento della successione non incide sulla domanda di divisione proposta poichè non ne muta nè il petitutm - i beni ereditari da dividere - nè la causa petendi - esistenza della comunione del diritto di proprietà in dipendenza della successione mortis causa».



CONTRATTI PUBBLICI E ARBITRATO

Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Prima parte)

di Ilaria Lombardini

DEL 24 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. Premessa: l'evoluzione storica dell'arbitrato nei contratti pubblici
- 2. La vigente regolamentazione dell'arbitrato nei contratti pubblici
- 2.1 Un arbitrato facoltativo, ma obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici
- 2.2. Un arbitrato previamente autorizzato
- 2.3. La Camera arbitrale per i contratti pubblici: composizione e funzioni
- 2.4. Il collegio arbitrale: composizione (il presidente e gli arbitri)

1. Premessa: l'evoluzione storica dell'arbitrato nei contratti pubblici

L'istituto arbitrale in materia di lavori pubblici (ora contratti pubblici di lavori, servizi e forniture)[1] risale al lontano 1865 (legge sui lavori pubblici del 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F). Dal 1865 fino ad oggi, con un movimento pendolare, la normativa ha oscillato tra la possibilità e l'obbligo di ricorrere all'arbitrato (e talvolta ha perfino proibito qualunque tipo arbitrato nel settore: v. la legge 24 dicembre 2007, n. 244, mai entrata in vigore in forza di continui rinvii e proroghe). Così, l'arbitrato in materia di contratti pubblici ha subìto alterne vicende, strettamente collegate alla disciplina legislativa degli ap-

palti pubblici. Vi è stata una specie di vichiano andamento di continui "corsi" e "ricorsi": a leggi espressione di un disfavore legislativo per l'arbitrato[2] se ne sono alternate altre, espressione di un favor per esso. Questo "sconcertante andirivieni"[3] ha caratterizzato dalle origini fino ad oggi l'arbitrato negli appalti pubblici.

Conviene ricordare le tappe salienti di questo iter normativo[4]. Dalla legge Merloni (l. n. 109/1994, conosciuta sotto il nome di "Legge Merloni" dal nome di colui che più si è adoperato per la sua entrata in vigore), espressione di un disfavore legislativo per l'arbitrato, si è passati ad un favor per lo stesso con la l. n. 216/1995, c.d. Merlonibis, che sembrava introdurre un arbitrato obbligatorio[5],

^[1] Va segnalato, in merito all'ambito oggettivo di applicazione dell'arbitrato nei contratti pubblici, che i dati riferiti all'anno 2018 confermano la vocazione tradizionale dell'istituto, utilizzato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto gli appalti di lavori e tutte quelle prestazioni che con i lavori sono connesse (*Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati*, Roma, 6 giugno 2019, (cap. 15), "*L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale*", in www.anticorruzione.it., p. 325 ss.).

^[2] La *ratio* è rinvenibile nella «diffusa diffidenza» nei confronti dell'istituto arbitrale negli appalti pubblici da parte dell'opinione pubblica «molto sensibile alla denuncia di abusi e distorsioni nell'applicazione pratica dell'istituto», G. Verde, *Arbitrato e pubblica amministrazione*, in Dir. proc. amm., 1996, p. 216.

^[3] L'espressione è di E. Fazzalari, Una vicenda singolare: l'arbitrato in materia di opere pubbliche, in Riv. arb., 1998, p. 816.

^[4] Per un quadro dettagliato dell'evoluzione legislativa, esclusa l'ultima riforma, d.lgs. n. 50/2016, v. E. Odorisio, Arbitrato rituale e "lavori pubblici", Milano, 2011, 1 ss., spec. 148; l. Lombardini, Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche, Milano, 2007, p. 1 ss., spec. p. 39.

^[5] Sul punto va segnalato che in più pronunce la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale delle disposizioni normative che stabiliscono ipotesi di arbitrato obbligatorio. La Consulta ha statuito che "l'arbitrato trova il proprio fondamento nella concorde volontà delle parti, sicché l'obbligatorietà ex lege del medesimo si traduce in un'illegittima compressione del diritto di difesa e in una violazione del principio della tutela giurisdizionale. D'altronde l'arbitrato può ritenersi effettivamente non obbligatorio solo quando sia consentito a ciascuna delle parti in contesa, con decisione anche unilaterale, di adire il giudice ordinario", così Corte cost. 24.7.1998, n. 325, in Foro it., 1998, I, c. 2332; conf. Corte cost. 11.12.1997, n. 381, ivi, 1998, I, c. 3; Corte cost. 9.5.1996, n. 152, ivi, 1996, I, c. 1905 (v. I. Lombardini, Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche, Milano, 2007, p. 16 ss.), nonché più di recente Corte cost. 8.6.2005, n. 221,



per pervenire ad un arbitrato "da legge" [6] o «obbligatoriamente amministrato» dalla Camera arbitrale per i lavori pubblici [7] con la l. n. 415/1998, c.d. Merloni-ter, a cui la legge Merloni-quater (art. 7, legge 1 agosto 2002, n. 166) non ha apportato modifiche rilevanti. Il successivo decreto interministeriale del 2 dicembre 2000 n. 398: Regolamento recante le norme di procedura del giudizio arbitrale, concernente la risoluzione delle controversie in materia di lavori pubblici, dettava le norme di procedura per sottomettere tali controversie a un collegio arbitrale. Questo decreto, da una parte confermava l'arbitrabilità della materia relativa ai lavori pubblici [8], ma d'altra parte imponeva preclusioni molto severe con conseguente notevole compressione della autonomia delle parti.

In seguito, la legge 14 maggio 2005, n. 80, art. 5, comma 16-sexies, introduceva un nuovo assetto nell'arbitrato in materia di lavori pubblici e configurava un sistema a doppio binario: l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale permaneva solo in via sussidiaria quando le parti non si accordavano sulla nomina del terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale; mentre in tutti gli altri casi vigeva l'arbitrato "ad hoc" regolato dal Codice di procedura civile, se pur con alcuni temperamenti[9]. Il nuovo sistema veniva confermato e meglio delineato negli artt. 241, 242 e 243 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) con cui il legislatore espletava un'importante opera di razionalizzazione della materia. Ma, contraddicendo la scelta compiuta nel Codice dei contratti pubblici di favor per l'arbitrato, la L. 24 dicembre 2007, n. 244 (c.d. legge finanziaria 2008), all'art. 3, commi da 19 a 23, introduceva il divieto per le pubbliche amministrazioni di inserire clausole compromissorie in tutti i loro contratti aventi ad oggetto lavori, forniture e servizi, ovvero di sottoscrivere compromessi. Tali disposizioni, e dunque con esse il divieto dell'arbitrato per le pubbliche amministrazioni, non sono però mai entrate in vigore in forza di continui rinvii e proroghe fino all'emanazione del d. lgs. 20 marzo 2010, n. 53. Il suddetto d.lgs. n. 53/2010 operava un intervento di ulteriore razionalizzazione sull'assetto normativo degli artt. da 241 a 243 del Codice dei contratti pubblici e confermava che l'istituto arbitrale in materia di opere pubbliche costituiva (e costituisce ancora oggi) un mezzo facoltativo di cui volontariamente e di comune accordo le parti «possono» avvalersi in alternativa alla giurisdizione del giudice ordinario (art. 241, comma 1), proprio come accade per l'arbitrato ad hoc/di diritto comune disciplinato nel Codice di procedura civile. Ma il problema della corruzione nel settore dei contratti pubblici concernenti soprattutto i lavori pubblici - incombeva, così il legislatore emanava la cosiddetta "Legge Anticorruzione": fondamentale e carica di conseguenze era la modifica apportata dall'art. 1, comma 19, 1. 190/2012, all'art. 241, comma 1, del Codice dei contratti pubblici allora vigente (e recepita in séguito anche nell'art. 209, comma 3, dell'attuale Codice). Infatti, la "Legge Anticorruzione" prevedeva che la decisione della stazione appaltante di adire un Collegio arbitrale dovesse essere previamente subordinata all'autorizzazione motivata da parte dell'organo di governo dell'amministrazione e il comma 3 dell'art. 209 aggiungeva che «è nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito»[10].

Finalmente, con il d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016, "Codi-

in Giur. it., 2006, p. 1452 ss., con nota di I. Lombardini, Illegittimità dell'arbitrato obbligatorio in materia di opere pubbliche.

^[6] A. Briguglio, Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2003, p. 682 ss.

^[7] D. Borghesi, La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato, in Corr. giur., 2001, p. 682 ss.

^[8] V. C. Giovannucci Orlandi, L'arbitrage en matière de travaux public en Italie, in Rev arb., 2001, p. 485 ss.

^[9] Sul punto, v. I. Lombardini, Il nuovo assetto dell'arbitrato nei lavori pubblici ex art. 5, comma 16-sexies, I. n. 80 del 2005: riforma o controriforma?, in Riv. trim. dir .proc. civ., 2006, p. 225 ss. Sulla questione riguardante l'esatto discrimen fra arbitrato ad hoc/libero e arbitrato amministrato, e sulle conseguenze applicative della scelta tra i due tipi di arbitrato, v. E. Zucconi Galli Fonseca, L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia), in Riv. trim. dir. proc. civ., n. 2/2012, p. 592 ss.

^[10] Corte cost., 9 giugno 2015, n. 108, in www.cortecostituzionale.it e in Gazz. Uff. del 17 giugno 2015, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 25, della l. 190/2012 (Disposizioni per la prevenzione e la repressione dell'illegalità della pubblica amministrazione), in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 108 e 111 Cost. e dell'art. 241, comma 1 del d. lgs. 163/2006 (e s.m.), come sostituito dall'art. 1, comma 19, l. n. 190/2012, in riferimento agli artt. 3, 24, 25, 41, 97, 102 e 111 Cost. Con la sentenza n. 108/2015 la Corte costituzionale ha stabilito la costituzionalità dell'art. 1, comma 25, della suddetta legge, il quale sancisce l'obbligo da parte dell'organo di governo della pubblica amministrazione di autorizzare il ricorso all'arbitrato per le controversie su diritti soggettivi nell'ambito di esecuzione dei contratti pubblici. La Corte costituzionale nella pronuncia n. 108/2015 ha altresì dichiarato infondato il quesito sulla costituzionalità dell'art. 241 c.c.p., come sostituito dall'art. 1, comma 19, l. 190/2012, con riguardo al diritto potestativo per la pubblica amministrazione di instaurare (o meno) il procedimento arbitrale nei contratti pubblici, tale da pregiudicare la par condicio delle parti nel processo per lo sbilanciamento a vantaggio



ce dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture" (in seguito abbreviato "c.c.p." o "Codice dei contratti pubblici"), si arriva al sistema oggi in vigore che, agli artt. 209 e 210, regola l'istituto arbitrale nel settore[11]. Con il sopra citato Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (d. lgs. n. 50/2016) viene attuata la legge delega n. 11/2016[12] volta ad attuare le direttive 2014/23/ UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio. Il legislatore ha indicato la rotta della riforma prevedendo (art. 1) la compilazione di un unico testo normativo di codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che sostituisce il precedente codice e che concerne le procedure di affidamento, di gestione e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, disciplinate dalle tre suddette direttive, in cui vengono effettuati una ricognizione e un riordino dell'attuale assetto normativo allo scopo di «conseguire una drastica riduzione e razionalizzazione del complesso delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti», in una prospettiva di incremento della certezza del diritto e di una maggiore semplificazione. Infatti, un codice più snello agevola una gestione efficace e strategica della politica degli appalti, che è fondamentale per l'abbattimento dei costi per le imprese e, più in generale, per la crescita dell'economia non solo dei singoli Stati, ma dell'Europa nel suo complesso[13].

Riguardo all'ambito di applicabilità dell'arbitrato nei

contratti pubblici, l'art. 209 del Codice, comma 1, precisa che possono essere deferite ad arbitri "le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, comprese quelle conseguenti al mancato raggiungimento dell'accordo bonario di cui agli articoli 205 e 206". Conviene segnalare che il legislatore, nel vigente Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016 (come già nel precedente), disciplina l'arbitrato nei contratti pubblici con disposizioni (artt. 209 e 210) che si aggiungono a quelle inserite nel Codice del processo amministrativo (d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104), che all'art. 12 disciplina l'arbitrato per le controversie concernenti diritti soggettivi devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo, statuendo che, in via alternativa, tali controversie possano essere risolte con arbitrato rituale di diritto[14] ai sensi degli artt. 806 e ss. c.p.c.). Emerge, pertanto, il carattere di "doppia specialità" [15] dell'arbitrato nei contratti pubblici oggetto di questo studio, in quanto la normativa «speciale» (delineata negli artt. 209-210 del d.lgs. n. 50/2016, Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture) presenta differenze sia rispetto alle disposizioni previste per l'arbitrato ad hoc o di diritto comune disciplinato nel Codice di procedura civile (al quale rinvia l'art. 209, comma 10, c.c.p., per tutti gli aspetti non espressamente regolamentati nel Codice dei contratti pubblici), sia rispetto al Codice del processo amministra-

della parte pubblica. Per la Consulta si configura una limitazione ragionevole in quanto la P.A. è chiamata a ridurre i costi delle controversie di cui è parte, e, al contempo, a prevenire l'illegalità e la corruzione nella pubblica amministrazione. Nello stesso senso si collocano la successiva pronuncia confermativa Corte cost., ord., 6 aprile-6 maggio 2016, n. 99, in www.giurcost.org e in Gazz. Uff. 1a Serie speciale - Corte Costituzionale - n. 19, 11 maggio 2016 e la recente Corte cost., ord., 20 febbraio-20 marzo 2019, n. 58 (in Gazz.Uff., 1a Serie speciale Corte cost. n. 13 del 27-03-2019); sul tema v. l. Lombardini, Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale), in Riv. arb. 2018, p. 145 ss.

^[11] Il testo del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 è stato pubblicato in Gazz. Uff., Serie generale n. 91 del 20/04/2016 (Supplemento Ordinario n. 10). I successivi decreti - il d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56, cd. "Decreto Correttivo" del Codice dei contratti pubblici, e il recente decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, art. 1, commi 11-14, coordinato con la I. di conversione 14 giugno 2019, n. 55, che ha reintrodotto ora il Collegio consultivo tecnico (presente nel previgente c.c.p. e in séguito abrogato) - non hanno modificato la regolamentazione dell'istituto arbitrale in materia di contratti pubblici. Sull'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici, per una visione complessiva, v. E. Odorisio, Composizione e costituzione del collegio arbitrale nel codice dei contratti pubblici, in Corr. giur., 2018, p. 885 ss.; v. anche E. Odorisio, Arbitrato rituale e "lavori pubblici", Milano 2011, p. 660; l. Lombardini, L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici" (D. Lgs n. 50 del 2016), Riv. trim. dir. proc. civ., 2017, Parte I, p. 283-304 e Parte II, p. 713-734; R. D'Angiolella, La nuova disciplina dell'arbitrato e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre, in Riv. arb., 2018, p. 345 ss.

^[12] È la Legge 28 gennaio 2016, n. 11, pubblicata sulla Gazz. Uff. del 29 gennaio 2016, n. 23. V. in argomento M. Clarich-G. Fonderico, Delega appalti: un'attuazione senza eccessi, in Guida dir., n. 6/2016, p. 8 ss.; D. Ponte, Rito specifico e rapido per liti su esclusioni e accesso alla gara, in Guida dir., n. 9/2016, p. 97 ss.
[13] Sul poco studiato rapporto tra la giustizia non statale e l'efficienza del sistema economico v. M. Bianco, C. Lucarelli e F. J. Mazzocchini, Arbitrato ed Efficienza Economica, in Trattato di diritto dell'arbitrato, diretto da D. Mantucci, I, Profili generali, Napoli, 2019, p. 519 ss.

^[14] V., per tutti, in argomento, A. Sandulli, L'arbitrato nel codice del processo amministrativo, in Giorn. dir. amm., 2013, p. 206 ss.; v. anche G. Misserini, L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo, in Urb. e appalti, 2012, p. 398, il quale critica la mancata unificazione del Codice dei contratti pubblici nel Codice del processo amministrativo.

^[15] V., così G. Misserini, L'esclusione dell'arbitrato in materia di appalti pubblici dal codice del processo amministrativo, cit., p. 398 ss.



tivo. L'arbitrato previsto dal Codice dei contratti pubblici convive con il diverso arbitrato disciplinato dal Codice del processo amministrativo. Infatti, quando "le controversie sono estranee alla fase di esecuzione del contratto (per esempio controversie sulla responsabilità precontrattuale, o quelle relative alla sorte del contratto dopo l'annullamento dell'aggiudicazione), le parti possono decidere con un compromesso, in tal caso anche successivo al sorgere della controversia, di valersi dell'arbitrato rituale, previsto dall'art. 12 c.p.a. (d. lgs. 104/2010) per risolvere le controversie in tema di diritti soggettivi, posto che la materia figura tra quelle di giurisdizione esclusiva"[16]. Dopo aver tratteggiato sinteticamente l'excursus normativo, concernente l'arbitrato nei lavori pubblici, ora contratti pubblici, dalle origini fino al d.lgs. n. 50/2016 in vigore, conviene passare a descriverne e valutarne il nuovo assetto nei suoi elementi fondamentali.

2. La vigente regolamentazione dell'arbitrato nei contratti pubblici

2.1 Un arbitrato facoltativo, ma obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici Il nuovo Codice dei contratti pubblici, d.lgs. n. 50/2016, agli artt. 209 («Arbitrato») e 210 («Camera arbitrale, albo degli arbitri ed elenco dei segretari»), prevede da un lato che la scelta arbitrale sia facoltativa[17], cioè alternativa al ricorso al giudice ordinario, dall'altro impone come unico modello di arbitrato un tipo di arbitrato obbligatoriamente amministratodalla Camera arbitrale per i contratti pubblici. Il legislatore ha dunque scelto un modello

di arbitrato in cui le parti non possono più optare per l'arbitrato *ad hoc* e il presidente del collegio composto da tre arbitri è nominato sempre dalla Camera arbitrale (e non solo invece, come avveniva in base alla normativa previgente, quando le parti non si accordavano sulla designazione del terzo arbitro)[18] (sulla Camera arbitrale v. *in-fra 2.3.*).

È pur vero che la scelta di un organismo istituzionale per aiutare le parti a condurre la procedura semplifica notevolmente il compito degli arbitri e garantisce, almeno in astratto, la qualificazione professionale dell'organo giudicante, il quale, nel caso specifico, è "chiamato ad esercitare la sua funzione in relazione a controversie di particolare complessità tecnica" [19].

Non si può negare l'importanza dei regolamenti arbitrali e/o di normativa analoga, considerati i vantaggi offerti dall'arbitrato amministrato rispetto a quello *ad hoc/*libero, in termini di maggiore trasparenza, nonché di contenimento dei tempi e dei costi.

Il fatto di imporre l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, come unico possibile modello di arbitrato negli appalti pubblici, rischia però di non salvaguardare completamente la libera espressione della volontà delle parti[20].

2.2. Un arbitrato previamente autorizzato

Ai sensi dell'art. 209, comma 2, Codice dei contratti pubblici: - la stazione appaltante (la pubblica amministrazione) deve indicare nel bando o nell'avviso con cui indice la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, se il contratto conterrà o meno la clausola compromissoria;

^[16] Così v. M. Delsignore, La transazione e l'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici, in Riv. arb. 2019, p. 389; N. lipari , L'arbitrato e la giurisdizione amministrativa: certezze acquisite e questioni aperte, in Giur. it., 2019, p. 1243 et s.; M. Vitale, L'arbitrato, in Il codice del processo amministrativo. Dalla giustizia amministrativa al diritto processuale amministrativo, a cura di B. Sassani-R. Villata, Torino, 2012, p. 1334 ss.; v. anche E. Boscolo, Sub art. 241-Arbitrato, in Aa.Vv., Commentario al Codice dei contratti pubblici, diretto da G.F. Ferrari-G. Morbidelli, II, Milano, 2013, pp. 379 e 408; S.S. Scoca, L'arbitrato nei contratti pubblici e l'insondabile saggezza del legislatore, in Dir. proc. amm., 2009. p. 1160; I. Lombardini, II nuovo arbitrato nei contratti pubblici, obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale: rivoluzione copernicana o restaurazione?, in Riv. arb., 2016, p. 715-756.

^[17] Ai sensi dell'art. 209, comma 1, Codice contratti pubblici, le controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee, "possono" essere deferite ad arbitri.

^[18] Sul tema v. I. Lombardini, Sub artt. 242-243 c.c.p., in Commentario, Arbitrato, 2a ed., diretto da F. Carpi, Bologna, 2016, rispettivamente p. 429 ss., p. 465 ss. Sulla questione riguardante l'esatto discrimen fra arbitrato ad hoc/libero e arbitrato amministrato, v. E. Zucconi Galli Fonseca, L'arbitrato nei contratti pubblici (a proposito di una recente monografia), cit., p. 592.

^[19] Sul punto v., anche per la bibliografia ivi citata, R. D'Angiolella, La nuova disciplina dell'arbitrato e degli strumenti alternativi per la soluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre,cit., p. 371; con riferimento specifico all'arbitrato nei contratti pubblici, v. I. Lombardini, Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche, cit., p. 73.

^[20] V. Ch. Jarrosson, La notion d'arbitrage, pref. di B. Oppetit, Paris, 1987, p. 372 e nota n. 35. Sulla "natura" dell'arbitrato v. anche C. Punzi, La natura dell'arbitrato e la contrapposizione di un arbitrato libero all'arbitrato rituale, in Riv. dir. proc., 2019, p. 1 et ss.



- l'aggiudicatario può "ricusare" [21] la clausola compromissoria, che in tale caso non è inserita nel contratto, comunicandolo alla stazione appaltante entro venti giorni dalla conoscenza dell'aggiudicazione; - è vietato in ogni caso il compromesso. Ma il comma 3 del medesimo art. 209 c.c.p. aggiunge che: «È nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice». È pertanto la motivata autorizzazione che rende possibile l'inclusione della clausola compromissoria e, di conseguenza, che rende possibile avvalersi dello strumento arbitrale.

La disposizione recepisce quanto statuito dal comma 19 dell'art. 1 l. n. 190 del 2012, denominata Legge "Anticorruzione", secondo cui, come già accennato (v. *supra*), la decisione della stazione appaltante di adire un collegio arbitrale deve essere previamente subordinata alla motivata autorizzazione da parte dell'organo di governo dell'amministrazione e "l'inclusione della clausola compromissoria, senza preventiva autorizzazione, nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara, ovvero, per le procedure senza bando, nell'invito, o il ricorso all'arbitrato, senza preventiva autorizzazione, sono nulli".

Tale legge è stata dettata dalle esigenze di contenimento dei costi delle controversie e di tutela degli interessi pubblici coinvolti, ma a tali esigenze si accompagna la primaria finalità di prevenire la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione. Così ricorda, anche recentemente, la Corte Costituzionale con l'ordinanza, 20 febbraio-20 marzo 2019, n. 58[22], secondo cui "la scelta discrezionale del legislatore di subordinare a una preventiva e motivata autorizzazione amministrativa il deferimento ad arbitri delle controversie derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici

relativi a lavori, servizi, forniture, concorsi di progettazione e di idee non è manifestamente irragionevole, configurandosi come un mero limite all'autonomia contrattuale", la cui garanzia costituzionale non è incompatibile con la prefissazione di limiti a tutela di interessi generali. La previa autorizzazione motivata da parte dell'organo di vertice della pubblica amministrazione, una sorta di "filtro" per l'inserimento della clausola arbitrale nel bando o nell'invito, è riconducibile all'esigenza di permettere una ponderazione oculata dei costi e dei benefici[23] che da tale scelta possano derivare anche in termini di deterrenza, per prevenire eventuali casi di corruzione.

Le motivazioni della Corte sono condivisibili, è però indubbio che la "preventiva autorizzazione" costituisce, di fatto, un freno alla scelta dell'arbitrato: l'autorizzazione viene concessa con molta prudenza, in quanto fonte di possibili responsabilità aggiuntive per "l'organo di governo dell'amministrazione". Così le pubbliche amministrazioni preferiscono adire il giudice togato anche perché la sentenza del giudice di fatto elimina ogni possibile rischio di una responsabilità per danno erariale, che grava sul dipendente pubblico[24].

2.3. La Camera arbitrale per i contratti pubblici: composizione e funzioni

Nell'arbitrato in materia di contratti pubblici le parti, se vogliono adire le vie arbitrali, in alternativa a quelle giudiziali, devono affidare l'organizzazione per regolare le loro controversie a una istituzione permanente specializzata come la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture, che è istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), in quanto organo ausiliario della citata Autorità (art. 210, comma 1 c.c.p.)[25].

^[21] Il termine "ricusazione" è in tale comma usato in senso atecnico e sta ad indicare che la parte privata può declinare la competenza arbitrale e che l'eventua-le controversia viene in questo caso devoluta al giudice ordinario.

^[22] Si trova in *Gazz.Uff.*, Serie speciale Corte cost. n. 13 del 27-03-2019), che ha confermato le precedenti pronunce sulla questione (Corte cost. n. 108 del 9 giugno 2015; Corte cost. n. 99 del 6 aprile-6 maggio 2016 (cit. *supra* nota n. 10).

^[23] La preventiva autorizzazione risponde dunque anche all'esigenza di garantire il buon andamento della pubblica amministrazione, che deve perseguire l'interesse pubblico. In questo senso già Corte cost., 5 marzo 1998, n. 40, in *Giur. cost.*, 1998, p. 495, la quale rammenta che al principio del buon andamento deve essere ispirata tanto la disciplina dell'organizzazione quanto quella delle attività e delle relazioni dell'amministrazione con altri soggetti, e che i relativi procedimenti devono essere volti a perseguire la migliore realizzazione dell'interesse pubblico.

^[24] V. così, M. Candidi, in Aa.Vv., *Quinto rapporto annuale sull'arbitrato. L'impresa e il contenzioso: scegliere l'arbitrato, Atti del Convegno annuale organizzato dalla Corte Nazionale Arbitrale tenutosi a Roma il 19 giugno 2018*, in *Arbitrare, Quaderni della Corte Nazionale Arbitrale*, Pisa, 2019,p.93; v. anche F. Auletta (Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici), in Aa.Vv., *Quinto rapporto annuale sull'arbitrato. L'impresa e il contenzioso: scegliere l'arbitrato, Atti del Convegno annuale organizzato dalla Corte Nazionale Arbitrale tenutosi a Roma il 19 giugno 2018, in <i>Arbitrare, Quaderni della Corte Nazionale Arbitrale*, cit., p. 96 s.

[25] Anche il comma 11 dell'art. 213 c.c.p. statuisce: «Presso l'Autorità opera la Camera arbitrale per i contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture di cui



Sono organi della Camera arbitrale il presidente e il consiglio arbitrale (art. 210, comma 3). Il consiglio arbitrale, composto da cinque membri, è nominato dall'ANAC fra soggetti dotati di particolare competenza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, al fine di garantire l'indipendenza e l'autonomia dell'istituto, nonché dotati dei requisiti di onorabilità stabiliti dalla medesima Autorità. Al suo interno, l'ANAC sceglie il presidente (art. 210. comma 4)[26]. Per l'espletamento delle sue funzioni la Camera arbitrale si avvale di una struttura di segreteria con personale fornito dall'ANAC (art. 210, comma 5).

Si può quindi comprendere la stretta dipendenza tra Camera arbitrale per i contratti pubblici e ANAC., quindi la Camera arbitrale, che procede alla scelta e alla nomina del terzo arbitro, (presidente del collegio arbitrale) è "un organo che, pur operando in piena autonomia e indipendenza, è pur sempre un organo amministrativo, facente parte della pubblica amministrazione, che nella maggior parte dei casi è parte in causa nel giudizio arbitrale. È stato quindi in passato obiettato che si tratterebbe di un "organo che non risponde a quei requisiti di terzietà che il titolo IV della parte seconda della Costituzione richiede per tutti i giudici e per tutti i giudizi" [27]. Ma, in

seguito, il Consiglio di Stato, con il parere n. 14/09/2016, n. 1920[28], ha confermato la natura di Autorità indipendente dell'ANAC, sostenendo che la natura di Autorità amministrativa indipendente è conferita all'ANAC per la funzione di garanzia da essa espletata e per i delicati interessi sottostanti all'assetto degli appalti pubblici in conformità alle direttive comunitarie. Ne deriverebbe di riflesso oggi l'indipendenza della Camera arbitrale, che dell'ANAC costituisce un organo ausiliario.

Il legislatore, introducendo con l'art. 209 un arbitrato obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (come si è detto, istituita presso l'A-NAC), rende centrale il ruolo della Camera arbitrale. Le numerose funzionidella Camera arbitrale per i contratti pubblici sono indicate nell'art. 210 c.c.p.: la Camera cura la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri per i contratti pubblici (art. 210, comma 2 e comma 7), tra cui sceglie e nomina il terzo arbitro, che eserciterà le funzioni di presidente del collegio arbitrale (ciascuna parte designa il proprio arbitro, ma il potere di nomina spetta alla Camera arbitrale); nomina eventuali periti (consulenti tecnici) nei giudizi arbitrali ed eventuali segretari dei collegi arbitrali scelti negli appositi elenchi tenuti anch'essi dalla Camera [29]; redige il Codice deontologico [30] degli ar-

all'articolo 210». Per considerazioni su ruolo e funzioni della Camera arbitrale v. già F. P. Luiso, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici*, in *Riv. arb.*, 2000, p. 411 ss.; D. Borghesi, *La Camera arbitrale per i lavori pubblici: dall'arbitrato obbligatorio all'arbitrato obbligatoriamente amministrato*, cit., 2001, p. 682 ss., spec. p. 687; A. Briguglio, *Gli arbitrati obbligatori e gli arbitrati da legge*, cit..., 2003, p. 84.

^[26] L'incarico ha durata quinquennale ed è retribuito nella misura determinata dal provvedimento di nomina nei limiti delle risorse attribuite all'Autorità stessa. Il presidente e i consiglieri sono soggetti alle incompatibilità e ai divieti previsti dal comma 10 (così ricorda il comma 4 dell'art. 210 c.c.p.).

^[27] Cons. Stato, 17 ottobre 2003, n. 6335; ampiamente sul punto: I. Lombardini, Il nuovo assetto dell'arbitrato negli appalti di opere pubbliche, cit., p. 64 ss.

^[28] Cons. Stato, Comm. spec., 14 settembre 2016, n. 1920, in www.giustizia-amministrativa.it.

^[29] La Camera arbitrale cura la tenuta dell' elenco dei peritiper la nomina dei consulenti tecnici nei giudizi arbitrali. Sono iscritti all'elenco i soggetti in possesso del diploma di laurea e comprovata esperienza professionale di almeno 5 anni, con relativa iscrizione all'albo professionale, se richiesta (art. 210, comma 8 c.c.p.). La Camera arbitrale cura altresì la tenuta dell'elenco dei segretaridei collegi arbitrali: possono essere iscritti all'elenco i funzionari in possesso di diploma di laurea in materia giuridica o economica o equipollenti e, ove necessario, in materie tecniche, inseriti nei ruoli delle pubbliche amministrazioni, aventi un'anzianità di servizio in ruolo non inferiore a cinque anni (art. 210, comma 12 c.c.p.).

Con il Codice deontologico degli arbitri camerali (previsto dall'art. 210, comma 2, c.c.p. e disciplinato dettagliatamente nel Comunicato della Camera arbitrale n. 4 del 19 maggio 2016 in www.anticorruzione.it) la Camera arbitrale ha imposto una serie di regole etiche e di comportamento, avendo come obiettivo primario quello di conseguire nomine di arbitri camerali nel rispetto dei principi di integrità, indipendenza-imparzialità, responsabilità e riservatezza. Solo in secondo luogo pare essere richiesta agli arbitri la competenza in relazione all'oggetto della lite. Con riguardo all'obbligo di disclosure,o dichiarazione di indipendenza, va precisato che tale obbligo non è previsto nel nuovo Codice dei contratti pubblici: soltanto un recente Comunicato della Camera arbitrale per i contratti pubblici (Comunicato della Camera arbitrale n. 5 del 15 giugno 2016, "Procedimento di nomina del collegio arbitrale: adempimenti per il perfezionamento dell'incarico posti a carico dei soggetti designati e delle parti interessate ai sensi degli artt. 209 e 210, D. Lgs. 18.4.2016, n. 50", in www.anticorruzione.it) introduce l'obbligo di disclosure o dichiarazione di indipendenza (rispetto alle parti e ai loro difensori, e alla materia del contendere), si tratta di una dichiarazione che gli arbitri devono rendere al momento dell'accettazione dell'incarico (sotto il controllo della Camera arbitrale). La c.d. disclosure è «lo strumento preventivo per eccellenza» per assicurare a monte l'imparzialità dell'arbitro, mentre la ricusazione, la rinuncia giustificata dell'arbitro all'incarico e l'impugnazione del lodo sono mezzi successivi (F. Carpi, L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità, in Riv. arb., 2018, p. 190). L'esigenza di una "piena" disclosure è segnalata da V. Di Gravio, L'indipendenza dell'arbitro, in Riv. arb., 2018, p. 199, "che deve andare ben oltre le poche circostanze che la legge elenca come cause di ricusazione", infatti "solo una completa informazione può consentire il corretto eserciz



bitri camerali. Inoltre provvede agli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale, curaannualmente la rilevazione dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici e li trasmette all'Autorità e alla Cabina di regia di cui all'articolo 212 c.c.p.[31].

2.4. Il collegio arbitrale: composizione (il presidente e gli arbitri)

Il collegio arbitrale è composto da tre membri ed è nominato dalla Camera arbitrale. Ciascuna delle parti, nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, designa l'arbitro di propria competenza scelto tra soggetti di provata esperienza e indipendenza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce. Il presidente del collegio arbitrale è designato dalla Camera arbitrale tra i soggetti iscritti all'albo (di cui al comma 2 dell'articolo 210), in possesso di particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce (art. 209, comma 4).

La gestione dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei peritiper i giudizi arbitrali è affidata alla Camera arbitrale (la durata della validità dell'iscrizione al suddetto albo ed elenco è triennale (con una interruzione obbligatoria di un biennio prima di una eventuale, nuova iscrizione (art. 210, comma 10, del Codice)[32]. I criteri per la nomina degli arbitri sono indicati al comma 5 dell'art. 209: - la nomina avviene nel rispetto dei principi di pubblicità e di rotazione oltre che, ovviamente, nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici[33]; - se la controversia si svolge tra due pubbliche amministrazioni, gli arbitri di parte sono individuati tra i dirigenti pubblici; se la controversia ha luogo tra una pubblica amministrazione e un privato, l'arbitro individuato dalla pubblica amministrazione è scelto, preferibilmente, tra i dirigenti pubblici (ma in entrambe le due ultime ipotesi, se l'Amministrazione con atto motivato ritiene di non procedere alla designazione dell'arbitro nell'ambito dei dirigenti pubblici, la designazione avviene nell'ambito degli iscritti all'albo degli arbitri tenuto dalla Camera arbitrale).

La problematica dell'effettiva indipendenza e, quindi anche dell'imparzialità del presidente del collegio arbitrale, designato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, così come, per certi aspetti, dell'arbitro di parte pubblica (individuato, per motivi di contenimento di spesa, di norma, tra i dirigenti pubblici) appare evidente, poiché si tratta della nomina di soggetti legati da vincoli di dipendenza con la pubblica amministrazione[34]. "L'indipendenza e la imparzialità, sono requisiti fondamentali che deve possedere chi giudica una controversia fra terzi" e l'indipendenza è la premessa indispensabile dell'imparzialità[35].

te comprometterne l'indipendenza".

[31] Sono le attività che fanno generalmente parte dei doveri delle istituzioni arbitrati negli arbitrati amministrati. La Camera arbitrale per i contratti pubblici dispone la pubblicazione integrale dei testi dei lodi depositati nel rispetto della disciplina della tutela della riservatezza dei dati personali, ed ha predisposto nel corso del 2018 le modalità necessarie per la pubblicazione, a partire da gennaio 2019, previa opportuna revisione e informazione agli interessati, dell'albo degli arbitri; ciò al fine appunto di perseguire un livello di trasparenza sempre più elevato con riferimento all'attività della Camera stessa, in una prospettiva anche di prevenzione della corruzione, v. la *Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati,* Roma, 6 giugno 2019, cit., *cap. 15.2. Rassegna dei dati sull'arbitrato*, p. 327.

[32] Sulla composizione del collegio arbitrale v. E. Odorisio, Composizione e costituzione del collegio arbitrale nel codice dei contratti pubblici, in Corr. giur., 2018, p. 885 ss.; F. Tizi, La costituzione del tribunale arbitrale nel recente Codice dei Contratti pubblici, in Riv. arb., 2016, p. 379; I. Lombardini, Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale), cit., p. 144 ss.; C.I. Buonocore, Sull'incompatibilità del presidente del collegio arbitrale nelle controversie sui contratti pubblici, in Riv. arb. 2019, p. 161.

[33] Il Comunicato della Camera arbitrale per i contratti pubblici n. 2 del 28 aprile 2016 (in www.anticorruzione.it) delinea la disciplina della procedura informatica per la nomina del terzo arbitro mediante sorteggio elettronico, finalizzata a garantire trasparenza e rotazione dell'incarico tra le varie categorie dei soggetti iscritti all'albo camerale, e la facoltà per le parti di comunicare alla Camera arbitrale eventuali motivate controindicazioni alla nomina di uno o più degli arbitri estratti,.

[34] La questione è stata dibattuta in dottrina, non potendo approfondire in questa sede si rinvia a l. Lombardini, L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici" (D.Lgs. n. 50 del 2016), Parte I, in Riv. trim. dir. proc. civ., cit., p. 299 ss., spec. p. 300; nonché, in precedenza, con riferimento alla celebre pronuncia del Consiglio di Stato n. 6335 del 2003, a F. P. Luiso, Il Consiglio di Stato interviene sull'arbitrato nei lavori pubblici, in Riv. arb., 2003, p. 743; a l. l. Lombardini, La parola al Consiglio di Stato: la recente svolta nella disciplina dell'arbitrato nei lavori pubblici, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2004, p. 1577 ss.

[35] V. sull'argomento, F. Carpi, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, in *Riv. arb.*, 2018, p. 187 ss.; Tra le caratteristiche connesse alla funzione di arbitro vi sono l'etica del comportamento, la riservatezza, la professionalità, la preparazione in relazione all'oggetto della lite (E. Zucconi Galli Fonseca, *Diritto dell'arbitrato*, Bologna, 2016, p. 182). Per una bibliografia più ampia v. *infra* nota n. 43.



Conviene ricordare che la libera "scelta dei giudici è generalmente presentata come un vantaggio innegabile dell'arbitrato di cui costituisce un elemento stesso della sua definizione comunemente accettata. [...] Inoltre è di tutta evidenza che è proprio questo requisito di indipendenza degli arbitri a costituire una garanzia importante dell'arbitrato, che permette la sua espansione in numerosi Paesi" [36].

Occorre registrare però che il Codice dei contratti pubblici, al fine di meglio garantire l'indipendenza-imparzialità degli arbitri e del collegio arbitrale in un settore così "sensibile" ed esposto quale quello degli appalti pubblici, prevede situazioni di incompatibilità speciali e ulteriori a carico degli arbitri, non contemplate dagli artt. 51 "astensione del giudice" e 815 "Ricusazione degli arbitri" del Codice di procedura civile[37]. In tal senso di fondamentale importanza sono il comma 4 dell'art. 209 c.c.p., sul richiesto requisito di indipendenza degli arbitri, e il comma 6 del medesimo, ai sensi del quale: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 815 del Codice di procedu-

ra civile non possono essere nominati arbitri» soggetti appartenenti adiverse categorie[38], che sembrano avere un elemento in comune: la mancanza del requisito dell'indipendenza-imparzialità a causa di probabili conflitti di interesse e va notato che sulla frequenza dei conflitti di interesse influisce il modo di esercizio dell'attività professionale dell'arbitro[39].

Considerata la stretta connessione tra conflitti di interesse e indipendenza-imparzialità dell'arbitro, l'aumento di studi (legali) associati, e, soprattutto, degli arbitrati anche internazionali, per esempio, moltiplica le possibilità di conflitti di interesse[40] e, di fatto, rende sempre più problematico soddisfare in concreto il requisito dell'indipendenza, nonché, di riflesso, dell'imparzialità dell'arbitro[41]. Riguardo a ciò, conviene anche ricordare che l'art. 210 del Codice dei contratti pubblici, al comma 7, elenca tassativamente le categorie di soggetti che possono essere iscritti all'albo degli arbitri camerali tenuto dalla stessa Camera[42]; al comma 10 detta la disciplina «integrativa» relativamente al periodo di iscrizio-

^[36] Così, D. Cohen, Indépendance des arbitres et conflits d'intérêts, in Rev. arb., 2011, p. 617-619. Con specifico riferimento all'arbitrato in materia di contratti pubblici, rileva "l'opacità del contesto arbitrale dei contratti pubblici" ante riforma di cui al d.lgs. n. 50/2016 e s.m., F. Auletta, Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in Giurisprudenza arbitrale, 2/2016, p. 457 ss., spec. p. 458. Oggi il suindicato potere di conferma degli arbitri designati dalle parti attribuito alla Camera arbitrale, che si aggiunge alla designazione e nomina del presidente del collegio ad opera della medesima Camera arbitrale, deve soddisfare l'esigenza di trasparenza (in virtù del d.lgs. 50/2016 nel settore dei contratti pubblici e, più in generale, del d.lgs. 97/2016), al fine di ridurre i fenomeni di maladministration.

^[37] L'art. 815 del Codice di procedura civile italiano «stabilisce (in negativo) un elenco tassativo di casi nei quali non sussiste l'indipendenza dell'arbitro», lo ricorda F. Carpi, *L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità*, cit., p. 188.

^[38] Ai sensi del comma 6 dell'art. 209 del Codice contratti pubblici, non possono essere nominati arbitri: a) i magistrati ordinari, amministrativi contabili e militari in servizio o a riposo nonché gli avvocati e procuratori dello Stato, in servizio o a riposo, e i componenti delle commissioni tributarie; b) coloro che nell'ultimo triennio hanno esercitato le funzioni di arbitro di parte o di difensore in giudizi arbitrali disciplinati dal presente articolo, ad eccezione delle ipotesi in cui l'esercizio della difesa costituisca adempimento di dovere d'ufficio del difensore dipendente pubblico; c) coloro che, prima del collocamento a riposo, hanno trattato ricorsi in sede civile, penale, amministrativa o contabile presentati dal soggetto che ha richiesto l'arbitrato; d) coloro che hanno espresso parere, a qualunque titolo, nelle materie oggetto dell'arbitrato; e) coloro che hanno predisposto il progetto o il capitolato di gara o dato parere su esso; f) coloro che hanno diretto, sorvegliato o collaudato i lavori, i servizi, o le forniture a cui si riferiscono le controversie; g) coloro che hanno partecipato a qualunque titolo alla procedura per la quale e' in corso l'arbitrato.

[39] V. F.X. Train, *Mode d'exercice de l'activité d'arbitre et conflits d'intérêts*, in *Riv. arb.*, 2012, p. 725 et s.

^[40] Così Ch. Jarrosson, "Des arbitres sans contrôle?" in La procédure arbitrale relative aux investissements internationaux, aspects récents, dir. Ch. Leben, LGDJ & Anthémis èd. 2010, p. 263.

^[41] V. I. Lombardini, Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale), cit., p. 127-164, spec. p. 158, cui si rinvia anche per la bibliografia citata. L'imparzialità degli arbitri non è "sempre garantita dalle disposizioni preventive di tipo deontologico o dalla disclosure, ove prevista; e neppure dalla ricusazione o dal caso gravissimo del dolo dell'arbitro (n. 6 dell'art. 395 c.p.c. richiamato dall'art. 831 c.p.c.)». Si pensi «ai non infrequenti casi di vischiosità dei rapporti personali fra arbitri, tali da minarne l'imparzialità, difficili da dimostrare, ma vero virus che può infirmare l'utilità stessa dell'arbitrato» (così, F. Carpi, La procedura di impugnazione del lodo arbitrale, in Corte Nazionale Arbitrale, Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione del lodo arbitrale, Quaderni della Corte nazionale Arbitrale, Pisa, 2016, p. 91-96, spec. p. 94 s.).

^[42] Va segnalato che possono essere iscritti all'Albo degli arbitri camerali: a) avvocati iscritti agli albi ordinari e speciali abilitati al patrocinio davanti alle magistrature superiori e in possesso dei requisiti per la nomina a consigliere di cassazione; b) tecnici in possesso del diploma di laurea in ingegneria e architettura abilitati all'esercizio della professione da almeno 10 anni e iscritti ai relativi albi; c) professori universitari di ruolo nelle materie giuridiche e tecniche e dirigenti delle pubbliche amministrazioni, con provata esperienza nella materia dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.



ne all'albo (tre anni e durante il periodo di appartenenza, nonché nei successivi tre anni, i soggetti iscritti all'albo non possono espletare incarichi professionali in favore delle parti dei giudizi arbitrali da essi decisi, ivi compreso l'incarico di arbitro di parte); al comma 11 fa salvi i casi di ricusazione di cui all'art. 815 c.p.c. Infine, il Codice prevede (art. 209, comma 7 c.c.p.) che la nomina del collegio arbitrale effettuata in violazione delle disposizioni di cui ai sopracitati commi 4, 5 e 6 determina la nullità del lodo[43].

Il presidente del collegio arbitrale deve possedere, oltre alla "particolare esperienza" e "indipendenza", ovviamente anche i requisiti indispensabili per potere essere iscritti all'albo degli arbitri tenuto dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici. Con riguardo poi alla competenza professionale, il Comunicato della Camera arbitrale n. 2 del 28 aprile 2016[44] stabilisce che la_scelta del terzo arbitro, presidente del collegio arbitrale, deve tener conto della natura delle problematiche prevalenti coinvolte nella controversia e della "competenza" personale, "avuto riguardo alle attitudinirivelate da studi scientifici o derivanti dalla particolare esperienza nella materia oggetto del contratto cui l'arbitrato si riferisce".

Infine, il presidente del tribunale arbitrale dovrebbe possedere, mi sembra, anche capacità organizzative e di dialogo, per favorire gli atteggiamenti collaborativi e la collegialità nella fase di deliberazione del lodo, considerato che il Codice deontologico degli arbitri camerali, all'art. 11, richiede che i membri dei collegi arbitrali "si adoperano, per quanto possibile, per il raggiungimento di una decisione unanime con esiti di giustizia per tutte le parti della controversia".

^[43] Sulla indispensabile indipendenza-imparzialità dell'organo giudicante in arbitrato v. E. Fazzalari, Ancora sull'imparzialità dell'arbitro, in Riv. arb., 1998, p. 1-6; F. Carpi, L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità, cit., 2018, p. 187; S. La China, L'arbitrato. Il sistema e l'esperienza, 4a ed., Milano, 2011, p. 81 ss., spec. p. 102 ss.; G. Verde, Lineamenti di diritto dell'arbitrato, 5a ed., Torino, 2015, p. 81 ss., spec. p. 96 ss. su capacità, obblighi e responsabilità degli arbitri; A. Briguglio, Epigramma sulla ricusazione degli arbitri (con due note a pié di pagina), in Giur. it., 2004, p. 460; V. Colesanti, Volontà delle parti e regolamenti arbitrali (con particolare riguardo a quello della Camera arbitrale di Milano), in Riv. dir. proc., 2011, p. 246; F. P. Luiso, Il nuovo art. 832 c.p.c., in Riv. arb., 2007, p. 349 ss.; sulla necessaria equidistanza dell'arbitro dalle parti, v. ancora, M. Taruffo, Note sull'imparzialità dell'arbitro di parte, in Riv. arb, 1997, p. 483 ss.; E. Fazzalari, L'etica dell'arbitrato, Riv. arb., 1992, p. 2 ss.; L. Dittrich, L'imparzialità dell'arbitro nell'arbitrato interno e internazionale, in Riv. dir. proc., 1995, p. 144 ss.; C. Consolo, Arbitri di parte non neutrali?, in Riv. arb., 2001, p. 9 ss.; ancora C. Consolo, Imparzialità degli arbitri. Ricusazione, in Riv. arb., 2005, p. 727 ss.; F. Carpi, Libertà e vincoli nella recente evoluzione dell'arbitrato, in www.judicium.it(9 marzo 2006), p. 1 ss.; sul rapporto arbitri-parti, sulla imparzialità degli arbitri e la equilibrata composizione del collegio arbitrale, C. Punzi, Disegno sistematico dell'arbitrato, I, 2a ed., Padova, 2012, rispettivamente p. 479 ss. e p. 571 ss. F. Auletta, Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione, in Giurisprudenza arbitrale, 2/2016, p. 457 ss.; C. Giovannucci Orlandi, Sub art. 815 c.p.c. , in Arbitrato, Commentario diretto da F. Carpi, 3a ed., Bologna, 2016, p. 348 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, Sub art. 829 c.p.c., in Arbitrato, Commentario diretto da F. Carpi, 3a ed., Bologna, 2016, p. 879 ss.; ancora C. Giovannucci Orlandi, L'imparzialità dell'arbitro: essere o apparire?, in Contratto e impresa, 1994, p. 1179 ss.; sull'imparzialità dell'arbitro e consenso alla sua nomina v. C. Cecchella in Aa.Vv., L'arbitrato, (a cura di C. Cecchella), Torino, 2005, p. 99 ss., spec. p. 103; v. altresì, ampliamente, C. Spaccapelo, L'imparzialità dell'arbitro, Milano, 2009, passim; F. Tizi, L'imparzialità dell'arbitro e del tribunale arbitrale, Santarcangelo di Romagna, 2015, passim; A. Panzarola, Intorno ai rimedi per denunziare la parzialità dell'arbitro, nota a Cass. 15 novembre 2010, n. 23056, in *Riv. arb.*, 2010, p. 675 ss.; P. Pellegrinelli, *Può dirsi garantita l'imparzialità nel giudizio arbitrale?*, in *Riv. arb.*, 2016, p. 553 ss.; F. Benatti, Arbitrato irrituale: deontologia ed etica, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 1999, p. 139 ss.; E. Ricci, Note sull'arbitrato amministrato, in Riv. dir. proc., 2002, p. 17 ss.; e, in generale, per una visione d'insieme, L. Salvaneschi, Dell'arbitrato (art. 806-840), in S. Chiarloni (a cura di), Commentario del codice di procedura civile, Libro IV-Dei procedimenti speciali, Bologna, 2014, passim; sull'ultima riforma v. anche F. Corsini, Riflessioni a prima lettura sulla riforma dell'arbitrato, in www.judicium.it (8 maggio 2006); E. Odorisio, Prime osservazioni sulla disciplina dell'arbitrato, in Riv. dir. proc., 2006, p. 258 ss.; V. Di Gravio, L'indipendenza dell'arbitro, cit., p. 195. In tema di responsabilità degli arbitri v. F. Carpi, L'indipendenza e la imparzialità dell'arbitro. La sua responsabilità, cit., p. 191; F. Auletta, Arbitri e responsabilità civile, in Riv. arb., 2005, p. 745-772; M. Bove, Responsabilità degli arbitri, in Riv. arb., 2014, p. 265 ss. Sulla problematica dell'indipendenza del collegio arbitrale nell'arbitrato in materia di contratti pubblici, v. anche gli autori indicati supra nota n. 32. In giurisprudenza v., in particolare, Cass., 15 novembre 2010, n. 23056, in Riv. dir. proc., 2011, p. 389, con nota di C. Punzi, Sui limiti di impugnabilità del lodo arbitrale per difetto di imparzialità dell'arbitro, 391, la quale evidenzia che in sede di impugnazione del lodo non possono essere denunciate tutte le questioni relative all'imparzialità dell'arbitro, che possono formare oggetto di istanza di ricusazione, ma può essere denunciata solo la nullità del lodo provocata dalla radicale incapacità dell'arbitro di svolgere la sua funzione, per un legame attuale con una delle parti che determina una coincidenza di interessi ad una determinata soluzione della controversia oggetto del giudizio arbitrale. [44] In www.anticorruzione.it.



Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Seconda parte)

di Ilaria Lombardini

DEL 25 FEBBRAIO 2020

Sommario

2.5. La procedura arbitrale nei contratti pubblici

3. Considerazioni conclusive

2.5. La procedura arbitrale nei contratti pubblici

Nel vigente Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture le disposizioni che disciplinano la procedura arbitrale non sono numerose. Diversamente dal passato - v., per esempio, il decreto interministeriale del 2 dicembre 2000 n. 398, Regolamento recante le norme di procedura del giudizio[1], in cui la procedura arbitrale era dettagliata in modo molto articolato - nessun regolamento procedurale è stato ancora emanato.

La disposizione "chiave" per la procedura è l'art. 209, comma 10, c.c.p., che rinvia per tutti gli aspetti non espressamente regolamentati nel Codice dei contratti pubblici alle disposizioni previste per l'arbitrato *ad hoc* o di diritto comune disciplinato nel Codice di procedura civile; ne deriva che nel Codice dei contratti pubblici sono indicate solo le disposizioni integrative di quest'ultimo.

In questi anni la Camera arbitrale per i contratti pubblici ha pubblicato dei Comunicati che mirano a completare le previsioni degli artt. 209 e 210 del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016) in materia di arbitrato (e che sono disponibili sul sito dell'ANAC).

Di recente, la questione della necessità di un "Regolamento" è tornata di attualità, in quanto, la legge di con-

versione del cd. "Decreto sblocca cantieri" (<u>L. 14 giugno 2019, n. 55</u>), che ha introdotto il Collegio tecnico consultivo[2], ha previsto la sostituzione dei provvedimenti attuativi del Codice dei contratti pubblici (Linee guida redatte dall'ANAC e decreti ministeriali), con un unico Regolamento, che, come è avvenuto per i precedenti codici dei lavori pubblici, dovrebbe contenere anche norme più dettagliate riguardo alla procedura nell'arbitrato nei contratti pubblici.

Prendiamo ora rapidamente in esame le regole di procedura presenti negli artt. 209 e 210 del Codice dei contratti pubblici, che sono state espressamente dettate dal legislatore[3].

Un rilievo significativo assume la sede dell'arbitrato.

Secondo l'art. 209, comma 9, le parti possono fissare la sede del collegio arbitrale nelle città in cui si trovano le sezioni regionali dell'Osservatorio dei contratti pubblici. In mancanza di una scelta, oppure se non vi è accordo fra le parti, la sede dell'arbitrato sarà obbligatoriamente fissata presso la sede della Camera arbitrale per i contratti pubblici, dunque a Roma. La scelta del legislatore comporta numerose conseguenze.

Come noto, infatti, la sede dell'arbitrato rileva in particolare per individuare il giudice competente per la nomi-

^[1] In Gazzetta Ufficiale, n. 3 del 4 gennaio 2001.

^[2] Il Collegio consultivo tecnico è stato introdotto dall'art. 1 commi da 11 a 14 del cd. "Decreto sblocca cantieri": decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, coordinato con la l. di conversione 14 giugno 2019, n. 55, recante: "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici". (Gazz. Uff. - Serie generale - n. 140 del 17 giugno 2019, entrata in vigore il 18 giugno 2019). Allo scopo di prevenire controversie relative all'esecuzione del contratto le parti potranno convenire che prima dell'avvio dell'esecuzione, o comunque non oltre novanta giorni da tale data, sia costituito un collegio consultivo tecnico con funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie di ogni natura suscettibili di insorgere nel corso dell'esecuzione del contratto stesso (comma 11). Ma il Collegio tecnico consultivo opererà solo "fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50". In argomento v. I. Lombardini, Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (ex art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la l. di conversione 14 giugno 2019, n. 55), in Riv. arb. 4/2019, p. 827 ss.

^[3] Per una trattazione più ampia si rinvia a l. Lombardini, *L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici"* (<u>d.lgs. n. 50 del 2016</u>), (*Parte seconda*), cit., pp. 713-727.



na dell'arbitro di parte in caso di inerzia della parte *ex*<u>art.</u> 810, comma 2, c.p.c.; per la sostituzione dell'arbitro *ex*<u>art.</u> 811 c.p.c.; per il deposito del lodo ai sensi dell'art. 825 c.p.c., e, soprattutto per l'impugnazione del lodo *ex* artt. 828 ss. c.p.c.[4].

Inoltre l'insediamento a Roma della controversia presso la Camera arbitrale comporta la conseguente esclusione di altre sedi, distribuite invece sul territorio, e dunque più vicine ai luoghi della causa[5].

Le regole di procedura specifiche espressamente indicate nel Codice dei contratti pubblici, come si è detto, non sono numerose

È stabilito che ciascuna delle parti nella domanda di arbitrato o nell'atto di resistenza alla domanda, designa l'arbitro di propria competenza (art. 209, comma 4) e che, al fine della nomina del collegio arbitrale, la domanda di arbitrato, l'atto di resistenza ed eventuali controdeduzioni sono trasmessi alla Camera arbitrale. Contestualmente alla nomina del presidente, la Camera arbitrale per i contratti pubblici comunica alle parti la misura e le modalità del deposito da effettuarsi in acconto del corrispettivo arbitrale. Il presidente del collegio arbitrale nomina, se necessario, il segretario, scegliendolo tra il personale interno all'ANAC (art. 209, comma 8).

I terminiche gli arbitri hanno fissato alle parti per le loro allegazioni e istanze istruttorie possono essere considerati perentori solo se vi sia una previsione in tal senso o nella convenzione di arbitrato o in un atto scritto separato o nel regolamento processuale che gli arbitri stessi si sono dati (art. 209, comma 11).

Inoltre, la disposizione concernente le prove, è molto sin-

tetica: con riguardo agli strumenti istruttori utilizzabili, l'art. 209, comma 10, c.c.p. sancisce che tutti i mezzi di prova previsti dal Codice di procedura civile sono ammissibili, con esclusione del giuramento in tutte le sue forme. Le disposizioni concernenti il lodo arbitrale riprendono i principi generali del Codice di procedura civile, ma con delle particolarità che conviene segnalare (art. 209, commi 12-15, Codice dei contratti pubblici). Il lodo si considera pronunciato nel momento in cui è apposta la sua ultima sottoscrizione, e diviene efficace con il suo deposito presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici (comma 12)[6].

Solo successivamente il lodo è depositato presso la cancelleria del tribunale ai sensi e per gli effetti di cui all'articolo 825 del Codice di procedura civile. Secondo l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Relazione annuale 2015, 240 ss.) la ratio della disposizione è «non soltanto nel riconoscimento del servizio reso a tutti i soggetti coinvolti nelle controversie, ma anche nella funzione che il deposito riveste sotto il profilo della pubblicità e della trasparenza dei dati riferibili alla giustizia arbitrale e del relativo controllo». Ne consegue che il deposito presso la Camera arbitrale è una condizione necessaria affinché il lodo produca i suoi effetti[7]. Conviene anche ricordare che il deposito del lodo presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici è effettuato, a cura del collegio arbitrale, "in tanti originali quante sono le parti, oltre a uno per il fascicolo d'ufficio ovvero con modalità informatiche e telematiche determinate dall'A-NAC[8]. Su richiesta di parte il rispettivo originale è restituito, con attestazione dell'avvenuto deposito, ai fini degli

^[4] Dato che la fissazione della sede dell'arbitrato è devoluta alle parti, ma che, qualora non venga raggiunto un accordo, o non vi sia alcuna indicazione della sede del collegio arbitrale, la sede è determinata ex lege presso la Camera arbitrale per i contratti pubblici, è sufficiente che l'amministrazione non raggiunga l'accordo perché la sede divenga quella della Camera arbitrale per i contratti pubblici: Roma, con l'ulteriore conseguenza di attrarre la competenza per i giudizi di impugnazione presso un'unica corte d'appello: quella di Roma. Si v. C. Punzi, L'arbitrato per la risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche, in L'appalto fra pubblico e privato, Quaderno n. 4, Riv. trim. dir. proc. civ. , Milano, 2001, p. 108. I. Lombardini, L'arbitrato nel "Nuovo codice dei contratti pubblici" (d. Igs. n. 50 del 2016), (Parte seconda), cit., p. 718 s.

^[5] P. Biavati, Gli arbitrati nei lavori pubblici: la procedura, in Riv. trim. dir. e proc. civ., 2002, p. 34; v. anche F. P. Luiso, La camera arbitrale, cit., p. 419.

^[6] Entro quindici giorni dalla pronuncia del lodo, va corrisposta, a cura degli arbitri e a carico delle parti, una somma pari all'uno per mille del valore della relativa controversia, da versare direttamente all'ANAC.

^[7] Ci si è chiesti se il giudice, chiamato a conferire esecutività al lodo, abbia il poter di vagliare se quest'ultimo, in quanto sottoposto alle norme del Codice dei contratti pubblici, sia o meno stato depositato presso la Camera arbitrale affinché esso acquisti i suoi effetti tipici. Dal combinato disposto degli artt. 209, comma 13, Codice dei contratti pubblici ed art. 825 c.p.c. non si evince una risposta univoca e incontroversa (v. l. Lombardini, L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici" (d.lgs. n. 50 del 2016), (Parte seconda), cit., p. 720 s.).

^[8] Con la Delibera ANAC n. 48 del 30 gennaio 2019 (in Gazzetta ufficiale Serie generale n. 39 del 15-02-2019) sono state specificate le caratteristiche di formazione e trasmissione del lodo arbitrale in originale digitale e le modalità di assolvimento dell'imposta di bollo, precisando altresì la permanenza della possibilità di trasmissione del lodo nelle forme attualmente vigenti (v. la *Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019*, cap. 15.3.3, p. 332).



adempimenti di cui all'articolo 825 del codice di procedura civile" (comma 13).

Per quanto concerne i mezzi di impugnazione, l'art. 209, comma 14, c.c.p., stabilisce che "Il lodo è impugnabile, oltre che per motivi di nullità, anche per violazione delle regole di diritto relative al merito della controversia". Il termine previsto per l'impugnazione del lodo arbitrale è di novanta giorni dalla notificazione del medesimo; l'impugnazione non è più proponibile dopo il decorso di centoottanta giorni dalla data del deposito del lodo presso la Camera arbitrale (comma 14). In questo medesimo articolo 209, comma 15, conviene infine sottolineare la volontà del legislatore di limitare le ipotesi nelle quali la sospensione dell'esecuzione del lodo arbitrale può essere chiesta: soltanto per motivi "gravi" e "fondati". Inoltre, "quando sospende l'efficacia del lodo, o ne conferma la sospensione disposta dal presidente, il collegio verifica se il giudizio è in condizione di essere definito. In tal caso, fatte precisare le conclusioni, ordina la discussione orale nella stessa udienza o camera di consiglio, ovvero in una udienza da tenersi entro novanta giorni dall'ordinanza di sospensione; all'udienza si pronuncia a norma dell'articolo 281-sexies del codice di procedura civile. Se ritiene indispensabili incombenti istruttori, il collegio provvede su di essi con la stessa ordinanza di sospensione e ne ordina l'assunzione in una udienza successiva di non oltre novanta giorni; quindi provvede ai sensi dei periodi precedenti").

Alle spese di arbitrato il Codice dei contratti pubblici dedica ben sei commi, i commi <u>16-21</u> dell'art. 209 c.c.p., con

l'obiettivo di rendere prevedibile il costo della procedura e di prevenire così gli eccessi di spese che hanno, in passato, caratterizzato gli arbitrati in materia di lavori pubblici[9]. Innanzi tutto conviene notare che è la Camera arbitrale per i contratti pubblici che, secondo il comma 16, determina con apposita delibera il compenso degli arbitri nei limiti stabiliti con decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti[10].

Il corrispettivo a saldo per la decisione della controversia è versato dalle parti, nella misura liquidata dalla Camera arbitrale, nel termine di trenta giorni dalla comunicazione del lodo (comma 17).

È ancora la Camera arbitrale che provvede alla liquidazione degli onorari e delle spese di consulenza tecnica, ove disposta (comma 18)[11].

La norma di chiusura del capitolo spese arbitrali, il <u>comma 21</u>, stabilisce che le parti sono tenute solidalmente al pagamento del compenso dovuto agli arbitri e delle spese relative al collegio e al giudizio arbitrale, salvo rivalsa fra loro (avendo già previsto al <u>comma 20</u> che il collegio arbitrale, se accoglie parzialmente la domanda, compensa le spese del giudizio in proporzione al rapporto tra il valore della domanda e quello dell'accoglimento).

Dunque, con riguardo alle disposizioni sulle spese è opportuno rimarcare che, al fine di prevenire eventuali episodi di corruzione o, comunque, di scarsa trasparenza, gli importi dei corrispettivi dovuti per la decisione delle controversie sono versati direttamente alla Autorità nazionale anticorruzione, ANAC (comma 19), e che non è il collegio arbitrale nel lodo a decidere sulla determinazione de-

^[9] C. Giovannucci Orlandi, L'arbitrage en matière de travaux publics en Italie, in Rev. arb. 2001 p. 494.

^[10] Al fine di contenere le spese, sono vietati incrementi dei compensi massimi legati alla particolare complessità delle questioni trattate, alle specifiche competenze utilizzate e all'effettivo lavoro svolto. "Il compenso per il collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può comunque superare l'importo di 100 mila euro, da rivalutarsi ogni tre anni. Per i dirigenti pubblici resta ferma l'applicazione dei limiti di cui all'articolo 23-ter del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, nonché all'articolo 1, comma 24 della legge 6 novembre 2012, n. 190. L'atto di liquidazione del compenso e delle spese arbitrali, nonché del compenso e delle spese per la consulenza tecnica, costituisce titolo per l'ingiunzione di cui all'articolo 633 del codice di procedura civile. Fino alla data di entrata in vigore del decreto di cui al primo periodo, si applica l'articolo 216, comma 22". Ma, attualmente, il Decreto MIT (Ministero delle infrastrutture e dei trasporti) del 31 gennaio 2018 ha posto fine al regime di diritto transitorio disposto sul punto dei compensi dei collegi arbitralidal Codice, basato sulla permanenza in essere della disciplina contenuta nel d.m. 398/2000, concernente ladeterminazione di parametri e limiti. Al suddetto decreto (aggiornabile con cadenza triennale come da previsione di legge) la Camera arbitrale ha dato immediata attuazione successivamente alla sua entrata in vigore (aprile 2018). Per maggiori dettagli sulla ricomposizione dei limiti alla quantificazione dei compensi arbitrali, "cruciale per la economicità delle procedure arbitrali, e che avrebbero potuto minare la certezza, prevedibilità e credibilità complessiva del sistema", quali: - rimodulazione del compenso minimo e massimo stabilito con riferimento a ciascun scaglione, fermo restando il limite assoluto di 100.000 euro stabilito dal Codice, senza correttivi in aumento previsti invece nel decreto 398/2000; - predeterminazione, all'interno del compenso complessivamente spettante al collegio arbitrale, del criterio di riparto, tra il presidente e gli altri componenti, v. la Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, cap. 15.3.2., p. 330 ss.). [11] Per quanto concerne i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto (ancora l'art. 209, comma 18, del d.lgs. 50/2016), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da 49 a 58 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste.



gli onorari, poiché questa dipende interamente dalla Camera arbitrale, secondo parametri, come si è detto, fissati dalla legge.

3. Considerazioni conclusive

Dopo questa breve analisi della attuale regolamentazione dell'arbitrato nei contratti pubblici conviene compiere alcune riflessioni conclusive. Innanzi tutto occorre purtroppo registrare lo scarso utilizzo l'arbitrato per la risoluzione delle controversie insorte durante l'esecuzione dei contratti pubblici, riflesso della questione più generale della limitata diffusione tanto degli arbitrati *ad hoc*, quanto degli arbitrati amministrati in Italia[12].

Da un punto di vista più generale si può dire che se è sicuramente condivisibile lo sforzo di prevenire e reprimere la corruzione e l'illegalità nella pubblica amministrazione, incentivando la trasparenza e la correttezza delle procedure negli appalti pubblici nonché la funzione di controllo e monitoraggio svolta dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), sembra però eccessiva la diffidenza verso l'arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, espressa imponendo a pena di nullità l'obbligo di autorizzazione motivata da parte degli organi di governo della pubblica amministrazione per poter adire la via arbitrale (art. 1, comma 19, 1, n. 190/2012, su cui v. la già citata recente pronuncia Corte cost. 20 febbraio-20 marzo 2019, n. 58).

Si tratta infatti di previsioni che da una parte frenano l'utilizzo dell'arbitrato in materia di contratti pubblici,

dall'altra si pongono in netta controtendenza con la scelta di valorizzare l'istituto arbitrale compiuta dal legislatore nel più ampio ambito delle controversie con la pubblica amministrazione, scelta effettuata nell'art. 1, comma 1, d.l. n. 132/2014, convertito con modificazioni dalla legge di conversione n. 162/2014, concernente, come noto, i cosiddetti arbitrati di prosecuzione (o la translatio in arbitrato), in cui viene previsto per le controversie di valore non superiore a 50.000 euro in materia di responsabilità extracontrattuale o aventi ad oggetto il pagamento di una somma di denaro «nel caso in cui sia parte del giudizio una pubblica amministrazione, il consenso di questa alla richiesta di promuovere il procedimento arbitrale avanzata dalla sola parte privata si intende in ogni caso prestato, salvo che la pubblica amministrazione esprima il dissenso scritto entro 30 giorni dalla richiesta". Il favor per la scelta arbitrale, espresso nella sopra citata norma, è palese, ove si rifletta sul fatto che alla pubblica amministrazione è accollato l'onere di rifiutare per iscritto la proposta di arbitrato, per cui il meccanismo di silenzio-assenso appare volto a incentivare il ricorso all'arbitrato (anche se per controversie di valore non particolarmente elevato)[13]. Occorre riconoscere che l'arbitrato in materia di contratti pubblici, come disciplinato dal Codice in vigore, non sembra in grado di rispondere efficacemente ai bisogni specifici del settore. Con riguardo alle criticità del processo arbitrale in materia di contratti pubblici, si lamenta soprat-

1) l'alto costo dei giudizi arbitrali anche in ragione dell'ele-

^[12] V. la Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, cit., (cap. 15), 325 ss., spec. 238 s.: "L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale", con riguardo all'andamento delle attività della Camera arbitrale. Sulle prospettive di riforma dell'arbitrato in materia di contratti pubblici, v. gli Interventi e le Relazioni di autorevole dottrina in Corte Nazionale Arbitrale, Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale, in Arbitrare. Quaderni della Corte nazionale Arbitrale, cit., p. 1-149; v. anche I. Lombardini, Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (ex art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la 1. di conversione 14 giugno 2019, n. 55), cit., p. 827 ss.

^[13] Così D. Borghesi, *La delocalizzazione del contenzioso civile: sulla giustizia sventola bandiera bianca?*, in *www.judicium.it* (5.12.2014), p. 3 s.; v. anche V. Vigoriti, *Il trasferimento in arbitrato: l'inizio di un'inversione di tendenza?* in *www.judicium.it* (1/10/2014), p. 1 ss.; L. Viola, *Arbitrato di prosecuzione dopo la legge di degiurisdizionalizzazione* (*l. 162/2014*), in *www.judicium.it* (12.2.2015), p. 1 ss.; C. Consolo, *Un d.l. processuale in bianco e nerofumo sull'equivoco della "degiurisdizionalizzazione"*, in *Corr. giur.*, n. 10/2014, p. 1173 ss.; A. Briguglio, *Nuovi ritocchi in vista per il processo civile: mini-riforma ad iniziativa governativa, con promessa di fare (si confida su altri e più utili versanti) sul serio, in <i>www.giustiziacivile.com*; A. Romano, *Il trasferimento dinanzi ad arbitri delle cause civili pendenti ex art. 1 d.l. 12 settembre 2014*, n. 132, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 474 ss.; S. Chiarloni, *Minime riflessioni critiche su trasferimento in arbitrato e negoziazione assistita*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, p. 221 ss.; M. Pilloni, *L'"ultima" riforma della giustizia civile: la legge n. 162/2014* di conversione del d.l. n. 132/2014 e gli interventi di degiurisdizionalizzazione per l'eliminazione dell'arretrato civile (Parte prima), in *Studium luris*, n. 7-8/2015, p. 755 ss.; F. Corsini, *Il trasferimento in sede arbitrale dei giudizi pendenti*, Relazione al Seminario: *La "degiurisdizionalizzazione" per il recupero dell'efficienza del processo civile?*, tenutosi a Modena il 16.01.2015; C. Punzi, *Le nuove frontiere dell'arbitrato*, in *Riv. dir. proc.*, 2015, p. 11 ss.; E. Zucconi Galli Fonseca, *L'arbitrato lite pendente*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 2015, p. 233 ss. V. già in precedenza la scelta di valorizzare l'istituto arbitrale espressa nella nota pronuncia Corte cost. 19 luglio 2013, n. 223, su cui v. il commento di I. Lombardini, *La parola alla Corte costituzionale (C. Cost. 19 luglio 2013, n. 223)*: nei rapporti tra arbitri ed auto



vato tasso di soccombenza della pubblica amministrazione (con conseguenze inique e dannose per l'Erario), sulla base dell'asserita tesi che lo strumento arbitrale sarebbe strutturato e applicato al fine di favorire le imprese appaltatrici. A ben vedere, i probleminon sono ascrivibili tanto al ricorso alle vie arbitrali anziché al giudice, quanto piuttosto alle condotte delle stazioni appaltanti, anche nella fase esecutiva, degli appalti pubblici (es. sospensioni illegittime dei lavori, ritardi, sussistenza di andamenti anomali dei lavori, rallentamenti, mancati collaudi o ritardo nell'effettuazione delle operazioni di collaudo, applicazioni di penali illegittime, ecc.);

- la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale: nel 2018 si tratta in media di 459 giorni per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di 646 giorni per quelli condotti secondo il rito libero[14];
- 3) il rischio di corruzione (su cui v. *infra* in questo paragrafo). Non si può negare la necessità indifferibile di prevenire e neutralizzare sia eventuali fenomeni di corruzione, che costituiscono (come anche recenti episodi hanno confermato) il vulnus a monte degli appalti pubblici, sia la necessità di evitare e controllare, a valle, aspetti di «opacità» nell'arbitrato in materia di opere pubbliche. Tuttavia, e malgrado le criticità sopra delineate, bisogna riconoscere che l'arbitrato- pur non essendo il rimedio per tutti i mali in materia di risoluzione delle controversie negli appalti di opere pubbliche - presenta molti vantaggi: è un istituto alternativo al processo civile in grado di consentire una più rapida ed efficiente risoluzione del contenzioso anche nei contratti inerenti a lavori servizi e forniture e per le pubbliche amministrazioni rappresenta un indubbio vantaggio il fatto di limitare sia le risorse assorbite nella gestione del contenzioso, sia i risvolti negativi che le lungaggini processuali possono avere sul completamento delle opere o l'erogazione dei servizi (a cui corrisponde peraltro un beneficio per le parti private in termini di celerità di riscossione dei crediti reclamati).

Certo, al fine di meglio garantire l'indipendenza e l'im-

parzialità del collegio arbitrale, e, dunque, prevenire conflitti di interesse, sarebbe opportuno introdurre anche nel Codice dei contratti pubblici (e non solo prevederlo in un Comunicato della Camera arbitrale), l'obbligo di c.d. disclosureo dichiarazione di indipendenza, e sanzionarne la violazione. Alcuni passi in avanti su questo percorso sono stati compiuti: laddove ad esempio la <u>l. n. 190/2012</u> e, in seguito, il d.lgs. n. 33/2013, e la 1. n. 114/2014 (che ha convertito con modifiche il d.l. n. 90/2014) hanno introdotto obblighi di pubblicità e controllo/monitoraggio anche tramite l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) per incentivare la trasparenza e la correttezza delle procedure in cui è parte una pubblica amministrazione, in una prospettiva non solo di razionalizzazione e contenimento dei costi inutili, ma anche di contrasto (prevenzione e repressione) del fenomeno della corruzione[15].

Con riguardo a quest'ultimo punto, si ricorda che il legislatore ha previsto invece la stesura di un Regolamento in sostituzione delle Linee guida dell'ANAC (nel recente d.l. 18 aprile 2019, n. 32[16], coordinato con la <u>l. di conversio</u>ne 14 giugno 2019, n. 55, recante: "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici"[17], al fine di rilanciare gli investimenti pubblici e di facilitare l'apertura dei cantieri per la realizzazione delle opere pubbliche), e ha anticipato all'art. 1, comma 1, del suddetto "Decreto sblocca cantieri", una "riforma complessiva del settore". Le parole chiave che sembrano indicare la traiettoria di questa ennesima riforma sono: realizzazione (delle opere pubbliche), accelerazione, sburocratizzazione, efficienza.

Come è stato già precisato in questo scritto (v. *supra* 1), nel caso specifico dell'arbitrato negli appalti pubblici scarsa trasparenza e «opacità» nonché casi di corruzione per anni hanno inciso negativamente sull'utilizzo dell'istituto[18]. Attualmente però il potere di conferma degli arbitri designati dalle parti attribuito alla Camera arbitrale, che si aggiunge alla designazione e nomina del presiden-

^[14] Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, cit., (cap. 15.1), 325 ss. V. anche M. Clarich, Cantieri in ritardo e appalti bloccati, l'alibi delle sentenze, in Guida al dir., n. 47/2019, p. 10 s.

^[15] V., ampliamente, sul tema dell'etica del processo in generale: Etica del processo e doveri delle parti. Atti del XXIX Convegno nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, tenutosi a Genova il 20-21 settembre 2013, Bologna, 2015, passim.

^[16] In Gazz. Uff.- Serie generale - n. 92 del 18 aprile 2019.

^[17] In Gazz. Uff. - Serie generale - n. 140 del 17 giugno 2019, entrata in vigore il 18 giugno 2019.

^[18] Si vis il mio, Quali nuove prospettive di riforma per l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici in Italia?, in Scritti in onore di Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira, 2019, Tirant Lo Blanch, Brasil, p. 735 ss.; v. anche Marone, Favor arbitratus e arbitrato amministrato in materia di contratti pubblici, in Riv. arb., 2018, p. 1 ss.



te del collegio ad opera della medesima Camera arbitrale, soddisfacendo l'esigenza di trasparenza (in virtù del <u>d.lgs. 50/2016</u> nel settore dei contratti pubblici e, più in generale, del <u>d.lgs. 97/2016</u> nella pubblica amministrazione) dovrebbe ridurre i fenomeni di *maladministration*.

Sempre al fine di realizzare la trasparenza (anche nell'arbitrato nei contratti pubblici), "uno dei pilastri per un'efficace azione di prevenzione della corruzione ma anche un principio entrato ormai a pieno titolo nella costituzione materiale del Paese"[19] la Camera arbitrale ha proseguito «nell'azione di diffusione, con puntuali forme di pubblicità e trasparenza, dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni (ivi compreso l'eventuale momento del contenzioso), per il rafforzamento delle finalità istituzionali di integrità e di legalità in settori che presentano più alti gradi di rischio di fenomeni corruttivi»[20]. Un elemento rilevantein questa direzioneè costituito dalla pubblicità sui "procedimenti arbitrali e relativi agenti" (che dovrebbe contribuire a prevenire o evidenziare eventuali conflitti di interesse), come stabilito già dalla legge di delega n. 11/2016, art. 1, lett. aaa), e dal successivo Codice dei contratti pubblici all'art. 210, comma 13, per cui

la Camera arbitrale per i contratti pubblici (v. il Comunicato n. 1 del 19/01/2017) cura la Pubblicazione, nel sito internet dell'Anac, dei lodi arbitrali depositati presso la stessa Camera arbitrale per i contratti pubblici[21].

In particolare la Camera, dopo aver disposto, con il Comunicato n. 1 del 2017, oltre alla pubblicazione dei dati relativi agli arbitrati, anche la pubblicazione integrale dei testi dei lodi depositati nel rispetto della disciplina della tutela della riservatezza dei dati personali, ha disciplinato nel corso del 2018 le modalità necessarie per la pubblicazione, con decorrenza da gennaio 2019, previa opportuna revisione e informazione agli interessati, dell'albo degli arbitri; ciò al fine di perseguire un livello di trasparenza sempre più elevato con riguardo all'attività della Camera stessa[22].

Le finalità di progressiva informatizzazione dei processi e di "informazione giuridica" non possono che influire positivamente su trasparenza, imparzialità e integrità dei procedimenti arbitrali nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, anche se non saranno la panacea di tutti i mali di cui soffre il settore degli appalti pubblici nel nostro Paese[23].

^[19] In questi termini v. Intervento del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione R. Cantone, che accompagna la Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, in www.anticorruzione.it, 8; cfr. in argomento anche la sentenza della Corte Costituzionale n. 20 del 21 febbraio 2019.

^[20] V. Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, cit., p.325 ss.

^[21] In www.anticorruzione.it, v. anche sul tema D'angiolella, La nuova disciplina dell'arbitrato e degli altri strumenti alternativi per la soluzione delle controversie in materia di contratti pubblici: luci ed ombre, cit., p. 345 ss., spec. p. 378.Cfr. anche l'Audizione del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone, 1a Commissione Affari Costituzionali della Camera dei Deputati, 25 giugno 2019: Prime note in materia di prevenzione dei conflitti di interesse, diR. Cantone e F. Merloni, in www.anticorruzione.it.

^[22] V.ancora la Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, cit.,325 ss. Sulla necessità di contemperare procedure chiare e trasparenti nella conduzione del procedimento arbitrale e nella rendicontazione delle spese, garantendo al contempo però la confidenzialità e la riservatezza v. Druetta, in Aa.Vv., Quinto rapporto annuale sull'arbitrato. L'impresa e il contenzioso: scegliere l'arbitrato, Atti del Convegno annuale organizzato dalla Corte Nazionale Arbitrale tenutosi a Roma il 19 giugno 2018, in Arbitrare, Quaderni della Corte Nazionale Arbitrale, cit., p. 66.

^[23] Nella riscrittura della c.d. *riforma complessiva del settore*, prevista dal c.d. "Decreto Sblocca cantieri",non va però dimenticato che "il settore degli appalti ha assoluto bisogno di stabilità e certezza delle regole, e non di continui cambiamenti che finiscono per disorientare gli operatori economici e i funzionari amministrativi", Pertanto, l'auspicio è "quello di proseguire sulla strada intrapresa, evitando di rincorrere ricette banalizzanti, che sembrano perseguire l'obiettivo, non della condivisibile sburocratizzazione del sistema amministrativo, ma di una inaccettabile *deregulation*, già vista in opera nel Paese negli anni scorsi con risultati deletri anche sul fronte della lotta alla corruzione" (così l'Intervento del Presidente dell'Autorità Nazionale Anticorruzione R. Cantone, che accompagna la Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, cit., rispettivamente p. 12 e p. 22).



DECRETO INGIUNTIVO E PROVA SCRITTA

La prova scritta nel procedimento di ingiunzione e di opposizione a decreto ingiuntivo [1]

di Stefano Alberto Villata

DEL 26 FEBBRAIO 2020

Sommario

- 1. I modelli dei procedimenti sommari di tutela del credito.
- 2. La genesi del decreto ingiuntivo nell'ordinamento italiano.
- 3. Efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo opposto
- 4. Sommarietà e prova scritta nel decreto ingiuntivo
- 5. Prova scritta e provvisoria esecutività ex 642 c.p.c.
- 6. Procedimento di opposizione e provvedimenti ex art. 648 e 649 c.p.c.

1. I modelli dei procedimenti sommari di tutela del credito.

Il procedimento di ingiunzione è tradizionalmente qualificato come un procedimento sommario, ove per sommarietà si intende la circostanza che il processo si svolge in maniera difforme rispetto al rito ordinario di cognizione precostituito per legge che dovrebbe dar luogo alla cognizione piena. Si tratta di un processo, quindi, che subisce delle limitazioni rispetto al rito ordinario; limitazioni che possono riguardare ad esempio l'ambito delle questioni che sono oggetto di cognizione (come avviene nella condanna con riserva di eccezioni di cui all'art. 35 c.p.c. rappresenta un caso emblematico, laddove alcuni elementi della fattispecie costitutiva in senso ampio - l'esistenza del controcredito, fatto estintivo del credito azionato - vengono esclusi dall'ambito della decisione del giudice). La limitazione può poi riguardare i mezzi di prova utilizzabili dal giudice che vengono ridotti ad alcuni specifici mezzi (tipicamente, la prova documentale) escludendosi tutti gli altri. Ed ancora, la sommarietà può discendere dal fatto che la trattazione e l'istruzione probatoria sfuggono alla predeterminazione delle forme tipiche del processo ordinario: si pensi al procedimento cautelare, nel quale il giudice, a mente dell'art. 669 sexies c.p.c., procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai fini e ai presupposti del provvedimento richiesto; si tratta peraltro di (indefinito) "modello" procedimentale che tanto è piaciuto al legislatore, sì da utilizzarlo anche in processi che aspirerebbero a produrre una decisione munita dell'efficacia (di giudicato) tipica del processo a cognizione piena, quale, ad esempio, il processo sommario ex art. 702 bis c.p.c. È altresì sommario il procedimento che venga, eccezionalmente (stante la precettività diretta degli artt. 24 e 111 cost.) condotto in assenza di contraddittorio (che dovrà poi comunque esserci, quanto meno nella forma del contraddittorio differito).

Il procedimento di ingiunzione è perciò *sommario*, sia perché si svolge senza contraddittorio del debitore[2], sia anche perché il giudice utilizza, per la formazione del proprio convincimento, solo selezionati mezzi di prova e aggiungo - anticipando un elemento di struttura fondamentale per la comprensione dell'istituto - mezzi di prova che potrebbero non avere alcuna efficacia probatoria all'interno dell'ordinario processo di cognizione che segue, nell'ipotesi in cui il debitore intenda poi opporre il decreto ingiuntivo. Ed è sommario anche perché la cognizione è li-

^[1] Testo rielaborato di una relazione tenuta in occasione di un incontro di studio tenutosi il 20 gennaio 2020, dal titolo "La procedura monitoria e il giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo: questioni aperte" presso la struttura territoriale di formazione del distretto di Roma della Scuola Superiore della Magistratura

[2] Così ad esempio C. Consolo. Spiegazioni di diritto processuale civile. Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale. Tori-

^[2] Così ad esempio C. Consolo, Spiegazioni di diritto processuale civile, I, Le tutele (di merito, sommarie ed esecutive) e il rapporto giuridico processuale, Torino, 2019, 178.



mitata ai fatti costitutivi del diritto (e, come si vedrà, ai fatti oggetto di eccezione in senso lato che risultino *ex actis*).

Sempre in via di inquadramento generale appare anche utile distinguere, nell'ambito dei procedimenti c.d. monitori, tra monitorio puro e monitorio documentale: il procedimento monitorio puro trova una prima caratteristica espressione nella legge austriaca n. 67 del 1873 (Gesetz uber das Mahnverfahren): sulla semplice richiesta scritta o anche orale (Gesuch) del creditore, entro determinati limiti di valore (200 scellini), il Tribunale competente emette un ordine condizionato di pagamento (bedingte Zahlungsbefehle) con l'avvertimento al debitore che egli può fare opposizione. Se il debitore si oppone con una semplice dichiarazione di opposizione (e ciò può avvenire oralmente o per iscritto) senza bisogno di motivi, l'ordine di pagamento perde ogni sua forza e spetta al creditore (ri)avviare un procedimento di cognizione piena per far accertare l'esistenza del suo credito. Se invece il debitore non si oppone, l'ordine condizionato acquista efficacia esecutiva e contro di esso non è ammesso altro rimedio se non una forma di rimessione in termini, ove il debitore dimostri di non aver potuto proporre opposizione nel termine a causa di un avvenimento imprevisto o inevitabile[3]. Si parla di procedimento monitorio puro perché il provvedimento del giudice viene emesso sulla base delle affermazioni unilaterali del ricorrente, senza offerta di prove; al contempo la semplice opposizione (anche non motivata) fa cadere l'ingiunzione di pagamento. Un esempio attuale di tale forma di *monitorio* la si ritrova, con qualche variazione[4], nell'ingiunzione di pagamento europeo di cui al Regolamento CE/1896/2006.

Il processo *monitorio documentale* presuppone invece che il giudice emetta il provvedimento senza contraddittorio, soltanto se la domanda sia corredata da una prova particolarmente qualificata (ovvero scritta): l'opposizione del debitore non toglie efficacia al provvedimento ma dà luogo ad un giudizio a contraddittorio pieno ad esito del quale l'ingiunzione verrà confermata o meno; tradizionalmente si indica come primo esempio di monitorio do-

cumentale il *Mandatsverfahren* di cui ai § 548 della ZPO austriaca nella sua versione originale[5]: il provvedimento viene emesso soltanto se il credito è fondato su prova scritta peraltro qualificata (equivalente all'atto pubblico e alla scrittura privata autenticata).

2. La genesi del decreto ingiuntivo nell'ordinamento italiano

Il decreto ingiuntivo non era presente, per come lo conosciamo, nel codice del 1865 se non limitatamente alla riscossione delle spese giudiziali e ai crediti dei difensori nei confronti dei propri mandanti e clienti: prevedeva l'art. 279 c.p.c. 1865 che per le spese dovute da clienti e mandanti (come pure per gli onorari degli avvocati) il presidente del Tribunale rilasciasse in calce alla nota predisposta dal creditore ordine di pagamento con efficacia di sentenza esecutiva e suscettibile di opposizione da parte del debitore con ricorso.

Insomma, si trattava di un procedimento più simile a quello monitorio puro (cioè fondato solo sulla richiesta del creditore) che al procedimento di ingiunzione documentale che oggi conosciamo. Il provvedimento, addirittura esecutivo, veniva emesso sulla base della sola nota predisposta dal creditore e, a seguito dell'opposizione, si avviava un processo di cognizione con rinvio del procedimento a udienza fissa. Procedimento monitorio puro che costituiva certamente una forma - che oggi chiameremmo - differenziata di tutela del credito, se non privilegiata. Curiosità antiquaria giuridica: un modello di procedimento monitorio puro viene anche previsto, con ambito territoriale, limitato per la Libia da una legge del 1913 e per crediti sino a 500 lire.

Solo con il <u>r.d. 1036 del 1922</u> il decreto ingiuntivo acquisiva generale ambito di applicazione a tutela dei diritti di credito di danaro di ogni natura (purché liquido ed esigibile) e assumeva i caratteri di come oggi lo conosciamo, ovvero procedimento senza contraddittorio nel quale il giudice è chiamato a valutare la fondatezza della pretesa creditoria sulla base di prove scritte (e non già più solo fondato sulle dichiarazioni unilaterali della parte, pretesa, creditrice); prove scritte che dovevano coincidere con

^[3] V. al riguardo F. Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione speciale*, in *Opere giuridiche*, vol. IX, *Esecuzione forzata e procedimenti speciali*, Roma, 2019 (rist.), 9 ss., spec. 12.

^[4] V. al riguardo F. Calamandrei, Il procedimento monitorio nella legislazione speciale, cit., 14 s.

^[5] Le deviazioni principali rispetto al modello del *monitorio puro* sono rappresentate dal fatto che il giudice deve effettuare, a mente dell'art. 8 del Regolamento, una valutazione di fondatezza (o meglio, di non infondatezza), quanto meno *in iure*, della domanda e il ricorrente deve indicare i mezzi di prova a fondamento della sua domanda di ingiunzione. Sul punto si veda per tutti A.A. Romano, *Il procedimento europeo di ingiunzione di pagamento:* Regolamento (CE) N. 1896/2006 del 12 dicembre 2006, Milano, 2009, 76.



quelle efficaci ai sensi del codice civile e del codice di commercio; un procedimento monitorio documentale quindi più simile al Mandatsverfahren austriaco che al suo antesignano di cui all'art. 279 c.p.c. 1865. Non solo, l'opposizione determinava la sospensione dell'efficacia esecutiva del decreto e l'apertura di un giudizio di cognizione all'esito del quale l'ingiunzione sarebbe stata confermata o meno con pronunzia sul merito dell'esistenza del credito. Ciò che mancava era però la possibilità di attribuire al decreto, in corso di opposizione, efficacia esecutiva[6], posto che appunto l'opposizione (anche manifestamente pretestuosa) privava di efficacia esecutiva il decreto.

Il decreto ingiuntivo è poi oggetto di un'incisiva riforma nel 1936 con il r.d. 1531 con una disciplina molto vicina a quella del codice di procedura civile attuale: viene ampliata la nozione di prova scritta (che comprende anche prove che non rispettano i requisiti del codice civile o del codice di commercio); viene consentita l'emissione del decreto ingiuntivo sulla base delle scritture contabili dell'imprenditore (o delle amministrazioni pubbliche); la procedura per la riscossione dei crediti degli avvocati viene riformata prevedendo la necessità di accompagnare alla «nota spese» anche il parere della «competente associazione sindacale» (salvo che l'ammontare delle spese e delle prestazioni risulti da una tariffa obbligatoria); viene estesa la possibilità di ricorrere al procedimento ingiuntivo con nota e parere anche agli altri professionisti; viene disciplinata la concessione della provvisoria esecutività in sede sia di emanazione sia di opposizione.

Si arriva poi alla codificazione del 1940 che riprende, sostanzialmente immutata, la disciplina del <u>r.d. del 1936</u>.

3. Efficacia di giudicato del decreto ingiuntivo opposto

Sempre in via di inquadramento sistematico, non occorre passare in rassegna le diverse teorie che si sono interrogate sull'efficacia del decreto ingiuntivo non opposto e sulla natura della giurisdizione esercitata nel procedimento *de quo* (cioè se ci troviamo a forme di giurisdizione esecutiva, di cognizione o *tertium genus*, intermedio tra le due, come ad esempio sosteneva Carnelutti[7]). O ancora, se con il ricorso il creditore eserciti un'azione diversa da quella

ordinaria di condanna o se ciò costituisca un'inutile superfetazione.

Si può, per una volta, dare per presupposto - cosa assai rara nel nostro campo del diritto - che il decreto ingiuntivo non opposto, che diviene esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c., non si limiti a costituire titolo esecutivo, ma produca effetti di accertamento immutabili e sia quindi idoneo alla cosa giudicata sostanziale.

Numerosi sono gli elementi sistematici - al di là dell'ambigua formulazione dell'art. 647 c.p.c. - dai quali si può inferire, con ragionevole certezza, che il decreto ingiuntivo non opposto è equiparabile, quanto agli effetti di accertamento di cui all'art. 2909 cod. civ., alla sentenza emanata all'esito di un ordinario giudizio di cognizione. Basti pensare all'art. 656 c.p.c. che prevede che il decreto esecutivo ai sensi dell'art. 647 c.p.c. possa impugnarsi sia con opposizione di terzo revocatoria sia con revocazione (straordinaria) di cui ai nr. 1, 2, 3 e 6 dell'art. 395 c.p.c.; rimedi straordinari previsti contro i provvedimenti giurisdizionali idonei alla cosa giudicata Non solo, ma la stessa norma prevede anche che il decreto non opposto sia soggetto a revocazione per il nr. 5 dell'art. 395 c.p.c. ovvero per contrarietà con altra sentenza avente efficacia di giudicato tra le parti: certamente la scelta del legislatore del codice di procedura civile appare criticabile perché non si vede ragione per la quale tale vizio del provvedimento non possa essere dedotto esclusivamente con l'opposizione e prima che il decreto diventi esecutivo per mancata opposizione e sia invece deducibile, con la revocazione, post rem iudicatam[8]: resta il fatto che dalla previsione di tale rimedio deriva logicamente che al decreto ingiuntivo deve riconoscersi efficacia (di accertamento e giudicato) analoga a quella di una sentenza emessa all'esito di un giudizio di cognizione ordinaria, essendo il rimedio della revocazione ex art. 395, nr. 5 funzionale proprio ad evitare un contrasto di giudicati.

Ricorderò soltanto che una certa dottrina (a partire da Redenti) ritiene che il decreto ingiuntivo opposto, in quanto frutto di cognizione sommaria senza contraddittorio, produrrebbe solamente una preclusione-presunzione *pro iudicato* fondata sulla duplice circostanza che il giu-

^[6] V. al riguardo già F. Calamandrei, *Il procedimento monitorio nella legislazione speciale*, cit., 19 ss. che rileva come detto procedimento risulti dalla fusione del monitorio puro con il processo documentale del diritto tedesco che dà luogo ad un procedimento sommario ove l'oggetto della cognizione è limitato dal fatto che il giudice esamina solo fatti (costitutivi od oggetto di eccezione) documentalmente provati e pronuncia quindi una condanna con riserva di eccezioni.

^[7] Così ad esempio G. Scarselli, *In difesa dell'<u>art. 648, 1° comma, c.p.c.</u>*, in *Foro it.*, 1996, I, 2343 ss., spec. par. 3 testo e nt. 22.

^[8] F. Carnelutti, *Istituzioni del processo civile italiano*, 5a ed., vol. III, Roma, 1956, 43 ss. per il quale l'ingiunzione servirebbe a comporre una lite da pretesa insoddisfatta.



dice, seppur inaudita altera parte, abbia ritenuto fondato il ricorso e che l'altra parte non sia insorta con l'opposizione[9]: tale preclusione ovviamente impedirebbe, al fine di tutelare "il frutto della vittoria" conseguito dal creditore, la condictio indebiti e l'opposizione all'esecuzione. Fermo ciò, il provvedimento non opposto non produrrebbe effetti di accertamento su questioni diverse dall'esistenza del diritto di credito: in altri termini, non potrebbero desumersi dal decreto «effetti o conseguenze che vadano oltre i limiti della pura e semplice protezione di quanto conseguito o conseguibile in sede di esecuzione». Tale ricostruzione, seppur non condivisa dalla giurisprudenza della Suprema Corte, ha un suo razionale che vorrei sinteticamente esprimere proprio per contrasto con la posizione della giurisprudenza di legittimità partendo da un esempio concreto: divenuto esecutivo, per mancata opposizione, un decreto ingiuntivo di condanna al pagamento di un canone di locazione, può il conduttore (ma anche il locatore) in un successivo giudizio avente ad oggetto altri canoni o altri obblighi nascenti dal contratto di locazione, sostenere che tale contratto è invalido/inefficace o «risolubile» per un inadempimento verificatosi prima del referente temporale? La risposta del Supremo Collegio (ad esempio, la recente 19113/2018[10]) è negativa: "il giudicato sostanziale conseguente alla mancata opposizione di un decreto ingiuntivo copre non soltanto l'esistenza del credito azionato, del rapporto di cui esso è oggetto e del titolo su cui il credito ed il rapporto stessi si fondano, ma anche l'inesistenza di fatti impeditivi, estintivi e modificativi del rapporto e del credito precedenti al ricorso per ingiunzione e non dedotti con l'opposizione. Il giudicato conseguente alla mancata tempestiva opposizione avverso un decreto ingiuntivo avente ad oggetto il pagamento dei canoni del rapporto di locazione copre quindi anche il fatto impeditivo rappresentato sia dall'inadempimento del locatore quale causa di risoluzione del contratto che dal relativo controcredito risarcitorio del conduttore". Se con questo principio, tradizionalmente affermato, si combina anche quanto ci hanno insegnato le Sezioni Unite, con le note sentenze gemelle del 2014[11] in tema di invalidità negoziale e di giudicato (anche solo in motivazione) e pure solo implicito sulla (non)nullità del contratto ogni qual volta venga riconosciuta l'esistenza di un diritto nascente dal contratto, risulta evidente che il decreto ingiuntivo non opposto è in grado di dispiegare effetti di accertamento che vanno ben al di là del singolo diritto di credito, del singolo canone di locazione, della singola rata di mutuo. Il che, d'altro canto, dovrebbe imporre, da un lato, al giudice del monitorio uno sforzo di analisi nell'individuare l'eventuale sussistenza di nullità negoziali (operazione che è difficilmente esigibile, in concreto), dall'altro lato dovrebbe imporre, alle parti (e ai loro difensori) ancor più attenzione nel decidere se opporre o non opporre un decreto ingiuntivo che riguardi un diritto (anche di minimale valore economico) discendente da un contratto, posto che la mancata opposizione potrebbe appunto condurre ad un giudicato tale da precludere qualsivoglia contestazione sulla validità ed efficacia del rapporto contrattuale[12].

In conclusione, proprio alla luce degli orientamenti della giurisprudenza in tema di giudicato (implicito) sulla validità ed efficacia del rapporto fondamentale, la *preclusio pro iudicato* di redentiana memoria rappresenterebbe oggi, a mio avviso, una risposta equilibrata.

4. Sommarietà e prova scritta nel decreto ingiuntivo

Si è accennato al fatto che il procedimento di ingiunzione è un tipico procedimento sommario, in quanto la decisione del giudice è emanata: (a) in assenza di contraddittorio; (b) sulla base delle sole prove documentali prodotte dal ricorrente (senza che la controparte abbia avuto modo di prendere posizione su tali prove, ad esempio, disconoscendo la propria sottoscrizione, o esibendo prova contraria); (c) su un ambito di cognizione limitato ai fatti costitutivi e alle questioni rilevabili d'ufficio emergenti ex actis.

Occorre però, a mio avviso, ragionare sulla nozione di prova scritta. Già da queste sintetiche notazioni dovrebbe peraltro emergere un primo dato importante: il decreto ingiuntivo si fonda (salvo limitati casi in cui è prodotto un atto pubblico o una scrittura privata autenticata, che sarebbero già peraltro titoli esecutivi) su una prova documentale, in qualche modo, *inferiore* rispetto a quella che conosciamo perché, quanto meno, non corroborata dal mancato disconoscimento della parte.

Non potendosi applicare il meccanismo del disconosci-

^[9] Cfr. al riguardo E. Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, Milano, 2012, 327 s.

^[10] V. la posizione da ultimo espressa in E. Redenti, M. Vellani, Diritto processuale civile, Milano, 2011, 593.

^[11] Cass., sez. VI, ord. <u>18 luglio 2018</u>, n. <u>19113</u>

^[12] Mi riferisco a Cass., sez. Un., <u>12 dicembre 2014</u>, n. <u>26242</u> e <u>26243</u>.



mento/riconoscimento ci si chiede poi se il giudice debba comunque ritenere sempre attendibili le sottoscrizioni dei documenti prodotti o se invece, a fronte dell'impossibilità di applicare le regole di prova legale di cui all'art. 2702 cod. civ., debba piuttosto valutare l'autenticità della prova documentale secondo il suo prudente apprezzamento ex art. 116 c.p.c. [13]. La risposta mi pare possa essere in questo secondo senso: accadrà di rado che il giudice disponga degli strumenti - ad esempio scritture di comparazione - che gli consentano di dubitare dell'autenticità della sottoscrizione, ma si pensi all'ipotesi in cui ci si trovi di fronte a due scritture, imputate dal ricorrente al debitore, con firme differenti? Non potendo "scegliere" tra le due scritture, quale sia l'autentica, il giudice dovrebbe ritenere prive di efficacia probatoria entrambe. O ancora, si consideri l'ipotesi in cui risulti (dalla documentazione prodotta dal ricorrente) che il debitore abbia contestato stragiudizialmente l'autenticità della scrittura posta a fondamento del ricorso[14].

Altra questione che si può porre è se la prova scritta debba riguardare direttamente il fatto principale (i.e. la fattispecie costitutiva del diritto dedotto in giudizio) ovvero possa anche riguardare fatti secondari sui quali costruire, tramite inferenza, la prova del fatto principale; in altri termini, ci si è chiesti se sia ammessa la prova per indizi nel procedimento per ingiunzione. La risposta dovrebbe essere a mio avviso positiva, nei limiti in cui: (a) si tratti di indizi gravi, precisi e concordanti, non essendo sufficiente una prova per presunzioni di grado inferiore (arg. ex art. 633 ult. comma, il quale, solo in relazione alla prova dell'adempimento si accontenta di "elementi tali da far presumere"); (b) siano rispettati i limiti di ammissibilità previsti dal codice civile, che, come noto, sono analoghi a quelli previsti per la testimonianza (con riguardo alla prova dei contratti, remissioni di debito e pagamenti). Dal che consegue, ad esempio, che non sarà consentita la prova indiziaria di una transazione[15] o di un contratto per il quale sia prevista la forma scritta addirittura *ad substantiam*.

E allora ci si può chiedere se costituisca prova indiziaria del credito una ricevuta di consegna di merce, sottoscritta dal cliente, che evidentemente non prova direttamente la conclusione di una compravendita, ma solo la sua eventuale esecuzione[16]. Analogo discorso potrebbe farsi per la fattura - che rientra tra "gli atti giuridici a contenuto partecipativo, consistendo nella dichiarazione indirizzata all'altra parte di fatti concernenti un rapporto già costituito" - alla quale la Suprema Corte riconosce al più natura di indizio (curiosamente di formazione unilaterale) della stipulazione del contratto, causa petendi del credito[17]. Ma anche le ulteriori norme del codice di procedura confermano che la prova documentale sufficiente per l'emanazione del decreto ingiuntivo potrebbe non rivestire la stessa efficacia probatoria nel giudizio a cognizione piena: lo ammette il <u>primo comma del 634 c.p.c.</u> per la quale sono prove scritte idonee promesse e polizze per scrittura privata o telegrammi, «anche se mancanti dei requisiti prescritti dal codice civile»; o si pensi ancora agli estratti autentici delle scritture contabili che, in deroga ai principi di cui all'art. 2710 cod. civ., possono essere utilizzate da imprenditori e lavoratori autonomi (e quindi anche i liberi professionisti[18]), per i crediti relativi a somministrazioni di merci, denaro e prestazioni di servizi, anche contro persone che non esercitano attività imprenditoriale o di lavoro autonomo. Si tratta di documenti di formazione unilaterale (che certamente non verranno formate a caso, soprattutto perché gravide di conseguenze tributarie) ma la cui utilizzabilità in seno del procedimento monitorio fa scivolare il nostro monitorio documentale non molto lontano da un procedimento monitorio puro. Tanto più laddove si percorra l'ulteriore passo di ritenere prova scritta sufficiente la fattura che non è null'altro che un documen-

^[13] Nel senso che i principi enunciati dalle sentenze gemelle del 2014 impongono al giudice e alle parti significativi oneri e potrebbero condurre a risultati antideflattivi rispetto a quelli auspicati dal Supremo Collegio, v. ad es., A. Giussani, *Appunti dalla lezione sul giudicato delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 1564
ss., spec. 1565 s. V. anche. G. Verde, *Sulla rilevabilità d'ufficio delle nullità negoziali*, in *Riv. dir. proc.* 2015, 747 ss., spec., 750 che evidenzia come i difensori, al
fine di evitare giudicati impliciti sulla validità del negozio, si ispireranno «ai chilometrici atti difensivi di un tempo [...] nei quali per cautela si avanzavano tutte le
pretese, le richieste, le eccezioni e le difese immaginabili onde evitare di lasciare in qualche posto angoli senza protezione».

^[14] Così ad esempio, E. Garbagnati, Il procedimento di ingiunzione, cit., 69 s. V. anche A. Ronco, Struttura e disciplina del rito monitorio, Torino, 2000, 123 s.

^[15] Ipotesi di A. Ronco, *Struttura e disciplina del rito monitorio*, cit., 124 che evidenzia, come, laddove il giudice si convinca dell'apocrifia dovrà rigettare il ricorso; in caso di dubbio dovrà invece essere richiesta l'integrazione documentale di cui all'art. 640 c.p.c.

^[16] Analogamente A. Ronco, Struttura e disciplina del rito monitorio, cit., 118.

^[17] Scettico al riguardo è ad esempio E. Garbagnati, *Il procedimento di ingiunzione*, cit., 74, nt. 139 che osserva come l'eventuale prova della consegna della merce non esclude che la stessa sia avvenuta per titolo diverso dalla compravendita o per errore.

^[18] V. ad esempio Cass., sez. III, <u>3 aprile 2008, n. 8549</u>.



to che costituisce il sottostante delle registrazioni del libro fatture i cui estratti rappresentano prova scritta sufficiente per il decreto (tant'è che vi è chi, in dottrina, ritiene che il decreto possa essere concesso soltanto se la fattura è accompagnata dal relativo estratto autentico[19]).

Sempre nell'ambito dei documenti di formazione unilaterali vanno considerati l'estratto conto certificato dal dirigente di cui al <u>50 TUB</u>.

Vi è infine la parcella dell'avvocato, accompagnata dal parere del competente ordine professionale (non necessario ove esista una tariffa legalmente approvata; ipotesi ormai desueta). Al di là della discussa permanenza in vigore - a seguito dell'abrogazione delle tariffe - della possibilità per l'avvocato di ottenere decreto ingiuntivo sulla base della propria parcella accompagnata dal parere dell'ordine professionale, resta il fatto che ci troviamo di fronte, ancora una volta, sostanzialmente ad un procedimento monitorio (quasi) puro fondato su un documento unilaterale e accompagnato, quale stampella ai fini della liquidità, dal parere dell'ordine professionale. Sul punto, va segnalato l'orientamento del Tribunale di Roma, espresso in recenti provvedimenti, contrario all'emissione di decreti ingiuntivi ex art. 636 c.p.c.; orientamento per il quale il parere di cui all'art. 13 della legge professionale non coinciderebbe con quello che l'art. 636 c.p.c. poneva a presupposto della concessione del decreto ingiuntivo all'avvocato operante nel previgente sistema tariffario[20]: mi permetto solo di evidenziare che il nr. 2 dell'art. 636 c.p.c. impone che la nota sia accompagnata dal parere dell'ordine professionale soltanto se non vi sia una tariffa legalmente determinata: il che vale a dire che il parere prescinde dalla tariffa e l'abrogazione della tariffa non dovrebbe avere impatto diretto sulla norma. In ogni caso il problema dovrebbe essere parzialmente superato se si considera che il lavoratore autonomo può

fornire la sufficiente prova scritta con l'esibizione delle proprie scritture obbligatorie, tra le quali vi potrà essere l'iscrizione della fattura il cui importo viene unilateralmente determinato. Mi chiedo se a questo punto non sarebbe più prudente fidarsi del parere di opinamento dell'ordine professionale, ma tant'è!

La condotta analisi della *prova scritta* e il riferimento alla natura documentale o pura del procedimento monitorio vuol mettere in luce una circostanza, a mio avviso, decisiva: i decreti ingiuntivi possono essere sostenuti da una prova che ha un *diverso* grado di resistenza nel successivo giudizio di opposizione; il che, a mio avviso, assume rilevanza fondamentale al momento dell'adozione del provvedimento che il giudice dell'opposizione è chiamato a rendere alla prima udienza: sospendere l'efficacia esecutiva eventualmente concessa ex <u>642 c.p.c.</u> ovvero concederla ex <u>648 c.p.c.</u>

Ferma la circostanza che il codice di procedura civile considera prove scritte - ai soli fini dell'emissione dell'ingiunzione di pagamento -documenti che sarebbero privi di qualsiasi efficacia probatoria nel giudizio ordinario, compete comunque al creditore l'onere della prova dei fatti costitutivi della sua pretesa (onere della prova agevolato dalla regola di prova legale di cui si è detto[21]), mentre il giudice potrà rilevare d'ufficio l'esistenza di fatti impeditivi, modificativi o estintivi che emergano *ex actis*, sempre che ovviamente si tratti di eccezioni in senso lato rilevabili d'ufficio; con la necessità, già vista, di un profondo scrutinio relativo alla validità ed efficacia del titolo posto a fondamento del credito; scrutinio non certo agevole in difetto delle difese della controparte.

Non vi è invece nulla di particolare da dire sui poteri del giudice in relazione all'applicazione delle norme di diritto che saranno quelli ordinari, seppur non coadiuvati dal contraddittorio.

^[19] Innovazione introdotta dall'art. 15, comma 1, lett. b della l. 22 maggio 2017, n. 81.

^[20] Così A. Ronco, *Procedimento per decreto ingiuntivo*, in S. Chiarloni, C. Consolo, *I procedimenti sommari e cautelari*, Torino, 2005, 131. V. anche Cass., sez. III, <u>3 aprile 2008, n. 8549</u> per la quale La fattura, ove proveniente da un imprenditore esercente attività commerciale e relativa fornitura di merci o prestazioni di servizi (anche a cliente non esercente, a sua volta, la medesima attività), rappresenta idonea prova scritta del credito quale richiesta ex lege per l'emissione di un decreto ingiuntivo, *sempre che ne risulti la regolarità amministrativa e fiscale*.

^[21] V. <u>Trib. Roma, decr. 7 maggio 2018</u>, consultabile al seguente url: http://www.ordineavvocatims.it/attachments/979_tribunale-roma-decreto-07.05.2018.pdf: in particolare, secondo il Tribunale capitolino l'<u>art. 636 c.p.c.</u> sarebbe strettamente ancorato all'(abrogato) sistema delle tariffe e incompatibile con il principio della libera contrattazione del compenso all'atto del conferimento dell'incarico. «Una volta affermata (<u>art. 9, comma 4, 1. n. 24 del 2012</u>) e ribadita (<u>art. 13, comma 2, l. n. 247 del 2012</u>) la regola della pattuizione del compenso all'atto del conferimento dell'incarico, non può postularsi la coesistenza di un sistema di liquidazione del credito del professionista secondo uno schema non dissimile da quello operante prima della generalizzata abrogazione del sistema tariffario. Se non al prezzo di tradurre la duplice *voluntas legis* di liberalizzare il mercato delle professioni e di non sottoporre il cliente a pretese che non siano state previamente concordate e rese a lui note», con la conseguenza che dovrebbe escludersi che il parere di cui all'<u>art. 9</u> della nuova legge professionale coincida o sostituisca quello che l'<u>art. 636 c.p.c.</u> poneva a presupposto del decreto ingiuntivo.



5. Prova scritta e provvisoria esecutività ex 642 c.p.c.

Sempre seguendo il filone della *diversa* prova scritta che può sostenere l'ingiunzione di pagamento, qualche riflessione merita, a mio avviso, anche la concessione del decreto ingiuntivo provvisoriamente esecutivo, non tanto in relazione ai casi in cui lo stesso sia fondato su assegno o cambiale (documento normalmente avente già efficacia esecutiva e per i quali si potrebbe ipotizzare l'utilizzo del decreto ingiuntivo, quando ad esempio non siano in regola *ab origine* con il bollo[22]), ma in relazione sia alla sussistenza del "pericolo del grave pregiudizio nel ritardo" sia della "documentazione sottoscritta dal debitore comprovante il diritto fatto valere".

Con riguardo al pericolo di grave pregiudizio, si dice usualmente che si tratta di un potere discrezionale da esercitarsi tenendo conto del fatto che il decreto è emesso inaudita altera parte e cercando di scongiurare che l'esercizio dell'azione esecutiva possa restare infruttuoso o il suo ritardato esercizio possa nuocere gravemente al creditore (ad esempio, conducendolo all'insolvenza[23]): vi è da chiedersi se nell'anticipazione dell'efficacia esecutiva (ovvero del principale effetto al quale mira ogni creditore che agisce in giudizio) il giudice non debba tener conto, in un bilanciamento di interessi tipico dei fenomeni anticipatori (e impregiudicata la qualificazione in termini cautelari dei provvedimenti ex artt. 642, 648 e 649 c.p.c.), della sussistenza del fumus boni iuris, ovvero, ad esempio, dell'efficacia probatoria (nel futuro giudizio di opposizione) della prova scritta offerta a fondamento della richiesta di ingiunzione[24], come pure dell'eventuale manifesta sussistenza di eventuali eccezioni (non rilevabili d'ufficio), quale ad esempio la prescrizione[25].

Recente dottrina si è mostrata dubbiosa al riguardo, limitando la discrezionalità concessa della norma alla valutazione del *periculum* [26] ;a me pare che tanto più il provvedimento concesso sia assimilabile ad un monitorio puro (per la, sostanzialmente, nulla ordinaria efficacia probatoria della prova scritta), tanto meno si giustifica un'anticipazione dell'efficacia esecutiva, idonea a pregiudicare sensibilmente (e a volte irrimediabilmente[27]) gli interessi del debitore. Senza dimenticare che il giudice, quale controcautela, ben potrebbe far uso del potere di imporre cauzione; istituto che non mi risulta di frequente, risultando forse per il giudicante più semplice non concedere la provvisoria esecutività.

Quanto alla documentazione sottoscritta dal debitore, innanzi tutto dalla stessa deve risultare la prova di tutti i fatti costitutivi (ivi incluso l'adempimento della controprestazione, per la quale l'art. 633 c.p.c. si accontenta di qualcosa di meno - «elementi che facciano presumere»). In secondo luogo, certamente sarà documento idoneo la scrittura privata autentica (che è già per sé titolo esecutivo) e quella (ipotesi rara) eventualmente giudizialmente già verificata. Ci si chiede poi se sia sufficiente una scrittura privata (ovviamente non ancora disconosciuta ma neppure riconosciuta), oppure sia necessario qualcosa di più di quello che è necessario per l'ottenimento del decreto ingiuntivo, quale, si esemplifica, un riconoscimento di debito o una promessa di pagamento ovvero un documento idoneo a dare maggiore certezza del credito.

A me sembra che quest'ultima posizione, rappresentata da pronunce di alcuni Tribunali[28], non sia del tutto condivisibile: nel momento in cui il legislatore ha previsto che si potesse ottenere un decreto ingiuntivo esecutivo trami-

^[22] Regola di prova legale a contrario per la quale il giudice deve attribuire efficacia probatoria a documenti che altrimenti non l'avrebbero.

^[23] Nega però che al decreto ingiuntivo concesso sulla base di cambiale non in regola con il bollo possa essere attribuita efficacia esecutiva ex art. 642 c.p.c. ad es., E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo: le questioni aperte*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2018, 1039 ss., spec. 1047 che rileva però che la cambiale potrebbe rientrare nell'ipotesi della seconda parte del secondo comma della norma citata (documentazione sottoscritta dal debitore).

^[24] Cfr. E. Gabellini, La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo, cit., 1049 s. che propone anche l'esempio del credito alimentare.

^[25] E. Gabellini, La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo, cit., 1050 ritiene che vi debba essere alla base del decreto ingiuntivo una prova qualificata. Il ragionamento dell'autrice trova conferma nella sua ricostruzione della clausola di provvisoria esecutività quale avente natura autonoma rispetto alla pronuncia di merito con la conseguenza che la stessa si può basare su presupposti diversi da quelli richiesti per la pronuncia del decreto ingiuntivo.

^[26] Così anche E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo*, cit., 1051 che si spinge sino a ritenere che il giudice debba però richiedere ex <u>art. 640 c.p.c.</u> elementi idonei a dimostrare l'eventuale interruzione della prescrizione.

^[27] V. ad esempio E. Zucconi Galli Fonseca, *Il procedimento di ingiunzione*, in L. Dittrich (diretto da), *Diritto processuale civile. Trattato Omnia*, Milano, 20194193 ss., spec. 4220.

^[28] A tutti è noto l'orientamento della giurisprudenza - più volte sottoposto al (positivo) vaglio della Corte Costituzionale (ad es., ord. 151 del 1998, ord. 546/2000) - che ritiene che, una volta avviata l'esecuzione forzata, anche in caso di sospensione ex 649 c.p.c., il pignoramento conserva i suoi effetti; effetti che - si pensi ad un pignoramento di conti correnti, peraltro per la somma pignorata incrementata per la metà- possono pregiudicare ad esempio la capacità di adempiere alle proprie obbligazioni del debitore e portare il debitore all'insolvenza. Non a caso, in dottrina si invita ad un uso cauto del detto potere di concessione della provviso-



te documentazione sottoscritta dal debitore, ha probabilmente tenuto conto della "multiformità" di prova scritta che può sostenere l'emissione del decreto ingiuntivo (si è visto che in taluni casi ci troviamo di fronte a documenti ordinariamente privi di efficacia) ed ha quindi voluto prevedere una tutela rafforzata di quel creditore che potesse esibire un documento (o anche più documenti) sottoscritto(i) dalla controparte che fotografi l'intera fattispecie costitutiva del diritto di credito: così ad esempio, a fronte di un contratto di fornitura di merci, la documentazione sottoscritta dal debitore non dovrà riguardare solo il contratto ma anche la concreta ricezione, senza riserve, delle merci per le quali si chiede l'ingiunzione[29]. Mi sembra invece eccessivo richiedere un riconoscimento di debito (fermo restando che tale riconoscimento ben potrà giustificare la concessione della provvisoria esecutività ex art. 642 c.p.c.); e proprio per superare i dubbi di costituzionalità da taluno avanzati in relazione a tale ipotesi[30], dovrebbe divenire impellente l'applicazione di una controcautela tramite cauzione.

6. Procedimento di opposizione e provvedimenti ex art. 648 e 649 c.p.c.

Non voglio intrattenermi sulla disputata natura dell'opposizione a decreto ingiuntivo e se in particolare allo stesso debba riconoscersi o meno la qualificazione di mezzo di impugnazione: certo è che l'opposizione non mette fuori campo - come invece accadeva nel monitorio puro austriaco e come accade nell'ingiunzione di pagamento europeo - il provvedimento *inaudita altera parte*. Basti pensare all'art. 647 c.p.c. (la mancata costituzione dell'opponente determina l'esecutorietà, e immutabilità del decreto) o anche all'art. 653 c.p.c. (l'estinzione dell'opposizione determina lo stesso effetto), all'art. 648 sulla con-

cessione della provvisoria efficacia esecutiva alla prima udienza del giudizio di opposizione, al combinato disposto degli artt. 642 e 649 dai quali si desume che il decreto emesso immediatamente esecutivo conserva la sua efficacia, pendente il giudizio di opposizione, salvo sospensione da parte del giudice di tale ultimo procedimento. Quello che mi pare possa essere ampiamente condiviso è che si tratti comunque di un giudizio *sui generis*: non è un giudizio di impugnazione per la ragione che l'opposizione dà luogo ad un giudizio di primo grado che ha ad oggetto l'esistenza del diritto di credito e non solo la validità del decreto emesso; non è un giudizio di primo grado consueto, proprio perché il decreto conserva un ruolo preminente ed è oggetto della sentenza che definisce il giudizio.

Rilevo che le pronunce della giurisprudenza della Suprema Corte che negano natura di impugnazione all'opposizione a decreto ingiuntivo giudicano di ipotesi in cui l'opposta soluzione avrebbe condotto a draconiane sanzioni di improcedibilità, ad esempio, nel caso in cui l'opponente non avesse prodotto, al momento della costituzione, il decreto opposto[31].

Non mi sembra peraltro che dalla qualificazione nell'uno o nell'altro senso debba discendere per forza la soluzione di ogni problema pratico, anzi. Mi riferisco ad esempio alla questione, ormai da qualche mese rimessa alle Sezioni Unite in ordine all'individuazione del soggetto (se debitore opponente o creditore opposto) tenuto ad avviare, pena l'improcedibilità, la mediazione (in caso in cui essa sia obbligatoria)[32]. A seconda della posizione che si assume (opposizione come impugnazione o come ulteriore fase del procedimento avviato con l'azione monitoria) si sarebbe tentati di risolvere la questione in un modo (onere dell'opponente) o in quello opposto (onere appunto dell'opposto): non mi pare un atteggiamento condivisi-

ria esecutività fondato sulla sussistenza del periculum (v. ad es., A. Ronco, Struttura e disciplina del rito monitorio, cit., 291.

^[29] V. ad esempio, Trib. Torino, 10 aprile 2014, consultabile al seguente url: https://www.giurisprudenzadelleimprese.it/wordpress/wp-content/uplo-ads/2014/11/20140410_RG6847-20141.pdf: "Sembra [...] maggiormente rispondente alla interpretazione sistematica delle norme in materia di procedimento per ingiunzione, ed in particolare di quelle che riguardano la immediata o provvisoria efficacia delle ingiunzione di pagamento, quella secondo cui la documentazione proveniente dal debitore contemplata dal secondo comma dell'articolo 642 citato sia una documentazione ulteriore rispetto alla prova scritta necessaria per la pronunzia della ingiunzione, consistente, come accennato, in una promessa di pagamento od in un riconoscimento di debito o, comunque, idonea a dare maggiore certezza in ordine alla effettiva esistenza del credito» citando Trib. Milano, 12 dicembre 2006, in Giur. it., 2007, 2276.

^[30] In tal senso sembrerebbe anche E. Zucconi Galli Fonseca, Il procedimento per ingiunzione, cit., 4220 s. testo e nt. 123.

^[31] Ad esempio, da R. Conte, Esecuzione provvisoria, in S. Chiarloni (diretto da), Le recenti riforme del processo civile, t. II, Bologna, 2007, 1207 ss., spec. 1208 ss. [32] V. ad es., Cass., sez. I, 13 luglio 2015, n. 14582: "L'opposizione a decreto ingiuntivo, pur essendo volta ad infirmare o modificare il decreto opposto, presupponendo quindi che quest'ultimo non sia divenuto irrevocabile, non costituisce un mezzo d'impugnazione, e non è pertanto soggetta alla relativa disciplina, con la conseguenza che la produzione della copia notificata del decreto opposto non è richiesta a pena d'improcedibilità, ma solo quale mezzo necessario per la verifica della tempestività dell'opposizione, e quindi come condizione di ammissibilità della stessa, la cui prova può essere desunta anche dai documenti prodotti dalla controparte o comunque acquisiti al processo".



bile; ma neppure condivisibile è l'invocazione, un po' fuori contesto, dei principi costituzionali della ragionevole durata del processo per sostenere che l'opponente avrebbe tale onere in quanto, con l'opposizione, avrebbe scelto "la soluzione più dispendiosa, osteggiata dal legislatore" intendendo "precludere la via breve per percorrere la via lunga"[33]. La via giurisdizionale (seppur breve) è stata scelta innanzi tutto dal creditore opposto e l'improcedibilità pensata dal legislatore della mediazione non dovrebbe mai pregiudicare il diritto ad ottenere, in altro processo, e assolto l'onere della mediazione, una pronuncia sul merito della controversia; diritto che sarebbe invece definitivamente compromesso ove si ritenesse onerato l'opponente e conseguente al mancato avvio della mediazione l'irrevocabilità del decreto ingiuntivo opposto. Sul punto mi pare che non si dovrebbe prestare ad equivoci la lettera della legge nella parte in cui onera della mediazione la parte che intende far valere un proprio diritto in sede giudiziale; e tale parte è il creditore opposto, non già l'opponente (senza bisogno di ipotizzare - mi pare infatti una superfetazione - che con l'opposizione a decreto ingiuntivo il debitore faccia valere un'azione di accertamento negativo ulteriore rispetto a quella di accertamento positivo introdotta dal creditore con l'azione monitoria).

Tornando alla struttura dell'opposizione, quello che è però certo è che la stessa dà luogo ad un giudizio a cognizione piena sull'esistenza del credito dedotto dal ricorrente con l'azione monitoria; giudizio a cognizione piena nel quale riprendono vigore le consuete regole relative all'efficacia probatoria dei documenti; prima tra tutti quella per la quale un atto unilateralmente predisposto dal creditore, quale la fattura, in quanto dichiarazione pro se, dovrebbe essere privo di qualsiasi efficacia probatoria in ordine all'esistenza dei fatti costitutivi del credito azionato. Ho usato il condizionale non a caso, perché si legge nella giurisprudenza anche della Suprema Corte, a mio avviso erroneamente, che la fattura potrebbe rappresentare quanto meno un indizio della stipulazione del contratto e dell'esecuzione della prestazione indicata in fattura[34]. Non comprendo invero come una dichiarazione pro se possa rappresentare circostanza indiziaria, posto che l'indizio è il fatto noto dal quale si inferisce il fatto ignoto; fatto noto che deve essere provato con gli ordinari mezzi di prova, mentre la dichiarazione pro se non dovrebbe rivestire alcuna efficacia probatoria.

La questione assume significativo rilievo in sede di concessione della provvisoria esecutività del decreto ingiuntivo, laddove l'art. 648 c.p.c. consente che il decreto acquisti efficacia esecutiva, se l'opposizione non è fondata su prova scritta o di pronta soluzione.

La concessione della provvisoria esecutività è il momento più delicato del procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo: ciò che il creditore mira ad ottenere è appunto, non tanto la cosa giudicata (che arriverà anni dopo), ma il bene della vita al quale aspira, ovvero la somma di denaro oggetto dell'ingiunzione; e tale bene può essere conseguito se innanzi tutto viene accordato un titolo esecutivo per soddisfare coattivamente la sua pretesa. Ebbene, mi pare che proprio il provvedimento ex 648 c.p.c. sia quello che più deve tener conto della multiformi*tà* di decreti ingiuntivi che il nostro ordinamento conosce: decreti ingiuntivi che possono essere emessi sulla base di documentazione unilateralmente predisposta, al più accompagnata da qualche attestazione di conformità/congruità (secondo un modello non distante dal monitorio puro), e decreti ingiuntivi fondati su prove scritte che hanno tutti i crismi per esplicare la loro piena efficacia probatoria anche nel giudizio a cognizione piena.

Cosa fare quando le contestazioni ed eccezioni dell'opponente non sono fondate su prova scritta, ma il diritto di credito è sostenuto soltanto da una prova scritta inidonea ad esplicare efficacia alcuna nel giudizio a cognizione piena?

A mio avviso, il giudice - posto che in sede di opposizione vengono ripristinate le ordinarie regole probatorie - non può concedere la provvisoria esecutività, allorché innanzi tutto il fatto costitutivo del diritto non sia corroborato da prova scritta *efficace* nel giudizio a cognizione piena (indipendentemente dal fatto che l'opposizione sia o meno fondata su prova scritta) oppure da elementi probatori analoghi (quale può essere il notorio o la non contestazione rilevante ex art. 115, comma 2, c.p.c.; anche se la contestazione per evitare la *relevatio ab onere probandi*, come noto, potrebbe avvenire anche in sede di prima memoria ex 183 c.p.c.).

Nel caso della fattura, ove la stessa sia stata contestata dall'opponente (sotto il profilo sia della prestazione sia della congruità della stessa), mi sembra che quindi non possa mai concedersi la provvisoria esecutività.

Altra questione è se sia possibile attribuire efficacia ese-

^[33] Questione rimessa alle S.U. da Cass., sez. III, <u>12 luglio 2019</u>, n.18741.

^[34] Così invece Cass., sez. III, <u>3 dicembre 2015, n. 24629</u>.



cutiva al decreto a fronte del disconoscimento della scrittura privata sulla quale si fonda. Con il disconoscimento, infatti, la scrittura perde ogni efficacia, che può riacquistare solo all'esito positivo di un giudizio di verificazione. Ci si è quindi chiesti se il giudice possa anticipare, con una valutazione sommaria, l'esito del giudizio di verificazione e, nel caso in cui ritenga, in base agli elementi prodotti in causa, autentica la scrittura, concedere la provvisoria esecutività[35].

Mi pare che gli argomenti anche di recente addotti a favore di tale ultima opzione interpretativa non siano dirimenti: contrariamente a quanto si opina ad opera del Tribunale di Bologna, l'art. 186 ter, comma 2, c.p.c. - nella parte in cui esclude che possa essere pronunciata ordinanza esecutiva laddove la scrittura sia stata disconosciuta non è norma da interpretarsi restrittivamente, ma espressione del principio generale risultante dal combinato disposto dell'art. 2702 cod. civ. e 214 ss. c.p.c.[36]; ancora la questione non è poi tanto se il disconoscimento non provi nulla sotto il profilo probatorio [37], ma se, a seguito del disconoscimento, i fatti costitutivi del diritto siano ancora provati o se il giudice possa anticipare gli effetti di accertamento della sentenza che accolga l'istanza di verificazione, e la risposta mi pare debba essere negativa. Da un lato l'art. 2702 cod. civ. riconosce efficacia probatoria (legale) soltanto alla scrittura che, a seguito di disconoscimento, sia stata *verificata*, dall'altro lato, in difetto di efficacia probatoria del documento che sosteneva il decreto, i fatti costitutivi del credito risulteranno sforniti di prova e non potrà pertanto essere concessa la provvisoria esecutività.

Solo ove i fatti costitutivi risultino provati secondo le regole del giudizio a cognizione piena, il giudice dovrà poi valutare se le difese del convenuto siano fondate su prova scritta o di pronta soluzione[38]; il che significa, se le eccezioni di merito siano assistite da tale genere di prova. In questa valutazione il giudice dovrebbe effettuare una sommaria delibazione della fondatezza dell'opposizione, sia in fatto (attraverso appunto l'esame di prove scritte o di pronta soluzione) sia in diritto.

Non difformi - anche per ragioni di eguaglianza - mi pare debbano essere le valutazioni in sede di sospensione dell'efficacia esecutiva ai sensi del 649 c.p.c.: sebbene la norma parli di gravi motivi (e consenta quindi di dare rilevanza sia ad aspetti relativi alla infondatezza della pretesa creditizia/fondatezza dell'opposizione sia ad aspetti relativi all'eventuale pregiudizio che subirebbe la parte opponente dalla mantenuta efficacia esecutiva del decreto), il giudice dovrà valutare la tenuta della prova scritta offerta dal creditore nel giudizio di opposizione (anche alla luce delle condotte processuali dell'opponente, se o meno di radicale contestazione delle allegazioni del creditore) e la

^[35] Così Cass., 17050/2011 che pur riconosce che "nessun valore si può ad essa riconoscere tanto in ordine alla corrispondenza della prestazione indicata con quella pattuita, quanto in relazione agli altri elementi costitutivi del contratto"

^[36] V. ad esempio Trib. Bologna, 20 luglio 2016, in *Foro it.*, 2017, I, 378: "È possibile concedere la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ex art. 648 c.p.c. anche in caso di tempestivo disconoscimento da parte dell'opponente, seguito da istanza di verificazione della scrittura privata, qualora dalla valutazione degli elementi di prova a disposizione risulti verosimile l'autenticità della sottoscrizione». In senso opposto, Trib. Latina, 20 febbraio 1996, in *Foro it.*, 1996; I, 2339: "non può concedersi la provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto ex art. 648 c.p.c. - e se già concessa va sospesa in forza dell'art. 649 c.p.c. - qualora l'attore opponente abbia tempestivamente provveduto a disconoscere la scrittura privata contro di lui prodotta», non potendo il giudice anticipare gli effetti di accertamento del giudizio di verificazione.

^[37] Sostiene E. Gabellini, *La provvisoria esecutività nel prisma del giusto processo*, cit., 1054, seguendo la tesi tracciata da Corte Cost., <u>8 marzo 1996</u>, <u>n. 65</u>, che vi sarebbe una differenza sostanziale tra ordinanza ex <u>art. 648 c.p.c.</u> (non impugnabile) e ordinanza ex <u>art. 186 ter c.p.c.</u> (revocabile e modificabile): con la prima il giudice si limiterebbe a valutare con un giudizio di semplice prognosi le ragioni addotte dal debitore in sede di opposizione, la seconda potrebbe invece essere concessa sulla valutazione della presumibile resistenza delle ragioni dell'istanza di contestazione della controparte, nell'ottica della decisione finale. In altre parole, mentre all'interno di quest'ultima disciplina, il disconoscimento sarebbe in grado di impedire l'accertamento del diritto, esso non escluderebbe, qualora vi siano elementi di segno opposto, la provvisoria esecutività, poiché attraverso quest'ultima non si perverrebbe ad alcun accertamento del diritto (già contenuto nel decreto ingiuntivo). La tesi, pur suadente, non mi pare fondata: mi pare innanzi tutto difficile - una volta che sia stato instaurato il contraddittorio - individuare differenze strutturali nel convincimento del giudice tra concessione della provvisoria esecutività ed emanazione di ordinanza ex <u>186 ter</u> c.p.c. esecutiva; ancora, la suddetta ricostruzione attribuisce, a mio avviso, un eccessivo valore al decreto ingiuntivo, come fatto di accertamento, nel contesto del giudizio di opposizione, in contrasto con l'ordinanza che attribuisce provvisoria esecutività: come si ribadisce anche nel testo, tale accertamento non può essere confermato, in sede di ordinanza ex <u>art. 648 c.p.c.</u> (la quale non dovrà essere concessa), se lo stesso si fonda su prova priva di efficacia nel giudizio ordinario caratterizzato dall'applicazione delle usuali regole probatorie (tra le quali, appunto, l'art. 2702 cod. civ.).

^[38] Così invece Trib. Bologna, 20 luglio 2016, cit. che inoltre evidenzia che il decreto ingiuntivo, finché non è rimesso, esisterebbe; circostanza che mi pare irrilevante se si considera che, a seguito dell'opposizione, l'oggetto del giudizio è il diritto di credito e sull'(apparente) esistenza del diritto di credito deve decidere il giudice in sede di concessione della provvisoria esecutività ex art. 648 c.p.c.



fondatezza delle difese (in senso ampio) dell'opponente. Quanto al profilo del *periculum* si può pensare ad una diversa valutazione del giudice dell'opposizione rispetto a quanto fatto dal giudice del monitorio, in ragione di elementi forniti dall'opponente.

Più problematica mi pare invece la concessione della so-

spensione sulla sola base del *periculum*, laddove la provvisoria esecutività sia stata attribuita in ragione della particolare pregnanza della prova documentale (pregnanza che resista nel giudizio di opposizione) e l'opposizione non sia fondata su prova scritta o di pronta soluzione nel senso di cui si è detto sopra.



ATTO DI CITAZIONE E PROPOSTE DI RIFORMA

Atto di citazione, addio! O forse è solo un arrivederci? Brevi spunti a margine della proposta di modifica del processo civile

di Elisa Giardini

DEL 27 FEBRAIO 2020

Sommario

- 1. Premessa. La "riforma" della giustizia: il disegno di legge del 5.12.2019
- 2. Citazione e ricorso: principali differenze
- 3. La nullità dell'atto di citazione
- 4. Spunti critici e di riflessione: è davvero preferibile il ricorso alla citazione, quale atto introduttivo del giudizio ordinario per "velocizzare i tempi" della giustizia civile?

1. Premessa. La "riforma" della giustizia: il disegno di legge del 5.12.2019

Il 5.12.2019 il Consiglio dei Ministri ha approvato il disegno di legge che delega l'Esecutivo ad avviare una riforma del processo civile per il 2020, con lo scopo di dimezzare i tempi della giustizia, semplificarne gli *iter*, ridurre i carichi pendenti e la burocrazia, favorire l'informatizzazione[1], ma anche di procedere alla revisione della disciplina degli strumenti di risoluzione alternativa delle controversie[2], valorizzandone gli aspetti positivi, per garantire - nelle intenzioni del Governo - un servizio della giustizia civile più efficiente ed attrarre gli investitori della c.d.

"business community".

Il percorso per la promulgazione del testo richiederà tempo, poiché il D.D.L. dovrà essere prima approvato dal Parlamento e divenire una legge delega che conferirà al Governo i poteri necessari per emanare uno o più decreti legislativi, che daranno avvio alla "riforma".

Le modifiche da introdurre, a quanto consta, sono numerose e varie. Il D.D.L. prevede, ad esempio, l'abrogazione del procedimento sommario di cognizione[3] e l'introduzione di un rito esclusivo ed obbligatorio per le cause in cui il tribunale giudica in composizione monocratica[4], denominato - in prima approssimazione - "rito or-

^[1] La digitalizzazione sarà da preferire e da ricercare in maniera completa, lungo tutto il processo civile, dal primo all'ultimo grado di giudizio, compresi il Giudice di Pace e la Corte di Cassazione: in particolare, a scopi deflattivi del contenzioso, si prevede nel progetto di riforma un rafforzamento del ricorso alla negoziazione assistita, che verrebbe, invece, cancellata per le cause relative agli incidenti stradali. Scatterà il divieto per gli ufficiali giudiziari di effettuare la notifica cartacea, se il destinatario sia in possesso di una pec o di un indirizzo digitale. Per lo scioglimento delle comunioni che risulta, ad oggi, uno dei procedimenti con durata più elevata, sarà introdotto un procedimento speciale di mediazione. Nella previsione di riforma, poiché lo strumento della mediazione si è rivelato in questa materia particolarmente efficace, si introduce uno speciale procedimento, che dovrà essere condotto da un mediatore avvocato o notaio, iscritto in uno speciale elenco, con la previsione che in caso di esito negativo della mediazione, la relazione finale redatta dal mediatore sia comunque assunta come base per il successivo procedimento contenzioso.

^[2] Si prevede il potenziamento della "negoziazione assistita" e l'esclusione del ricorso obbligatorio alla mediazione assistita in materia di responsabilità sanitaria, contratti bancari, finanziari ed assicurativi.

^[3] Artt. <u>702 bis</u> - <u>702 quater</u>, introdotti nel Codice di Rito nel 2009 con la <u>L. n. 69 del 18.06.2009</u>.

^[4] Con l'eccezione dei procedimenti assoggettati al rito del lavoro. Sempre rispetto al diritto processuale del lavoro, tra le novità, è prevista l'eliminazione del c.d. "Rito Fornero", il quale stabiliva una corsia preferenziale per la trattazione delle controversie sui licenziamenti illegittimi. Con la riforma del processo civile si tornerà al rito unico.



dinario davanti al tribunale in composizione monocratica". Si prevede, poi, l'unificazione del processo civile davanti al giudice di pace[5] al procedimento davanti al tribunale, con il passaggio ad un rito unico.

Tra le novità più significative, c'è la sempre auspicabile riduzione dei tempi del processo, attraverso la compressione dei termini per lo svolgimento delle varie fasi, con l'obbligo, per il giudice, quando provvede sulle istanze istruttorie, di predisporre il calendario delle udienze, nonché, per le parti, di depositare documenti ed atti esclusivamente con le modalità telematiche.

Nel progetto di revisione, spariscono, poi, l'udienza di precisazione delle conclusioni e le relative scadenze processuali per il deposito di comparse conclusionali e di repliche, con disincentivi e sanzioni pecuniarie per chi mira ad intraprendere liti temerarie[6]. I termini di comparizione in giudizio si allungano fino alla durata massima di centoventi giorni, mentre si riducono a quaranta per il convenuto.

In tema di espropriazione immobiliare, il progetto di riforma mira, nelle sue intenzioni, ad assicurare da un lato maggiore tutela al debitore, dall'altro ad una riduzione dei tempi e dei costi, a vantaggio del creditore, prevedendo che il debitore possa anche essere autorizzato dal giudice a vendere direttamente il bene pignorato. Ma tra i cambiamenti più radicali, e che già stanno facendo discutere[7], c'è certamente l'eliminazione dell'atto di citazione, quale atto introduttivo del giudizio, disciplinato dagli artt. 163 s.s. c.c., visto che trattasi dell'atto e della forma più comunemente impiegata nel processo di cognizione per introdurre una domanda giudiziale.

2. Citazione e ricorso: principali differenze

Sino ad oggi, i principali atti introduttivi del giudizio e della domanda giudiziale sono stati, infatti, l'atto di citazione, disciplinato dagli artt. 163 s.s. c.p.c. ed il ricorso, (che è l'atto introduttivo del giudizio in Cassazione *ex* art. 366 c.p.c., del processo del lavoro *ex* art. 414 c.p.c., del procedimento per ingiunzione, *ex* art. 638 c.p.c. e di tutti i procedimenti di volontaria giurisdizione *ex* art. 737 c.p.c[8].

La distinzione tra ricorso e citazione, atti di parte che per gli aspetti comuni, e sotto il profilo contenutistico, possono essere entrambi ricondotti alla definizione ed alle elencazioni dell'art. 125 c.p.c.[9], sta fondamentalmente nel fatto che quest'ultimo ha la forma di una domanda, da esercitarsi verso la controparte, e viene utilizzato nelle controversie tra soggetti posti in posizione paritaria ed, in genere, nel procedimento ordinario di cognizione[10]. La citazione viene, infatti, di regola impiegata per conve-

^[5] Peraltro con l'eliminazione del tentativo obbligatorio di conciliazione. La "riforma" dovrà essere senz'altro coordinata con quanto prevede il <u>D.lgs. n. 116/2017</u>, che, nell'introdurre uno statuto unico della magistratura onoraria "applicabile ai giudici di pace, ai giudici onorari di tribunale e al vice procuratori onorari" ha delineato - tra l'altro - una nuova struttura organizzativa dell'ufficio del processo ed ampliato notevolmente le competenze civili dei giudici onorari, con decorrenza dal 31 ottobre 2021. Tra queste, ad es., cause in materia di beni mobili di valore non superiori a 30.000,00 euro, pagamento, a qualsiasi titolo, di somme di denaro di importo sino a 50.000,00 euro, pignoramenti mobiliari ed espropriazione forzata di cose mobili; usucapione di beni immobili e di diritti reali immobiliari di valore non superiore a 30.000,00 euro, accessione/superficie di valore non superiore a 30.000,00 euro, stillicidio e acqua, occupazione ed invenzione, specificazione, unione e commistione, enfiteusi, esercizio delle servitù prediali, ecc.

^[6] Chi querela senza un giustificato motivo corre il rischio di pagare una ammenda e un risarcimento, a favore della Cassa delle ammende, avendo creato un danno allo Stato.

^[7] Sull'effettività, o meno, di tale eliminazione nell'ottica di riduzione dei tempi per addivenire alla decisione, come anche oltre si dirà.

^[8] Assume la forma del ricorso anche qualsiasi istanza che le parti debbano rivolgere al giudice nel processo esecutivo.

^[9] Rubricato "Contenuto e sottoscrizione degli atti di parte".

^[10] A seconda dell'ampiezza dei poteri decisori del giudice, l'azione di cognizione può ulteriormente essere distinta in tre diverse tipologie: azione di mero accertamento, azione di condanna e azione costitutiva. L'azione di mero accertamento è diretta a ottenere dal giudice il solo accertamento dell'esistenza e del modo di essere del diritto soggettivo da altri contestato (mero accertamento positivo) o dell'inesistenza del diritto soggettivo da altri vantato (mero accertamento negativo). L'azione di condanna è finalizzata, invece, a ottenere dal giudice non solo l'accertamento dell'esistenza del diritto soggettivo che l'attore afferma violato, ma anche l'accertamento dell'inadempimento di detto diritto soggettivo da parte dell'obbligato e la sua condanna alla reintegrazione (in forma specifica o per equivalente) del diritto violato. La pronuncia che l'attore ottenga all'esito dell'esercizio dell'azione di condanna costituisce presupposto per la successiva attuazione coattiva del diritto in sede di esecuzione forzata (la cosiddetta efficacia esecutiva della condanna). Accanto all'azione di condanna ordinaria vengono tradizionalmente individuate ipotesi di condanne speciali: a) la condanna generica, ovvero la possibilità che su istanza dell'attore il giudice pronunci sentenza non definitiva di condanna generica alla prestazione (eventualmente accompagnata da una provvisionale), quando <sia già accertata la sussistenza di un diritto», ma sia «ancora controversa la quantità della prestazione dovuta (art. 278 c.p.c.); b) la condanna con riserva delle eccezioni, ossia la possibilità talvolta riconosciuta dal legislatore che il giudice, di fronte all'attività difensiva del convenuto fondata su eccezioni di non pronta risoluzione, emetta un provvedimento provvisorio di condanna senza tener conto di queste eccezioni, il cui esame è riservato al prosieguo del processo; c) la condanna in futuro, ovvero la possibilità riconosciuta dal legislatore in al-



nire in giudizio qualcuno, onde sentire accertare la propria pretesa, ontologicamente rivolta alla controparte (*vocato in ius*). Il giudice, nel contraddittorio delle parti, pronuncia poi la sentenza, cogliendo nei limiti delle rispettive formulazioni e sulla base delle prove rese e dedotte in giudizio, la decisione più appropriata al caso.

Con il ricorso, invece, quale atto di iniziativa processuale caratteristico dei procedimenti speciali, la domanda viene rivolta direttamente all'Autorità giudiziaria (*vocatio iudicis - editio actionis*). Quest'ultima, che è espressione di un potere, si assume l'onere istituzionale di fare fronte alla situazione lamentata dal ricorrente con proprio provvedimento, che può incidere sul merito o anche semplicemente sul rito utilizzato.

Pertanto, la differenza tra i due tipi di atti introduttivi sta nel soggetto che viene per primo raggiunto dalla domanda di giustizia dell'istante, che è la controparte convenuta, nell'atto di citazione (al quale devono seguire, per garantire la procedibilità della domanda, altri atti di impulso, come l'iscrizione della causa a ruolo, la costituzione in giudizio), mentre nel ricorso il soggetto che per primo riceve la domanda di giustizia è il giudice, il quale fissa lui in base al proprio calendario - un'udienza di comparizione con decreto che poi dovrà essere notificato, unitamente al ricorso, da parte del ricorrente, e dunque ad istanza della parte, a tutti i convenuti, nel rispetto del principio del contraddittorio.

In sostanza, mentre la citazione viene resa nota prima all'avversario e poi al giudice, nel ricorso avviene esattamente l'opposto, pur essendo comunque tre i soggetti coinvolti e pur dovendo il contraddittorio essere integrato nei confronti di tutti (attore/ricorrente, convenuto/resistente e giudice). La differenza non è di poco conto, al fine di determinare la pendenza della lite e le conseguenze sostanziali connesse alla domanda (come l'interruzione della prescrizione[11]) o la determinazione della priorità cronologica di una causa rispetto ad un'altra, allorché tale priorità sia importante per risolvere specifici problemi posti dagli istituti della litispendenza, della continenza[12] o della connessione tra cause *ex* artt. 39 e 40 c.p.c.

Nel caso di processo da citazione, la pendenza della lite si ha con la notificazione dell'atto *exart.* 39, comma 3 c.p.c. La legge tace per ciò che riguarda il processo da ricorso. Ma la dottrina è concorde nel ritenere che ciò avvenga con il deposito dell'atto in cancelleria, con il formarsi cioè del contraddittorio tra due almeno dei tre soggetti coinvolti. Da ciò si può formulare questo principio: in ogni processo, affinché si abbia la pendenza, è sufficiente che si stabilisca il contatto fra almeno due dei soggetti del processo (fra l'attore ed il convenuto, o fra l'attore ed il giudice).

3. La nullità dell'atto di citazione

Se da un lato, per quanto riguarda il ricorso, per valutarne vizi e conseguenze sul processo occorre fare riferimento ai

cune ipotesi tipiche di avere dal giudice la pronuncia di un provvedimento di condanna in anticipo rispetto al verificarsi della violazione, che diventerà efficace solo se e quando tale evento si verificherà. L'azione costitutiva mira a ottenere dal giudice la costituzione, modificazione o estinzione di un rapporto giuridico (art. 2908 c.c.), previo accertamento dell'esistenza dei presupposti individuati dal legislatore per ottenere la produzione di un simile effetto.

^[11] Exart. 2943, comma 1 c.p.c. «la prescrizione è interrotta dalla notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio". È recentissimamente intervenuta la terza sezione della Corte di Cassazione con sentenza n. 124 dell'8.01.2020 (pubblicata in SmartLex24 - Il Sole240re), a statuire che anche la citazione introduttiva dichiarata nulla può valere come costituzione in mora e ad interrompere la prescrizione per il suo specifico contenuto e per i risultati cui è rivolta.

^{[12] &}quot;Nel caso in cui la parte nei cui confronti è stata chiesta l'emissione di decreto ingiuntivo abbia proposto domanda di accertamento negativo del credito davanti ad un diverso giudice prima che il ricorso ed il decreto ingiuntivo le siano stati notificati, se, in virtù del rapporto di continenza tra le due cause, quella di accertamento negativo si presti ad essere riunita a quella di opposizione, la continenza deve operare in questo senso retroagendo gli effetti della pendenza della controversia introdotta con la domanda di ingiunzione al momento del deposito del relativo ricorso, sempre che la domanda monitoria sia stata formulata davanti a giudice che, alla data della presentazione, era competente a conoscerla". Così Cass. Civ., S.U., n. 20596 del 1.10.2007, ma anche Cass. Civ. n. 20597 e n. 20599 del 1.10.2007, tutte in CED, Cassazione, 2007. "Con l'affermazione di tale principio, le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto formatosi in seno alle sezioni semplici in ordine alla determinazione della prevenzione, rilevante i fini della continenza, tra la domanda di condanna introdotta con il ricorso per decreto ingiuntivo davanti ad un determinato giudice, comunque competente, e quella, proposta successivamente al deposito del ricorso monitorio ma anteriormente alla sua notificazione, di accertamneto negativo dello stesso credito dinanzi ad altro giudice". Si leggano anche Cass. Civ., sez. 6, n. 6511 del 26.04.2012 in CED, Cassazione, 2012, Cass. Civ., S.U., n. 9535 del 19.04.2013, in CED, Cassazione, 2013, e Cass. Civ., S.U., n. 23675 del 6.11.2014, in CED, Cassazione, 2014 per cui: "Per determinare la litispendenza ai fini della prevenzione tra cause in rapporto di continenza, una iniziata con ricorso monitorio e una iniziata con citazione, per quest'ultima si ha riguardo al perfezionamento del procedimento di notificazione tramite consegna dell'atto al destinatario, non operando la scissione soggettiva del momento perfezionativo per il notificante ed il destinatario che vale solo per le decadenze non a



principi espressi dal Capo III del Libro I del Codice di Rito, in materia di rilevanza della nullità (art. 156 c.p.c.), di rilevabilità e sanatoria della nullità (art. 157 c.p.c.) e di pronuncia sulla nullità (art. 162 c.p.c.), per quanto concerne i vizi dell'atto di citazione, le ipotesi di nullità specifiche sono previste e contemplate dall'art. 164 c.p.c.[13], con una summa divisio tra i casi di nullità che riguardano gli elementi della attinenti alla vocatio in ius ed i casi di nullità attinenti l'ediitio actonis.

I vizi della *vocatio in ius* sono quelli dell'art. 164, comma 1 c.p.c., il quale stabilisce che la citazione è nulla nel caso in cui manchi o risulti assolutamente incerta l'indicazione dell'autorità giudiziaria adita e/o delle parti in giudizio; manchi l'indicazione della data dell'udienza di comparizione; sia stato assegnato un termine a comparire inferiore a quello stabilito dalla legge; manchi l'avvertimento, previsto al n. 7 dell'art. 163, ossia l'invito al convenuto a costituirsi nel termine di venti giorni prima dell'udienza indicata ai sensi e nelle forma stabilite dall'art. 166 c.p.c[14] e a comparite, nell'udienza indicata, dinanzi al giudice designato *exart*. 168 *bis* c.p.c., con l'avvertimento che la costituzione oltre i suddetti termini implica le decadenze di cui agli artt. 38 e 167 c.p.c.

I vizi della *vocatio in ius* possono essere superati mediante la rituale rinnovazione della citazione entro un termine perentorio[15] ed il vizio viene sanato sin dal momento della notifica della prima citazione; al contrario in caso di omessa rinnovazione, il giudice ordina la cancellazione della causa dal ruolo, con conseguente estinzione del processo.

Occorre tenere presente, con una giurisprudenza recente[16], che nel caso in cui il giudice abbia ordinato la rinnovazione dell'atto introduttivo per mancato rispetto del termine a comparire, "è nulla la rinnovazione eseguita mediante la notifica della combinazione del primo atto di citazione (indicante, per la prima comparizione, una data già trascorsa) e del verbale contenente l'ordinanza di fissazione della nuova udienza in quanto l'atto manca della chiarezza indispensabile all'evocazione in lite di una par-

te ancora non assistita da difensore", ferma restando la sanatoria dell'invalidità in caso di raggiungimento dello scopo e, cioè, di costituzione del convenuto.

La costituzione in giudizio del convenuto sana retroattivamente i vizi della citazione e fa salvi gli effetti sostanziali e processuali della domanda giudiziale[17].

Se l'attore non ha rispettato i termini a comparire o ha omesso l'avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 c.p.c., il convenuto può chiedere la fissazione di una nuova udienza nel rispetto dei termini.

Per quanto attiene l'editio actionis, l'art. 164, comma 4 c.p.c. stabilisce che la citazione è nulla nel caso in cui venga omessa o risulti assolutamente incerta la determinazione della cosa oggetto della domanda e/o manchi l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto costituenti le ragioni della domanda, con le relative conclusioni.

In questo caso, il giudice, rilevata la nullità, fissa all'attore un termine perentorio per rinnovare la citazione.

In caso di costituzione del convenuto, nonostante la nullità della citazione, il giudice fissa un termine all'attore pe rintegrare la domanda.

Questa breve disamina lascia intendere che le scelte dell'attore o i vizi della citazione possono effettivamente incidere sui tempi e sulla fluidità del processo di cognizione, verso la sentenza. Da qui la prospettiva di riforma.

4. Spunti critici e di riflessione: è davvero preferibile il ricorso alla citazione, quale atto introduttivo del giudizio ordinario per "velocizzare i tempi" della giustizia civile?

Al di là della differente procedura, che coinvolge più che altro l'aspetto formale dell'avvio della causa, la citazione implica, come abbiamo visto, il rispetto del termine di 90 giorni liberi prima dell'udienza iniziale, termine minimo che deve sussistere ed intercorrere tra la data della notificazione e quella del primo incontro delle parti davanti al giudice (udienza, la cui data viene di regola scelta dall'attore[18]), cosa questa che, invece, il ricorso non richiede, ed il giudice potrebbe fissare la prima udienza anche in tempi più brevi.

^[13] Applicabile anche in appello ai sensi dell'art. 359 c.p.c.. Cass. Civ., sez. L, ord. n. 23667 del 1.10.2018, in CED, Cassazione, 2018.

^[14] Ovvero di dieci giorni prima, in caso di abbreviazione dei termini.

^[15] Ciò comporta, ovviamente, la salvezza degli aspetti sostanziali e processuali della domanda, ma anche un allungamento dei tempi per l'introduzione, la trattazione e la decisione della controversia.

^[16] Cass. Civ., sez. 3, ord. n. 28810 dell'8.11.2019, Smart Lex 24, Il Sole240re. Nello stesso senso Cass. Civ., sez. 1. n. 279 del 19.01.2017, in CED, Cassazione, 2017, per cui la notifica dell'ordinanza di fissazione della nuova udienza non può tenere luogo della rinnovazione della citazione e "l'evocazione in lite attuata attraverso la combinazione dei due atti diverge - all'evidenza - dalla prescrizione do legge che esige la rinnovazione della citazione".

^[17] Ciò in quanto l'atto ha comunque raggiunto il suo scopo e non risulta violato il principio del contraddittorio.

^[18] Si legga <u>art. 168 *bis* c.p.c.</u>, commi <u>4</u> e <u>5</u>.



E in ipotesi di nullità, legate proprio ai termini, abbiamo visto *supra*, il giudice potrebbe disporre la rinnovazione della notifica, nel rispetto del termine dei 90 giorni, allungandosi così ancora di più l'*iter* verso la decisione.

Quindi, in linea del tutto teorica, il ricorso sembrerebbe garantire un percorso più rapido, essendo la data dell'udienza indicata dal giudice e non lasciata all'impulso di parte o ad abusi.

Questa è una delle ragioni che hanno spinto il promotore della riforma, a preferire il ricorso alla citazione.

Tuttavia, l'argomentazione non convince del tutto: accade anche nelle ipotesi in cui la causa viene introdotta con ricorso, che il giudice fissi l'udienza ben oltre i 90 cui far riferimento l'art. 163 c.p.c. visto che quasi tutti i magistrati, per carenze di organico rispetto al numero delle controversie, tendono a posticipare le udienza dopo molti mesi, visti i loro ruoli sovraccarichi.

Inoltre, capita di frequente nella prassi, e per le medesime ragioni, che anche l'udienza fissata in citazione dall'attore venga poi posticipata, ai sensi dell'art. 168 bis, comma 5 c.p.c. sempre per scelta e per intervento del magistrato (e mai anticipata), sol che si consideri - poi - che anche tutte le altre udienza e scansioni dell'iter processuale sono comunque scadenzate dal magistrato e legati alla sua agenda.

Peraltro, l'art. 163 bis c.p.c. conosce un correttivo all'eventuale «abuso» del termine, da parte dell'attore, nella misura in cui al comma 2 dispone che «nelle cause che richiedono pronta spedizione il presidente può, su istanza dell'attore e con decreto motivato in calce all'atto originale e delle copie della citazione, abbreviare fino alla metà i termini» del primo comma[19] ed il comma 3, invece, stabilisce che "se il termine assegnato dall'attore eccede il minino indicato dal comma 1, il convenuto, costituendo-

si prima della scadenza del termine minimo, può chiedere al presidente del tribunale che, sempre osservata la misura di quest'ultimo termine, l'udienza di comparizione delle parti sia fissata con congruo anticipo su quella fissata dall'attore", disposizioni che vengono scarsamente incentivate e che sono poco impiegate nella prassi dei tribunali e che, invece si potrebbero/dovrebbero valorizzare o financo premiare nell'ottica deflattiva.

C'è un altro aspetto che suggerisce di preferire la citazione al ricorso o comunque di non abbandonare l'idea di mantenere la percorribilità di questo atto introduttivo o di coglierne - in prospettiva di riforma - gli aspetto utili o che hanno dato buona prova nella prassi applicativa, magari prevedendo altri correttivi al lunghi tempi della giustizia e alle disfunzioni che ciò comporta, anche in termini concorrenziali. La citazione viene prima notificata alla controparte e poi conosciuta dal giudice. Invece il ricorso viene subito depositato in tribunale con il conseguente versamento e pagamento contestuale del contributo unificato (ossia della tassa di avvio del procedimento).

Ebbene, succede non di rado che il convenuto-non appena ricevuto l'atto, contatti l'avversario nel tentativo di risolvere la questione fuori dal tribunale. Laddove il processo inizia con citazione, la soluzione transattiva è anche meno onerosa, visto che non è stato ancora versato anche se occorre dare atto che si verserà con l'iscrizione a ruolo - il contributo unificato (e la marca forfettaria nei casi in cui dovuta). Invece, nelle cause avviate con ricorso, l'istante/ricorrente pretenderà quantomeno il rimborso delle pese sostenute, il che potrebbe rendere più difficoltoso trovare un accordo bonario e stragiudiziale.

Sono tutti aspetti che fanno riflettere sulle scelte che verranno adottate e che portano a ritenere che l'addio alla citazione sia, forse, solo un arrivederci!

^[19] Cioè i "termini liberi non minori di novanta giorni se il luogo della notificazione si trovi in Italia e di centocinquanta giorni se si trova all'estero" tra il giorno della notificazione della citazione e quello dell'udienza di comparizione.



Visita l'Aula Civile on line: www.aulacivile.it

DIREZIONE SCIENTIFICA

Michele Angelo Lupoi

Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile, diritto di famiglia e controversie transnazionali. È professore associato di diritto processuale civile dell'Università di Bologna, insegna Diritto processuale civile e Diritto fallimentare. È coordinatore del Corso di studi magistrale della Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Bologna, Campus di Ravenna. Ha partecipato a numerosi convegni e seminari in Italia e all'estero in qualità di relatore. Fa parte del Comitato di redazione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, è editor dell'International Journal of Procedural Law. Ha pubblicato articoli, saggi e volumi in materia di diritto di famiglia, diritto fallimentare, diritto processuale civile, diritto processuale internazionale.

Chiara Cracolici

Avvocato, iscritto all'albo dell'ordine degli avvocati di Torino, specializzato in materia di procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinate dalla L. n. 3/2012. Fondatore, insieme all'Avv. Alessandro Curletti, dello Studio Legale Cracolici Curletti di Torino. Dopo aver acquisito i necessari requisiti di qualificazione professionale, svolge le funzioni di Gestore della crisi e di referente di un gruppo di lavoro presso La Rinascita degli Onesti, l'organismo di composizione della crisi istituito, quale articolazione interna, dal Comune di Villastellone. Autrice di diversi saggi e articoli in materia di sovraindebitamento, svolge attività di docenza, nell'ambito di convegni e corsi di perfezionamento universitari per gestori della crisi.

Francesca Cuomo Ulloa

Avvocato in Genova e mediatrice civile e commerciale, è dottore di ricerca in diritto processuale civile. Ha svolto attività di ricerca e di docenza presso le Università di Castellanza, di Pavia e di Sassari, nonché attività di formazione in materia di mediazione, arbitrato e alternative dispute resolution.

Alessandro Curletti

Avvocato e dottore di ricerca, iscritto all'albo dell'ordine degli avvocati di Torino, specializzato in materia di procedure di composizione delle crisi da sovraindebitamento disciplinate dalla L. n. 3/2012. Fondatore, insieme all'Avv. Chiara Cracolici, dello Studio Legale Cracolici Curletti di Torino. Dopo aver acquisito i necessari requisiti di qualificazione professionale, svolge le funzioni di Gestore della crisi presso La Rinascita degli Onesti, l'organismo di composizione della crisi istituito, quale articolazione interna, dal Comune di Villastellone. Autore di diversi saggi e articoli in materia di sovraindebitamento, svolge attività di docenza nell'ambito di convegni e corsi di perfezionamento universitari per gestori della crisi.

Alessia D'Addazio

Si laurea in giurisprudenza, *cum laude*, presso l'Università La Sapienza di Roma nel novembre 2016. Da ottobre 2017 svolge il Dottorato di Ricerca in Diritto Processuale Civile presso la stessa Università La Sapienza di Roma. È autrice di articoli e contributi pubblicati in varie riviste scientifiche in materia di diritto processuale civile. Collabora con uno Studio legale romano nei settori del contenzioso in materia civile e commerciale e della crisi di impresa.

Elena D'Alessandro

È professore ordinario di diritto processuale civile nell'università di Torino, dipartimento di giurisprudenza. É stata borsista della Fondazione Alexander von Humboldt e borsista DAAD. È coordinatrice del progetto DG Justice "LAWTrain" (www.eulawtrain.eu).

Lucilla Galanti

Avvocato dal 2105 e dottore di ricerca in *Istituzioni e mercati, diritti e tutele* presso l'Università di Bologna, è attualmente assegnista di ricerca presso la Scuola di Giurisprudenza dell'Università di Firenze.

Elisa Giardini

Laureata *cum laude* in giurisprudenza presso l'*Alma Mater Studiorum* – Università degli Studi di Bologna, con una tesi dal titolo "Legislazione ordinaria e statuto della convivenza", è avvocato iscritto presso l'Albo degli Avvocati di Ravenna.

Ha conseguito un Master Universitario di l° Livello in "Diritto dell'Ambiente – La gestione dell'ambiente" a.a. 2008/2009 presso Università Ca' Foscari di Venezia, Dipartimento di Scienze Giuridiche, con elaborato finale dal titolo: "L'art. 137 c. 5 e 6 del Codice dell'Ambiente: superamento valori – limite tabellari tra sanzione amministrativa e sanzione penale").

Ilaria Lombardini

Awocato. Assegnista di ricerca in diritto processuale civile e docente a contratto presso il Dipartimento di Giuri-sprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Caterina Pasini

Ha conseguito il dottorato di ricerca in diritto processuale civile presso l'Università di Bologna con una tesi in materia di insolvenza transfrontaliera. È docente a contratto in Diritto porcessuale civile e diritto processuale dell'impresa presso la Scuola di Giurisprudenza della Facoltà di Bologna. Ha svolto periodi di ricerca in Francia (Université Sorbonne) e negli Stati Uniti (Berkeley UC). Avvocato del Foro di Bologna, si occupa di diritto civile e di famiglia.

Sara Pini

Dopo aver conseguito la maturità classica nell'anno scolastico 2014-2015 presso il liceo G. Piazzi - C. Lena Perpenti di Sondrio, si iscrive al corso di laurea magistrale a ciclo unico in giurisprudenza presso l'Università Alma Mater Studiorum di Bologna. Attualmente è iscritta

al quinto anno ed impegnata nella redazione della tesi di laurea a completamento degli studi.

Mattia Polizzi

Dottorando di ricerca presso l'Università degli Studi dell'Insubria (Varese e Como), cultore delle materie di diritto processuale civile presso il Di.D.E.C. e di diritto fallimentare presso il Di.ECO del medesimo Ateneo. I suoi ambiti di ricerca e studio sono il processo civile ordinario, i processi cautelari e sommari, l'esecuzione forzata, il diritto fallimentare.

Giovanni Raiti

È professore associato di Diritto processuale civile presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Catania

È autore di numerose pubblicazioni in vari ambiti del diritto processuale civile. I suoi studi hanno riguardato principalmente i temi della integrazione processuale in ambito intraeuropeo, la tutela cautelare, il ricorso per cassazione e la mediazione civile.

Beatrice Irene Tonelli

Avvocato cassazionista, opera nel campo civile con particolare riferimento alla materia familiare, minorile e successoria, nonché alle procedure esecutive, anche in qualità di delegato alle vendite immobiliari. Dal 2008 è mediatore civile e commerciale presso lorganismo della camera di commercio di Firenze.

Stefano Alberto Villata

Avvocato in Milano, socio dello Studio Giliberti Triscornia e Associati ove si occupa principalmente di contenzioso societario, commerciale e fallimentare e di arbitrato. Professore associato di diritto processuale civile nell'Università degli Studi di Milano dove insegna nei corsi di diritto processuale civile e diritto processuale civile progredito. È autore di monografie e numerose pubblicazioni in tema di diritto processuale civile interno ed internazionale, con particolare *focus* alle problematiche processuali riguardanti la cosa giudicata, il diritto societario, i limiti della giurisdizione interna ed internazionale, l'arbitrato, i principi generali e i procedimenti cautelari. Relatore in convegni e conferenze. Membro del comitato di redazione della Rivista di diritto processuale.

Martino Zulberti

Ricercatore di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi di Milano.

LE AREE DELLA RIVISTA

Impugnazioni — Trattazione — Cautelare — Fallimentare — Dir. Proc. Europeo — Esecuzioni — Prove — Arbitrato — Mediazione — Procedimenti Speciali — Procedimenti Camerali — Volontaria Giurisdizione — Rito Del Lavoro — Tribunale Delle Imprese — Processo Industrialistico — Proc. Dir. Famiglia — Societario.