

Le Pagine de
AC | **L' AULA**
CIVILE

4 2020

aprile

IN QUESTO NUMERO:

NORME DI GIUSTIZIA CIVILE NELL' EMERGENZA COVID-19

NOVITA' SULLA CONVERSIONE DEL PIGNORAMENTO

TUTELA ANTICIPATA: CIVIL LAW E COMMON LAW

NOTIFICAZIONE: PRINCIPI ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

CREDITI TRIBUTARI E COMPETENZA DEL GIUDICE FALLIMENTARE

GIURISDIZIONE – RICONOSCIMENTO – ESECUZIONE SENTENZE STRANIERE

Le Pagine de
AC | **L' AULA
CIVILE**

4 2020

aprile

IN QUESTO NUMERO:

NORME DI GIUSTIZIA CIVILE NELL' EMERGENZA COVID-19

NOVITA' SULLA CONVERSIONE DEL PIGNORAMENTO

TUTELA ANTICIPATA: CIVIL LAW E COMMON LAW

NOTIFICAZIONE: PRINCIPI ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

CREDITI TRIBUTARI E COMPETENZA DEL GIUDICE FALLIMENTARE

GIURISDIZIONE – RICONOSCIMENTO – ESECUZIONE SENTENZE STRANIERE

III
**MAGGIOLI
EDITORE**

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
Barbani 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
Hepaj 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

NOVITÀ SULLA CONVERSIONE DEL PIGNORAMENTO

- 5** **Novità sulla conversione del pignoramento**
(a proposito della Legge 11 febbraio 2019, n. 12
e di Cass. civ., sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 411)
di Carlo Vellani

ESTIZIONE DEL PROCESSO E FALLIMENTO

- 11** **Il fenomeno estintivo ex art. 393 c.p.c. nel**
procedimento per la dichiarazione di fallimento.
Osservazioni sparse
a margine di Cass. civ., 10 febbraio 2020, n.
3022.
di Alessia D'Addazio

TUTELA ANTICIPATA: CIVIL LAW E COMMON LAW

- 17** **Le forme di tutela anticipata: tra civil law e**
common law
di Ermelinda Hepaj

NORME COVID-19 E PROCESSO AMMINISTRATIVO

- 24** **La normativa sull'emergenza epidemiologica**
da COVID-19 e l'appello contro i decreti
cautelari monocratici del giudice amministrativo
di Ezio Maria Barbieri

NORME DI GIUSTIZIA CIVILE NELL'EMERGENZA COVID-19

- 29** **Note a prima lettura delle disposizioni in**
materia di giustizia civile contenute nei decreti
adottati per contrastare l'emergenza Covid-19
di Francesca Ferrari, Adriano Sponzilli

ADOZIONE: DIRITTO ALLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI E DIRITTO ALL'ANONIMATO

- 37** **Una questione problematica ancora aperta**
dopo le recenti pronunce della giurisprudenza:
il diritto dell'adottato, non riconosciuto alla
nascita, alla conoscenza delle proprie origini e
il diritto della madre biologica all'anonimato
di Ilaria Lombardini

IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE NEL RITO DEL LAVORO

- 51** **Il principio di non contestazione ex art. 115**
c.p.c. in un caso di mancata contestazione di
conteggi nel rito del lavoro. Note a margine
della sentenza della Corte di Cassazione civile,
Sez. Lavoro, 6 agosto 2019, n. 20998 e breve
trattazione del principio con riferimento sia al
processo ordinario che a quello del lavoro
di Giulia Baruffaldi

IL TEMPO NELLA TUTELA DEI DIRITTI: L'IMPUGNAZIONE DEL LODO ARBITRALE PER VIOLAZIONE DI LEGGE

- 58** **Il tempo nella tutela dei diritti: lo strano**
caso dell'impugnazione del lodo arbitrale per
violazione di legge
di Elena Zucconi Galli Fonseca

CREDITI TRIBUTARI E COMPETENZA DEL GIUDICE FALLIMENTARE

- 65** **La competenza del giudice fallimentare a**
conoscere la prescrizione dei crediti tributari
di Maria Laura Guarnieri

NOTIFICAZIONE: PRINCIPI ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

- 71** Operatività e limiti del principio di scissione soggettiva degli effetti della notificazione
di Mario Golia

LA CERTIFICAZIONE DEL TITOLO ESECUTIVO EUROPEO

- 81** La certificazione di titolo esecutivo europeo ai sensi del regolamento n. 1215/2012: oggetto, limiti e natura del procedimento
di Maria Laura Guarnieri

LA TUTELA GIURISDIZIONALE AVANTI ALLA CEDU

- 89** La tutela giurisdizionale avanti alla Cedu.
Note minime
di Gabriella Pezzotta

GIURISDIZIONE – RICONOSCIMENTO – ESECUZIONE SENTENZE STRANIERE

- 94** Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere: la Cina è vicina (Parte prima)
di Gianni Ghinelli
- 100** Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere: la Cina è vicina (Parte seconda)
di Gianni Ghinelli

NOVITÀ SULLA CONVERSIONE DEL PIGNORAMENTO

Novità sulla conversione del pignoramento (a proposito della Legge 11 febbraio 2019, n. 12 e di Cass. civ., sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 411)

di Carlo Vellani

DEL 1 APRILE 2020

Sommario

1. Indicazione sintetica delle questioni trattate
2. Alcuni spunti generali sulla conversione del pignoramento
3. Le modifiche apportate dal decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, come convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12
4. La pronuncia Cass. civ., sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 411
5. Riflessioni conclusive

1. Indicazione sintetica delle questioni trattate

L'istituto della conversione del pignoramento ha subito modifiche ad opera dell'[art. 4 del decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 11 febbraio 2019, n. 12](#)^[1], ed è stato oggetto della recente Cass. civ., sez. VI, [13 gennaio 2020, n. 411](#).

A seguito della novellazione dell'[art. 495 c.p.c.](#), la conversione del pignoramento non muta nella struttura, ma nei parametri. Oggi, unitamente all'istanza di conversione, deve essere depositata in cancelleria, a pena di inammissibilità, una somma non inferiore a un sesto dell'importo del credito per cui è stato eseguito il pignoramento, rateizzabile in quarantotto mensilità, e sanzionando il versamento che sia ritardato nella misura di oltre trenta giorni. Va poi tenuta in considerazione la modifica apportata all'[art. 569, comma 1, c.p.c.](#)

L'intervento della Suprema corte ha invece riguardato la determinazione delle somme dovute per la conversione del pignoramento; la Corte ha ribadito l'orientamento

secondo cui si deve tener conto anche dei creditori intervenuti successivamente all'istanza di conversione presentata dal debitore, e precisamente dei crediti di quanti intervengano fino all'udienza in cui il giudice dell'esecuzione determina con ordinanza la somma.

2. Alcuni spunti generali sulla conversione del pignoramento

L'[art. 495 c.p.c.](#), rispetto alla versione originaria, che si limitava a consentire la sostituzione alle cose pignorate di una somma di danaro pari all'importo delle spese e dei crediti^[2], ha visto diversi aggiornamenti legislativi. Nel 1976^[3], fu introdotta la possibilità di rateizzare la somma nel termine massimo di sei mesi, facoltà che non fu mantenuta nella modifica del 1990^[4], che anzi, per evitare abusi, impose il versamento, all'atto dell'istanza di conversione, di una somma pari al quinto dei crediti e delle spese. Nel 1998^[5], si ripropone la rateabilizzazione mensile, ma solo per le esecuzioni immobiliari, fissando il te-

[1] Il testo del decreto legge, coordinato con la legge di conversione, si legge in *Gazz. uff.*, serie generale, 12 febbraio 2019, n. 36.

[2] Attuando una modifica dell'oggetto del pignoramento: Andrioli, *Commento al codice di procedura civile*, vol. III, III ed., Napoli, 1957, pag. 91; Satta, *Commentario al codice di procedura civile*, vol. III, Milano, rist. 1966, pag. 160; Bonsignori, voce *Pignoramento*, in *Novissimo dig. it.*, vol. XIII, Torino, 1966, pag. 79; Redenti-Vellani, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, pag. 683. In giurisprudenza Cass. civ., sez. un., [19 luglio 1990, n. 7378](#), in *Foro it.*, 1991, I, col. 811 ss.

[3] Con la [L. 10 maggio 1976, n. 358](#).

[4] Con la [L. 26 novembre 1990, n. 353](#).

[5] Con la [L. 3 agosto 1998, n. 302](#).

mine massimo in nove mesi, che diventano diciotto nel 2005[6], quindi, nel 2015[7], la rateizzazione aumenta il suo termine massimo a trentasei mesi e viene ammessa anche per le esecuzioni mobiliari, è anche specificato che le cose pignorate sono liberate dal pignoramento con il versamento dell'intera somma. Si giunge così all'attuale modifica, sintetizzata nel paragrafo precedente[8].

Come ora ricordato, la norma, fin dalla sua introduzione, ha previsto la sostituzione alle cose pignorate di una somma di danaro e questo giova al debitore, il quale può così evitare che l'esecuzione riguardi suoi beni, ma è di utilità anche per il creditore, il cui pignoramento viene ad avere come oggetto una somma di danaro[9]. Un collegamento diretto con il pignoramento è realizzato dall'[art. 492, comma 3, c.p.c.](#), il quale, nella sua attuale formulazione, dispone che il pignoramento deve contenere l'avvertimento che il debitore, ai sensi appunto dell'[art. 495 c.p.c.](#), può chiedere di sostituire alle cose o ai crediti pignorati una somma di danaro. L'[art. 492, comma 3, c.p.c.](#), prosegue specificando le modalità del deposito dell'istanza che va effettuato «unitamente ad una somma non inferiore ad un quinto dell'importo del credito per cui è stato eseguito il pignoramento». Non è stato dunque aggiornato il limite minimo della somma, che oggi per l'[art. 495 c.p.c.](#) non deve essere inferiore a un sesto dell'importo del credito, mentre per l'[art. 492, comma 3, c.p.c.](#), rimane nella precedente misura del quinto del credito.

Dalla lettera delle norme si deduce che il debitore abbia un diritto alla conversione[10] e pertanto non vi sia spazio per un'opposizione in tal senso da parte dei creditori; a seguito della presentazione dell'istanza di conversione il giudice dell'esecuzione deve però fissare un'udienza per la comparizione delle parti, consentendo così ai creditori di precisare i propri crediti[11]. Viceversa, la rateizzazione, qualora il debitore ne faccia richiesta, è subordinata alla valutazione del giudice[12].

L'[art. 495 c.p.c.](#), non individua il termine iniziale per la presentazione dell'istanza di conversione, secondo l'orientamento comune può essere avanzata in qualsiasi momento successivo al pignoramento[13], la norma prevede invece il termine finale, che si determina con la pronuncia dell'ordinanza con cui il giudice dell'esecuzione dispone l'assegnazione o la vendita ai sensi degli artt. [530](#), [552](#) e [569 c.p.c.](#)

Gli importi da considerare per la richiesta di conversione sono pari «oltre alle spese di esecuzione, all'importo dovuto al creditore pignorante e ai creditori intervenuti, comprensivo del capitale, degli interessi e delle spese». Oltre al credito per il quale è stato eseguito il pignoramento si considerano quindi i crediti di quanti siano intervenuti al momento dell'istanza, se infatti si legge l'[art. 495, comma 2, c.p.c.](#), unitamente all'istanza deve essere depositata in cancelleria una somma non inferiore a un sesto dell'importo del credito per cui è stato eseguito il pignoramen-

[6] Con il [D.L. 14 marzo 2005, n. 35](#), convertito con modificazioni dalla [L. 14 maggio 2005, n. 80](#).

[7] Con il [D.L. 27 giugno 2015, n. 83](#), convertito con modificazioni dalla [L. 6 agosto 2015, n. 132](#).

[8] Sulle disposizioni del [decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135](#), è poi intervenuto il [decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162](#) «Disposizioni urgenti in materia di proroga di termini legislativi, di organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nonché di innovazione tecnologica», (c.d. milleprooghe) convertito con modificazioni dalla [legge 28 febbraio 2020, n. 8](#), che in materia esecutiva non ha però inciso sull'[art. 495 c.p.c.](#), modificando invece nuovamente l'[art. 560 c.p.c.](#) e la sua entrata in vigore.

[9] Vedi nota 2; secondo Capponi, *L'accertamento dei crediti nell'espropriazione forzata dopo le leggi 80 e 263 del 2005*, in *Corr. giur.*, 2008, pag. 875, la conversione va oltre la sostituzione dell'oggetto e rappresenta un'alternativa all'intera fase esecutiva, tant'è che prevede l'integrale soddisfazione di tutti i creditori, senza alcuna fase distributiva.

[10] Vedi per tutti Tarzia, *La conversione del pignoramento con versamento rateale*, in *Riv. dir. proc.*, 1976, pag. 448.

[11] La comparizione delle parti, disposta dal giudice quando deve determinare la somma da sostituire al bene pignorato nel procedimento disciplinato dall'[art. 495 c.p.c.](#), non è preordinata a dar vita al contraddittorio nel senso proprio del processo contenzioso o in quello dei casi espressamente previsti dalla legge, ma a consentire il miglior esercizio della potestà di ordine del giudice dell'esecuzione. Cosicché, se la comparizione del debitore non sia comunicato all'interessato, si è in presenza di un'omissione che non è di per sé determinante, ma è destinata a riflettersi sul successivo atto esecutivo, contro il quale il debitore che lo ritenga viziato (ma non per il solo fatto dell'omessa sua audizione), può insorgere con l'opposizione agli atti esecutivi nei modi e nel termine di cui all'[art. 617 c.p.c.](#) Cass. civ., sez. III, [26 gennaio 2005, n. 1618](#). Secondo la giurisprudenza in fase di conversione si effettua una valutazione sommaria che non esplica alcuna efficacia sull'esistenza, ammontare o carattere privilegiato dei crediti, non potendo operare, nel processo esecutivo individuale, il diverso principio della stabilità dei provvedimenti di accertamento dei crediti propria delle procedure concorsuali, anzi la sommarizzazione della valutazione del giudice dell'esecuzione è in certo modo esaltata dalla deformalizzazione piena delle controversie distributive ex [art. 512 c.p.c.](#), vedi Cass. civ., sez. III, [24 marzo 2011, n. 6733](#); Cass. civ., sez. III, [26 marzo 2015, n. 6086](#).

[12] Nuovamente Tarzia, *op. loc. cit.*; Capponi, *La "nuova" disciplina sulla conversione del pignoramento*, in *Riv. dir. proc.*, 1999, pag. 122; Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, VII ed., Padova, 2019, pag. 602.

[13] Vedi Bonsignori, *op. loc. cit.*; Tarzia, *op. cit.*, pag. 436.

to e dei crediti dei creditori intervenuti indicati nei rispettivi atti di intervento. Il valore su cui calcolare la somma del sesto fa dunque riferimento ai creditori già intervenuti al momento della presentazione dell'istanza^[14]. Questo vale senz'altro per la richiesta di conversione, occorre però domandarsi se sia così anche per la determinazione della somma dovuta per la conversione, in particolare in riferimento alla posizione dei creditori che abbiano effettuato l'intervento dopo la presentazione dell'istanza di conversione. Si può infatti sostenere che anche per la determinazione della somma ci si debba limitare ai creditori già intervenuti al momento della presentazione dell'istanza, la data di deposito dell'istanza di conversione sarebbe dunque il limite all'ammissibilità degli interventi da computarsi ai fini della conversione, questo perché il debitore che ha versato una somma non inferiore a un sesto dell'importo dei crediti già noti acquisirebbe un diritto a beneficiare della conversione. Questo limite è anche nell'interesse dei creditori sollecitamente intervenuti, che godrebbero di un meccanismo di soddisfazione vantaggioso, meccanismo che potrebbe essere pregiudicato se si estendesse il pagamento anche alle somme portate da un intervento successivo alla proposizione della domanda di conversione^[15]. La tesi opposta fa riferimento all'inesistenza di un simile termine di preclusione per l'intervento dei creditori, dovendosi applicare quanto previsto dall'[art. 499 c.p.c.](#), quindi il deposito dell'istanza di con-

versione da parte del debitore, deposito che potrebbe essere effettuato anche all'inizio del processo esecutivo, non può comportare la perdita della facoltà di intervenire che la normativa riconosce al creditore, il cui diritto ad essere soddisfatto va tenuto presente dal giudice nella determinazione della somma da sostituire^[16].

3. Le modifiche apportate dal decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135, come convertito dalla legge 11 febbraio 2019, n. 12

Il [decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135](#) è rubricato: «Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione», è facile sostenere che le modifiche introdotte in materia di esecuzione forzata non hanno molto a che fare con tale oggetto^[17] ed è inoltre discutibile il loro carattere d'urgenza, inoltre l'art. 4, che contiene le modifiche alla disciplina esecutiva, è rubricato: «Modifiche al codice di procedura civile in materia di esecuzione forzata nei confronti dei soggetti creditori della pubblica amministrazione», ma in realtà la norma non contiene alcuna disposizione o riferimento ai creditori della pubblica amministrazione, le modifiche riguardano la novellazione dell'[art. 495 c.p.c.](#) (Conversione del pignoramento), la sostituzione dell'[art. 560 c.p.c.](#) (Modo della custodia) e la modifica dell'[art. 569 c.p.c.](#) (Provvedimento per l'autorizzazione della vendita). Ci si trova di fronte al mancato adeguamento della rubrica dell'art. 4 alle modifiche che vi sono

[14] Va evidenziato che vi sono due distinti riferimenti alle spese, a quelle dell'esecuzione e a ulteriori spese, presumibilmente facendo riferimento a quelle non direttamente riferite al processo esecutivo, ma sostenute per attività funzionali all'esecuzione, anche stragiudiziali, di nuovo Capponi, *La "nuova" disciplina*, cit., pag. 116; Cass. civ., sez. III, [24 gennaio 2012, n. 940](#) e Cass. civ., sez. III, 26 marzo 2015, n. 6086, cit.

[15] Si pone in tale prospettiva Parisi, *Conversione del pignoramento e intervento successivo dei creditori*, in *ilProcessocivile.it*, 3 marzo 2020, in nota a Cass. civ., sez. VI, [13 gennaio 2020, n. 411](#), perché tale intervento potrebbe alterare il calcolo fatto dal debitore al momento della proposizione della domanda, con la conseguenza che costui, se non riuscisse a pagare la maggior somma venutasi a determinare a seguito dell'intervento, potrebbe perdere l'acconto versato, subendo così un ingiustificato pregiudizio. Tale principio non dovrebbe tuttavia valere per i creditori privilegiati muniti di titolo esecutivo, atteso che questi, pur essendo intervenuti successivamente, potrebbero chiedere la vendita delle cose pignorate finché non venga emanata l'ordinanza di liberazione dal pignoramento delle cose medesime.

[16] Per un'analisi delle diverse posizioni vedi Carpi-Taruffo, *Commentario breve al codice di procedura civile*, IX ed., Padova, 2018, sub art. 495, pag. 1970; Consolo, *Codice di procedura civile commentato*, VI ed., Milano, 2018, vol. III, sub art. 495, pag. 733 ss. Dall'analisi delle posizioni emerge che i creditori intervenuti in un momento successivo all'udienza di conversione non debbono essere considerati nell'ordinanza di cui all'[art. 495 co. 3 c.p.c.](#), ossia non si deve tenere conto delle loro pretese, potranno trovare soddisfazione solo in via eventuale, se vi sia un sopravanzo. Non debbono essere presi in considerazione i creditori non intervenuti, sebbene titolari di causa di prelazione iscritta, in quanto la liberazione dei beni comporta la sostituzione dell'oggetto del pignoramento, ma non la cancellazione delle trascrizioni o iscrizioni. In giurisprudenza Cass. civ., sez. III, 26 marzo 2015, n. 6086, cit., che riprende Cass. civ., sez. III, [24 gennaio 2012, n. 940](#), cit., secondo cui, il giudice dell'esecuzione deve determinare la somma da sostituire ai beni pignorati tenendo conto, oltre alle spese di esecuzione, dell'importo, comprensivo del capitale, degli interessi e delle spese, dovuto al creditore pignorante e ai creditori intervenuti fino al momento dell'udienza in cui è pronunciata (ovvero il giudice si è riservato di pronunciare) l'ordinanza di conversione ai sensi dell'[art. 495 c.p.c.](#), pronuncia con cui concorda Soldi, *op. cit.*, pag. 596.

[17] Vi è un riferimento al titolo del decreto solo se il soggetto esecutato sia un'impresa o una pubblica amministrazione, dato il *favor* per il debitore che emerge dalle modifiche.

state introdotte con la legge di conversione^[18].

Più in dettaglio, rispetto a quanto sopra sintetizzato, le modifiche riguardano: l'aver subordinato l'istanza al deposito di una somma «non inferiore ad un sesto», mentre in precedenza era un quinto, degli importi, già sopra ricordati, dell'[art. 495, comma 2, c.p.c.](#); l'aver aumentato a 48 mesi, in precedenza erano 36, il termine massimo di rateizzazioni mensili per effettuare il pagamento; l'aver previsto che la procedura cessi, con l'incamerazione da parte della procedura delle somme già versate, in caso di ritardo superiore a trenta giorni nel pagamento, in luogo del termine precedente di quindici giorni.

Tali disposizioni, come quella relativa all'[art. 569 c.p.c.](#), ai sensi dell'[art. 4, comma 4, decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135](#), come convertito dalla [legge 11 febbraio 2019, n. 12](#), non si applicano alle esecuzioni iniziate anteriormente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, ossia il 13 febbraio 2019^[19].

La novella di fatto incide sulle modifiche già introdotte dai precedenti interventi legislativi sull'[art. 495 c.p.c.](#) e si può dubitare che questi «aggiornamenti» si rivelino particolarmente efficaci. Dal punto di vista dell'impostazione data dal legislatore si deve constatare che sono state introdotte modifiche volte a favorire la posizione del debitore, presumibilmente nell'intento di incentivare il ricorso alla procedura, consentendo così di evitare la dispendiosa fase di liquidazione dei beni, ma si può appunto dubitare che lo scopo verrà raggiunto, dato il carattere integralmente satisfattivo per i creditori della conversione, che pur con la rinnovata dilatazione temporale non pare concretamente raggiungibile in un numero elevato di casi. Riguarda l'istituto della conversione anche la modifica apportata all'[art. 569, comma 1, c.p.c.](#), secondo il quale oggi il creditore pignorante e i creditori intervenuti devono depositare, almeno trenta giorni prima dell'udienza di autorizzazione alla vendita, un atto, sottoscritto personalmente dal creditore e previamente notificato al debito-

re esecutato, nel quale è indicato l'ammontare del residuo credito, comprensivo degli interessi, e il criterio di calcolo di quelli in corso di maturazione e delle spese sostenute. In mancanza di questa nota di precisazione, agli effetti della liquidazione della somma per la conversione «il credito resta definitivamente fissato nell'importo indicato nell'atto di precetto o di intervento, maggiorato dei soli interessi al tasso legale e delle spese successive».

Il limite del meccanismo del deposito dell'atto del creditore di quantificazione del credito è che non può funzionare nella totalità dei casi. In primo luogo, il debitore può fare istanza per la conversione fino alla pronuncia dell'ordinanza di autorizzazione alla vendita e, quindi, anche in un momento successivo a quello in cui la nuova disposizione impone al creditore di precisare il credito ossia «non oltre trenta giorni prima dell'udienza». In secondo luogo, i creditori possono intervenire tempestivamente fino all'udienza per l'autorizzazione a vendita e si ripropone una discrasia analoga alla precedente. Quanto previsto nella nuova formulazione dell'[art. 569, comma 1, c.p.c.](#), non può dunque operare sempre e da qui l'ultimo inciso inserito in chiusura di tale comma, sulla determinazione dei crediti con riferimento all'atto di precetto o di intervento.

4. La pronuncia Cass. civ., sez. VI, 13 gennaio 2020, n. 411

Nella conversione del pignoramento è dunque centrale la determinazione delle somme dovute, e la sentenza della Suprema corte in oggetto ribadisce l'orientamento secondo cui a tal fine si deve tener conto anche dei creditori intervenuti successivamente all'istanza presentata dal debitore, e fino alla udienza in cui il giudice dell'esecuzione determina con ordinanza la somma dovuta^[20].

Ho sopra ricordato come si sostiene che il deposito dell'istanza di conversione non può essere il limite all'ammissibilità degli interventi da computarsi ai fini della conversione, mancando un simile termine di preclusione nella

^[18] Il decreto legge, in relazione alle modalità di custodia dell'immobile assoggettato a esecuzione, [art. 560 c.p.c.](#), prevedeva che il debitore esecutato potesse segnalare il fatto di essere titolare di crediti nei confronti di pubbliche amministrazioni, ottenendo la possibilità di differire il momento del rilascio dell'immobile. Si tratta di una previsione del tutto scomparsa in sede di conversione, di cui rimane appunto traccia nella rubrica dell'[art. 4](#), che per quanto riguarda il modo della custodia prevede invece che quando l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari, il giudice non può disporre il rilascio dell'immobile, se non in sede di decreto di trasferimento.

^[19] Ampliando quanto già segnalato in nota 8, in deroga all'[art. 4, comma 4, decreto legge 14 dicembre 2018, n. 135](#), come convertito dalla [legge 11 febbraio 2019, n. 12](#), è intervenuto l'[art. 18 quater decreto legge 30 dicembre 2019, n. 162](#), come convertito dalla [legge 28 febbraio 2020, n. 8](#), ai sensi del quale le disposizioni introdotte dal [comma 2 dell'art. 4 D.L. n. 135 del 2018](#), ossia unicamente quelle relative all'[art. 560 c.p.c.](#), si applicano anche alle procedure di espropriazione immobiliare pendenti alla data di entrata in vigore della [citata legge n. 12 del 2019](#) nelle quali non sia stato pronunciato provvedimento di aggiudicazione del bene.

^[20] Recentemente Cass. civ., sez. III, 26 marzo 2015, n. 6086, *cit.*

disciplina dell'intervento dei creditori[21]. Nell'attuale pronuncia la Corte sottolinea come un contrario orientamento non terrebbe conto del principio della *par condicio creditorum*, quindi del pari diritto di tutti i creditori a soddisfarsi sui beni del debitore. In relazione a tale principio il legislatore riconosce la possibilità di intervenire nell'esecuzione singolare ex [art. 499 c.p.c.](#), intendendo gli interventi tempestivi quali strumenti volti a favorire la contemporanea soddisfazione di tutti i creditori. L'ordinamento non intende avvantaggiare a tal punto il debitore da lasciargli liberare i propri beni dal vincolo del pignoramento pagando solo parte dei creditori intervenuti. La conversione del pignoramento è strumento soddisfacitivo delle ragioni dei creditori e non può non tener conto del credito per il quale è stato fatto intervento in data anteriore a quella in cui il giudice dell'esecuzione, provvedendo sull'istanza, determina l'ammontare complessivo delle somme occorrenti per la piena estinzione di tutti i crediti. La sentenza chiarisce che l'intervento effettuato in data successiva all'istanza di conversione del pignoramento, ma anteriormente all'udienza fissata per provvedere su di essa, non incide *ex post* sull'ammissibilità della domanda, con specifico riferimento all'osservanza dell'onere di accompagnare la stessa con il versamento di una somma pari a un sesto del credito per cui è stato eseguito il pignoramento e dei crediti dei creditori intervenuti. La commisurazione dell'importo che, a titolo cauzionale, deve accompagnare l'istanza di conversione del pignoramento va rapportata all'ammontare dei crediti insinuati nella procedura esecutiva alla data di presentazione dell'istanza medesima, mentre di quelli successivamente intervenuti si dovrà tenere conto nell'ordinanza con la quale il giudice dell'esecuzione determina la somma da sostituire al bene pignorato ai sensi dell'[art. 495, comma 3, c.p.c.](#)

5. Riflessioni conclusive

Ho già accennato al mancato il coordinamento del nuovo limite per l'ammissibilità dell'istanza di conversione con quanto dispone l'[art. 492 c.p.c.](#) Ho anche sottolineato come la riduzione della percentuale della somma per

l'ammissibilità della richiesta e le altre modifiche, si pensi al raddoppio del termine da 15 a 30 giorni, concesso al debitore per effettuare il pagamento delle rate, manifestino l'intento di facilitare il ricorso del debitore alla procedura di conversione. L'estensione della rateizzazione da tre a quattro anni suscita qualche perplessità in relazione all'incremento di una già così estesa previsione legislativa di durata del processo esecutivo. È vero che l'ordinamento lucra l'assenza della fase di liquidazione, mentre il creditore ha la prospettiva della sua soddisfazione, ma si è in controtendenza rispetto alla ragionevole durata delle procedure[22]. Come rimedio nell'interesse del debitore, rispetto all'incremento del termine di rateizzazione, rimane l'[art. 495, comma 4, c.p.c.](#), laddove stabilisce che ogni sei mesi il giudice dell'esecuzione provvede a norma dell'[art. 510 c.p.c.](#), al pagamento all'unico creditore pignorante ovvero alla distribuzione fra i più creditori concorrenti, delle somme versate dal debitore.

Le distribuzioni parziali dell'[art. 495, comma 4, c.p.c.](#), sono un obbligo per il giudice, mentre la prospettiva del suo intervento è di altro rilievo in relazione alla conferma, venuta da Cass. civ., sez. VI, [13 gennaio 2020, n. 411](#), dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, quando determina con ordinanza la somma, il giudice deve tener conto anche dei creditori intervenuti successivamente all'istanza di conversione, e precisamente dei crediti di quanti intervengano fino all'udienza in cui egli pronuncia tale ordinanza. È un quadro dove il giudice dell'esecuzione dovrà senz'altro determinare la somma per la conversione sulla base dei crediti portati da titolo esecutivo, per quelli sprovvisti di titolo invece, in caso di intervento tempestivo, prima di definire la somma, dovrà tenere conto del subprocedimento di cui all'[art. 499, comma 6, c.p.c.](#) Se poi tali crediti non fossero riconosciuti dal debitore, il giudice dovrà considerare i crediti, ma senza inserirli ai fini della distribuzione semestrale di cui sopra, essendo legati alla procedura di accantonamento[23]. In relazione a questo il giudice deve anche far riferimento al nuovo [art. 569, comma 1, c.p.c.](#), e non si può che prendere atto della scelta del legislatore di non mantenere unita

[21] Mi riferisco a Cass. civ., sez. III, [24 gennaio 2012, n. 940](#), cit.

[22] Come evidenzia Farina, *Le modifiche apportate dalla l. 11-2-2019, n. 12 alla conversione del pignoramento ed all'ordine di liberazione*, in *Riv. esec. forz.*, 2019, pag. 150 s., che ravvisa un palese contrasto con le prescrizioni contenute nella [legge Pinto](#) in materia di ragionevole durata delle procedure esecutive. L'Autore ricorda che la durata del processo esecutivo è «ragionevole» se si esaurisce in tre anni nel rispetto dell'[art. 2, comma 2 bis, L. n. 89 del 2001](#), n. 89. Già la precedente formulazione della norma ha determinato, nella pratica, la violazione del termine triennale previsto dalla suddetta [legge Pinto](#).

[23] Sul punto Consolo, *op. loc. citt.*, ove i riferimenti alla dottrina, cui *adde* Crivelli, *Questioni controverse in tema di conversione del pignoramento*, in *Riv. esec. forz.*, 2018, pag. 308 ss.

la disciplina della conversione del pignoramento all'interno dell'[art. 495 c.p.c.](#)

Il rilievo del ruolo del giudice dell'esecuzione emerge anche in relazione all'estensione della rateizzazione, perché sarà evidentemente compito del giudice determinare il numero

di rate, non necessariamente o automaticamente nella misura massima, con cui il debitore deve effettuare il versamento della somma, dovendo valutare i «giustificati motivi» dell'[art. 495, comma 4, c.p.c.](#), ossia gli specifici aspetti anche pratici della singola procedura esecutiva^[24].

^[24] Vedi Soldi, *op. cit.*, pag. 602, quantunque richiesta nella misura massima, il giudice può accordare la rateizzazione anche per un tempo inferiore al termine massimo prestabilito e nuovamente Farina, *op. loc. cit.*

ESTIZIONE DEL PROCESSO E FALLIMENTO

Il fenomeno estintivo ex art. 393 c.p.c. nel procedimento per la dichiarazione di fallimento. Osservazioni sparse a margine di Cass. civ., 10 febbraio 2020, n. 3022.

di Alessia D'Addazio

DEL 3 APRILE 2020

Sommario

1. La pronuncia della Corte di cassazione
2. L'estinzione del giudizio di rinvio nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo: un confronto
3. Tipologie di rinvio e funzione sostitutiva
4. Conclusioni

1. La pronuncia della Corte di cassazione

Con una recente sentenza ([Cass. civ., sentenza del 10 febbraio 2020, n. 3022](#)), la Suprema Corte ha affermato che «*in tema di effetti del giudizio di rinvio sul giudizio per dichiarazione di fallimento, ove la sentenza di rigetto del reclamo contro la sentenza dichiarativa, di cui alla [L. Fall., art. 18](#), sia stata cassata con rinvio, e il processo non sia stato riassunto nel termine prescritto, trova piena applicazione la regola generale di cui all'[art. 393 c.p.c.](#), alla stregua della quale alla mancata riassunzione consegue l'estinzione dell'intero processo e, quindi, anche l'inefficacia della sentenza di fallimento*».

L'occasione per la pronuncia nasce da una fattispecie in cui, dichiarato il fallimento di una società di fatto e dei soci illimitatamente e personalmente responsabili, uno di costoro propone reclamo ex [art. 18 L. Fall.](#) avverso la sentenza dichiarativa di fallimento; l'impugnazione viene rigettata con conferma della sentenza di prime cure ma, a seguito del ricorso per cassazione esperito avverso il provvedimento di rigetto della Corte d'appello, la pronuncia viene ribaltata con cassazione della sentenza della Corte d'appello e rinvio della causa al medesimo ufficio giudiziario (in diversa composizione) ai fini del riesame della dichiarazione di fallimento del ricorrente. Il giudizio non viene riassunto in sede di rinvio. Il ricorrente, allora, chiede al giudice delegato (del Tribunale di Roma che ha dichiarato il fallimento, poi travolto in sede di legittimità) di far annotare presso il Registro delle imprese l'av-

venuta estinzione del giudizio ai sensi dell'[art. 393 c.p.c.](#) e di ordinare la cancellazione delle trascrizioni nel frattempo eseguite a suo carico e a favore della massa. A seguito del decreto di diniego dell'istanza, il ricorrente propone reclamo ai sensi dell'[art. 26 L. Fall.](#), anch'esso rigettato dal Tribunale. L'ordinanza di rigetto, emessa sul presupposto che alla mancata riassunzione del giudizio di reclamo non consegua l'estinzione del processo di fallimento, in quanto la struttura del giudizio fallimentare è ostativa all'applicazione della disciplina dettata dall'[art. 393 c.p.c.](#), è stata quindi nuovamente impugnata con ricorso per cassazione.

Gli argomenti del Tribunale di Roma - orientati, da un lato, a differenziare la natura e il funzionamento del reclamo ex [art. 18 L. Fall.](#) dalle impugnazioni «ordinarie» e, dall'altro, a ricollegare la disciplina apprestata dall'[art. 393 c.p.c.](#) alle sole ipotesi in cui la decisione resa in fase di impugnazione abbia natura ed efficacia sostitutiva del provvedimento impugnato (ipotesi non configurabile - secondo il Tribunale - nel procedimento di reclamo avverso il decreto di rigetto dell'istanza di fallimento, ove la Corte d'appello, investita di tale impugnazione, nel caso in cui ritenga di accoglierla non può comunque sostituirsi al Tribunale nella dichiarazione del fallimento, stante la necessità di rinvio al Tribunale disposta dall'[art. 22 L. Fall.](#)) - vengono sostanzialmente replicati dal procuratore generale.

La Corte, invece, ritiene che la soluzione fornita dal Tri-

bunale non sia “convincente”, né tanto meno condivisibile, in quanto basata sulla «forzatura dei dati normativi oltre che sul travisamento della natura attribuibile all'[art. 393 cod. proc. civ.](#)».

Nel provvedimento impugnato, il giudice ancora il rigetto dell'istanza del ricorrente al presupposto che oggetto del giudizio di reclamo sia «il gravame proposto contro la detta sentenza» (dichiarativa di fallimento) e non «l'originaria domanda di fallimento», con la conseguenza che, in caso di cassazione con rinvio e di mancata rituale riassunzione del procedimento, giammai potrebbe venire travolta quella originaria domanda di fallimento, ma a subire l'estinzione sarà solo il processo di reclamo instaurato e non più coltivato. Siffatta ricostruzione, osserva il giudice di legittimità, presuppone, senza menzionarlo, l'operare della disciplina contenuta dall'[art. 338 c.p.c.](#) relativa all'estinzione dei procedimenti di appello e di revocazione ordinaria, che prevede, appunto, il passaggio in giudicato della sentenza impugnata. Dinanzi a questa ricostruzione, la Corte di cassazione demolisce, in prima battuta, la premessa del ragionamento operato dal Tribunale, ritenendo «non corretta l'allusione del tribunale al fatto che il reclamo innesti un processo autonomo avente ad oggetto il (solo) gravame avverso la sentenza di fallimento» e non la dichiarazione di fallimento in sé. Il giudice di legittimità osserva altresì sul punto che, nel previgente regime, in cui l'opposizione al fallimento regolata dall'[art. 18 L. Fall.](#) nella sua formulazione originaria^[1] costituiva, analogamente a quanto previsto per l'opposizione a decreto ingiuntivo, un mezzo di impugnazione teso ad avviare un processo di cognizione di primo grado, regolato dalle ordinarie norme del codice di rito, si poteva sostenere, al pari di quanto fatto dal Tribunale di Roma, che la mancata riassunzione del giudizio di rinvio travolgesse il solo procedimento di opposizione e non anche la preliminare e sommaria fase di dichiarazione del fallimento, con conseguente stabilizzazione di tale pronuncia. All'opposto, nell'attuale disciplina, al procedimento di reclamo è conferito effetto devolutivo pieno rispetto ad un precedente provvedimento di natura decisoria suscettibile di acqui-

stare autorità di cosa giudicata. L'effetto sostitutivo, invece, risulta limitato dalla previsione dell'[art. 22, comma 4, L. Fall.](#), il quale mantiene in capo al Tribunale la funzione dichiarativa del fallimento in ipotesi di accoglimento del reclamo proposto dal creditore istante o dal pubblico ministero. A proposito di tale profilo, la Corte rileva l'erroneità della conclusione del Tribunale secondo cui si crea un collegamento (o meglio una dipendenza) essenziale tra [art. 393 c.p.c.](#) e natura sostitutiva della sentenza (cassata). Da questo rilievo, poi, si aprono due scenari argomentativi, l'uno relativo al contenuto della pronuncia cassata e alla rilevanza dello stesso ai fini dell'applicazione dell'[art. 393 c.p.c.](#) e l'altro relativo alla comparazione con la cassazione del provvedimento reso in un giudizio di opposizione al decreto ingiuntivo e alla doppia possibile sorte del decreto ingiuntivo, come elaborata da Cass. civ., Sez. Un. [22 febbraio 2010, n. 4071](#), i quali meritano qualche rapido cenno nei paragrafi che seguono.

2. L'estinzione del giudizio di rinvio nel procedimento di opposizione a decreto ingiuntivo: un confronto

Nel procedimento di opposizione al decreto ingiuntivo è previsto, all'[art. 653 c.p.c.](#) in merito alla formazione del titolo esecutivo, che, in caso di rigetto dell'opposizione, ad acquisire definitività sia il decreto ingiuntivo, mentre in caso di accoglimento parziale solo la sentenza costituisca titolo esecutivo per l'attuazione del diritto ivi riconosciuto. Su questa premessa, cioè di sopravvivenza del decreto ingiuntivo in caso di rigetto dell'opposizione e di perenzione di tale provvedimento in caso di accoglimento (anche parziale) dell'opposizione, si è ritenuto^[2] che, laddove il provvedimento di rigetto (che non aveva eliminato l'esistenza del decreto ingiuntivo), emesso in primo grado o in appello, sia cassato con rinvio, alla mancata riassunzione del giudizio di rinvio non può conseguire l'estinzione di tutto il procedimento, ma la consolidazione definitiva (i.e. passaggio in giudicato o, secondo indicazione più precisa - ma non pacifica - preclusione *pro iudicato*)^[3] del decreto ingiuntivo opposto; al contrario, laddove il provvedimento di accoglimento dell'op-

[1] Questo l'iniziale tenore letterale della norma: «Contro la sentenza che dichiara il fallimento il debitore e qualunque interessato possono fare opposizione nel termine di quindici giorni dall'affissione della sentenza. L'opposizione non può essere proposta da chi ha chiesto la dichiarazione di fallimento. L'opposizione è proposta con atto di citazione da notificarsi al curatore e al creditore richiedente. L'opposizione non sospende l'esecuzione della sentenza». Essa si inseriva in una cornice normativa in cui la dichiarazione di fallimento era pronunciata, così come nell'attuale disciplina, dal Tribunale in camera di consiglio, ma senza la necessità di convocazione del debitore o di instaurazione del contraddittorio con gli eventuali creditori istanti ([art. 15 L. Fall.](#) nella versione originaria).

[2] Cfr. la richiamata Cass. Sez. Un. [22 febbraio 2010, n. 4071](#).

[3] Cfr. E. Redenti, *Diritto processuale civile*, 1954, III, 25 ss.; E. Garbagnati, *Studi in onore di E. Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, Milano, 1951, I, 469 ss.;

posizione (che aveva eliminato il decreto ingiuntivo, sostituendosi allo stesso in caso di accoglimento solo parziale) sia cassato con rinvio, alla mancata riassunzione del giudizio di rinvio consegue, inevitabilmente, l'estinzione dell'intero giudizio (comprensivo della fase monitoria) ai sensi dell'[art. 393 c.p.c.](#) Il che, in un certo senso, equivale a ritenere che spetti alla parte interessata alla conduzione del giudizio di rinvio provvedere alla riassunzione, in quanto, laddove sia stata cassato il provvedimento di rigetto dell'opposizione, sarà l'opponente ad avere interesse a riassumere il giudizio che costituisce la fase rescissoria della spiegata impugnazione, mentre, in caso di cassazione del provvedimento di accoglimento dell'opposizione, sarà il creditore a nutrire l'interesse alla prosecuzione in fase di rinvio.

Questa diversificazione di esiti in base al precedente svolgimento del giudizio si pone, sotto questa ottica, sul piano concettuale di chi attribuisce all'[art. 393 c.p.c.](#) natura sanzionatoria[4].

Sotto il profilo strutturale, invece, la Corte osserva come la disciplina in questione non sia replicabile al caso di mancata riassunzione del giudizio di rinvio all'esito della cassazione del provvedimento reso in fase reclamo *ex art. 18 L. Fall.*, non potendosi rinvenire in questa materia né una norma che, al pari dell'[art. 653 c.p.c.](#), preveda espressamente che, in presenza di un determinato contenuto (rigetto), la sentenza resa in sede di reclamo non si sostituisca al provvedimento reso nella precedente fase, né una conformazione "bifasica" analoga a quella del giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo, nel quale l'atto di citazione, intriso di connotati impugnatori, costituisce il passaggio (eventuale) dalla fase sommaria condotta secondo le norme speciali del rito monitorio ad un vero e proprio processo di cognizione, quel "processo", appunto, cui l'[art. 393 c.p.c.](#) si riferisce. Proprio delineando queste differenze, il giudice di legittimità, pur schermandosi dietro affermazioni di forte impatto relative alla non pra-

ticità dell'accostamento tra processo per dichiarazione del fallimento e opposizione a decreto ingiuntivo sotto il profilo analizzato, timidamente sostiene che la struttura previgente del procedimento di dichiarazione di fallimento, caratterizzato da una prima fase sommaria, eventualmente seguita da un giudizio di opposizione a cognizione piena[5], poteva invece ritenersi accostabile a quanto previsto, partendo dall'[art. 653 c.p.c.](#), in tema di rinvio a seguito di cassazione del provvedimento emesso nel giudizio di opposizione a decreto ingiuntivo.

È una riflessione, tuttavia, che la Suprema Corte non porta a conclusione, sostenendo poi, all'inverso, che la natura dell'[art. 393 c.p.c.](#) quale regola processuale - e non quale principio - impedisce di elaborare soluzioni derogatorie senza espressa previsione.

A ciò si aggiunge che il necessario rinvio da parte della Corte d'appello al Tribunale per la dichiarazione di fallimento, previsto dall'[art. 22 L. Fall.](#), non può né deve essere inteso come sintomo di limitazione oggettiva del contenuto del giudizio di reclamo, che risulterebbe dimidiato dall'attribuzione di quella competenza al Tribunale, ma come frutto di una mera scelta di politica legislativa. Il reclamo, quindi, investe l'intero procedimento di dichiarazione di fallimento, sebbene la decisione resa dalla Corte di appello non sia sempre idonea ad assumere funzione sostitutiva.

3. Tipologie di rinvio e funzione sostitutiva

Come anticipato, il giudice di legittimità si mostra rigoroso nell'applicare l'[art. 393 c.p.c.](#) senza indugiare a proposito del richiamato collegamento tra disciplina della norma in esame e funzione sostitutiva della pronuncia di appello, cassando l'argomentare del Tribunale «*quasi che nel caso in cui tale funzione [sostitutiva] abbia a far difetto l'art. 393 non debba trovare applicazione*», proclamando senza esitazione alcuna che «*l'ambito dell'art. 393 va oltre la detta funzione*» normalmente sostitutiva della senten-

B. Capponi, *Il procedimento d'ingiunzione*, Bologna, 2009, 691 ss.; G. Franco, *Guida al procedimento d'ingiunzione*, Milano, 2009, 194 ss.

[4] Cfr. l'approccio apertamente critico di G. Verde, *L'art. 393 c.p.c.: una disposizione da trascrivere*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, 929 ss., il quale richiama (e critica) la pronuncia Cass. 18 marzo 2014, n. 6188, ove si afferma che «*il disinteresse per la prosecuzione del giudizio di rinvio, rivelato dal verificarsi del fenomeno estintivo, merita una valutazione negativa per cui l'intera attività processuale si caduca, salvo l'effetto del principio di diritto (...) e ciò al di là di una valutazione di imputazione dell'estinzione basata sul criterio dell'interesse alla prosecuzione del giudizio*» tenuto conto che «*il legislatore (...) ha (...) preferito sanzionare il disinteresse delle parti come tale*» e per tale ragione «*La mancata riassunzione del giudizio di rinvio determina, ai sensi dell'art. 393 cod. proc. civ., l'estinzione dell'intero processo, con conseguente caducazione di tutte le attività espletate, salva la sola efficacia del principio di diritto affermato dalla Corte di cassazione, senza che assuma rilievo che l'eventuale sentenza d'appello, cassata, si sia limitata a definire in rito l'impugnazione della decisione di primo grado ovvero abbia rimesso la causa al primo giudice e, dunque, manchi un effetto sostitutivo rispetto a quest'ultima pronuncia, rispondendo tale disciplina ad una valutazione negativa del legislatore in ordine al disinteresse delle parti alla prosecuzione del procedimento*». Di questo aspetto si tratterà ancora *infra*.

[5] V. nota 1.

za d'appello e puntualizzando che la norma in questione «non esprime un principio, ma una regola processuale», regola che, in caso di fallimento, non conosce deroghe. È per tale ragione che, in caso di omessa riassunzione del giudizio di reclamo di cui all'[art. 18 L. Fall.](#) a seguito della cassazione del precedente provvedimento reso in tale sede, l'estinzione non può riguardare quel provvedimento indipendentemente dal processo nel cui ambito è stato emesso. La soluzione, di per sé, convince; allo stesso tempo, però, sono state prospettate valide ragioni idonee ad incrinare la generale applicabilità dell'[art. 393 c.p.c.](#) non solo al caso in questione, ma a tutte quelle fattispecie in cui la sentenza cassata sia stata incapace di sostituirsi a quella precedentemente resa nel primo grado di giudizio. La regola prevista dall'[art. 393 c.p.c.](#) e l'indagine relativa alla struttura del giudizio di rinvio aprono, infatti, un dibattito di tenore più generale, relativo all'assenza di funzione sostitutiva delle decisioni di rigetto in rito (o quelle con cui il giudice di appello abbia «rimanda[to] le parti davanti al primo giudice» ai sensi degli artt. [353](#), [354 c.p.c.](#) [6]) emesse in sede di appello e poi cassate per *error in procedendo* (o *error in iudicando de iure procedendi*) dalla Suprema Corte con rinvio; un rinvio che la dottrina definisce restitutorio, in quanto funzionale alla “restituzione” al giudice di merito del giudizio, depurato dagli errori processuali commessi, per la sua corretta conduzione, in contrapposizione al rinvio prosecutorio (disposto a seguito della cassazione per *error in iudicando*), connotato dalla enunciazione di un principio di diritto funzionale alla rinnovazione del giudizio dal punto di vista sostanziale e non solo meramente procedurale. La strada per queste riflessioni non poteva che essere aperta dal Chioven-

da, fautore o comunque ispiratore dell'attuale formulazione dell'[art. 393 c.p.c.](#), in cui non v'è ombra di detta differenziazione [7]. Sebbene il Maestro distingueva tra i casi di cassazione della sentenza di appello per “errori di giudizio”, nei quali la sentenza resa in secondo grado «rimane come atto giuridico in sé valido che si è sovrapposto alla sentenza di primo grado e le ha tolto ogni valore potenziale di sentenza» e quelli per «vizi di attività», ove, invece, «è tolta di mezzo la sentenza anche come atto giuridico e può dirsi di essa che può considerarsi come non avvenuta» [8], Egli sosteneva, comunque, generalmente che «anche quando una sentenza d'appello riformò (o confermò) quella di primo grado e successivamente è cassata essa stessa dalla Corte di Cassazione, la perenzione del giudizio di rinvio pone nel nulla l'intero processo» [9].

L'ambivalenza delle considerazioni non poteva che far germogliare successive e audaci riflessioni, inclini a ribaltare le conclusioni del ragionamento. Così, da E.F. Ricci [10] in poi, si sono elaborate argomentazioni di tenuta logica forte, cui si aderirebbe con totale convinzione se solo la *littera legis* disponesse altrimenti, o precisasse di più. Si parte dalla diversificazione in merito all'efficacia che può essere riconosciuta alla sentenza di appello a seconda che questa abbia effettivamente sostituito con una decisione nel merito la pronuncia resa in primo grado o che, invece, si sia limitata ad impedirne l'esame in ragione di vizi formali esterni al provvedimento impugnato ovvero, in accoglimento della spiegata impugnazione, abbia rinviato la causa al giudice di primo grado. Se l'[art. 393 c.p.c.](#) sembra confermare il carattere generale ed irreversibile dell'effetto sostitutivo della sentenza di appello nei confronti della sentenza di primo grado [11], che «*dunque*

[6] In tali ipotesi, tuttavia, il ricorso per cassazione avverso la pronuncia di appello interrompe il termine per la riassunzione del giudizio dinanzi al giudice di primo grado disposta dalla corte di appello, sicché ogni considerazione in merito alla mancata riassunzione del giudizio di rinvio disposto dalla Corte di cassazione risente dell'interruzione del termine per la riassunzione dinanzi al giudice di primo grado disposta dall'[art. 353 c.p.c.](#)

[7] Per tale ragione prevale l'opinione secondo cui al giudizio ex [art. 392 c.p.c.](#) non preesiste alcuna sentenza di secondo grado ovvero di prima istanza, sostituita da quella di appello, o in caso di ricorso *per saltum* rescissa direttamente dalla cassazione, idonea a passare in giudicato: cfr., per tutti, Cerino Canova, *Le impugnazioni civili. Struttura e funzione*, Padova, 1973, 604.

[8] G. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, rist., Napoli, 1965, 398 ss. Con la funzione di revisione del giudizio di diritto «la Cassazione partecipa sebbene indirettamente alla formazione della decisione di merito, e può dirsi che in un certo senso l'attività della Cassazione combinata con quella del giudice di rinvio costituisce una forma di terza istanza»; con la funzione di annullamento «la Cassazione annulla attività giuridiche difettose. E la differenza pratica importantissima si manifesta nell'effetto della cassazione nei due casi. Nel primo caso, la Cassazione non richiama in vita la sentenza di primo grado, poiché essa non toglie ogni valore alla sentenza di secondo grado, questa cessa d'avere valore come atto d'applicazione della legge, ma rimane come atto giuridico in sé valido che si è sovrapposto alla sentenza di primo grado e le ha tolto ogni valore potenziale di sentenza. (...) Nel secondo caso invece, cioè d'annullamento, è tolta di mezzo la sentenza anche come atto giuridico e può dirsi di essa che può considerarsi come non avvenuta».

[9] G. Chiovenda, cit., 888.

[10] E.F. Ricci, *Il giudizio civile di rinvio*, Milano, 1967, 105 ss.

[11] M. Negri, *Gli effetti dell'estinzione nell'arco dei vari gradi del processo*, Torino, 2017, 24.

scompare dalla scena»[12], di talché nel momento in cui il giudizio di rinvio si estingue non esiste più alcun provvedimento capace di resistere all'estinzione - non il provvedimento di appello, cassato dal giudice di legittimità, né la pronuncia di primo grado, sostituita da quella di appello - la distinzione sulla base della effettiva capacità sostitutiva della pronuncia di appello potrebbe condurre altrove. Si è detto, infatti, che la sentenza del giudice di appello non sempre sostituisce la sentenza di primo grado e tanto accade quando la sentenza di appello risulta radicalmente nulla o inesistente, quando abbia chiuso in rito il procedimento di impugnazione[13]: in tali casi, allora, «una interpretazione funzionale della disposizione impone che resti in vita ciò che non era mai stato eliminato dal mondo giuridico e, per conseguenza, la soluzione va rintracciata applicando in questo caso l'art. 338 c.p.c. (e non l'art. 393 c.p.c.)»[14] con conseguente stabilizzazione della pronuncia resa in primo grado. Essa, infatti, non aveva mai cessato di esistere - o, secondo altra prospettiva, sarebbe tornata in vita a seguito dell'annullamento del provvedimento di appello in quanto radicalmente nullo e quindi insuscettibile di produrre effetti «in senso negativo» nei confronti della pronuncia resa in primo grado[15] - sicché la sua estinzione ex art. 393 c.p.c. sarebbe il risultato della valutazione negativa dell'inattività delle parti (di qui la natura sanzionatoria della norma) e non della dinamica processuale in sé considerata tenuto conto degli effetti e delle caratteristiche dei provvedimenti emanati nel medesimo giudizio[16]. Chi diversifica la disciplina tra art. 338 c.p.c. e art. 393 c.p.c., in buona sostanza, non fa altro che dare atto dei molteplici possibili esiti dei giudizi di appello, mettendo in fila la considerazione sulla incerta porta-

ta sostitutiva della sentenza di appello e quella sulla altrettanto incerta portata "demolitrice" dell'estinzione del giudizio di rinvio ex art. 393 c.p.c.

Questi, grosso modo, sembrano essere alcuni degli argomenti che lo stesso Tribunale aveva eretto e che sono stati interamente censurati dalla Corte di cassazione.

4. Conclusioni

La pronuncia resa dalla Corte suscita, insieme, approvazione e dubbi. Se nell'ottica della certezza del diritto e di una corretta e uniforme interpretazione e applicazione delle norme la soluzione resa dal giudice di legittimità merita encomio, è sul duplice piano della critica ragionata e della valutazione e valorizzazione degli interessi, giuridicamente intesi, delle parti che sorgono perplessità. In effetti, il timore, espresso a chiare lettere nel recente scritto del Professor Verde, è quello che la parte, vittoriosa nei gradi di merito, la quale si sia vista impugnare con ricorso per cassazione la decisione a sé favorevole, in caso di accoglimento del ricorso avversario, debba «lottare per fare esaminare nel merito l'impugnazione del suo avversario, onde acquistare meritevolezza quale non si ha se si dimostra disinteresse alla prosecuzione del processo»[17]. In effetti, anche nel giudizio in cui si è inserita la pronuncia in esame, la curatela del fallimento, vittoriosa nelle fasi di merito del reclamo ex art. 18 L. Fall. e del successivo reclamo ex art. 26 L. Fall. avverso il decreto del giudice delegato, avrebbe dovuto riassumere il giudizio dinanzi alla Corte di appello per il riesame della dichiarazione di fallimento del ricorrente alla stregua delle doglianze mosse dalla sua controparte, onde non incorrere nella conseguenza definitiva di vedere travolta tutta la proce-

[12] Ivi, 33

[13] Cfr. V. Andrioli, in *Riv. dir. proc.*, 1961, 118; N. Picardi, in *Riv. dir. proc.*, 1994, 532 ss.; R. Vaccarella, *Inattività delle parti ed estinzione del processo di cognizione*, Napoli, 1975, 208 ss.

[14] G. Verde, cit., 932 e 933.

[15] G. Chiovenda, in un passaggio successivo osserva: «se una sentenza d'appello è cassata per violazione o falsa applicazione di legge, non è per questo richiamata in vigore la sentenza di primo grado: ma la causa trovasi dinanzi al giudice di rinvio in questa condizione, che non esiste per il momento alcuna statuizione di merito. Diversamente se la sentenza d'appello sia annullata, cioè cassata per nullità; in questo caso la sentenza d'appello non è solo tolta di mezzo come atto d'applicazione della legge, ma in genere come atto giuridico perché nullo; onde perde ogni importanza e si considera come non esistita, e vien meno anche la sua efficacia negativa rispetto alla sentenza di primo grado, che torna in vita», cit., 965.

[16] Con riguardo cassazione della pronuncia della Corte di appello emessa a seguito di impugnazione del lodo arbitrale, cfr. S. Boccagna, *Sull'arbitrato, Studi offerti a Giovanni Verde*, Napoli, 2010, 67 ss, il quale osserva che «l'annullamento della decisione impugnata (del lodo, nel nostro caso) costituisce esso stesso l'effetto principale della sentenza di impugnazione e dunque non può che restare travolto dalla rescissione di quest'ultima sentenza»; E. Fazzalari, *Impugnazione per nullità del lodo arbitrale e art. 393 c.p.c.*, in *Riv. arb.*, 1997, 323. In senso contrario, C. Consolo, osserva che la "resistenza" del lodo arbitrale all'estinzione potrebbe essere predicata solo negando che la domanda di arbitrato costituisca l'inizio del «processo» come richiamato dall'art. 393 c.p.c. (evidentemente non potendosi negare tale circostanza), in *Il processo di primo grado e le impugnazioni delle sentenze*, Padova, 2009.

[17] G. Verde, cit., 930.

dura fallimentare. Avrebbe dovuto, quindi, sostituirsi alla sua controparte e perseguirne l'interesse alla celebrazione del «terzo grado» di giudizio inaugurato con l'impugnazione per cassazione e non più coltivato (sperando che nel giudizio di rinvio, una volta emendato l'errore di motivazione riscontrato dal giudice di legittimità, l'esito finale rimanesse sostanzialmente inalterato), instaurando così quella fase rescissoria del giudizio di cassazione che non avrebbe avuto alcun personale e giuridico interesse ad inaugurare.

A questa considerazione, comune a tutti i giudizi di rinvio, se ne aggiunge una specifica con riferimento al procedimento di opposizione alla dichiarazione di fallimento, come delineato dall'[art. 18 L. Fall.](#) (indipendentemente dal cambio di veste assunto dalla norma con la riforma del 2006): il procedimento di reclamo, «*così come non costituisce ostacolo al normale svolgimento della procedura, neppure può paralizzare le doverose iniziative recuperatorie del curatore dirette alla ricostituzione del patrimo-*

nio fallimentare di cui egli ha l'amministrazione (...) l'intero procedimento concorsuale non può arrestarsi di fronte alla proposizione della opposizione a fallimento se non si vuole correre il rischio della sostanziale pretermissione della tutela dei creditori», in un contesto, quale quello delle procedure concorsuali, in cui pare evidente che «*il legislatore abbia preferito accordare tutela ai creditori piuttosto al debitore*»^[18]. In tale peculiare cornice, quindi, l'applicazione dell'[art. 393 c.p.c.](#) al caso di mancata riassunzione del giudizio di rinvio a seguito della cassazione della pronuncia resa in sede di opposizione *ex art. 18 L. Fall.* parrebbe non solo configurare oneri aggiuntivi in capo alla figura del curatore ma, altresì, allontanare le dinamiche che governano questi giudizi dai principi di salvaguardia delle ragioni creditorie che, pur mutati di forma con le riforme susseguitesesi nel tempo, regolano il funzionamento delle procedure concorsuali. È pur vero, comunque, che *de iure condito* la soluzione più equilibrata e corretta è quella fornita dal giudice di legittimità.

^[18] M. Fabiani, *La sorte del patrimonio del fallito in presenza di opposizione alla sentenza dichiarativa di fallimento*, in *Il Fall.*, 2004, 73 ss.

TUTELA ANTICIPATA: CIVIL LAW E COMMON LAW

Le forme di tutela anticipata: tra civil law e common law

di Ermelinda Hepaj

DEL 6 APRILE 2020

Sommario

1. Premesse
2. La tutela cautelare nell'ordinamento italiano
3. Il sistema cautelare inglese
4. Considerazioni conclusive

1. Premesse

«L'efficienza e la funzionalità di un sistema di giustizia civile non dipendono necessariamente dalla qualità delle norme che ne disciplinano il funzionamento. Non esiste, in effetti, un modello processuale «perfetto», soprattutto non esiste un modello processuale che, per quanto ben congegnato, possa operare, con gli stessi risultati, da un ordinamento all'altro o da un'epoca all'altra»^[1].

Le regole processuali, infatti, non sono altro che il frutto delle tradizioni, della storia e della cultura di una data società. Da questo punto di vista, un'analisi anche esteriore della situazione in due dei principali ordinamenti processuali "occidentali" - il nostro e quello inglese, sistema di *common law* per eccellenza - denota l'esistenza di un comune denominatore: amministrare la macchina giustizia in modo rapido, efficiente ed efficace.

In particolare, è interessante verificare in queste pagine come le più recenti riforme processuali italiane si collochino, sul piano della tutela sommaria cautelare, rispetto alle tendenze evolutive, e non, dell'ordinamento d'oltremare, per muovere da tale raffronto stimoli e spunti di riflessione.

2. La tutela cautelare nell'ordinamento italiano

Piero Calamandrei nel suo celeberrimo studio sistematico dei provvedimenti cautelari osservava che: «in un ordinamento processuale puramente ideale, in cui il provvedimento definitivo potesse essere istantaneo, in modo che, nello stesso momento in cui l'avente diritto presentasse la domanda, subito potesse essergli resa giustizia in modo pieno e adeguato al caso, non vi sarebbe più stato posto per i provvedimenti cautelari»^[2].

Tale statuizione è particolarmente efficace, da un lato, perché definisce la funzione dei provvedimenti cautelari; dall'altro, perché chiarisce che non esiste nella realtà un ordinamento giudiziale che possa fare a meno di quei provvedimenti, per il semplice motivo che non sarebbe possibile fornire una giustizia immediata alla parte che la invoca. Ciò testimonia la stretta correlazione tra i provvedimenti cautelari e il principio costituzionale di effettività della tutela, il quale può dirsi ormai un dato acquisito nel nostro ordinamento. La tutela cautelare, infatti, trova il proprio avallo anche nella sentenza della Corte Costituzionale [n. 190 del 1985](#)^[3], che i provvedimenti cautelari sono corollario necessario del principio di effet-

[1] M. A. Lupoi, *Tra flessibilità e semplificazione, un embrione di case management all'italiana?*, Bologna, 2018, pag. 5.

[2] Così P. Calamandrei, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, pag. 20; l'autore viene richiamato anche da F. S. Damiani, *La tutela cautelare anticipatoria*, Napoli, 2018.

[3] La questione afferente la materia cautelare nel processo amministrativo risulta qui connotata di particolare interesse scientifico. Invero, in detta occasione, la Corte Costituzionale ebbe modo di statuire quanto segue: «i due incidenti del Pretore del lavoro di Genova e i due incidenti del Pretore del lavoro di S. Pietro Vernotico hanno per oggetto la stessa questione d'incostituzionalità nella quale viene coinvolto l'[art. 700 c.p.c.](#) nella parte in cui non consente al giudice ordinario di tutelare in via d'urgenza diritti soggettivi derivanti da comportamenti omissivi della Pubblica Amministrazione e devoluti in via di merito alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo per contrasto con gli artt. [24](#) comma [primo](#) e [3](#) comma [primo](#) Cost., pertanto, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 21 u.c. della [legge 6 dicembre 1971, n. 1034](#), istitutiva dei T.A.R. nella parte in cui, limitando l'intervento d'urgenza del giudice amministrativo alla sospensione

tività come sancito dagli artt. 24 e 113 della Costituzione, nonché dal principio del giusto processo di cui all'art. 111. Si tratta di un orientamento, oggi, sostenuto anche a livello comunitario[4]. In merito, la Corte di Giustizia ha asserito che il giudice nazionale deve disapplicare la norma interna qualora quest'ultima impedisca di pronunciare provvedimenti cautelari[5]. Invero, la disciplina processuale deve garantire che il titolare del diritto soggettivo violato non subisca ulteriori pregiudizi nel tempo necessario ad ottenere la tutela piena. Da ciò si ricava l'obbligo in capo al legislatore di fornire strumenti cautelari volti a preservare ogni diritto soggettivo.

Nel suo scritto, Calamandrei individuava la strumentalità e la provvisorietà quali caratteristiche distintive della tutela cautelare rispetto agli altri tipi di tutela apprestati dall'ordinamento[6]. È chiaro, infatti, come la funzionalità del procedimento ordinario incida su quello cautelare: quanto più rapido ed efficiente è il processo ordinario, tanto meno bisogno vi sarà della tutela cautelare, nonché, quanto più lento ed inefficiente è il processo ordinario, tanto più è necessario che almeno il procedimento cautelare funzioni bene[7]. Ciò chiarisce il motivo per cui, già a partire dall'entrata in vigore del codice del '40, l'attenzione del legislatore verso i provvedimenti cautelari sia andata via via crescendo nel corso degli anni e si sia tradotta, nel 1990 prima e negli anni 2003- 2006 poi, in interventi volti al perfezionamento della disciplina[8].

Va detto, in effetti, che la sommarietà di tale forma di tutela va intesa quale sommarietà di cognizione, cioè dell'attività logico - giuridica che il giudice è chiamato a percorrere ai fini della pronuncia del provvedimento, ma che, comunque, deve spingersi non solo a valutare il minimo di attendibilità delle censure mosse, ma, anche, ad

analizzare e manifestare nella motivazione i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito della domanda.

Risulta chiaro, pertanto, che, in quanto adottati in seguito a cognizione sommaria del fatto, come tale suscettibile di variazioni alla luce dei nuovi elementi che potrebbero emergere nel corso del giudizio, i provvedimenti cautelari non abbiano il carattere di stabilità, bensì, all'opposto, essendo emanati *rebus sic stantibus*, presentino il connotato della provvisorietà rispetto alla decisione di merito, giacché, quest'ultima, tiene luogo della precedente ordinanza, che perde ogni effetto.

La tutela cautelare è, inoltre, allo stesso tempo, autonoma.

L'autonomia va intesa in senso sia funzionale che strutturale. In primo luogo, essa concerne la funzione, che non è quella di accertamento, né di anticipazione satisfattiva della pretesa a favore di una delle parti del giudizio, ma di garanzia di effettività della tutela giurisdizionale: posto che i rimedi cautelari assolvono la funzione di evitare che, nelle more del giudizio, si verifichi un pregiudizio irreversibile al bene della vita oggetto della domanda.

In secondo luogo, l'autonomia è strutturale, in quanto il processo cautelare, ancorché accessorio a quello principale presenta autonome caratteristiche che lo differenziano da questo: il giudizio ordinario, infatti, si risolve in una decisione che incide sull'intera domanda; quello cautelare, invece, è volto a conservare inalterato lo *status quo ante* e si conclude, in caso di accoglimento, con una pronuncia che opera non sul diritto soggettivo in sé, ma sui suoi effetti, ponendoli temporaneamente in uno stato di quiescenza.

Fu il legislatore del '40 a prevedere una misura cautelare

dell'esecutività dell'atto impugnato, non consente al giudice stesso di adottare nelle controversie patrimoniali in materia di pubblico impiego, sottoposte alla sua giurisdizione esclusiva, i provvedimenti d'urgenza che appaiono secondo le circostanze più idonei ad assicurare provvisoriamente gli effetti della decisione sul merito, le quante volte il ricorrente abbia fondato motivo di temere che durante il tempo necessario alla prolazione della pronuncia di merito il suo diritto sia minacciato da un pregiudizio imminente e irreparabile (o *missis*)".

[4] La Corte di Giustizia ha affermato chiaramente che la tutela cautelare è una componente essenziale nella effettività della tutela giurisdizionale ed ha elaborato una nozione tendenzialmente unitaria di misura cautelare ai sensi dell'art. 24, convenzione di Bruxelles, oggi art. 31 reg. CE n. 44/2001.

[5] Si veda a tal proposito la pronuncia della Corte di Giustizia, *House of Lords c. Factortame Ltd*, CE 19 giugno 1990, n. C-213/1989, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, pag. 11123, con nota di C. Consolo, *Fondamento «comunitario» della giurisdizione cautelare*.

[6] La tutela cautelare è solita definirsi sommaria, poiché, a differenza della tutela ordinaria, essa - sia quando è invocabile *ante causam*, sia quando sia invocata nel corso del processo già pendente - seguita per le vie più brevi, senza mai dare luogo a sentenze che producono l'accertamento del giudicato ai sensi dell'art. 2909 c.c..

[7] Si veda a tal proposito F. Cipriani, in *Il processo cautelare tra efficienza e garanzie*, *Giust. proc. civ.*, 2006, pag. 9.

[8] In merito, il codice del 1865 non conteneva una disciplina unitaria dei provvedimenti cautelari e dunque non offriva appigli di natura sistematica che consentissero di individuare una categoria autonoma riconducibile alla tutela cautelare complessivamente intesa. A tal proposito si veda meglio P. Calamandrei, op. cit., pag. 3 e ss..

originale, ovvero quella regolata oggi dall'[art. 700 c.p.c.](#), relativa ai provvedimenti d'urgenza. Questa disposizione rappresentava, e rappresenta, senz'altro la novità più rilevante del nostro panorama processuale, atteso che, non avendo un contenuto predeterminato dalla legge, attribuisce al giudice un ampio potere di predisporre la misura più opportuna e adatta per soddisfare le esigenze cautelari del singolo caso concreto. Il provvedimento d'urgenza, regolato dagli [art. 700 e ss. c.p.c.](#), presenta un carattere residuale, di chiusura del sistema cautelare che trova applicazione al di fuori dei casi regolati dal sequestro giudiziario, dal sequestro conservativo, dalla denuncia di nuova opera e di danno temuto e dai provvedimenti di istruzione preventiva^[9].

La natura sussidiaria del provvedimento *ex art. 700 c.p.c.*, si riflette poi sulle condizioni di ammissibilità del ricorso, il quale, a differenza degli altri provvedimenti cautelari, è ammissibile solo qualora siano presenti due presupposti: il *periculum in mora*, ossia il rischio che, nelle more del giudizio, dall'esecuzione dell'atto impugnato derivino danni gravi ed irreparabili per il ricorrente ed il *fumus boni juris*, e cioè un giudizio positivo, di carattere sommario, in merito alla fondatezza del ricorso stesso. Tali caratteristiche si presentano come particolarmente qualificate, poiché il pregiudizio che si paventa nelle more del giudizio di merito deve essere oltre che "imminente" anche e, soprattutto, "irreparabile".

Mentre il profilo dell'imminenza attiene alla prossimità del pericolo, quello dell'irreparabilità va valutato dal giudice di volta in volta in considerazione della specifica situazione sostanziale minacciata - anche in via riflessa - dal pregiudizio^[10].

Venendo ora alla disciplina procedimentale, si ricordi che le fasi di autorizzazione, di revoca, di attuazione anche del provvedimento in questione sono disciplinate dagli artt. da [669 bis](#) a [669 quaterdecies](#), nella sezione intitolata "Dei procedimenti cautelari in generale", come introdotta dalla [l. 353/1990](#). Si tratta di una disciplina unitaria che si articola in tre fasi: la fase di autorizzazione del provvedimento cautelare, la fase della sua attuazione o esecuzione e, infine, la fase di impugnazione con reclamo.

La fase di autorizzazione ha caratteristiche strutturali simili a quelle dell'attività di cognizione e si svolge, su do-

manda dell'interessato, in funzione della pronuncia di un provvedimento. Tale provvedimento, che assume talvolta la forma del decreto e talora quella dell'ordinanza, ha il contenuto di una pronuncia di autorizzazione della misura cautelare. Più precisamente, con tale rimedio, il giudice, previo riscontro dell'esistenza e dei presupposti e delle condizioni di fondatezza dell'azione cautelare, autorizza la misura, oppure nega tale autorizzazione^[11]. Il provvedimento autorizzativo apre l'adito immediatamente alla seconda fase: la fase di attuazione della misura cautelare. Quest'ultima possiede caratteri strutturali assimilabili a quelli dell'esecuzione forzata, consistendo il provvedimento autorizzativo in una sorta di titolo esecutivo a cui seguiranno gli effetti di prevenzione propri della misura cautelare. La fase di impugnazione con reclamo, invece, consente un controllo ad opera di un giudice diverso sul provvedimento autorizzativo, la cui attuazione può incidere stabilmente e talora irrimediabilmente, sulla situazione tra le parti.

Ma veniamo ora all'attività procedimentale vera e propria. Il codice non precisa le modalità con le quali avviene l'instaurazione del contraddittorio, litandosi alle implicazioni contenute nell'[art. 669 sexies](#), il quale prevede che il giudice, sentite le parti, omette ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione indispensabili in relazione ai presupposti e ai fini del provvedimento richiesto e, infine, provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto della domanda. In tal senso va anche detto che la sommarietà della cognizione si concretizza nel fatto che il codice consente, in taluni casi, di provvedere *inaudita altera parte*, allorquando la convocazione della controparte potrebbe pregiudicare l'attuazione del provvedimento. Ecco che, infine, assume rilievo la fase di impugnazione, che costituisce uno degli aspetti più rilevanti. A rigor di principio, la natura non decisoria e provvisoria dei provvedimenti investiti dalla disciplina generale, dovrebbe escluderne l'impugnabilità, poiché si tratta di provvedimenti destinati ad essere superati ed assorbiti dalla pronuncia sul merito. Ma, poiché i tempi lunghi del giudizio sul merito protraggoni in maniera anomala l'efficacia di provvedimenti spesso pronunciati in un affrettato clima di tensione, il rigore dei principi deve cedere alla più urgente esigenza

[9] Si veda in questo senso G. Tarzia e A. Saletti, *Il processo di cognizione*, Vicenza, 2015, pag. 247 e ss.

[10] C. Mandrioli e A. Carratta, *Corso di diritto processuale civile*, Torino 2018, pag. 239.

[11] Nel primo caso, il provvedimento non assume alcuna incontrovertibilità e può essere revocato o dichiarato inefficace; mentre nel secondo caso, la riproposizione dell'istanza scontra i limiti di cui all'[art. 669 septies, co. 1](#).

za di consentire un più ponderato riesame di questi provvedimenti. In ragione di ciò, il legislatore del 1990 ha introdotto l'istituto del reclamo contro i provvedimenti cautelari, configurandolo come un'impugnazione in senso ampio, ma con caratteristiche proprie: esso segue sulla falsariga dei procedimenti in camera di consiglio. Così, l'[art. 669 *sexties*, co. 2](#), prevede quali provvedimenti impugnabili col reclamo, tutte le ordinanze con le quali sia stato concesso ovvero negato il provvedimento cautelare. Esso va proposto con ricorso nel termine perentorio di quindici giorni dalla pronuncia in udienza ovvero dalla comunicazione o notificazione se anteriore. Competente per il reclamo è lo stesso tribunale del singolo giudice in composizione collegiale, del quale non potrà far parte il giudice che ha emanato il provvedimento [ex art. 669 *terdecies*, co. 1](#), c.p.c.^[12].

Non va sottaciuto il fatto che, come si evince dal dettato normativo di cui sopra, siamo di fronte a svariati riti e modelli di tutela, alle volte incardinati in eccessivo formalismo - sequestro conservativo, sequestro giudiziario, provvedimenti possessori, misure cautelari a strumentalità attenuata, e così via -, i quali sarebbe opportuno traessero alcuni spunti di riflessione dal sistema procedimentale inglese, nel quale, come si dirà nel prosieguo, l'indagine a livello comparato mostra come sia il bilanciamento degli interessi delle parti ad assurgere a parametro di primaria importanza nella valutazione compiuta dal giudice per la concessione o il diniego del provvedimento cautelare, ed in special modo in sede di tutela cautelare, la quale spesso è destinata a tradursi in "*res giudicata*" assumendo il connotato della stabilità sostanziale.

Ecco che, quindi, occorre volgere lo sguardo all'ordinamento inglese al fine di cogliere le peculiarità ed i caratteri che ne contraddistinguono la struttura del procedimento cautelare.

3. Il sistema cautelare inglese

L'ordinamento d'oltremania, di cui le corti inglesi costituiscono la voce, è il modello processuale di *common law* per eccellenza.

Per affrontare il tema delle misure provvisorie - con attitudine a diventare definitive - nel processo civile inglese, è opportuno prendere le mosse dalla struttura delle regole processuali che regolano l'iter procedimentale in generale. Il processo civile inglese, infatti, prevede diversi passaggi, i quali si possono ricondurre a tre fasi sostanziali: il *pre-trial*, il *trial* e il *post trial* ^[13]. Di queste, quella oggetto di analisi in queste pagine sarà la c.d. fase del *pre-trial*: in essa, infatti, si ha il deposito e lo scambio degli atti introduttivi, la *disclosure* - relativa alle prove documentali -, la presentazione delle eventuali istanze per gli *interlocutory remedies*, fino a giungere al *setting down*, con cui l'attore potrà chiedere che si proceda alla fase del *trial*. In buona sostanza, le *interlocutory applications* o *interlocutory remedies* costituiscono il terzo possibile passaggio della fase del *pre-trial*, tuttavia non si tratta di uno schema vincolante: infatti, esse possono essere oltre che richieste anche ottenute in un momento anteriore. Va detto che, in effetti, nelle ipotesi di non particolare urgenza, l'istanza può essere presentata dopo la *disclosure*, allorché "*the evidence is known and the case is taking its final shape*" ^[14]. Alla fase delle *interlocutory applications* appartengono i c.d. *interim remedies*, espressione la quale potrebbe essere idonea a ricomprendere le misure cautelari, ma che ha in realtà un significato più ampio, perché capace di contenere una vasta cerchia di provvedimenti nei quali rientra l'*injunction*: sia nella forma cautelare che in quella non cautelare. Sebbene non esista nei diversi ordinamenti il corrispondente ontologico dell'*injunction*, in alcune ipotesi, esso assume una certa somiglianza con la misura cautelare in senso stretto. In merito, ha natura cautelare l'*interlocutory injunction*, misura provvisoria concessa nella fase iniziale del processo e la cui efficacia è in linea di principio destinata a protrarsi sino alla pronuncia finale del giudice; non ha invece natura cautelare la *final injunction*, che è una vera e propria condanna nel merito con efficacia preventiva o inibitoria, concessa di norma dopo il *trial*, quindi dopo il pieno accertamento del merito, e che diviene parte integrante della sentenza definitiva del giudizio ^[15].

^[12] Il provvedimento sul reclamo, sebbene non più impugnabile, neppure [ex art. 111 Cost.](#), può essere anch'esso revocato ai termini dell'[art. 669 *decies*](#). Il reclamo non sospende l'esecuzione del provvedimento, tuttavia, il presidente del tribunale o della corte, in sede di appello, quando per motivi sopravvenuti il provvedimento arrechi grave danno, può disporre, con ordinanza non impugnabile, la sospensione dell'esecuzione o subordinarla alla prestazione di congrua cauzione.

^[13] L. Querzola, *La tutela anticipatoria fra procedimento cautelare e giudizio di merito*, Bologna, 2006, pagg. 70 - 71.

^[14] A. Zuckerman, *Civil justice in crisis. Comparative perspectives of civil procedure*, Oxford, 1999, pag. 117 e ss. In merito si veda anche P. Biavati, in *Europa e processo civile*, Torino, 2004, pag. 51. L'autore compie una valutazione positiva dell'approccio culturale britannico, da sempre improntato all'esigenza di non dettare norme legislative generali, ma di governare al meglio l'iter procedimentale di ogni singolo processo.

^[15] Taruffo, *Diritto processuale civile nei paesi anglosassoni*, in Dig. it., disc. priv., Torino, 1990, pag. 393.

Quanto alle condizioni per la concessione della misura, occorre dire che, nonostante la discrezionalità del giudice circa la decisione sul provvedimento sia alquanto ampia, i presupposti in base ai quali l'*injunction* cautelare può essere accordata sono stati chiaramente definiti dalla prassi giurisprudenziale delle corti: per lungo tempo la sentenza di riferimento sul tema è stata senza dubbio costituita dalla decisione resa dal giudice Alderson nel caso *Att. - Gen. v Hallet* [16]. Nel caso di specie, i giudici ebbero modo di individuare nel *prima facie case* l'*harm of irreparable injury* e la *balance of convenience*, quali requisiti di cui la corte deve accertare l'esistenza per concedere il provvedimento richiesto [17]. Quanto al primo, bisogna precisare che, mentre inizialmente si chiedeva all'istante di dimostrare al giudice di avere un *good arguable case on the merit* [18], cioè consistenti probabilità di uscire vittorioso dal *trial* se a questo si fosse arrivati, successivamente l'accertamento di questo requisito è andato sfumandosi, per prendere i toni più agevoli della *serious question to be tried* [19]: l'istante, in altre parole, deve convincere il giudice "*that the claim is not frivolous or vexatious; in other words, that there is a serious question to be tried*". L'*harm of irreparable injury*, invece, consiste nell'allegazione da parte dell'istante del pericolo del verificarsi di un danno che, in assenza della misura richiesta, non potrebbe essere riparato al termine del *trial*, né in forma specifica né attraverso un adeguato equivalente monetario [20]. Ultimo e

più importante requisito da valutarsi da parte del giudice per concedere o negare la misura, è la c.d. *balance of convenience* ovvero la *balance of justice*, che consiste nel valutare la posizione dell'attore e quella del convenuto, tenendo conto dei rispettivi *advantages and disadvantages*; spetta al giudice soppesare *one need against the other and determine where the balance of convenience lies* [21]: la dottrina individua quest'ultimo criterio come quello in base al quale si decide circa la maggior parte delle *injunctions*. Com'è noto, il metodo anglosassone procede per sviluppi compiuti su casi concreti, il che ha dato luogo all'espressione *case law*; così è avvenuto anche per l'elaborazione in tema di *interim remedies*, tanto che prima dell'intervento delle *Civil procedure rules*, i provvedimenti prendevano nome dalla pronuncia che l'aveva introdotti nell'ordinamento [22]. Venendo alle condizioni per la concessione dell'*injunction*, da un punto di vista generale, è stato notato che l'entrata in vigore delle *Civil procedure rules* non è rimasta senza conseguenze.

In merito, la *rule 25. 1* delle *Civil procedure rules* elenca ben quattordici tipi di *interim remedies* che potrebbero essere oggetto di richiesta al giudice. La mera elencazione sarebbe certamente infruttuosa, basti qui notare che la norma, nel prosieguo, chiarisce che non si tratta di una elencazione tassativa, poiché il fatto che una misura non sia ricompresa in quel novero *does not affect the power that the court may have to grant that remedy*. Ciò sembra

[16] Si veda A. Frignani, *L'injunction nella common law*, Milano, 1974, pag. 168, il quale riporta le parole del giudice Alderson, per cui danno irreparabile è quel danno "*which, if not prevented by injunction, cannot be afterwards compensated by any decree which the court can pronounce in the result of the cause*". Si veda anche, a tal proposito, House of Lords, 5 febbraio 1975, *American Cyanamid v. Ethicon Ltd*, in All Engl. rep., 1975, pag. 504 e ss. Su quest'ultima statuizione si veda anche Zuckerman, *Civil procedure*, Londra, 2003, pag. 272 e ss.

[17] Invero, secondo quanto riportato da A. Frignani, *L'injunction nella common law* (supra, nota 14), pag. 167, "*it is enough if he [l'attore] can show that he has a fair question to raise as to the existence of the right which he alleges, and can satisfy the Court that the property should be preserved in its actual condition, until such question can be disposed of*".

[18] Affinché un soggetto potesse ottenere l'*injunction*, in passato, era richiesto all'attore di dimostrare, oltre la sussistenza di una situazione di diritto lesa, anche l'inadeguatezza dei *damages*. Questo perché, come riportato da B. Capponi, in *L'esecuzione processuale indiretta*, Milano, 2011, pag. 54 e ss., per poter ottenere una *injunction* era necessario che il rimedio risarcitorio risultasse inadeguato rispetto alla concreta fattispecie. Si veda anche l'analisi dettagliata dell'*injunction* quale *equitable remedy* condotta da A. Frignani, *L'injunction nella common law* (supra, nota 14), pag. 21 e ss..

[19] In questo senso la House of Lords nel caso *American Cyanamid vs. Ethicon Ltd.*, op. cit., pag. 510.

[20] Si parla in questi casi di *interim payment*, assimilabile ad un provvedimento anticipatorio e tendenzialmente definitivo avente contenuto di condanna al pagamento di una somma di denaro che però non prevede l'urgenza tra i requisiti per la concessione. Esclude la natura cautelare della predetta misura anche Cavallini, pag. 449.

[21] Varano, *Tendenze evolutive in materia di tutela possessoria nell'ordinamento inglese*, pag. 45 e ss.

[22] I casi senza dubbio più noti sono quello della *Mareva Compagnia Naviera v. International Bulkcarries*, in All Engl. rep., 1975, pag. 213 e ss.; e *Court of Appeal*, 8 dicembre 1975, *Anton Piller v. Manufacturing Process Ltd.*, in All Engl. rep., 1976, pag. 779 e ss.. Il primo è un provvedimento in larga parte assimilabile al sequestro conservativo di beni di diritto interno; il secondo, una sorta di sequestro a fine probatorio. Entrambi presentano un alto tasso di strumentalità e finalizzazione dell'oggetto del successivo giudizio principale ed hanno quindi scarse possibilità di essere configurati con una qualche utilità indipendentemente dall'esito finale del giudizio.

possa leggersi come il riconoscimento alla possibilità che il giudice possa trovarsi nella necessità di risolvere il caso concreto anche mediante il ricorso a nuovo rimedio, da egli stesso disposto, più efficace di quelli esistenti per il caso di specie.

Sebbene l'attributo *interlocutory* faccia pensare all'*injunction* come ad un provvedimento per sua natura provvisorio, ciò non corrisponde alla realtà di fatto perseguita dallo strumento. La stessa giurisprudenza ammette tale assunto, riconoscendo che, quando viene concessa una *interlocutory injunction*, *nearly always these case does not go to trial* [23]. In merito, la logica perseguita dalla *civil procedure rules* è proprio questa, incoraggiare le parti a porre fine alla controversia evitando di arrivare fino al *trial* vero e proprio [24].

Quanto al momento in cui potrà essere presentata l'istanza per un *interim remedy*, la *rule 25.2* dispone che ciò sia possibile *at any time, including (a) before proceedings are started and (b) after judgment has been given*; quindi, sia *ante causam* che lite pendente. Sebbene, va detto che l'istanza *ante causam* può essere presentata solo quando *the matter is urgent or it is otherwise desirable to do so in the interest of justice*. Nulla dispongono le norme in merito all'individuazione del giudice competente né in ordine alla fase istruttoria, raggiungendo così nel complesso una estrema *flexibility*, per richiamare la House of Lords.

Flessibilità ed elasticità che, nel rispetto delle garanzie fondamentali della difesa, sono armi molto potenti per il processo in generale e per le misure provvisorie in particolare e che, fin dalle origini dell'istituto, hanno determinato il successo su ogni altro tipo di misura dell'*injunction*, facendone uno strumento dalle potenzialità applicative praticamente illimitate.

4. Considerazioni conclusive

Nelle pagine che precedono, è stata condotta un'analisi sul piano funzionale del procedimento, analizzando per sommi capi la struttura della tutela sommaria in due di-

versi ordinamenti, quello domestico da un lato e, dall'altro lato, quello d'oltremarina.

Come universalmente noto, i procedimenti cautelari sono funzionali all'attuazione del principio costituzionale di effettività del processo, ovvero della tutela dei diritti soggettivi. Essi, in particolare, mirano a raggiungere un risultato utile per la parte istante evitando il verificarsi di danni irreparabili nelle more del processo. A differenza di quanto avviene, non di rado, nel sistema inglese, la cognizione cautelare nell'ordinamento italiano non conduce ad un accoglimento anticipato totale o parziale della domanda, ma solo alla emanazione di misure atte a prevenire il pericolo che i tempi ordinari del processo, cognitivo o esecutivo, rendano vano un successivo provvedimento giudiziario.

Rispetto a quanto precede, la cognizione compiuta dal giudice inglese in sede di tutela cautelare è un'analisi che non riguarda l'apparente probabilità che il diritto esista ma ha riguardo l'esistenza del diritto in quanto tale, seppur con una certa rapidità, più o meno accurata, dei fatti in causa.

La logica conseguenza di quanto sopra è che, per come riformate ad oggi, le caratteristiche dell'istruttoria cautelare, dal punto di vista sistematico, portano ad un risultato di qualità ontologicamente inferiori rispetto a quello ordinario, almeno per quanto riguarda il nostro ordinamento. È pacifico, infatti, che i risultati raggiunti in tale sede non siano destinati al passaggio in giudizio né possano mai essere considerati nel successivo giudizio di merito decisivi per il convincimento in fatto del giudice. Dall'altra parte il modello di cognizione cautelare inglese prevede un impulso del giudice particolarmente incisivo, non solo nei casi in cui la misura chiesta avvenga, come nel nostro ordinamento inaudita altera parte *ex art. 669 sexies, co. 2, c.p.c.* -, ma anche rispetto agli elementi da individuare ai fini della decisione nel merito, di cui spesso e volentieri l'accoglimento dell'*injunction*, nella sua forma definitiva, rappresenta l'epilogo.

[23] In questo senso si esprimeva Lord Denning nel proprio *speech* presso la *Court of appeal*, caso *Fellowers v Fisher*, in All Engl. rep., 1975, pag. 829 e ss.

[24] La dottrina inglese non si è interrogata particolarmente sul regime di stabilità, o non stabilità, che possa riguardare questo provvedimento, il quale concepito in via di principio come provvisorio, è tuttavia suscettibile, nella quasi totalità dei casi, di essere il solo ed unico provvedimento che viene pronunciato fra le parti sulla controversia che le vede coinvolte. In questo senso, si veda la giurisprudenza citata da N. Andrews, *English civil procedure*, pag. 944, spec. nota 19. Invero, a differenza di quanto accade nel nostro ordinamento, in cui la cosa giudicata è istituto centrale dello studio del processo, nell'ordinamento inglese la cosa giudicata è piuttosto fragile: essa è riconosciuta al provvedimento del giudice non appena questo viene emesso, senza ricollegarlo a mezzo di impugnazione. La scarsa importanza riconnessa dai sistemi di common law al giudicato è infine probabilmente testimoniata anche dal fatto che le *Civil procedure rules* la ignorano totalmente, non facendone neppure menzione.

A conclusione della rapida disamina di cui sopra, si può ribadire che, mentre nel contesto della tutela cautelare italiana, la struttura sommaria dell'istruzione e gli effetti provvisori del provvedimento siano due facce della stessa medaglia, non è così nel sistema inglese. In quest'ultimo sistema, alla tutela cautelare non è accordato solo un

ruolo strumentale ma anche autonomo e di cognizione definitiva, a cui non sempre fa seguito un accertamento di merito sull'esistenza del diritto oggetto di cautela, in quanto la domanda viene assorbita dall'istruzione sommaria dei fatti in causa condotta dal giudice, artefice delle redini del processo di *common law*.

NORME COVID-19 E PROCESSO AMMINISTRATIVO

La normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19 e l'appello contro i decreti cautelari monocratici del giudice amministrativo

di Ezio Maria Barbieri

DEL 8 APRILE 2020

Sommario

1. I decreti cautelari monocratici nel processo amministrativo
2. La normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19.
3. Prime considerazioni della dottrina
4. L'appello nel giudizio cautelare amministrativo
5. Presupposti e contenuto del decreto cautelare monocratico ex art. 56

1. I decreti cautelari monocratici nel processo amministrativo

Il codice del processo amministrativo configurava due differenti tipi di decreti cautelari monocratici. Il primo, ai sensi dell'[art. 56](#), poteva essere richiesto dal ricorrente prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, poteva essere concesso dal presidente del TAR in caso di estrema gravità ed urgenza, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio e produceva i suoi effetti fino a quando sulla domanda cautelare si fosse pronunciato il collegio. Il secondo, invece, ai sensi dell'[art. 61](#), poteva e può ancora essere chiesto “*ante causam*” e quindi prima della notificazione del ricorso, in casi di eccezionale gravità ed urgenza; la sua efficacia viene meno se il ricorso con la domanda cautelare non viene notificato entro quindici giorni dall'emanazione del decreto e depositato nei successivi cinque giorni corredato da istanza di fissazione di urgenza e perde comunque effetto decorsi sessanta giorni dalla sua emissione.

La giurisprudenza amministrativa in alcune ma in verità molto rare occasioni ha ritenuto l'ammissibilità di un

appello anch'esso monocratico contro i decreti cautelari monocratici emessi ai sensi dell'[art. 56](#), da proporre al presidente del Consiglio di stato o della sezione cui il ricorso fosse assegnato, benché il c. p. a. li dichiarò non impugnabili, l'[art. 62](#) dichiarò appellabili soltanto le ordinanze collegiali e l'[art. 61](#) dichiarò espressamente inappellabili i decreti cautelari “*ante causam*” sia in caso di accoglimento che di rigetto.

Esaminando questa giurisprudenza^[1] mi ero dichiarato molto perplesso se fosse corretto estendere in via interpretativa il doppio grado di giudizio, previsto dal legislatore per le sole ordinanze cautelari collegiali, anche ai decreti cautelari monocratici emessi a norma dell'[art. 56](#)^[2], in quanto credo che l'appello contro una qualunque decisione giudiziaria costituisca una regola del processo che deve essere stabilita mediante una esplicita scelta del legislatore e non possa ritenersi affidata ad una generica interpretazione giurisprudenziale con pretese di adeguamento costituzionale sempre opinabile e suscettibile di revisione. Il processo, infatti, deve sempre essere regolato dalla legge in quanto la garanzia fondamentale rispetto alla funzione giurisdizionale si fonda sulla precostituzione delle regole

[1] E. M. Barbieri, L'appello contro decreti cautelari monocratici nel processo amministrativo, in www.aulacivile.it - marzo 2020.

[2] Una decisione interpretativa probabilmente giustificata dalla convinzione di procedere ad una scelta costituzionalmente orientata in situazioni diversamente irrecuperabili in sede collegiale

del processo e sulla loro trasparente elaborazione nel circuito legislativo[3]. Ad influenzare questa convinzione e la conseguente contrarietà ad estendere le conclusioni cui è giunta la Corte costituzionale con la sentenza [1 febbraio 1982, n. 8](#), con la quale essa ha assicurato la garanzia del doppio grado di giudizio al processo amministrativo sia di merito che cautelare, anche ai decreti cautelari monocratici emessi ex [art. 56](#), oltre alla contraria lettera della legge, aveva contribuito, fra l'altro, sia la considerazione che l'introduzione in sede interpretativa di una modificazione processuale come la previsione di un nuovo appello non previsto ed ancor più se esplicitamente escluso dal legislatore richiedeva anche una serie di valutazioni sul merito legislativo ed una lettura sufficientemente libera delle norme generali del processo amministrativo che mi sembra difficile consentire al giudice amministrativo e più corretto riservare, invece, ad un giudizio di costituzionalità, sia anche la considerazione della durata temporale estremamente più ridotta dell'efficacia dei decreti monocratici rispetto alle ordinanze collegiali di sospensione, che rendeva molto marginale e quasi del tutto irrilevante la previsione di un appello.

2. La normativa sull'emergenza epidemiologica da COVID-19.

L'[art. 84 del d. l. 17 marzo 2020 n. 18](#), adottato per affrontare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, ha enormemente potenziato l'istituto del decreto cautelare monocratico nell'utile ed apprezzabile intento pratico di limitare al massimo eventualità di contatto fra prestatori ed utenti del servizio giustizia amministrativa pregiudizievoli per la difesa dal virus. Una esigenza, dunque, esclusivamente di politica sanitaria e non giuridica.

In sostanza, semplificando al massimo gli effetti della nuova, temporanea normativa, fino al 15 aprile 2020 (termine di cui si può facilmente prevedere un non quantificabile prolungamento) è stato generalizzato il rito di cui all'[art. 56](#) per cui, in sostanza, per adeguarsi alle esigenze dell'emergenza epidemiologica, si sono ampliati i poteri decisionali del presidente del TAR, facendo provvisoriamente confluire su di lui gli stessi poteri che precedentemente spettava al collegio esercitare in camera di consiglio secondo le regole di cui all'[art. 55](#). Spetterà pertan-

to al presidente del TAR valutare, ai fini dell'accoglimento della domanda di sospensione del provvedimento impugnato, l'esistenza di una situazione capace di produrre al ricorrente un pregiudizio grave ed irreparabile non più solo nelle more della decisione in camera di consiglio, bensì nelle more del giudizio. Egli dovrà quindi emettere un decreto cautelare (di accoglimento o di rigetto) ogniqualvolta venga presentata una domanda di sospensione del provvedimento impugnato, previa valutazione del *fumus boni juris* nonché della sussistenza di un danno grave ed irreparabile.

Continuano a trovare applicazione, però, anche le misure cautelari monocratiche previste dagli [art. 56](#) e [art. 61](#) con i relativi differenti presupposti.

Pertanto, in linea di massima, le misure cautelari previste per il processo amministrativo saranno tutte provvisoriamente decise con decreto presidenziale. Tale decreto potrà essere emesso nelle situazioni che potremmo definire normali rispetto alla originaria normativa processuale negli stessi termini temporali che valevano per il collegio e cioè solo dopo almeno venti giorni dal perfezionamento, anche per il destinatario, dell'ultima notificazione e dopo il decimo giorno dal deposito del ricorso[4]. Quando invece i ricorrenti alleghino una situazione di estrema gravità ed urgenza, che non consenta neppure una dilazione che rispetti i termini sopra riferiti, il presidente del TAR potrà pronunciarsi anche prima della scadenza di tali termini. Infine, in caso di eccezionale gravità ed urgenza, tale da non consentire nemmeno la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie, potranno essere applicate dal presidente del TAR misure interinali e provvisorie ai sensi dell'[art. 61](#)[5], al quale non sono state apportate modificazioni dalla legislazione emergenziale.

3. Prime considerazioni della dottrina

In uno dei primi commenti del [d. l. n. 18/2020](#) è subito emerso, anche in relazione alla nuova legislazione, il problema della esistenza e della necessità o meno di un secondo grado di giudizio contro i decreti monocratici che il legislatore ha ritenuto di regolamentare diversamente in occasione della situazione emergenziale sopravvenuta prima che essi vengano sottoposti alla valutazione del collegio che con ordinanza potrà confermarli o revocarli, pro-

[3] Queste affermazioni di Travi sono ricordate da A. De Siano, Tutela cautelare monocratica e doppio grado di giudizio, in [www.Federalismi.it](#). pag. 73

[4] In tal senso dispone l'[art. 84.1 del d. l. n.18/2020](#) rinviando all'[art. 55.5 del c. p. a.](#)

[5] Tralascio più specifici chiarimenti procedurali in quanto estranei all'obiettivo di queste considerazioni. Si veda in proposito F. Francario, Le nuove disposizioni straordinarie per il processo amministrativo, in *Giustizia insieme* - marzo 2020.

blema che la giurisprudenza aveva già sollevato anche prima delle recenti innovazioni qui in esame. E' steso detto a questo proposito che «in considerazione del fatto che il provvedimento monocratico, per quanto provvisoriamente, rischia comunque di stabilizzare per un considerevole arco temporale la decisione della lite cautelare, sarebbe stato opportuno prevedere forme di reclamo immediato al collegio ovvero l'appellabilità del decreto monocratico, ma l'ipotesi è stata scartata. Sarebbe opportuno che una delle due ipotesi (reclamo al collegio, prevedendo la possibilità di partecipazione al collegio anche del magistrato autore del provvedimento monocratico ove ciò sia reso necessario da esigenze di organico; ovvero l'appello, che beninteso non potrebbe essere mai limitato ai soli decreti di accoglimento escludendo quelli di rigetto pena la palese incostituzionalità per violazione dei principi di uguaglianza e del giusto processo) venisse seriamente presa in considerazione in sede conversione del decreto, non essendo allo stato escluso che possano anche aversi ulteriori proroghe del periodo di sospensione alla luce del più generale contesto emergenziale nel quale s'inquadrano le misure straordinarie in materia di giustizia e che la lite cautelare continui pertanto a rimanere definita per un consistente arco temporale in forma monocratica. Il che eviterebbe peraltro di stressare oltremodo la calendarizzazione in tempi ristretti delle camere di consiglio cautelari, imposta dalla necessità di non lasciare privo di controlli l'esercizio del potere cautelare monocratico oltre lo stretto necessario. Nelle more della decisione camerale, avverso il decreto monocratico allo stato rimane esperibile unicamente il rimedio della revoca o modifica su istanza di parte notificata, a norma dell'[art. 56 comma 4](#)'[6].

4. L'appello nel giudizio cautelare amministrativo

Le considerazioni sopra esposte evidenziano un problema di cui sarebbe difficile negare l'importanza in considerazione dei notevoli intervalli temporali che facilmente potranno intercorrere fra l'emanazione del decreto cautelare presidenziale e la successiva pronuncia collegiale, in quanto da un lato esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo rendono ora ancor più assolutamente ineludibile una tempestiva possibilità di utilizzo di una urgente difesa per i cittadini che da quel provvedi-

mento si ritengano ingiustamente lesi e d'altro lato tale difesa dovrà essere effettiva e, se del caso, articolata in un doppio grado di giurisdizione, ove si dovesse ritenere necessario estendere alla nuova fattispecie i principi espressi dalla Corte costituzionale su questo tema e già fatti propri da alcune pronunce della giustizia amministrativa in primo ed in secondo grado.

Già l'introduzione nel procedimento amministrativo di una tutela cautelare collegiale aveva creato non poche turbolenze nella giurisprudenza amministrativa; la successiva previsione, poi, anche di una tutela cautelare monocratica aveva ulteriormente, seppure meno rumorosamente, sollevato problemi di appello contro il decreto monocratico. Il [d. l. n. 18/2020](#), nonostante il suo silenzio sul tema dell'appello, fornisce ora una nuova occasione di discussione e di perplessità, laddove avrebbe potuto costituire forse l'occasione per risolvere espressamente e definitivamente il problema a livello legislativo.

La questione dell'appello contro le misure cautelari collegiali, come è noto, è già stato da tempo risolto prima dalla giurisprudenza e poi dal legislatore ed è regolamentato attualmente dall'[art. 62 del c. p. a.](#), il quale dispone che contro le ordinanze cautelari (e cioè contro le ordinanze collegiali di cui all'[art. 55](#)) è ammesso appello al Consiglio di stato, da proporre nel termine di trenta giorni dalla notificazione dell'ordinanza, ovvero di sessanta giorni dalla sua pubblicazione.

Sarebbe, però, imprudente, a mio avviso, non riesaminare il problema dell'appellabilità dei decreti cautelari monocratici emessi ex [art. 56](#), soprattutto dopo l'interpretazione che la giurisprudenza aveva ritenuto di poter dare a tale norma ed ancor più ora dopo le innovazioni introdotte dalla legislazione occasionata dall'emergenza epidemiologica in corso, anche se si tratta di una normativa auspicabilmente temporanea. Dico questo perché anche in altri scritti, oltre a quello citato al punto 2, comparsi sul [d. l. n. 18/2020](#)[7] si dà per scontata o comunque per accettabile l'inappellabilità dei decreti monocratici, che invece alcuni decreti dei giudici amministrativi hanno ritenuto di poter ammettere[8] seppure relativamente alla versione normativa precedente le modificazioni introdotte dall'[art. 84 del d. l. n. 18/2020](#).

La questione, essendo tutt'altro che pacifica l'interpreta-

[6] Così F. Francario, op. et loc. cit.

[7] Si veda F. Francario, op. cit.; C. Cataldi, La giustizia amministrativa ai tempi del COVID-19, in [www.Giustamm.it](#) - marzo 2020.

[8] Mi permetto di rinviare, a questo proposito, al mio scritto "L'appello contro decreti cautelari monocratici nel processo amministrativo" in [www.aulacivile.it](#) - marzo 2020.

zione della normativa sia anteriore che posteriore a quella emergenziale di recente introduzione^[9], va considerata sotto due aspetti: la utilità o la necessità pratica di sottoporre ad appello i decreti cautelari monocratici e poi la ragionevolezza della introduzione dell'appello in questa specifica fase del procedimento cautelare. Due aspetti della questione che sono ovviamente connessi fra di loro. La questione dell'appello contro i decreti cautelari *ante causam*, di cui la legislazione emergenziale non ha modificato l'articolazione, per effetto della espressa inappellabilità dichiarata dal legislatore dovrebbe, se lo si voglia, essere posta in discussione soltanto attraverso un eventuale ricorso alla Corte costituzionale, ma rimane comunque volutamente estranea agli interessi di questo scritto. L'appello contro i decreti emessi a norma dell'[art. 56](#) nel loro duplice aspetto, l'uno che definirei «normale» perché rispettoso dei termini di cui all'[art. 55.5](#) e l'altro emesso in caso di estrema gravità ed urgenza, rimane in entrambi i casi nella disponibilità dell'interprete, se troverà ulteriore conferma l'interpretazione piuttosto creativa della giurisprudenza monocratica, che già ha ritenuto di ammettere tale appellabilità.

Nonostante la natura emergenziale del [d. l. 17 marzo 2020, n. 18](#) credo si possa dire che non sarebbe stato inopportuno che dell'appellabilità o meno dei decreti il legislatore non si fosse limitato a parlarne in sede di lavori preparatori del decreto-legge per poi ignorarla nel testo normativo, ma avesse preso o prendesse in sede di conversione posizione sul problema, che non è privo di rilevanza concreta e di attualità, cogliendo l'occasione a mio avviso preferibilmente per dichiarare l'inappellabilità di tutti i decreti cautelari monocratici che il sistema prevede nel processo amministrativo.

Quanto alla rilevanza della questione, basti dire che sembra purtroppo prevedibile che l'emergenza non finirà in tempi brevi e che i decreti cautelari monocratici saranno

probabilmente destinati a produrre i loro effetti dichiaratamente temporanei per un tempo che potrebbe risultare poi concretamente ed irreparabilmente pregiudizievole per gli interessati, con danni non sempre eventualmente utilmente compensabili in forma pecuniaria, e cioè con quel risarcimento del danno che risulta poi in concreto frequentemente insoddisfacente sia per la parte pubblica che per la parte privata del processo amministrativo e che, comunque non è mai un apprezzabile sostituto di una corretta azione amministrativa.

Quanto all'opportunità di prevedere all'interno del giudizio cautelare un ulteriore passaggio cautelare rappresentato da un nuovo momento decisorio affidato ad una pronuncia di secondo grado prima della inevitabile conclusione del procedimento cautelare davanti al collegio (che rimarrà pur sempre a sua volta suscettibile di ricorso in appello davanti al Consiglio di stato), la questione solleva molte perplessità. Un appello di questo genere, oltre ad appesantire un procedimento che è diventato sistematicamente a formazione progressiva, mentre dovrebbe essere sempre il più semplice e tempestivo da assumere, sposterebbe anche questa fase del giudizio monocratico, preliminare alla futura decisione collegiale sulla sospensiva, al di fuori dell'ufficio deputato alla decisione cautelare di primo grado, ulteriormente accentuando la forza condizionante del giudice d'appello anche sul merito della controversia, aggiungendo alla inevitabile influenza sempre esercitata dall'ordinanza collegiale del giudice d'appello sulla futura sentenza anche una nuova influenza questa volta sulla futura decisione cautelare collegiale attraverso il preventivo controllo sul decreto presidenziale^[10].

Se poi a tutto questo si aggiunge che l'appello contro il decreto presidenziale, per gli stessi motivi che hanno indotto alla legislazione emergenziale in questione, non potrebbe che essere rivolto nuovamente ad un giudice monocratico seppure appartenente al Consiglio di stato, la pre-

[9] Sull'[art. 84 del d. l. n. 18/2020](#) si è già pronunciato in due occasioni il Consiglio di stato. In un caso l'appello contro il decreto monocratico del TAR è stato dichiarato inammissibile (decreto 23 marzo 2020 n. 1343); in altro caso, invece, l'appello, seppure respinto, è stato ammesso (decreto 30 marzo 2020 n. 1553). Si vedano in proposito le considerazioni di A. M. Sandulli, Sugli effetti pratici dell'applicazione dell'[art. 84 d. l. n. 18 del 2020](#) in tema di tutela cautelare: l'incertezza del Consiglio di stato sull'appellabilità dei decreti monocratici, in [www.Giustamm.it](#) - aprile 2020.

[10] In un tipo di attività come quella giudiziaria sindacare dall'esterno un atto a contenuto provvedimentale quale il decreto del presidente del TAR che è interno ad un procedimento che altri dovrà liberamente concludere in sede collegiale comporta evidentemente un condizionamento implicito della decisione finale non ancora assunta, della cui utilità chi la assume dovrebbe, forse, essere l'unico garante. Queste considerazioni si addicono anche all'appello contro le sospensive decise collegialmente ed alla sua forza condizionante (di fatto) sulla sentenza di primo grado. Questa scelta che fu introdotta nell'ordinamento dal legislatore con il codice del processo amministrativo del 2 luglio 2010 n. 104, fu voluta prima dalla giurisprudenza amministrativa (Adunanza plenaria n. 1/1978), forse alimentata anche da una certa diffidenza verso la nuova giurisdizione dei TT.AA.RR. e dal timore di una eccessiva frantumazione territoriale di un potere che, come dice la sentenza [1 febbraio 1982 n. 8](#) della Corte costituzionale, «verte particolarmente nella sfera del pubblico interesse e rende, quindi, opportuno il riesame delle pronunce dei tribunali di primo grado da parte del Consiglio di Stato, che trovasi al vertice del complesso degli organi costituenti la giurisdizione stessa».

tesa garanzia di un doppio grado di giudizio di questo tipo si ridurrebbe, quantomeno da un punto di vista logico ed attesa l'inesistenza di un rapporto gerarchico fra i giudici, a ben poca cosa, non essendovi ragione per ritenere che il giudizio di una persona singola possa offrire maggior garanzia di altro giudizio altrettanto individuale. Esclusa pertanto la percorribilità di una via collegiale per la cogenza dei vincoli epidemiologici, la garanzia di un vero doppio grado di giudizio a livello monocratico credo venga assolutamente meno nella situazione di fatto prevista dal [d. l. n. 18/2020](#).

Con questo non credo comunque possano porsi dubbi di incostituzionalità, mentre mi sembra il caso di sottolineare che una normativa del genere di quella ora introdotta pretende evidentemente un alto e qualificato impegno di motivazione delle decisioni presidenziali. Impegno che sembra opportuno sottolineare e fortemente pretendere, anche se già imposto in linea generale dalle norme vigenti, in considerazione del persistere, auspicabilmente ridotto ed occasionale, di motivazioni talora troppo succinte quando non apparenti. Il decreto monocratico ex [art. 84 del d. l. n. 18/2020](#), ancorato ad una futura ordinanza incerta nel *quando*, potrebbe infatti tendere a produrre effetti particolarmente permanenti nel tempo e, quindi, sostanzialmente decisivi della lite, per cui la necessità di una sua adeguata motivazione si impone in modo ancor più pregnante. A ben vedere, però, una garanzia sostanzialmente equivalente a quella del doppio grado di giudizio può leggersi nel giudizio collegiale che conclude il procedimento cautelare, come dirò qui di seguito.

5. Presupposti e contenuto del decreto cautelare monocratico ex art. 56

Il decreto cautelare collegiale previsto dall'[art. 55](#) presu-

pone l'esistenza di un pregiudizio grave ed irreparabile durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso. Per effetto della normativa emergenziale, quando esso venga ora richiesto sulla base di questo normale presupposto, la valutazione del presidente del TAR sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio lamentato non può più essere diversa da quella che, secondo il rito ordinario, sarebbe spettata al collegio e quindi deve essere effettuata alla luce del tempo necessario per giungere alla decisione sul ricorso. Non credo, infatti, che tale valutazione possa fare riferimento soltanto al periodo di tempo intercorrente fra la decretazione e la futura decisione collegiale, come avveniva prima del [d. l. n. 18/2020](#), perché, dopo la sostanziale equivalenza fra la valutazione presidenziale e quella collegiale che sembra conseguire all'adozione della normativa emergenziale, sembra giocoforza affermare che il danno che ora viene giudicato in sede monocratica come grave ed irreparabile nelle more di una decisione collegiale in realtà incerta nel *quando* non può conseguire ad una valutazione diversa da quella che poi sarà tenuto a fare l'organo collegiale. Per questo sembra di poter dire che la strutturale uguaglianza della valutazione effettuata in sede monocratica rispetto a quella effettuata in sede collegiale comporta una uguaglianza di poteri e di forza decisionale fra il presidente del TAR ed il collegio. Donde la conseguenza che non vi sarà un vero e proprio doppio grado di giudizio, ma vi sarà pur sempre una piena revisione del decreto da parte del collegio non diversa nella sostanza da un appello. Donde, a mio avviso, la conseguenza che il presidente del TAR non dovrebbe fare parte del collegio in sede di riesame della sua decisione^[11]. Se queste considerazioni meritano apprezzamento, il problema dell'appello dei decreti monocratici potrebbe ritenersi superato ed escluso.

[11] In senso contrario, su questo punto, C. Saltelli, Note sulla tutela cautelare dell'[art. 84 del d. l. 27 marzo 2020, n. 18](#)

NORME DI GIUSTIZIA CIVILE NELL' EMERGENZA COVID-19

Note a prima lettura delle disposizioni in materia di giustizia civile contenute nei decreti adottati per contrastare l'emergenza Covid-19

di Francesca Ferrari, Adriano Sponzilli

DEL 10 APRILE 2020

Sommario

- I. Premessa
- II. La sospensione e le sue eccezioni
- III. I provvedimenti cautelari e la sospensione
- IV. Le misure rimesse ai capi degli uffici giudiziari
- V. Conclusioni

I. Premessa

La ricca produzione normativa d'urgenza nata dall'esigenza di contrastare l'epidemia da COVID-19 ha inciso pesantemente anche sullo svolgimento dell'attività giudiziaria civile (e non solo).

Come di certo ben noto a chi legge, l'intero Paese si trova in stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili^[1] ed è stata assunta una serie di provvedimenti normativi che hanno imposto penetranti misure di contenimento che incidono in modo pesantissimo sia sulle libertà individuali, sia sullo svolgimento di tutte le attività economiche^[2].

Una simile situazione non poteva non comportare l'adozione di provvedimenti urgenti che sospendessero e ridefinissero anche l'attività giurisdizionale, in modo da rendere compatibile l'amministrazione della giustizia con la situazione di assoluta emergenza in essere e con le pesanti limitazioni di circolazione e di esercizio delle proprie normali attività che tutti gli operatori del sistema giustizia subiscono. Difatti, il legislatore è dapprima intervenuto con il [decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11](#), recante «*Misure straordinarie ed urgenti per contrastare l'emergenza epidemio-logica da COVID-19 e contenere gli effetti negativi sullo svolgimento dell'attività giudiziaria*».

Questo primo provvedimento già prevedeva (all'[art. 1](#),

^[1] Con delibera del Consiglio dei Ministri adottata in data 31 gennaio 2020 (pubblicata in G.U. n. 26 del 1° febbraio 2020) «ai sensi e per gli effetti dell'articolo [7](#), comma [1](#), lettera c), e dell'articolo [24](#), comma [1](#), del decreto legislativo 2 gennaio 2018, n. 1, è dichiarato, per 6 mesi dalla data del presente provvedimento, lo stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili» (art. 1, comma 1 della delibera).

^[2] Le misure di contenimento hanno trovato la loro disciplina, a livello di fonti di rango primario, prima nel [decreto-legge 23 febbraio 2020, n. 6](#) recante «Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemio-logica da COVID-19» (pubblicato in G.U. n. 45 del 23 febbraio 2020), poi convertito in legge con modifiche con la [Legge 5 marzo 2020, n. 13](#) (pubblicata in G.U. n. 61 del 9 marzo 2020) e poi successivamente con il [decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19](#) recante «Misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemio-logica da COVID-19» (pubblicato in G.U. n. 79 del 25 marzo 2020), attualmente in corso di conversione, con il quale si è previsto che per contenere e contrastare i rischi sanitari derivanti dalla diffusione del virus COVID-19, possano essere adottate una serie di misure di contenimento, secondo principi di adeguatezza e proporzionalità al rischio effettivamente presente su specifiche parti del territorio nazionale ovvero sulla totalità di esso, per periodi predeterminati, ciascuno di durata non superiore a trenta giorni, reiterabili e modificabili anche più volte fino al 31 luglio 2020 con uno o più decreti del Presidente del Consiglio dei Ministri o in caso specifici con altre provvedimenti di rango regolamentare (decreti ministeriali o ordinanze ministeriali). Le possibili misure di contenimento tipizzate dall'ultimo decreto legge (articolate in 29 tipologie differenti) sono di raggio ampissimo e comportano limitazioni e sospensioni di gran parte delle libertà e dei diritti fondamentali.

[comma 1](#)) un periodo “cuscinetto”, da lunedì 9 marzo a domenica 22 marzo 2020, e stabiliva che, fatte salve alcune eccezioni, tutte le udienze civili e penali che avrebbero dovuto celebrarsi nel periodo citato dovevano essere rinviate d'ufficio a data successiva al 22 marzo 2020. Il [comma 2](#) dello stesso art. 1 prevedeva altresì, che nello stesso periodo di tempo, «sono sospesi i termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti indicati al comma 1»^[3].

A distanza di pochi giorni dal provvedimento in questione veniva adottato il [decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#), recante «*Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19*», che ha di fatto riscritto le previsioni del precedente decreto, correggendole, sostituendole ed abrogandole. Gli articoli [83](#), [84](#) e [85](#) di questo secondo provvedimento, in particolare, sostituiscono (abrogandoli) gli articoli [1](#), [2](#), [3](#) e [4](#) del decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11, con disposizioni che modificano, estendono e per taluni aspetti chiariscono quanto era stato previsto con il provvedimento di pochi giorni prima.

Da ultimo, il [decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23](#) ha previsto una proroga dei termini precedentemente indicati dal [decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#), lasciando però inalterate le restanti disposizioni.

Con il presente contributo si intende procedere ad un breve riepilogo delle disposizioni in tema di giustizia civile contenute nel [decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#) e quindi, in particolare, nel suo [articolo 83](#) (tenendo conto del-

le proroghe da ultimo introdotte) e offrire alcuni spunti di riflessione di prima lettura.

[*] Queste brevi note nascono da una riflessione congiunta degli autori in videoconferenza; in particolare i paragrafi I, II, IV sono attribuibili ad Adriano Sponzilli, i paragrafi III e V a Francesca Ferrari

II. La sospensione e le sue eccezioni

Il decreto-legge ripartisce cronologicamente gli interventi, suddividendo la fase di emergenza in due distinti segmenti temporali:

(i) un periodo «cuscinetto» **dal 9 marzo all'11 maggio 2020**, per il quale è previsto il differimento generalizzato delle udienze a data successiva e la sospensione del decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili, per quanto qui ci interessa, fatte salve una serie di eccezioni che si esamineranno *infra*;

(ii) un successivo periodo **dal 12 maggio al 30 giugno 2020**, caratterizzato da una gestione dell'emergenza delegata ai singoli uffici giudiziari, ai cui capi è rimesso di adottare misure organizzative volte a consentire il rispetto delle indicazioni igienico-sanitarie e ad evitare assembramenti all'interno dell'ufficio giudiziario e contatti ravvicinati tra le persone.

Per il **periodo cuscinetto dal 9 marzo 2020 all'11 maggio 2020**, il decreto-legge prevede - come già si è detto - il rinvio d'ufficio delle udienze^[4] e la sospensione dei termini per il compimento di qualsiasi atto^[5] di tutti i procedimenti civili pendenti^[6] correggendo dunque l'impropria formulazione dell'art. 1, comma 2 del precedente decre-

[3] Per un commento alle disposizioni ora abrogate del [decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11](#), si veda G. Scarselli, *Interpretazione e commento del decreto legge 8 marzo 2020 n. 11 di differimento delle udienze e sospensione dei termini processuali civili per contrastare l'emergenza da COVID 19*, in *Judicium*.

[4] L'[articolo 83, comma 1](#) dispone che «Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 le udienze dei procedimenti civili e penali pendenti presso tutti gli uffici giudiziari sono rinviate d'ufficio a data successiva al 15 aprile 2020» (il termine del 15 aprile 2020 è stato prorogato all'11 maggio 2020 dal [decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23](#)).

[5] L'[articolo 83, comma 2](#) dispone che «Dal 9 marzo 2020 al 15 aprile 2020 è sospeso il decorso dei termini per il compimento di qualsiasi atto dei procedimenti civili e penali. Si intendono pertanto sospesi, per la stessa durata, i termini stabiliti per la fase delle indagini preliminari, per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e dei procedimenti esecutivi, per le impugnazioni e, in genere, tutti i termini procedurali. Ove il decorso del termine abbia inizio durante il periodo di sospensione, l'inizio stesso è differito alla fine di detto periodo. Quando il termine è computato a ritroso e ricade in tutto o in parte nel periodo di sospensione, è differita l'udienza o l'attività da cui decorre il termine in modo da consentirne il rispetto. Si intendono altresì sospesi, per la stessa durata indicata nel primo periodo, i termini per la notifica del ricorso in primo grado innanzi alle Commissioni tributarie e il termine di cui all'[articolo 17-bis, comma 2 del decreto legislativo 31 dicembre 1992 n. 546](#)» (il termine del 15 aprile 2020 è stato prorogato all'11 maggio 2020 dal [decreto-legge 8 aprile 2020, n. 23](#)).

[6] La formulazione scelta dall'attuale [articolo 83, comma 2](#), che richiama tutti i «procedimenti civili e penali», sostituisce e corregge quella che era stata adottata dall'[articolo 1 del precedente decreto-legge n. 11 del 2020](#), che si riferiva invece ai «procedimenti indicati al comma 1». In questo modo si vuole chiarire ed estendere la previsione originaria. La relazione al decreto legge evidenzia che la nuova formulazione «da un lato, infatti, rende evidente l'ampissima portata che la sospensione ivi prevista deve avere (da riferirsi a tutti i procedimenti civili e penali e non certo ai soli procedimenti in cui sia stato disposto un rinvio di udienza); dall'altro lato, considerata la straordinaria emergenza che l'aggravamento della situazione epidemica in atto sta producendo anche sulla funzionalità degli uffici, dilata la sospensione oltre i confini della 'pendenza' del procedimento. Si è dovuto constatare, infatti, in relazione alla previsione originaria di cui all'[articolo 2](#),

to-legge, che riferiva la sospensione solo alle cause per le quali avrebbe dovuto esserci udienza nel periodo cuscinetto.

La sospensione dei termini dal 9 marzo all'11 maggio 2020 opera, dunque, in modo analogo a quanto avviene per la sospensione feriale disciplinata dalla [legge 7 ottobre 1969, n. 742](#); il suo effetto è quello di comportare un congelamento della decorrenza dei termini per tutto il periodo di durata della sospensione; nel calcolo dei termini non si computeranno i giorni compresi fra le due date sopra richiamate, escludendo dal calcolo sia il giorno iniziale sia quello finale e quindi riprendendo il conteggio dal primo giorno successivo alla sospensione (ossia, in sostanza, dal 12 maggio 2020)[7]; trattasi quindi di una sospensione per una durata di **64 giorni**.

Il [decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#) introduce anche un meccanismo finalizzato ad evitare problemi interpretativi nell'applicazione della sospensione ai cosiddetti termini processuali «a ritroso» e stabilisce che, qualora il termine da calcolare a ritroso cada nel periodo di sospensione, l'udienza o l'attività da cui decorre il termine è automatica-

mente differita; in tal modo la decorrenza del termine avviene integralmente al di fuori del periodo di sospensione. La disciplina in esame non contiene alcuna indicazione rispetto all'ipotesi, per la verità residuale, di eventuali termini che siano fissati dal giudice ad una specifica data (tipico esempio è quello del termine per il deposito di una memoria difensiva nell'ambito dei procedimenti cautelari, che viene abitualmente fissato dal giudice in una data di poco antecedente quella dell'udienza). Non si può dubitare che operi la sospensione anche rispetto a questi termini, tuttavia, dovrà il giudice, provvedendo al rinvio dell'udienza, posticipare anche la scadenza del termine.

Nonostante le evidenti analogie applicative fra la ordinaria sospensione feriale dei termini di cui alla [legge 7 ottobre 1969, n. 742](#) e la sospensione prevista dal [decreto-legge 8 marzo 2020, n. 11](#), l'ambito applicativo differisce in modo evidentissimo, così come differisce la *ratio* alla base dei due istituti. La prima nasce dalla necessità d'assicurare un periodo di riposo a favore degli avvocati ed è anche correlata ad una piena esplicazione del diritto di azione e di difesa[8], la seconda dalla necessità di contemperare i

[comma 2, del decreto legge 8 marzo 2020, n. 11](#), il fiorire di dubbi interpretativi e prassi applicative sostanzialmente elusive del contenuto della previsione o comunque non adeguatamente sensibili rispetto all'evidente dato teleologico della norma, costituito dalla duplice esigenza di sospendere tutte le attività processuali allo scopo di ridurre al minimo quelle forme di contatto personale che favoriscono il propagarsi dell'epidemia, da un lato, e di neutralizzare ogni effetto negativo che il massivo differimento delle attività processuali disposto al comma 1 avrebbe potuto dispiegare sulla tutela dei diritti per effetto del potenziale decorso dei termini processuali, dall'altro. Con riguardo al riferimento alla 'pendenza' dei giudizi - che aveva indotto in alcuni il dubbio circa, ad esempio, l'estensione della sospensione al termine per la proposizione dell'impugnazione delle sentenze - si è ritenuto di riformulare la previsione, sì da eliminare ogni motivo di dubbio e, al contempo, estendere gli effetti della sospensione anche agli atti introduttivi del giudizio, ove per il loro compimento sia previsto un termine. Pertanto, il terzo periodo del comma 2 chiarisce - rispetto alla originaria formulazione dell'[articolo 1, comma 2, del decreto-legge n. 11 del 2020](#) - che, ferme le eccezioni previste, la sospensione dei termini, investendo qualsiasi atto del procedimento (e non meramente del processo), si estende anche ai termini stabiliti [...], per l'adozione di provvedimenti giudiziari e per il deposito della loro motivazione, per la proposizione degli atti introduttivi del giudizio e del procedimento esecutivo, per le impugnazioni e, in genere, riguarda tutti i termini procedurali (quindi anche dei procedimenti esecutivi e concorsuali)».

[7] La questione del computo del termine nel corso della sospensione feriale è stata oggetto di un contrasto giurisprudenziale, poi risolto dalle Sezioni Unite nel 1983, quando fu chiarito che «il termine processuale che ha inizio durante la sospensione feriale, si computa dal giorno immediatamente successivo allo spirare del termine di sospensione (e cioè dal 16 settembre e non dal 17 settembre)» (cfr. Cass. civ., SS. UU., [14 luglio 1983 n. 4814](#)). Il principio è stato poi successivamente ribadito sempre dalle Sezioni Unite, che hanno riaffermato che «il termine per la proposizione dell'impugnazione [...] si computa, in considerazione della sospensione dei termini processuali prevista dall'[art. 1 della legge 7 ottobre 1969, n. 742](#), senza tener conto dei giorni compresi tra il 1° agosto ed il 15 settembre dell'anno della pubblicazione della sentenza impugnata, a meno che la data di deposito non cada durante lo stesso periodo feriale, nel qual caso, in base al principio secondo cui *dies a quo non computatur* in termine, esso decorre dal 16 settembre» (cfr. Cass. civ. SS.UU., [5 ottobre 2009, n. 21197](#)). In senso conforme si vedano anche *ex multis* Cass. civ., [14 novembre 2012, n. 19874](#); Cass. civ., [29 marzo 2007, n. 7757](#).

[8] Come è stato sottolineato dalla Corte Costituzionale che «l'istituto della sospensione dei termini processuali in periodo feriale nasce dalla necessità d'assicurare un periodo di riposo a favore degli avvocati e procuratori legali. Tale scopo va, tuttavia, perseguito senza ledere interessi 'preminenti', nei limiti, cioè, della gerarchia dei beni e valori giuridicamente tutelati; per queste ragioni, come ha sottolineato la sentenza di questa Corte [n. 130 del 1974](#), il legislatore del 1969, come già quello del 1965, non potendo sacrificare allo scopo dell'istituto in discussione «le situazioni che avrebbero più gravemente inciso nella sfera dei termini di diritto sostanziale, ha circoscritto l'istituto ai soli termini processuali», oltre a prevedere le «eccezioni» di cui agli artt. [2 e 3 della legge n. 742 del 1969](#). L'esigenza di non perseguire «in modo totalitario e incondizionato» lo scopo di concedere agli avvocati e procuratori legali (ed anche alle parti) il necessario riposo feriale ha condotto il legislatore alla «limitazione» qui in discussione e, cioè, alla previsione della sospensione dei soli termini processuali. La categoria «termini processuali» è servita, pertanto, al legislatore per non arrecare pregiudizi, ingiustificati ed «ulteriori», rispetto a quelli «indispensabili» per il raggiungimento del necessario «riposo feriale». Va a questo punto sottolineato che la situazione di chi deve ricorrere in periodo feriale ad un legale perché rediga un atto processuale (in senso stretto) non

diritti di rango costituzionale di azione e di difesa e l'amministrazione della giustizia con la disciplina delle misure volte a contenere e contrastare i rischi sanitari legati alla emergenza epidemiologica e segue la logica dell'isolamento sociale, minimizzando quanto più possibile la necessità di accesso alle sedi fisiche degli uffici giudiziari.

Certamente entrambe le sospensioni riguardano i termini processuali dei procedimenti civili, mentre in linea di principio non incidono sui termini di natura non processuale, ma proprio alla luce della diversa *ratio*, il legislatore con il provvedimento più recente ha individuato un numero di eccezioni alla regola generale della sospensione significativamente più limitato rispetto a quello della sospensione feriale^[9]. Il proposito è chiaramente quello di ridurre l'attività giurisdizionale al minimo costituzionalmente lecito e dunque le ipotesi per le quali non opera la sospensione sono solo le seguenti:

(i) cause di competenza del Tribunale per i minorenni relative alle dichiarazioni di adottabilità, ai minori stranieri non accompagnati, ai minori allontanati dalla famiglia ed alle situazioni di grave pregiudizio;

(ii) cause relative ad alimenti o ad obbligazioni alimentari derivanti da rapporti di famiglia, di parentela, di matrimonio o di affinità^[10];

(iii) procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona;

(iv) procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di tutela, di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione nei soli casi in cui viene dedotta una motivata situazione di indifferibilità incompatibile anche con l'adozione di provvedimenti provvisori e sempre che l'esame diretto della persona del beneficiario, dell'interdicendo e dell'inabilitando non risulti incompatibile con le sue condizioni di età e salute;

(v) i procedimenti relativi agli accertamenti e trattamenti sanitari obbligatori in condizioni di degenza ospedaliera

per malattia mentale di cui all'[articolo 35 della legge 23 dicembre 1978, n. 833](#); (vi) procedimenti per richieste di interruzione della gravidanza di cui all'[articolo 12 della legge 22 maggio 1978, n. 194](#);

(vii) procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari;

(viii) procedimenti di convalida dell'espulsione, allontanamento e trattenimento di cittadini di Paesi terzi e dell'Unione Europea;

(ix) procedimenti per la sospensione dell'efficacia esecutiva o dell'esecuzione della sentenza impugnata di cui agli articoli [283](#), [351](#) e [373](#) c.p.c.

Vi è poi una sorta di norma di chiusura in forza della quale non soggetti alla sospensione quei procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti; in questi casi la dichiarazione di urgenza è fatta con decreto non impugnabile dal capo dell'ufficio giudiziario o dal suo delegato in calce alla citazione o al ricorso oppure, per le cause già iniziate, dal giudice istruttore o dal presidente del collegio.

L'esame delle eccezioni sopra enumerate ha determinato tra gli operatori numerosi quesiti di natura interpretativa.

III. I provvedimenti cautelari e la sospensione

La prima e più evidente questione attiene ai procedimenti cautelari: la sospensione della celebrazione delle udienze e del decorso dei termini processuali coinvolge, a differenza di quanto non avvenga nell'ambito della sospensione feriale, anche la tutela cautelare, con la sola eccezione dei procedimenti aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona, ma - come già si è detto - è consentito al giudice, con una valutazione caso per caso, di non sospendere i procedimenti la cui ritardata trattazione può produrre grave pregiudizio alle parti.

Il criterio del *grave pregiudizio* che presiede a questa valutazione del giudice si presenta di non facile applicazio-

è diversa da quella di chi deve necessariamente (per non far scadere il termine di cui agli artt. [19](#) della legge 22 ottobre 1971, n. 865 e [14 della legge 28 gennaio 1977, n. 10](#)) ricorrere ad un legale per predisporre l'atto introduttivo del giudizio di primo grado, che è certamente un atto processuale. E, d'altra parte, poiché l'istituto della sospensione dei termini nel periodo feriale è anche correlato al potenziamento del diritto di azione e di difesa ([art. 24 Cost.](#)) ...» (Corte Cost., [13 luglio 1987, n. 255](#)).

^[9] L'[articolo 3 della Legge 7 ottobre 1969, n. 742](#) prevede che la sospensione feriale non si applichi, in materia civile alle cause ed ai procedimenti indicati nell'[articolo 92 dell'ordinamento giudiziario](#), ossia «le cause civili relative ad alimenti, alla materia corporativa, ai procedimenti cautelari, ai procedimenti per l'adozione di provvedimenti in materia di amministrazione di sostegno, di interdizione, di inabilitazione, ai procedimenti per l'adozione di ordini di protezione contro gli abusi familiari, di sfratto e di opposizione all'esecuzione, nonché quelle relative alla dichiarazione ed alla revoca dei fallimenti, ed in genere quelle rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti», nonché alle controversie in materia di lavoro (previste dall'[art. 429 c.p.c.](#)) e in materia di previdenza e di assistenza obbligatorie (previste dall'[art. 459 c.p.c.](#)).

^[10] Nella relazione illustrativa al decreto-legge viene precisato che con la definizione di «alimenti o ad obbligazioni alimentari» si è voluto fare riferimento alla nozione di cui all'[articolo 1 del Regolamento \(CE\) n. 4/2009](#).

ne ed infatti tutte le istanze cautelari, per loro natura, devono fondarsi sul *periculum in mora* e dunque sul requisito dell'urgenza del provvedere che, pur configurandosi in modo diverso nell'ambito delle diverse cautele, è imprescindibile.

Si viene a creare, così, una situazione nel quale la norma del decreto-legge richiede al giudice di scegliere quali cautelari debbano essere trattati e quali no, operando una distinzione fra quelli che, pur rivestendo natura di urgenza, possono tollerare una sospensione della trattazione e quelli che invece sono connotati da una "speciale" urgenza. Il criterio legislativo che dovrebbe essere alla base di questa valutazione di specialità riposa dunque su una distinzione fra il "semplice" *pregiudizio* imminente e irreparabile (proprio di tutti i procedimenti cautelari) ed il *grave pregiudizio* di cui parla la clausola finale in esame, ma così facendo il legislatore sembra avere dimenticato che nella sistematica del codice di procedura civile le nozioni di *grave pregiudizio*, di *pregiudizio imminente e irreparabile* e di *pregiudizio* sono tutte considerate espressioni del requisito del *periculum in mora*, che viene identificato in modo unitario. Peraltro la formula identificata dal legislatore si rivela di particolarmente complicata applicazione nel caso dei provvedimenti d'urgenza *ex art. 700 c.p.c.* Ed infatti rispetto ai provvedimenti d'urgenza la norma identifica il *periculum in mora* come minaccia di un «pregiudizio imminente e irreparabile»; in una certa misura si dovrebbe dunque concludere che - rispetto ai provvedimenti d'urgenza - non operi affatto la sospensione. Si tratta chiaramente di un'interpretazione inaccettabile anche alla luce del fatto che il provvedimento *ex art. 700 c.p.c.* negli anni ha certamente ampliato il proprio ambito applicativo.

La clausola di chiusura finisce con l'attribuire al giudice una piena discrezionalità circa la scelta dei procedimenti da trattare e di quelli da sospendere, senza identificare alcun criterio guida.

Questa formulazione piuttosto infelice della disposizione nasce peraltro dal fatto che il legislatore emergenziale, nel formulare la lista di eccezioni alla sospensione che potremmo definire "epidemiologica", ha ripreso la formula-

zione dell'[articolo 92 dell'ordinamento giudiziario](#) in tema di sospensione feriale, anche in questa norma, infatti, si prevede che la sospensione non operi nelle cause in genere «rispetto alle quali la ritardata trattazione potrebbe produrre grave pregiudizio alle parti».

Tuttavia l'[art. 92](#) succitato nel suo contesto originario si inserisce in un sistema nel quale i procedimenti cautelari sono già di per sé tutti esentati dalla sospensione feriale e quindi ha la funzione di selezionare le cause di merito la cui trattazione abbia carattere di urgenza e, dunque, non pone le difficoltà applicative di cui sopra.

Sempre in tema di procedimenti cautelari egualmente problematica è l'eccezione che esenta dalla sospensione quelli aventi ad oggetto la tutela di *diritti fondamentali della persona*. Come noto, il catalogo dei diritti della personalità è per sua natura in continua evoluzione storica in conseguenza dell'ampliarsi della sfera della dignità meritevole di protezione e questi diritti costituiscono una categoria aperta, dato che l'evoluzione dei costumi sociali porta al continuo accrescimento dei valori della persona con il conseguente moltiplicarsi degli interessi individuali attinenti alla sfera della personalità. L'individuazione dei procedimenti cautelari aventi ad oggetto la tutela di diritti fondamentali della persona risulta quindi certamente difficoltosa[11].

Ove si volesse utilizzare a tal fine la [Carta di Nizza](#)[12] e il rinvio operato dalla stessa alla [Convenzione europea dei diritti dell'uomo \(CEDU\)](#) certamente dovrebbe salutarci con favore la possibilità di ottenere tutela urgente, nonostante la pandemia in corso, rispetto al diritto alla vita, all'integrità della persona, alla protezione della salute, ma altrettanta condivisione non si può manifestare rispetto ad altri diritti identificati dalla CEDU come fondamentali quali il diritto alla riservatezza, all'ambiente e financo di proprietà.

Appare poi lecito domandarsi se l'eccezione in parola valga a ricomprendere fra i procedimenti non sospesi anche i procedimenti in materia di lavoro, o perlomeno quelli nei quali sia domandata la tutela reintegratoria, alla luce della giurisprudenza costituzionale che qualifica il diritto al lavoro come *fondamentale diritto di libertà della perso-*

[11] È noto il fatto che l'applicazione della previsione dell'[art. 76, comma 4 del Testo Unico Spese di Giustizia](#), che prevede un criterio agevolato di determinazione del reddito ai fini dell'accesso al patrocinio a spese dello Stato "*quando sono oggetto della causa diritti della personalità*", ha generato nel tempo significativi dubbi interpretativi.

[12] Il testo della Carta è quello solennemente proclamato a Nizza il 7 dicembre 2000 e riproclamato il 12 dicembre 2007, in vista della firma del Trattato di Lisbona, a Strasburgo dal Parlamento europeo, dal Consiglio e dalla Commissione (GUUE 14 dicembre 2007, n. C 303). In virtù dell'[articolo 6, paragrafo 1, primo comma](#), del Trattato sull'Unione europea, la Carta proclamata nel 2007 ha ora lo stesso valore giuridico dei trattati (v. anche GUUE del 30 marzo 2010, n. C 83/403).

na umana^[13]. Il dubbio è particolarmente pregnante per quanto riguarda il cosiddetto “rito Fornero” procedimento previsto dall’art. 1, commi 47 della Legge 28 giugno 2012, n. 92), che, perlomeno nella fase sommaria, risponde all’esigenza di garantire una tutela di urgenza al diritto al lavoro^[14].

Per l’amministrazione dei procedimenti non sospesi, viene previsto (all’art. 83, comma 5) che possano essere adottati, anche nel periodo dal 9 marzo all’11 maggio, gli stessi provvedimenti la cui adozione è prevista in via generalizzata per il successivo periodo dal 12 maggio al 30 giugno 2020.

Il decreto-legge prevede anche che, sempre nel periodo dal 9 marzo 2020 all’11 maggio 2020, siano sospesi i termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione (ai sensi del [decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28](#)) e nei procedimenti di negoziazione assistita (ai sensi del [decreto-legge 12 settembre 2014, n. 132](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 10 novembre 2014, n. 162](#)), nonché in tutti i procedimenti di risoluzione stragiudiziale delle controversie regolati dalle disposizioni vigenti, quando questi procedimenti siano stati promossi entro il 9 marzo 2020 e quando costituiscano condizione di procedibilità della domanda giudiziale.

Per concludere sul punto, appare opportuno porre in evidenza che le disposizioni sulla sospensione dei termini non hanno certamente come effetto quello di proibire il compimento di singole attività al soggetto del processo che ritenga opportuno farlo e sia in condizioni operative di farlo. Questa libertà di determinazione in capo agli operatori del diritto non si ritiene possa incidere sulla libertà degli addetti agli uffici giudiziari di operare da remoto posto che nel processo civile è ormai ben noto che il deposito degli atti endoprocessuali deve avvenire con modalità telematiche (previsione ora provvisoriamente estesa anche agli atti introduttivi, come si vedrà *infra*); in questa ottica, appaiono dunque decisamente criticabili i provvedimenti di singoli uffici giudiziari che introducono veri e propri divieti al deposito di atti, andando ben oltre

le previsioni del decreto-legge^[15].

IV. Le misure rimesse ai capi degli uffici giudiziari

Per il successivo periodo compreso tra il 12 maggio e il 30 giugno 2020, il decreto-legge prevede che sia rimessa ai capi dei singoli uffici giudiziari l’adozione di provvedimenti idonei a contrastare l’emergenza epidemiologica da COVID-19 ed evitar assembramenti all’interno degli uffici giudiziari ed i contatti ravvicinati tra persone, enumerando una serie di possibili provvedimenti che potranno essere assunti da ciascun ufficio, serie che ricalca quella dei. Peraltro, come già detto, si prevede che i medesimi provvedimenti potranno essere assunti anche per il precedente periodo dal 9 marzo all’11 maggio 2020 in relazione ai procedimenti non sospesi.

L’adozione di questi provvedimenti richiede una procedura articolata: devono essere sentiti l’autorità sanitaria regionale (per il tramite del Presidente della Giunta Regionale) ed il Consiglio dell’ordine degli avvocati e devono essere assunti d’intesa con il Presidente della Corte d’appello e il Procuratore generale della Repubblica presso la Corte d’appello dei rispettivi distretti; possano essere assunti d’intesa con le Regioni, con il Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri e con il Ministero della giustizia.

Anche il novero delle misure che possono essere adottate dai capi degli uffici giudiziari è vasto e comprende:

- (i) la limitazione dell’accesso del pubblico agli uffici giudiziari, garantendo comunque l’accesso alle persone che debbono svolgere attività urgenti;
- (ii) la limitazione dell’orario di apertura al pubblico degli uffici, anche in deroga agli orari d’ufficio previsti dall’ordinamento di cancelleria (all’art. 162 della [legge 23 ottobre 1960, n. 1196](#)) o anche la totale chiusura al pubblico degli uffici che non erogano servizi urgenti;
- (iii) la regolamentazione dell’accesso ai servizi, previa prenotazione, anche tramite mezzi di comunicazione telefonica o telematica, curando che la convocazione degli utenti sia scaglionata per orari fissi, nonché l’adozione di

^[13] La consulta affermò che il diritto al lavoro costituisce un fondamentale diritto di libertà della persona umana fin dalla sentenza Corte Cost. 9 giugno 1965, n. 45, principio più volte riaffermato, da ultimo con la sentenza Corte Cost. 8 novembre 2018, n. 194.

^[14] Si veda sul punto F.M. Giorgi, *Emergenza covid-19 e prime osservazioni in ordine agli effetti sulle controversie di lavoro*, in *giustiziacivile.com*, n. 3/2020, in cui si osserva, con riferimento al “rito Fornero” che «sorprende che questo procedimento non sia stato inserito ex professo tra le eccezioni all’obbligo, nel primo periodo, ed alla facoltà, nel secondo periodo, di differimento delle udienze. Si consideri, infatti, che trattasi di un procedimento per sua natura finalizzato esattamente alla tutela, nel senso sopra riguardato, del diritto al lavoro».

^[15] Si consideri, a titolo di esempio, l’ordinanza del Tribunale di Busto Arsizio del 22 marzo 2020, con la quale «si fa espresso divieto a partire da lunedì 23 marzo e fino al 15 aprile 2020 ... di effettuare qualsiasi deposito di atto ed eccezione di quelli riguardanti i procedimenti non sospesi».

ogni misura ritenuta necessaria per evitare forme di assembramento;

(iv) l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze;

(v) la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto, con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti[16];

(vi) la previsione del rinvio delle udienze a data successiva al 30 giugno 2020 nei procedimenti civili e penali (fatte salve le medesime eccezioni già precedentemente richiamate);

(vii) lo svolgimento delle udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti mediante lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice. Anche questo elenco determina non poche perplessità.

In via generale non pare condivisibile la scelta di rimettere ai singoli uffici giudiziari l'adozione di provvedimenti che possono incidere in modo così pesante sul diritto di difesa in giudizio e che possono condurre potenzialmente all'adozione di discipline disomogenee nei vari uffici giudiziari, suscettibile di dar luogo ad una babele di riti differenti[17].

Al riguardo, appare estremamente significativo il fatto che, nel prevedere la possibile adozione di questi provvedimenti da parte dei singoli uffici giudiziari, il legislatore abbia reputato necessario introdurre una disposizione (all'[art. 83, comma 8 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#)) ai sensi della quale è previsto che per il periodo di efficacia di eventuali provvedimenti che dovessero preclude-

re la presentazione della domanda giudiziale resti sospesa la decorrenza dei termini di prescrizione e decadenza per i diritti che possono essere esercitati solo mediante presentazione della domanda giudiziale (mentre qualora l'interruzione della prescrizione o della decadenza possa avvenire in via stragiudiziale la sospensione non opera). Non si comprende, però, quali sarebbero le prescrizioni e decadenze che questa norma vuole evitare, posto che in linea di principio nessuno dei provvedimenti enumerati dalla norma dovrebbe portare ad una preclusione della presentazione di domande giudiziali (trattandosi di misure che hanno ad oggetto la gestione di procedimenti pendenti rispetto ai quali si immagina, al massimo, un differimento delle udienze)[18].

La lista delle misure che possono essere adottate dai capi degli uffici giudiziari ha come denominatore comune la volontà del legislatore di ridurre, quanto più possibile, le occasioni di accesso alle sedi degli uffici giudiziari: in ragione di ciò è contemplata la possibilità di sostituire le udienze tradizionali con le udienze mediante collegamenti da remoto (cosiddetta *udienza in videoconferenza*) o lo scambio e il deposito in telematico di note scritte contenenti le sole istanze e conclusioni e la successiva adozione fuori udienza del provvedimento del giudice (cosiddetta *udienza cartolare*).

L'ipotesi della videoconferenza può rappresentare un accettabile compromesso fra diritto di difesa ed esigenze di tutela della salute pubblica tuttavia il decreto-legge si limita a prevedere tale possibilità senza dettare alcuna disciplina di dettaglio (fatta salva la previsione che rimette al Direttore generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia l'adozione di un provvedimento che individui quali siano i collegamenti da re-

[16] Per le udienze da remoto la norma prevede che prima dell'udienza il giudice faccia comunicare ai procuratori delle parti giorno, ora e modalità di collegamento e che all'udienza dia atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Viene rimesso al Direttore per i sistemi informativi del ministero della Giustizia di individuare e regolati gli strumenti di collegamento da remoto utilizzabili ed in data 10 marzo 2020 (ancora nella vigenza del precedente decreto-legge) questi ha emanato un provvedimento con cui ha stabilito che «le udienze civili possono svolgersi mediante collegamenti da remoto organizzati dal giudice utilizzando i seguenti programmi attualmente a disposizione dell'Amministrazione e di cui alle Ministero della Giustizia: Skype for Business; Teams. I collegamenti effettuati con i due programmi su dispositivi dell'ufficio o personali utilizzano infrastrutture di quest'amministrazione o aree di data center riservate in via esclusiva al Ministero della Giustizia».

[17] Si veda, al riguardo, A. Stilo, [Art. 83 d.l. n. 18 del 17 marzo 2020: criticità nella gestione delle udienze civili nella c.d. fase 2](#), in [www.unicost.eu](#), 2020.

[18] A tale riguardo si vedano anche le condivisibili osservazioni svolte da A. Panzarola - M. Farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. osservazioni a prima lettura*, in [giustiziacivile.com](#), n. 3/2020, che affermano: «complessa è, peraltro, la determinazione dei diritti (sostanziali) cui la norma si riferisce, i quali, stando al dettato normativo, sono esercitabili 'esclusivamente mediante il compimento delle attività precluse dai provvedimenti' assunti dal capo dell'ufficio. L'avverbio utilizzato ('esclusivamente') lascia arguire che deve trattarsi di diritti relativamente ai quali gli effetti interruttivo della prescrizione e impeditivo della decadenza possono essere associati soltanto alla domanda giudiziale, essendo allo scopo irrilevanti eventuali atti stragiudiziali. Gli esempi in cui ciò si verifica non mancano nel nostro ordinamento, anche in tema di prescrizione (artt. 1495 co. 3, 1442, 1449 c.c.). Si pensi poi ai casi non infrequenti nei quali l'effetto di impedimento della decadenza sostanziale, non potendo essere prodotto da un atto stragiudiziale (viceversa sufficiente in altre fattispecie), presupponga una domanda giudiziale».

moto utilizzabili)[19]. L'esigenza di prevedere una regolamentazione dello svolgimento delle udienze mediante collegamenti da remoto è evidentemente molto avvertita ed infatti il Consiglio Superiore della Magistratura ha prontamente adottato delle linee guida, con le quali invita i singoli uffici giudiziari a promuovere la stipula di protocolli con i Consigli dell'ordine degli avvocati locali, al fine di individuare modalità condivise di partecipazione da remoto di tutti i soggetti del processo[20].

Quanto alla cd. udienza cartolare, la stessa, da un lato, pone definitivamente nel nulla l'oralità, peraltro già allo stato ridotta a mito più che a realtà del processo civile; dall'altro lato si teme che possa aggravare ulteriormente la situazione, in termini di carico di lavoro, degli uffici giudiziari e ciò anche alla luce della "ben nota" capacità di sintesi degli avvocati.

Coerentemente con la volontà di ridurre al minimo gli accessi presso gli uffici giudiziari, un'ultima disposizione del decreto-legge prevede che, fino al 30 giugno 2020, siano depositati esclusivamente in modalità telematica tutti gli atti (art. 83, comma 11); viene dunque eliminata temporaneamente la possibilità di effettuare il deposito in forma cartacea degli atti introduttivi.

V. Conclusioni

Nel tentativo di addivenire a qualche considerazione di sintesi si ritiene importante ricordare come le misure di cui abbiamo dato atto in merito alla giustizia civile si inseriscano in un contesto sociale nell'ambito del quale una molteplicità di diritti e libertà individuali sono stati temporaneamente aboliti o quantomeno fortemente limitati e ciò in favore della necessità di tutelare il diritto alla salute. Precisato che la stessa Costituzione attribuisce al diritto alla salute una tutela rafforzata e che in ogni caso la di-

chiarazione dello stato di emergenza del 31 gennaio scorso già consentiva all'esecutivo di dettare norme non solo idonee a disciplinare la giustizia civile, ma anche a vincolare le libertà individuali, ciò che stupisce l'operatore del diritto è lo stato di *impasse* dal quale sembra originare la decretazione d'urgenza che, più che individuare regole di condotta, pone tematiche ermeneutiche non irrilevanti. Queste tematiche possono essere interessanti per il processualcivile, ma in una situazione quale quella attuale sarebbe stato auspicabile avere qualche maggior certezza e si ritiene sommamente che, a tal fine, sarebbe stato sufficiente un rinvio alla disciplina della sospensione feriale dei termini processuali, con qualche adeguamento dettato dalla necessità dalla quale la stessa esigenza di provvedere nasce. Certamente opportuno è invece l'esponenziale utilizzo potenziale non solo del deposito telematico, ma anche di quelle nuove tecnologie che consentono di eliminare virtualmente distanze notevoli mediante l'interazione sincrona di video, audio e dati tra un numero potenzialmente illimitato di soggetti e per una durata indeterminata. Il timore tuttavia è che alla luce della diversa dotazione degli uffici giudiziari del nostro Paese ed anche della non omogenea cultura informatica dei magistrati, il funzionamento di queste nuove tecnologie possa verificarsi solo in alcuni uffici e non in altri, determinandosi così una disparità di trattamento non irrilevante.

Ciò che si auspica ora è che la situazione di emergenza venga meno il più presto possibile consentendo così non solo il ripristino delle libertà individuali, ma anche il ritorno al giusto processo civile, cercando di fare tesoro di quanto si è appreso durante questo periodo e tentando anche in questo settore di realizzare il ben noto motto *ex male bonum*.

[19] Il provvedimento del Direttore Generale S.I.A. pubblicato in data 10 marzo 2020 sul Portale dei Servizi Telematici del Ministero della Giustizia prevede, all'art. 2 che «le udienze civili possono svolgersi mediante collegamenti da remoto organizzati dal giudice utilizzando i seguenti programmi attualmente a disposizione dell'Amministrazione e di cui alle note già trasmesse agli Uffici Giudiziari (...): Skype for Business; Teams. I collegamenti effettuati con i due programmi su dispositivi dell'ufficio o personali utilizzano infrastrutture di quest'amministrazione o aree di data center riservate in via esclusiva al Ministero della Giustizia».

[20] Consiglio Superiore della Magistratura, *Pratica num. 186/VV/2020 - Linee guida agli Uffici Giudiziari in ordine all'emergenza COVID 19 integralmente sostitutive delle precedenti assunte*, adottate nella seduta del 26 marzo 2020.

ADOZIONE: DIRITTO ALLA CONOSCENZA DELLE PROPRIE ORIGINI E DIRITTO ALL'ANONIMATO

Una questione problematica ancora aperta dopo le recenti pronunce della giurisprudenza: il diritto dell'adottato, non riconosciuto alla nascita, alla conoscenza delle proprie origini e il diritto della madre biologica all'anonimato

di Ilaria Lombardini

DEL 14 APRILE 2020

Sommario

1. Riferimenti normativi: il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini biologiche
2. L'attuale assetto normativo dell'art. 28, comma 7, L. n. 184 del 1983 e s.m.: il diritto dell'adottato, non riconosciuto alla nascita, alla conoscenza delle proprie origini e il concorrente diritto della madre biologica all'anonimato
- 2.1. Il necessario bilanciamento di tali diritti e il principio di revocabilità dell'anonimato nelle decisioni della Corte Edu e della Corte costituzionale
3. L'incisivo intervento delle pronunce più recenti (Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 e Cass. 07 febbraio 2018, n. 3004): un punto di arrivo o una tappa in itinere?
4. Rilievi conclusivi

1. Riferimenti normativi: il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini biologiche

La questione del diritto dell'adottato - specie dell'adottato nato da madre che abbia dichiarato all'epoca della nascita di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, Ordinamento dello stato civile - alla conoscenza delle proprie origini biologiche ha "recentemente acquisito nuova centralità nel dibattito culturale" ed è una problematica "effettivamente molto dibattuta" dalla giurisprudenza, anche di merito, e dalla dottrina interne^[1].

Ma non solo^[2], la problematica ha una dimensione sovranazionale. Come noto, il diritto alla conoscenza delle proprie origini biologiche è espressamente riconosciuto dalla Convenzione di New York del 20 novembre 1989

delle Nazioni Unite (ratificata in Italia con L. 27 maggio 1991, n. 176) sui Diritti del fanciullo: l'art. 7 prevede il diritto di quest'ultimo a conoscere l'identità dei propri genitori biologici.

Con specifico riferimento all'adozione, la Convenzione de L'Aja del 29 maggio 1993, relativa alla Protezione dei minori e alla cooperazione in materia di adozione internazionale, prevede, all'art. 30, che le autorità competenti di ogni Stato contraente conservino accuratamente le informazioni in loro possesso sulle origini del minore, soprattutto quelle concernenti l'identità della madre e del padre naturali così come i dati sulla storia sanitaria del minore e della sua famiglia e "assicurino l'accesso del minore o del suo rappresentante a queste informazioni nella misura prevista dalla legge del loro Stato"^[3].

Inoltre, il quadro costituzionale e convenzionale del di-

[1] Così, rispettivamente, Renna, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, in *Riv. critica dir. priv.*, 2018, p. 75; Casaburi, *Osservazioni* a Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.* 2017, I, c. 491.

[2] L'argomento è diffusamente trattato anche sui *social networks* e si imporrebbe una sua regolamentazione per evitare i rischi di eventuali danni alle persone.

[3] Per una ricostruzione dell'evoluzione del diritto a conoscere le proprie origini nell'ordinamento italiano e nei maggiori ordinamenti europei v., per tutti, Stan-

ritto a conoscere le proprie origini, quale declinazione di primario rilievo del diritto all'identità personale, si completa con gli artt. 2 e 3 della Costituzione e art. 8 della *Cedu*[4].

Un ruolo decisivo va riconosciuto anche alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Infatti, Corte europea dei diritti dell'uomo, 25 settembre 2012 - Ricorso n. 33783/09 *Godelli c. Italia* (su cui v. *infra* § 2.1.), censura l'Italia per il rigido sistema di protezione dell'anonimato della madre biologica[5] e per la conseguente negazione del diritto dell'adottato, non riconosciuto alla nascita, di accedere alle informazioni che riguardano le proprie origini, non consentendo la reversibilità del segreto. La Corte rileva che la conoscenza delle proprie origini costituisce un interesse fondamentale della persona, rientra nel campo di applicazione della nozione di «vita privata» garan-

tita dall'art. 8 della Convenzione che, pertanto, si applica nella fattispecie[6].

Per inciso, si richiama che il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini, com'è noto, è riconosciuto in molti Paesi europei[7].

Con riferimento alla cornice legislativa interna inerente la fattispecie, nel nostro ordinamento il *comma 1 dell'art. 28 L. 4 maggio 1983, n. 184* e s.m., (in seguito legge adoz.) prevede che i genitori adottivi debbano informare il minore adottato di tale sua condizione nei modi e termini dagli stessi ritenuti più opportuni. Con la *legge 28 marzo 2001, n. 149* (c.d. riforma del 2001), che ha modificato il testo del suindicato art. 28, è stato infatti riconosciuto il diritto dell'adottato ad essere informato sulle proprie origini nel rispetto sia dei genitori biologici che di quelli adottivi. Così si è adeguata la normativa italiana alle cita-

zione, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, in *Nuova g. civ. comm.* 2017, I, p. 323 ss.; Carbone, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*, in *Corr. giur.*, 2017, p. 34 ss.; nonché, per una lettura comparata attraverso il sistema francese e tedesco, v. Renna, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, cit., p. 97 ss.

[4] Il diritto a conoscere le proprie origini costituisce “un'espressione essenziale del diritto all'identità personale” (Cass. civ., sez. un., n. 1946 del 2017, cit.); Cass. civ., n. 22838 del 2016, in *Foro it.*, I, 2016, c. 3786, ricorda altresì che “lo sviluppo della personalità individuale e l'armonica conduzione della propria vita privata e familiare richiedono la costruzione di una propria identità individuale fondata, oltre che su un contesto parentale affettivo educativo riconoscibile, anche su informazioni relative alla propria nascita idonee a svelarne il segreto unitamente alle ragioni dell'abbandono”. Sull'accesso alle origini come componente dell'identità personale, v. il fondamentale studio di Gutmann, *Le sentiment d'identité. Étude de droit des personnes et de la famille*, Paris, 2000, p. 27 ss.; e, più di recente, Théry-Leroyer, *Filiation, origines, parentalité. Le Droit face aux nouvelles valeurs de responsabilité générationnelle*, Paris, 2014, 249 ss.; Gründler, *Les droits des enfants contre les droits des femmes: vers la fin de l'accouchement sous X?*, in *LRDH*, n. 3/2013, p. 1 ss.

[5] In tema di disciplina sul parto anonimo, si ricorda, con Montaruli, *Parto anonimo e accesso alle origini nell'adozione*, in *www.giudicedonna.it*, n. 1/2017, p. 4, che in Europa il parto anonimo è previsto solo in Francia e in Italia, nonché in alcune legislazioni, relativamente recenti (Austria, Lussemburgo, Russia, Slovacchia). Va puntualizzato che in Francia dal 2002 la normativa interna prevede la possibilità di bilanciamento tra il diritto della madre all'anonimato (*accouchement sous X*) e il diritto del figlio alla ricerca delle proprie origini. Per uno sguardo ampio ai modelli europei v. Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il “dilemma” del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in Gabrielli-Patti-Zaccaria-Padovini-Cubeddu Wiedemann-Troiano (a cura di), *Parte generale e persone*, Liber amicorum per Dieter Henrich, Torino, 2012, I, p. 172 ss., spec. 178; Carbone, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*, cit., p. 29 ss., spec. p. 34 ss., anche per un *excursus* sull'istituto dell'anonimato materno dalle origini alla crisi attuale e sulla situazione normativa italiana e di altri Paesi europei in materia; Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, in *Dir. fam. pers.*, 2010, II, p. 426 ss.

[6] Cfr. le pronunce della Corte Edu: *Odièvre c. Francia* [GC], n. 42326/98, § 29, CEDU 2003 III, e *Mikulic c. Croazia*, n. 53176/99, § 53, CEDU 2002 I; nonché v. Montaruli, *Parto anonimo e accesso alle origini nell'adozione*, cit., p. 3.

[7] Per esempio, in Spagna si prevede che l'adottato maggiorenne (o, se minorenni, i genitori adottivi) possa chiedere all'Entidad Pública informazioni sulle proprie origini, sull'identità e sui dati sanitari dei genitori biologici. Tali informazioni, in quanto «dati sensibili», devono essergli comunicate, previa comunicazione alle persone interessate (art. 180 comma 5). In Francia dal 2002 esiste un'autorità amministrativa indipendente (il *Conseil National pour l'accès aux origines personnelles*) che ha il compito di promuovere l'accesso alle informazioni sulle origini familiari e genetiche da parte di ogni maggiorenne (ma anche dei minorenni capaci di discernimento con il consenso del loro legale rappresentante) che sia stato dato in adozione o comunque che sia in carico ai servizi sociali andando a contattare i genitori biologici rimasti anonimi allo scopo di verificare la persistenza della loro volontà di mantenere l'anonimato o comunque consentendo al figlio l'accesso alle informazioni nel caso in cui per esempio risulti che i genitori sono defunti (art. L. 147-1 e ss. *Code de l'action sociale et des familles*). Infine, in Inghilterra l'adottato adulto può domandare al tribunale e all'*adoption agency* di avere accesso alle informazioni contenute nel proprio fascicolo (*Adoption and Children Act* 2002, sect. 60(2) e sect. 60(4)), nel caso di *protected information*, l'*agency* gode di discrezionalità nella decisione sull'accesso, dovendo tener conto della peculiarità del caso concreto, oltre che dell'interesse dell'adottato (*Adoption and Children Act* 2002, sect. 61(5)), così, Long, *Uno sguardo altrove: l'adozione dei minorenni in Francia, Inghilterra e Spagna*, in *Minori giustizia*, 2017, p. 132, spec. p. 139 e s.; v. anche Bolondi, *Il diritto della partoriente all'anonimato: l'ordinamento italiano nel contesto europeo*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, II, 281 ss.

te Convenzioni internazionali, che già tutelavano il diritto del minore a conoscere le proprie origini[8].

Il legislatore italiano ha disciplinato il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche, in forma articolata, negli otto commi nel vigente testo dell'art. 28 L. 4 maggio 1983, n. 184, e s.m., legge sul "Diritto del minore ad una famiglia".

All'origine l'art. 28 della citata legge, rubricata fino alla riforma del 2001 "Disciplina dell'adozione e dell'affidamento dei minori", era costituito da soli due commi (relativi, rispettivamente, al comma 1, al rilascio delle attestazioni di stato civile dell'adottato con la sola indicazione del nuovo cognome e con l'esclusione di qualunque riferimento alla paternità e alla maternità del minore (sostanzialmente il vigente comma 2), e il comma 2 (attuale comma 3, prima parte), ai sensi del quale l'ufficiale di stato civile, l'ufficiale di anagrafe dovevano rifiutarsi di fornire notizie, informazioni, certificazioni, estratti o copie dai quali possa comunque risultare il rapporto di adozione, salvo autorizzazione espressa dell'autorità giudiziaria[9]. Il percorso che ha condotto al riconoscimento del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini non era ancora iniziato. Appare di tutta evidenza che circa quattro decenni fa la preoccupazione del legislatore era concentrata sulla necessità, o volontà, di tutelare la *privacy* di adottato e genitori adottivi e sulla preoccupazione di mantenere riserbo (forse anche il segreto) sull'adozione. La legge 28 marzo 2001, n. 149 (c.d. riforma del

2001), effettuando una sorta di rivoluzione copernicana, ha posto al centro il minore adottato, i suoi diritti, in nome dell'interesse "superiore" del minore. Così la legge n. 149 del 2001 ha sostituito diversi articoli della legge del 1983, tra cui l'art. 28, il quale si compone ora di ben otto commi, che prevedono il diritto dell'adottato, scandito secondo la sua età, ad essere informato di tale sua condizione e a conoscere le sue origini biologiche. Ma vi sono dei limiti in caso di parto anonimo (come si illustrerà *infra* al § 2.): se la madre biologica ha dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata, il figlio, non riconosciuto alla nascita, nella ricerca delle proprie origini potrà avere accesso alle sole informazioni non identificative (art. 28, comma 7, legge adoz., e il segreto sull'identità materna *ivi* previsto è stato irreversibile fino alla sentenza Corte cost. n. 278 del 2013).

Per meglio inquadrare il discorso, anche se l'oggetto del presente scritto è la disposizione specificamente prevista dal comma 7, è opportuno richiamare sinteticamente le altre disposizioni del novellato art. 28 legge adoz. inerenti alle informazioni sul proprio *status* che devono o possono essere fornite all'adottato.

È compito dei genitori adottivi, nei modi e tempi che essi ritengono più opportuni, come accennato *supra*, informare l'adottato minorenne di tale sua condizione (comma 1). Per quanto riguarda le informazioni concernenti l'identità dei genitori biologici, l'*iter* è più dettagliato e controllato: esse possono essere fornite ai genitori adot-

[8] Giusti, *Il diritto processuale della famiglia*, I, Torino, 2005, p. 258; Fadiga, *L'adozione legittimante dei minori. Il diritto di sapere*, in *Filiazione*, Tr. Zatti2, II, a cura di Collura-Lenti-Mantovani, Milano, 2012, p. 934 ss, nonché p. 944 ss. sul diritto all'anonimato; su anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini la letteratura è molto vasta v. per tutti, ampiamente, Stefanelli, *Diritto all'identità*, in Sassi-Scaglione-Stefanelli, *Le persone e la famiglia*, III, 4, *La filiazione e i minori*, in Tr. Sacco2, Milano, 2018, pp. 474-514, spec. 488 ss.; su diritto alla conoscenza delle origini nella procreazione eterologa, nonché in tema di anonimato materno e diritto alla genitorialità, v., Clarizia, *Dichiarazione di adottabilità, anonimato materno e diritto alla genitorialità*, *Dir. fam. pers.*, 2015, p. 1132; per un sintetico quadro storico della normativa e della giurisprudenza sull'argomento, M. Di Marzio, *Adozione. L. 4 maggio 1983, n. 184 - art. 28*, in *Codice della famiglia*, diretto da F. Di Marzio, Milano, 2018, p. 1062 ss.; v. altresì Marella, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini biologiche. Contenuti e prospettive*, in *Giur. it.* 2001, p. 1768; Auletta, *Adozione e conoscenza delle proprie origini*, in *Libro dell'anno del diritto-Encicl. giur.* Treccani, Roma, 2015, p. 20; v., anche per la bibliografia citata, Lombardini, Sub *art. 28 L. 4 maggio 1983 n. 184*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di Zaccaria4, Padova, 2020, p. 1922 ss.; infine, sulla evoluzione dei rapporti familiari e sulla nuova identità della famiglia contemporanea in Europa v. Sesta, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. e dir.*, 11/2019, p. 1049 ss.

[9] Sul tema del rilascio di documenti v. le Prescrizioni del Garante per la protezione dei dati personali, per esempio il Comunicato stampa del 28-11-2001, e il provvedimento dell'8-11-2012, n. 329, richiamati da Lombardini, Sub *art. 28 L. 4 maggio 1983 n. 184*, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di Zaccaria, cit., 1922 ss.; nonché, di recente, in tema di *Indicazione di informazioni relative ad adozioni e minori adottati in atti e provvedimenti amministrativi*, il comunicato del 18 aprile 2018, Doc-Web: 8987089, in *www.garante-privacy.it*, in cui "il Garante, ai sensi degli articoli 143, comma 1, lett. b) e 154, comma 1, lett. c) del c.d. Codice *privacy* (d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice in materia di protezione dei dati personali), prescrive al Ministero della Giustizia, per il futuro, che atti e provvedimenti amministrativi analoghi a quelli oggetto della segnalazione, siano redatti senza l'indicazione di informazioni relative all'adozione o alle generalità dei minori precedenti la stessa, nel rispetto dell'art. 11, comma 1, lett. a), del Codice" (*privacy*), e di impartire, al riguardo, opportune istruzioni agli uffici periferici. In tema, in dottrina, v. Rando, *Adozione*, a cura di Trimarchi, *Quaderni di diritto civile*, 2004, p. 342 ss.; Petrone, *Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini*, Milano, 2014, p. 161 ss.

tivi, quali esercenti la responsabilità genitoriale, su autorizzazione del tribunale per i minorenni, e solo se sussistono gravi e comprovati motivi. Il tribunale accerta che l'informazione, che sarà data al minore, sia preceduta e accompagnata da adeguata preparazione del medesimo. Le informazioni possono essere fornite anche al responsabile di una struttura ospedaliera o di un presidio sanitario, ove ricorrano i presupposti della necessità e della urgenza e vi sia grave pericolo per la salute del minore (così prevede il [comma 4](#)). Inoltre, *ex* [comma 5](#), l'adottato, che abbia compiuto i venticinque anni di età, può accedere a informazioni che riguardano la sua origine e l'identità dei propri genitori biologici. Può farlo anche raggiunta la maggiore età, se sussistono gravi e comprovati motivi attinenti alla sua salute psico-fisica (il tribunale per i minorenni dovrà accertare che la conoscenza delle notizie non abbia conseguenze negative sull'equilibrio psico-fisico dell'adottato, e cercare di limitare al massimo per l'adottato i turbamenti ricollegati alla scoperta della verità, che potrebbe emergere^[10]). L'istanza deve essere presentata al tribunale per i minorenni del luogo di residenza. Si tratta di un procedimento deformalizzato^[11]. Definita l'istruttoria (con l'audizione delle persone di cui il tribunale ritenga utile l'ascolto e l'assunzione di informazioni di carattere sociale e psicologico) il tribunale per i minorenni autorizza con decreto l'accesso alle notizie richieste ([comma 6](#)). Ma, il [comma 7](#) (su cui v. *infra*, § 2.), disposizione oggetto di *querelle* su cui hanno inciso, come si dirà, le sentenze della Corte costituzionale [n. 278 del 2013](#) e

della Cassazione, a sezioni unite, [n. 1946 del 2017](#), stabilisce che "l'accesso alle informazioni non è consentito nei confronti della madre che abbia dichiarato alla nascita di non volere essere nominata ai sensi dell'[articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396](#)". Infine, a proposito della autorizzazione del tribunale dei minorenni necessaria per accedere alle informazioni sulle proprie origini, il [comma 8](#), stabilisce (e la norma lascia perplessi) che "Fatto salvo quanto previsto dai commi precedenti, l'autorizzazione non è richiesta per l'adottato maggiore di età quando i genitori adottivi sono deceduti o divenuti irreperibili"^[12]. Pertanto, qualora i genitori adottivi siano entrambi deceduti, non essendo richiesta alcuna autorizzazione del tribunale minorile per accedere ai documenti relativi alla famiglia biologica dell'adottato, rimane compito dell'ufficiale dello stato civile appurare la sussistenza di eventuali circostanze ostative all'accesso^[13].

2. L'attuale assetto normativo dell'art. 28, comma 7, L. n. 184 del 1983 e s.m.: il diritto dell'adottato, non riconosciuto alla nascita, alla conoscenza delle proprie origini e il concorrente diritto della madre biologica all'anonimato

L'evoluzione normativa dell'art. 28 legge adoz. ha conosciuto diverse tappe^[14]. In particolare, il vigente [comma 7](#) è stato così riformulato a decorrere dal 1° gennaio 2004, dal [comma 2, dell'art. 177, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196](#), Codice in materia di protezione dei dati personali (c.d. Codice *privacy*)^[15].

^[10] Sul punto v., per tutti, Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia*, Milano, 2014, p. 457, nota 168; Restivo, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, in *Famiglia*, 2002, p. 691 ss., spec. 707.

^[11] Spaccapelo, *Il procedimento per l'adozione di un minore di età*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da Bonilini, IV, La filiazione e l'adozione, Torino, 2016, p. 3940 s.

^[12] Sul diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini e l'identità dei propri genitori biologici: adottato in età minore, adottato maggiorenne - ma che non abbia ancora compiuto 25 anni -, adottato ultra-venticinquenne, morte o irreperibilità di entrambi i genitori adottivi, nonché sui limiti posti al diritto dell'adottato di conoscere le informazioni relative alle sue origini e all'identità dei propri genitori biologici, sia permesso rinviare, anche per i rilievi critici e la bibliografia citata, a Lombardini, Sub [art. 28 L. 4 maggio 1983 n. 184](#), in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di Zaccaria, cit., 1922 ss.; Autorino, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2016, p. 467; nonché Dogliotti-Astiggiano, *Le adozioni*, a cura di Dogliotti, Milano, 2014, p. 156, l'a rileva che bisognerebbe considerare anche il punto di vista dei genitori-parenti d'origine; e già, Dogliotti, *Adozione 1) In generale, Postilla di aggiornamento, Enc. g. Treccani*, 3; Specchio, *Il diritto dell'adottato di accesso alle informazioni concernenti la propria origine: un'interpretazione evolutiva da parte del tribunale minorile fiorentino*, *Minori giustizia*, 2008, 2, p. 351.

^[13] Così Trib. min. Sassari [decr.] 30-5-2002, in *Fam. e dir.* 2003, p. 71; sul punto v. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, in *Corr. giur.*, 2014, p. 471 ss., spec. 486, l'a. propone, condivisibilmente, l'abolizione dell'ultimo comma dell'art. 28 L. adoz., cosicché sulla disciplina non possa incidere la morte o l'irreperibilità dei genitori adottivi.

^[14] Inizialmente l'art. 28 L. adoz. è stato così sostituito dall'art. 24, L. 28 marzo 2001, n. 149. Le parole: "potestà dei genitori" nel [comma 4](#) sono state sostituite dalle seguenti: «responsabilità genitoriale» dall'art. 100, [comma 1, lett. p\)](#), d.lgs. 28-12-2013, n. 154, a decorrere dal trentesimo giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale n. 5 dell'8 gennaio 2014.

^[15] Può essere utile ricordare che il testo previgente del [comma 7](#) in discorso, versione dettata dalla l. n. 149/2001, prevedeva il divieto di accesso alle informazioni sulle proprie origini in tre casi: a) se l'adottato non era stato riconosciuto alla nascita dalla madre biologica; b) quando anche uno solo dei genitori biologici

Pertanto la questione del diritto alla conoscenza delle proprie origini va “inquadrata nel sistema complessivo che disciplina il trattamento dei dati personali”[16]. In quest’ottica si consideri: a) che l’art. 177, comma 2, d.lgs. n. 196/2003, ha riscritto il comma 7 dell’art. 28 legge adoz. restringendo il divieto di accesso dell’adottato alle informazioni sulle origini alla sola ipotesi di manifestazione, da parte della madre naturale, della volontà «di non essere nominata» nella dichiarazione di nascita, ai sensi dell’art. 30, comma 1, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396 (Regolamento per la revisione e la semplificazione dell’ordinamento dello stato civile)[17]; b) che, ai sensi dell’art. 93 «Certificato di assistenza al parto» del d.lgs. 196 del 2003, Codice in materia di protezione dei dati personali (c.d. Codice *privacy*), comma 1, “Ai fini della dichiarazione di nascita il certificato di assistenza al parto è sempre sostituito da una semplice attestazione contenente i soli dati richiesti nei registri di nascita”. Ne deriva che solo collegando la dichiarazione di nascita al certificato di assistenza al parto o alla cartella clinica si riesce a risalire all’identità della madre che abbia optato per l’anonimato al momento del parto[18].

Pertanto, ex art. 93, comma 2, Codice *privacy* (d.lgs. n. 196 del 2003), “Il certificato di assistenza al parto o la cartella clinica, ove comprensivi dei dati personali che rendono identificabile la madre che abbia dichiarato di non voler essere nominata avvalendosi della facoltà di cui all’articolo 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 3 novembre 2000, n. 396, possono essere rilasciati in copia integrale a chi vi abbia interesse, in con-

formità alla legge, decorsi cento anni dalla formazione del documento”[19]. Tuttavia non va dimenticato (come spesso sembra accadere) che l’art. 93, comma 3, del Codice in materia di protezione dei dati personali prevede che «Durante il periodo di cui al comma 2», dunque prima del decorso dei cento anni, «la richiesta di accesso al certificato o alla cartella può essere accolta relativamente ai dati relativi alla madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata, osservando le opportune cautele per evitare che quest’ultima sia identificabile». È così «temperato» il «rigore» del principio espresso dal comma 7 dell’art. 28 legge adoz.[20].

Anche se è stata indubbiamente una nuova *ratio* che la riforma del 2001 e il Codice *privacy* (d.lgs. n. 196/2003) hanno infuso nell’art. 28 relativo al diritto dell’adottato alla conoscenza delle proprie origini, rimaneva però non risolta una questione, spinosa perché eticamente sensibile, che ancora oggi coinvolge nel dibattito la società civile e non solo dottrina e giurisprudenza. La questione riguarda diritti confliggenti: il diritto dell’adottato, non riconosciuto alla nascita, all’accesso a tutte le informazioni sulla sua origine, compresi dunque i dati identificativi della madre biologica, da un lato, e, dall’altro, il diritto alla riservatezza della madre che si sia avvalsa della facoltà di non essere nominata al momento del parto (art. 28, comma 7, L. n. 184 del 1983 e s.m.).

2.1. Il necessario bilanciamento di tali diritti e il principio di revocabilità dell’anonimato nelle decisioni della Corte Edu e della Corte costituzionale

aveva dichiarato di non voler essere nominato; c) o aveva manifestato il consenso all’adozione a condizione di rimanere anonimo). La *ratio* del divieto di informazione sulle proprie origini biologiche all’adottato (la cui madre naturale abbia scelto di non voler essere nominata) era ravvisabile nel bilanciamento fra le esigenze del minore adottato e quelle, antitetice, della famiglia naturale, che avrebbe potuto essere sconvolta dal ritorno del figlio. V. sul punto A. e M. Finocchiaro, *Adozione e affidamento dei minori*, Milano, 2001, p. 133; Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., p. 426 ss.; sulla scelta dell’anonimato e gli interessi protetti, v. Renna, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, cit., p. 75 ss., spec. p. 81 ss.; per un sintetico quadro storico della normativa e della giurisprudenza sull’argomento, v. M., Di Marzio, *Adozione. L. 4 maggio 1983, n. 184 - art. 28*, in *Codice della famiglia*, diretto da F. Di Marzio, cit., p. 1062 ss.

[16] Così Lenti, *Adozione e Segreti*, in *Nuova g. civ. comm.*, II, 2004, p. 229.

[17] V., sulla problematica specifica in esame, Coscia, *Status di filiazione e diritto della madre a non essere nominata ex art. 30 Regolamento dello stato civile 2000/396*, in *Lo Stato civile italiano*, 2006, p. 341.

[18] Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, in *Fam e dir.*, 2017, p. 26; Checchini, *Una singolare fase della maternità. Tra il parto e l’atto di nascita*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, II, p. 83; ancora Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo “istituto” dell’interpello*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2017, II, p. 1290.

[19] Su diritto di accesso alla cartella clinica e diritto alla *privacy*, v., anche per la bibliografia citata, Baice, *La cartella clinica tra diritto di riservatezza e diritto di accesso*, in *Resp. civ.*, 2008, p. 169. “Cento anni”: viene dunque stabilito un vincolo all’anonimato che eccede la possibile durata della vita umana, con la finalità evidente di proteggere la vita (del nascituro), tutelando la riservatezza dell’identità della madre biologica (per motivazioni più ampie v. *infra* la decisione Corte cost. n. 425 del 2005).

[20] Sul punto v. Montaruli, *Parto anonimo e accesso alle origini nell’adozione*, in *giuricedonna.it*, cit., p. 10.

Ed infatti la Corte costituzionale è chiamata, già nel 2005, una prima volta a pronunciarsi sulla problematica relativa alla legittimità del divieto all'accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini biologiche, qualora la madre abbia dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata: Corte Cost. 25 novembre 2005, n. 425 ha statuito che non è fondata la q.l.c. dell'art. 28, comma 7, L. 4 maggio 1983, n. 184, nel testo modificato dall'art. 177, comma 2, d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, sollevata in riferimento agli artt. 2, 3 e 32 Cost., nella parte in cui esclude la possibilità di autorizzare l'adottato all'accesso alle informazioni sulle origini senza avere previamente verificato la persistenza della volontà di non essere nominata da parte della madre biologica^[21]. Secondo la Consulta la norma impugnata, art. 28, comma 7, L. 4 maggio 1983, n. 184, che mira a tutelare la gestante (la quale in situazioni particolarmente difficili dal punto di vista personale, economico o sociale, abbia deciso di non tenere con sé il bambino), non prevede per la tutela dell'anonimato della madre nessun tipo di limitazione, in quanto intende, da un lato, assicurare che il parto avvenga in condizioni ottimali e, dall'altro, distogliere la donna da decisioni irreparabili, e, perseguendo questa duplice finalità, costituisce espressione di una ragionevole valutazione comparativa dei diritti inviolabili dei soggetti della vicenda e non si pone in contrasto con gli artt. 2 e 32 Cost., dovendosi altresì escludere la violazio-

ne dell'art. 3 Cost., sotto il profilo dell'irragionevole disparità fra l'adottato nato da donna che abbia dichiarato di non voler essere nominata e l'adottato figlio di genitori che non abbiano reso alcuna dichiarazione al riguardo, in quanto la diversità di disciplina non è ingiustificata, solo la prima ipotesi, e non anche la seconda, essendo caratterizzata dal rapporto conflittuale fra il diritto dell'adottato alla propria identità personale e quello della madre al rispetto della sua volontà di anonimato^[22]. Il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini biologiche, nel caso in cui la madre abbia manifestato nella dichiarazione di nascita di non voler essere nominata, si colloca tra la tutela della identità dell'adottato e la protezione del riserbo della madre biologica. Dunque, costituisce l'esito del contemperamento di interessi conflittuali: "l'interesse della madre naturale all'anonimato" ed "il diritto del figlio all'identità personale" (art. 2 Cost.), nonché "l'interesse della madre naturale all'anonimato" ed "il diritto alla salute ed all'integrità psico-fisica dell'adottato" (art. 32 Cost.) di conseguenza configura il risultato della scelta di attribuire la priorità al diritto alla salute e alla riservatezza della madre gestante (e, indirettamente, quindi, al diritto alla vita del nascituro).

Dalla lettura delle motivazioni della sentenza si deduce che lo schema argomentativo scelto dalla Corte costituzionale poggia più che su un "bilanciamento di diritti" sulla prevalenza da accordare alla protezione della vita

[21] Corte Cost. 25 novembre 2005, n. 425, in *Gazz. Uff.* 30 novembre 2005, n. 48, 1ª Serie speciale; nonché in *Fam. e dir.* 2006, p. 129, con nota di Eramo, *Il diritto all'anonimato della madre partoriente*, in *Famiglia* 2006, II, p. 155 ss., con nota di Balestra, *Il diritto alla conoscenza delle proprie origini tra tutela dell'identità dell'adottato e protezione del riserbo dei genitori biologici*, in *Fam. pers. e succ.*, 2006, p. 884 ss., con nota di Carletti, *Accesso dell'adottato alle informazioni sulle proprie origini: legittimo il divieto ove la madre abbia dichiarato di non voler essere nominata*, in *Giur. cost.* 2005, p. 4594, con nota di Cozzi, *La Corte costituzionale e il diritto di conoscere le proprie origini in caso di parto anonimo: un bilanciamento diverso da quello della Corte europea dei diritti dell'uomo?*, in *Giur. it.* 2006, p. 1801, con nota di Marzucchi; in *Nuova g. civ. comm.*, 2006, I, p. 545 ss., con nota di Long, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, sul tema v. altresì Fadiga, *L'adozione legittimante dei minori. Il diritto di sapere*, in *Filiazione*, Tr. Zatti2, II, a cura di Collura-Lenti-Mantovani, cit., p. 944 ss.; Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, cit., 471 ss., spec. 481; Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*7, Padova, 2016, p. 441; nonché le riflessioni di Gosso, *L'adottato alla ricerca delle proprie origini. Spunti di riflessione*, *Fam. e dir.*, 2011, p. 204 ss.; Lenti, *Adozione e Segreti*, cit., p. 229 ss.; e già Lenti, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini*, in *Minori giustizia*, 2003, p. 144 s.; Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., p. 426 ss.; Restivo, *L'art. 28 l. ad. tra nuovo modello di adozione e diritto all'identità personale*, cit., p. 691 ss.; Liuzzi, *Il diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: una vexata quaestio*, in *Fam. e dir.* 2002, p. 89 ss.; Figgone, *Sulla conoscenza delle proprie origini da parte dell'adottando*, *Fam. e dir.* 2003, p. 69 ss., spec. p. 72 ss.; Dogliotti, *Verità biologica, legale, effettiva nel rapporto di filiazione*, in *Fam. e dir.* 2004, p. 90 ss.; Lisella, *Ragioni dei genitori adottivi, esigenze di anonimato dei procreatori e accesso alle informazioni sulle origini biologiche dell'adottato nell'esegesi del nuovo testo dell'art. 28 L. 4 maggio 1983, n. 184*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 413 ss.; Pane, *Favor veritatis e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini nella recente riforma dell'adozione*, in *Diritto alla famiglia e minori senza famiglia*, a cura di Ruscello, Padova, 2005, p. 105 ss.

[22] Concorda sulle ragioni addotte a sostegno del parto anonimo indicate dalla Corte: Troiano, *Circolazione e contrapposizione di modelli nel diritto europeo della famiglia: il "dilemma" del diritto della donna partoriente all'anonimato*, in Gabrielli-Patti-Zaccaria-Padovini-Cubeddu Wiedemann-Troiano (a cura di), I, Parte generale e persone, *Liber amicorum per Dieter Henrich*, cit., p. 172 ss, spec. p. 178 e p. 192 ss.; invece critico è Renda, *L'accertamento della maternità. Profili sistematici e prospettive evolutive*, Torino 2008, p. 150 e p. 213 ss. Il divieto di cui all'art. 28, l. n. 184 del 1983 non si riferisce solo alle notizie dirette sulla genitrice, ma comprende altresì tutti i dati che, con una certa prevedibilità, possono, comunque, condurre all'identificazione della madre, o a facilitare la sua ricerca (Trib. min. L'Aquila [decr.] 3-12-2007, in *Dir. fam.* 2008, p. 712 s.).

prenatale. Il ragionamento della Corte appare una difesa del diritto alla vita e alla salute, dei due valori che informano la scelta dell'anonimato materno. Può dirsi che su una configurazione privatistica dell'istituto dell'adozione prevale un inquadramento più attento ai profili di interesse generale, profili di interesse pubblico^[23], ed è altresì evidente la difficoltà di conciliare opposti interessi, il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini e il diritto all'oblio del genitore biologico^[24].

Il quadro normativo di riferimento, art. 28 legge adoz., muta in seguito alla seconda pronuncia della Corte costituzionale sul tema, la sentenza n. 278 del 22 novembre 2013, ma fra le due pronunce sulla stessa materia è intervenuta la Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza: Corte Edu, 25 settembre 2012, ricorso n. 33783/09, causa Godelli c. Italia, che ha notevolmente influito sul *revirement* della Consulta. Peraltro, è indubbio che nella sentenza Corte Cost. 22 novembre 2013, n. 278 si sia tenuto conto anche della pronuncia della Corte Edu del 2003^[25], oltre che, e soprattutto, come si diceva, dei

rilievi formulati dalla Corte di Strasburgo, nella sentenza del 2012 sull'*Affaire Godelli*, la quale, infatti, viene richiamata dalla Consulta. Corte Edu, 25 settembre 2012 ha censurato l'Italia per il rigido sistema di protezione dell'anonimato della madre biologica, a differenza del sistema francese esaminato nella sentenza *Odièvre* che è più flessibile^[26]. In sintesi, secondo Corte Edu lo Stato italiano ha violato l'art. 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* e delle libertà fondamentali sulla base di queste motivazioni: - «la Corte considera il diritto all'identità, da cui deriva il diritto di conoscere la propria ascendenza, come parte integrante della nozione di vita privata» e riconosce l'«interesse vitale» all'accesso alle informazioni «necessarie alla scoperta della verità concernente un aspetto importante della propria identità personale, ad esempio l'identità dei propri genitori»; - «la normativa italiana non tenta di mantenere alcun equilibrio tra i diritti e gli interessi concorrenti in causa»; - «in assenza di meccanismi destinati a bilanciare il diritto della ricorrente a conoscere le proprie origini con i dirit-

[23] Lo rileva anche Casaburi, *Osservazioni a Corte cost. n. 278 del 2013*, in *Foro it.* 2014, c. 10 s.

[24] Fadiga, *L'adozione legittimante dei minori. Il diritto di sapere*, in *Filiazione*, Tr. Zatti2, II, cit., p. 947 s. Dopo la pronuncia Corte Cost. n. 425 del 2005 in dottrina il dibattito sulla questione è stato vivace. Sul punto v., oltre agli autori sopra citati, Stanzione, *Identità del figlio e diritto di conoscere le proprie origini*, Torino, 2015, *passim*; Bozzi, *La parabola del diritto a conoscere le proprie origini. Brevi riflessioni*, in *Nuova g. civ. comm.*, 1/2019, p. 170 ss.; nonché, anche per la bibliografia citata, Lombardini, Sub art. 28 L. 4 maggio 1983 n. 184, in *Commentario breve al diritto della famiglia*, a cura di Zaccaria, cit., 1922 ss.

[25] Anche la Corte di Strasburgo, nel sopra citato *arrêt* del 2012, si riferisce alla precedente decisione sulla questione, vale a dire a Corte Edu 13 febbraio 2003, *Odièvre c. Francia*, (in *Famila* 2004, II, p. 1109, con nota di Renda, *La sentenza Odièvre c. Francia della Corte Europea dei diritti dell'uomo: un passo indietro rispetto all'interesse a conoscere le proprie origini biologiche*; in *Quad. cost.* 2012, p. 447, con nota di Paris, *Parto anonimo e bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza della Corte costituzionale, del Conseil constitutionnel e della Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2004, II, p. 283 ss., con nota di Long, *La Corte europea dei diritti dell'uomo, il parto anonimo e l'accesso alle informazioni sulle proprie origini: il caso Odièvre c. Francia*, cui si rinvia anche per un'informazione sulle soluzioni adottate negli altri Paesi), in cui la Corte Edu ricorda che la legislazione francese (*Loi 22 janvier 2002*, n. 2002-93, in *www.legifrance.gouv.fr*), consentendo l'accesso del figlio adottivo alle informazioni relative all'identità della madre biologica, che lo abbia abbandonato alla nascita esercitando la facoltà di partorire nell'anonimato (artt. 341, 341-1 *Code civil*), solo in quanto questa acconsenta all'accesso ai dati conservati presso il CNAOP (*Conseil national pour l'accès aux origines personnelles*), non costituisce violazione dell'art. 8 della *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo* e delle libertà fondamentali, protettivo del diritto al rispetto della vita privata. Infatti, l'art. 8 della Convenzione, nel proteggere l'individuo da arbitrarie interferenze da parte dello Stato, non solo fa divieto a quest'ultimo di porre in essere siffatte interferenze, ma pure lo vincola a soddisfare l'obbligazione positiva di assicurare l'interesse vitale dell'individuo a ricevere le informazioni necessarie a conoscere e a comprendere la propria infanzia e il proprio sviluppo nelle fasi iniziali della vita, nel cui adempimento l'ordinamento nazionale deve effettuare un corretto bilanciamento tra contrapposti interessi, disponendo a tale scopo di un certo margine di apprezzamento. Ne consegue che la soluzione volta a bilanciare il diritto della persona a conoscere le proprie origini con l'interesse della madre a rimanere anonima al fine di tutelare la propria salute, partorendo in condizioni mediche appropriate, nonché con l'esigenza di prevenire aborti e abbandoni dei neonati e con gli interessi dei terzi (i genitori adottivi e gli altri membri della famiglia biologica), adottata dalla normativa francese, che ha introdotto la reversibilità del segreto, costituisce espressione di una scelta del legislatore compatibile con il grado di discrezionalità riconosciuto dalla Convenzione nell'effettuazione di siffatto bilanciamento di interessi. In tema cfr. Stefanelli, *Parto anonimo e diritto a conoscere le proprie origini*, cit., p. 426 ss.

[26] Corte Edu 25 settembre 2012, ric. 33783/09, *Godelli c. Italia*, in *Nuova g. civ. comm.*, 2013, I, p. 103, con nota di Long, *La corte europea dei diritti dell'uomo censura l'Italia per la difesa a oltranza dell'anonimato del parto: una condanna annunciata*; in *Fam. e dir.* 2013, p. 537, con nota di Currò, *Diritto della madre all'anonimato e diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini. Verso nuove forme di temperamento*; in *Giust. civ.* 2013, I, p. 1597, con nota di Ingenito, *Il diritto del figlio alla conoscenza delle origini e il diritto della madre al parto anonimo alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*; in *Corr. giur.* 2013, p. 940, con nota di Carbone; in *Minori giustizia* 2013, 2, p. 340, con nota di Margaria, *Parto anonimo e accesso alle origini: la Corte europea dei diritti dell'uomo condanna la legge italiana*.

ti e gli interessi della madre a mantenere l'anonimato, viene inevitabilmente data una preferenza incondizionata a questi ultimi». - Pertanto, «se la madre biologica ha deciso di mantenere l'anonimato, la normativa italiana non dà alcuna possibilità al figlio adottivo e non riconosciuto alla nascita di chiedere l'accesso ad informazioni». In altre parole, la Corte ha ritenuto che la legge italiana fosse troppo orientata verso la tutela della madre a discapito dei diritti del figlio, perché non consentiva di effettuare un bilanciamento delle diverse esigenze, al fine di garantire ai soggetti coinvolti il pieno rispetto del diritto alla vita privata e familiare assicurato dall'art. 8 della Convenzione europea.

Il percorso evolutivo della disposizione (comma 7, art. 28, legge adoz.) segna quindi una nuova decisiva tappa con la seconda pronuncia della Consulta sulla questione. Con un parziale *revirement*, la Corte costituzionale, con sentenza n. 278 del 22 novembre 2013^[27], sancisce l'illegittimità costituzionale del comma 7 dell'art. 28 legge adoz., nella parte in cui non prevede - attraverso un procedimento, stabilito dalla legge, che assicuri la massima riservatezza - la possibilità per il giudice di interpellare la madre, che abbia dichiarato di non voler essere nominata ai sensi dell'art. 30, comma 1, d.p.r. 3 novembre 2000, n. 396, su richiesta del figlio, ai fini di una eventuale revoca di tale dichiarazione.

Da un lato la Corte riconosce il fondamento costituzionale del diritto all'anonimato della madre, basato «sull'esigenza di salvaguardare madre e neonato da qualsiasi perturbamento, connesso alla più eterogenea gamma di situazioni, personali, ambientali, culturali, sociali, tale da generare l'emergenza di pericoli per la salute psico-fisica e la stessa incolumità di entrambi e da creare, al tempo

stesso, le premesse perché la nascita possa avvenire nelle condizioni migliori possibili», dall'altro lato, però riconosce che «anche il diritto del figlio a conoscere le proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona». La Consulta quindi non nega il diritto della madre all'anonimato, ma censura la norma in esame «per la sua eccessiva rigidità» e riconosce che nell'ottica di un bilanciamento dei due diritti, «il *vulnus* è rappresentato dall'irreversibilità del segreto», la quale, risultando in contrasto con gli artt. 2 e 3 Cost., deve di conseguenza essere rimossa^[28].

Nel dispositivo la Corte statuisce che sarà compito del legislatore introdurre apposite disposizioni finalizzate a permettere la verifica della perdurante attualità della scelta della madre naturale di non voler essere nominata e, al contempo, a cautelare in termini rigorosi il suo diritto all'anonimato, «secondo scelte procedurali che circoscrivano adeguatamente le modalità di accesso, anche da parte degli uffici competenti, ai dati di tipo identificativo, agli effetti della verifica di cui innanzi si è detto».

Pertanto, la Consulta nell'*arrêt* n. 278 del 2013 prevede la possibilità di interpello della madre, con modalità idonee a preservare la massima riservatezza, da parte del giudice su richiesta del figlio, al fine di un'eventuale revoca dell'anonimato, ma «non prende posizione né sul diritto del figlio di conoscere chi l'ha procreato (art. 30 Cost. - che introduce un principio di responsabilità per il fatto della procreazione: «è dovere e diritto dei genitori mantenere, istruire ed educare i figli, anche se nati fuori dal matrimonio» -), né sul bilanciamento tra le contrastanti posizioni della madre e del figlio che può invocare gli artt. 7 e 8 Convenzione di New York del 1989 sui diritti del fanciullo

^[27] Corte cost., 22 novembre 2013, n. 278, in *Gazz. Uff.* 27 novembre 2013, n. 48 - Prima serie speciale; nonché in *Fam. e dir.* 2014, p. 11, con nota di Carbone, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*; in *Nuova g. civ. comm.*, 2014, I, p. 279, con nota di Long, *Adozione e segreti: costituzionalmente illegittima l'irreversibilità dell'anonimato del parto* e con nota di Marcenò, *Quando da un dispositivo di incostituzionalità possono derivare incertezze*, in *Nuova giur. civ.* 4/2014, p. 285 s.; v. anche G. Finocchiaro, *Il segreto sulle origini perde il carattere irreversibile ma la donna può decidere se restare nell'anonimato*, in *Guida al dir.*, 2013, n. 49-50, p. 20.

^[28] Va rilevata, al punto 5 della pronuncia, la distinzione tra la nozione di «genitorialità giuridica» e quella di «genitorialità naturale». Afferma infatti la Consulta che, sul piano generale, una scelta per l'anonimato che comporti una rinuncia irreversibile alla «genitorialità giuridica» può, invece, ragionevolmente non implicare anche una definitiva e irreversibile rinuncia alla «genitorialità naturale»: ove così fosse, d'altra parte, risulterebbe introdotto nel sistema una sorta di divieto destinato a precludere in radice qualsiasi possibilità di reciproca relazione di fatto tra madre e figlio, con esiti difficilmente compatibili con l'art. 2 Cost. In altri termini, mentre la scelta per l'anonimato legittimamente impedisce l'insorgenza di una «genitorialità giuridica», con effetti inevitabilmente stabilizzati *pro futuro*, non appare ragionevole che quella scelta risulti necessariamente e definitivamente preclusiva anche sul versante dei rapporti relativi alla «genitorialità naturale»: potendosi quella scelta riguardare, sul piano di quest'ultima, come opzione eventualmente revocabile (in seguito alla iniziativa del figlio), proprio perché corrispondente alle motivazioni per le quali essa è stata compiuta e può essere mantenuta. La disciplina all'esame è, dunque, censurabile per la sua eccessiva rigidità (così Corte Cost. n. 278 del 2013, cit., punto 5).

e l'art. 30 della Convenzione dell'Aja del 1993 sulla protezione dei minori, ratificate e rese esecutive in Italia"[29]. Considerata la conclusione della pronuncia della Corte, ben presto nella giurisprudenza si sono delineate due linee interpretative.

Secondo la prima: la sentenza della Corte Costituzionale non sarebbe stata immediatamente efficace, "a causa dell'esplicita riserva di legge in essa contenuta nella conclusione"[30]. Pertanto la tutela dell'interesse dell'adottato, pur nel suo assetto minimale prospettato dalla sentenza, non risulterebbe ancora azionabile. Conseguentemente, alcuni uffici, tra cui quello sopra citato della Corte di Appello di Milano, non consentivano, stante l'assenza di una legge che ne disciplinasse le modalità, di compiere ricerche e interpellare la donna, che aveva deciso di partorire nell'anonimato e di dare in adozione il proprio figlio, circa la persistenza della sua volontà di non essere nominata[31].

Invece, la seconda linea interpretativa ammetteva la possibilità di interpello riservato della madre "anonima" pure in assenza di una specifica disciplina legislativa. È questo l'orientamento avallato anche da Cass., sez. un., n. 1946 del 2017, che ritiene non corretto il primo e afferma che la sentenza della Corte Costituzionale: - "è una pronuncia additiva di principio", ossia il dispositivo, oltre alla dichiarazione d'incostituzionalità, stabilisce un principio sulla cui base il legislatore dovrà basare la futura azione legislativa e il giudice dovrà fondare la propria decisione sul caso concreto; - inoltre, la sentenza n. 278 del 2013, con la quale è stata dichiarata l'incostituzio-

nalità del comma 7, dell'art. 28 legge ado., "è una pronuncia di accoglimento, [...] non contiene soltanto l'addizione di un principio, ma anche una regola chiara circa la possibilità d'interpello della madre da parte del giudice su richiesta del figlio. Pertanto, il mancato intervento del legislatore non può giustificare la violazione di un diritto del figlio, ormai riconosciuto mediante la declaratoria d'incostituzionalità"[32]. Non solo, ma, com'è noto, la disposizione dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia e non può essere più applicata dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione: così anche il comma 7, art. 28, legge ado., che negava la possibilità per l'adottato nato da parto anonimo di attivare un procedimento finalizzato a raccogliere l'eventuale revoca della dichiarazione di non essere nominata da parte della madre biologica.

In attesa dell'intervento legislativo, alcuni tribunali hanno dato immediata attuazione al *dictum* della Corte costituzionale, procedendo all'interpello della madre biologica per verificarne l'attuale volontà, anche se, in assenza di una disciplina dell'interpello consequenziale alla pronuncia della Corte, i tribunali minorili hanno seguito prassi non uniformi[33].

Diversamente, altri uffici giudiziari favorevoli ad aspettare l'intervento del legislatore, hanno ritenuto che in mancanza di un'apposita legge volta a colmare il vuoto legislativo determinato a seguito della declaratoria d'incostituzionalità dell'art. 28 della legge sull'adozione, nella parte in cui non permette di rendere reversibile la scelta dell'anonimato della donna che partorisce, "il giudice

[29] Carbone, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, cit., p. 15 ss.; v. altresì Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, in *E. dir. priv.*, 2017, p. 931 ss.

[30] Così App. Milano [decr.] 10 marzo 2015, n. 496, in *www.altalex.it*.

[31] Come ricorderà Cass. civ., sez. un., n. 1946 del 2017, su cui v. *infra* § n. 3, è questo l'orientamento anche dei Tribunali per i minorenni di Milano, Catania, Bologna, Brescia, Salerno; in dottrina v. Auletta, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, cit., p. 476; cfr. Long, *Diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini: costituzionalmente legittimi i limiti nel caso di parto anonimo*, cit., p. 556.

[32] In termini, Cass. civ., s. u., n. 1946 del 2017, su cui v. *infra* § n. 3.

[33] V. Trib. min. Firenze 7 maggio 2014 [ord.], in *Fam. e dir.* 2014, p. 1003 ss., con nota di Carbone, *L'adottato alla ricerca della madre biologica*; App. Venezia 21 marzo 2014, App. Catania 5 dicembre 2014, in *www.altalex.it* e in *Foro it.* 2015, I, c. 697; App. Catania 14 ottobre 2015, in *Foro it.*, 2016, I, c. 930, con Osservazioni di Casaburi, secondo cui il giudice minorile (anche di appello, se richiesto con il reclamo), su istanza del figlio maggiorenne di una donna che, alla nascita, aveva dichiarato di non voler essere nominata e che è stato adottato da terzi, può procedere all'interpello della stessa, con l'opportuna riservatezza, per verificare se ella intenda tenere ferma o meno l'originaria dichiarazione, ancorché il legislatore non abbia ancora introdotto la disciplina di dettaglio, imposta in materia da Corte Cost. n. 278 del 2013; v. anche App. Salerno, 25 luglio 2016, in *www.ilmfamiliarista.it*, 28 dicembre 2016; nonché Trib. minori Trieste [decr.] 5 marzo 2015, in *Fam. e dir.* 2015, p. 830 ss., con nota di Carratta, *Effettività del diritto alla ricerca della madre biologica*, il quale, in assenza di una specifica disciplina normativa, individua le regole che in via di prassi devono essere seguite, una volta identificata la madre biologica dell'adottato, in modo da dare attuazione alle indicazioni fornite dalla Corte Costituzionale; "una sorta di 'decalogo' delle regole di procedura da seguire per l'interpello" della madre biologica, nota Gigliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, cit., p. 933, nota 96.

non può rendere operativo il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini»[34].

3. L'incisivo intervento delle pronunce più recenti (Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946 e Cass. 7 febbraio 2018, n. 3004): un punto di arrivo o una tappa in itinere?

Sulla questione si è pronunciata la Corte di Cassazione a Sezioni Unite: Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946[35], che ha consacrato il diritto dell'adottato all'interpello della madre, che al momento della nascita del figlio abbia dichiarato di non voler essere nominata (avvalendosi della facoltà di cui all'art. 30, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 396 del 2000), pur in mancanza della normativa di attuazione. La Cassazione ha infatti statuito che, anche in assenza dell'intervento del legislatore, in tema di parto anonimo, per effetto della sentenza Corte Cost. n. 278 del 2013, sussiste la possibilità per il giudice (minorile) di dare attuazione al diritto del figlio di conoscere le proprie origini, utilizzando un modulo procedimentale idoneo a verificare la volontà e la disponibilità a rimuovere il segreto sulla propria identità da parte della madre biologica: interpellare la madre che, ai sensi dell'art. 30 d.p.r. 396 del 2000, ordinamento dello stato civile, si sia avvalsa all'epoca della nascita, della facoltà di non essere nominata, per verificare l'attualità del suo intento di conservare l'anonimato e, dunque, ai fini di una eventuale revoca della relativa dichiarazione.

Le modalità procedimentali vanno desunte dal quadro normativo, in particolare dall'art. 28, l. n. 184 del 1983, e dall'art. 93, d. lgs. n. 196 del 2003, nonché dalla pronuncia Corte cost. n. 278 del 2013, tali da assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna, fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la madre, interpellata, non rimuova la dichiarazione di anonimato resa al momento della nascita, persistendo dunque il rifiuto della mede-

sima di svelare la propria identità. Ciò significa che, nel procedimento (di volontaria giurisdizione) già delineato dai commi 5 e 6 dell'art. 28, il giudice inserirà le misure necessarie ad assicurare la riservatezza della madre[36].

La pronuncia delle Sezioni unite n. 1946 del 2017 costituisce indubbiamente «una pronuncia di grande rilievo»: se un diritto, «è riconosciuto (addirittura perché di rilevanza costituzionale), se ne deve consentire l'esercizio, senza che ciò possa essere ostacolato dall'inerzia del legislatore»[37]. La pronuncia, oltre ad aver statuito l'immediata applicabilità dell'*arrêt* della Corte costituzionale del 2013 (e dunque, in concreto, dell'istituto dell'interpello della madre biologica che aveva scelto l'anonimato al momento del parto), ha il merito di aver composto, da un lato la diversità tra le disomogenee prassi giurisprudenziali in materia di interpello, che la giurisprudenza di merito aveva proceduralizzato (la sopra citata pronuncia delle Sezioni Unite della Suprema Corte ne dà atto, stabilendo la correttezza di una ricostruita prassi applicativa e avallandola), dall'altro di «avere composto la discrasia creatasi tra la giurisprudenza interna e quella della Corte Edu»[38].

È pur vero che resta qualche perplessità. In estrema sintesi, le perplessità vertono, mi sembra, in primo luogo sulle obiettive difficoltà di rispettare il *dictum* di Corte cost. 278 del 2013, richiamato dalle Sezioni Unite, vale a dire che l'istituto dell'interpello, così come prospettato, sia in grado di «assicurare il massimo rispetto e la massima riservatezza della dignità della donna», non solo durante il suo svolgimento, ma già prima, perché «all'interpello, comunque, deve almeno potersi pervenire (e prima ancora, la madre va ricercata, il che può porre relevantissimi problemi anche pratici)»[39]; in secondo luogo sul rischio di ricadute negative dell'istituto dell'interpello: che possa disincentivare il ricorso al parto anonimo, a causa del timore della donna di poter essere contattata un

[34] In termini, App. Milano [decr.] 10 marzo 2015, n. 496, in *www.altalex.it*, con nota di Vassallo, nonché, similmente, Trib. minori Catania, 26 marzo 2015, in *Minori giustizia*, 2015, p. 211.

[35] Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.* 2017, I, c. 477 ss., con Osservazioni di Casaburi, e con note di Lipari, *Giudice legislatore*, c. 493, e di Amoroso, *Pronunce additive di incostituzionalità e mancato intervento del legislatore*, c. 494; in *Corr. giur.* 2017, p. 618 ss. con nota di Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*; in *Fam. e dir.* 2017, p. 740 ss., con nota di Di Marzio, *Parto anonimo e diritto alla conoscenza delle origini*; in *Guida al dir.*, 2017, fasc. 8, p. 50, con nota di M. Finocchiaro; nonché in *Dir. fam.* 2017, p. 320.

[36] Così Cass. civ., s. u., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit.

[37] Casaburi, *Osservazioni* a Cass. civ., s. u., 25 gennaio 2017, n. 1946, in *Foro it.* 2017, I, c. 491 s.

[38] Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit., p. 618.

[39] Così osserva, esprimendo tuttavia una valutazione positiva sulla pronuncia, Casaburi, *Osservazioni* a Cass. civ., sez. un., 25 gennaio 2017, n. 1946, cit., c. 492.

giorno allo scopo di verificare la perdurante attualità della scelta dell'anonimato, e, di riflesso, affievolire la tutela della vita del nascituro. Si tratta di preoccupazioni, del resto, già espresse da Corte cost. [n. 425 del 2005](#)^[40].

In senso conforme la successiva Cass. civ., sez. I, [7 giugno 2017, n. 14162](#)^[41], che pone in evidenza il necessario bilanciamento di diritti concorrenti: il diritto del figlio adottato a conoscere delle proprie origini e ad accedere alla propria storia parentale e il diritto all'anonimato della madre biologica, che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata, “fermo restando che il diritto del figlio trova un limite insuperabile allorché la dichiarazione iniziale per l'anonimato non sia rimossa in seguito all'interpello e persista il diniego della madre a svelare la propria identità”.

Una problematica implicitamente trattata nella sentenza delle Sezioni Unite concerne la possibilità o meno dell'adottato di conoscere l'identità della madre biologica, ormai deceduta, che abbia dichiarato al momento del parto di non voler essere nominata. La Suprema corte si limita a richiamare e, dunque, ad avallare due pronunce materia. La prima, Cass. civ., [21 luglio 2016, n. 15024](#)^[42], la seconda, confermativa, ma più compiutamente motivata, Cass. civ., [9 novembre 2016, n. 22838](#)^[43].

In entrambe le pronunce si sancisce che il diritto dell'adottato - nato da donna che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata *ex art. 30, comma 1, d.p.r.*

n. 396/2000 - ad accedere alle informazioni concernenti la propria origine e l'identità della madre biologica sussiste, e può essere concretamente esercitato, anche se la stessa sia morta e non sia possibile procedere alla verifica della perdurante attualità della scelta di conservare l'anonimato, non rilevando in senso ostativo il mancato decorso del termine dei cento anni dalla formazione del certificato di assistenza al parto o della cartella clinica di cui all'*art. 93, d. lgs. n. 196/2003*, Codice in materia di protezione dei dati personali. Dunque, l'intervenuta morte della madre, che si era avvalsa della facoltà di non essere nominata nell'atto di nascita del figlio, dato in adozione, senza che abbia potuto essere interpellata ai fini dell'eventuale revoca di tale dichiarazione, non osta all'accoglimento della domanda del figlio stesso, che chiede di conoscerne i dati identificativi; fermo che, aggiunge Cass., civ., [n. 22838/2016](#), “il trattamento di siffatti dati concernenti la sua identità personale deve essere eseguito in modo corretto e lecito, senza cagionare danni, anche non patrimoniali, all'immagine, alla reputazione e ad altri beni di primario rilievo costituzionale di eventuali terzi interessati (discendenti, familiari)”^[44].

Le Sezioni unite della Cassazione nella pronuncia [n. 1946/2017](#), citando le due pronunce suindicate, di cui trascrivono il dispositivo, per un verso prendono atto che “nel riconoscere il diritto dell'adottato ad accedere a informazioni sulle proprie origini anche nel caso in cui non

[40] V. *supra* § 2.1. le motivazioni espresse dalla Consulta. Infatti, la protezione dell'anonimato risultando strumentale rispetto alla nascita del bambino, rientra «tra le forme di protezione del diritto alla vita», Bugetti, *Sul difficile equilibrio tra anonimato materno e diritto alla conoscenza delle proprie origini: l'intervento delle Sezioni Unite*, nota a Cass., sez. un., [25 gennaio 2017, n. 1946](#), cit., p. 633.

[41] Cass. civ., sez. I, [7 giugno 2017, n. 14162](#), in *Mass. Foro it.*, 2017, c. 494. In argomento v. Stefanelli, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass.*, sez. un., [n. 1946 del 2017](#), in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, p. 1041; l'ampio studio di Gliotti, *Parto anonimo e accesso alle informazioni identitarie (tra soluzioni praticate e prospettive di riforma)*, cit., p. 901; Checchini, *La giurisprudenza sul parto anonimo e il nuovo “istituto” dell'interpello*, cit., p. 1288.

[42] Cass. civ., sez. I, [21 luglio 2016, n. 15024](#), in *Foro it.* 2016, I, c. 3114, con Osservazioni di Casaburi; in *Nuova g. civ. comm.* 2016, 1484, con nota di Stanzone, *Il diritto del figlio a conoscere le proprie origini nel dialogo tra le Corti*; in *Fam. e dir.* 2017, p. 15 ss, con nota di Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; in dottrina v., altresì, Stefanelli, *Diritto all'identità*, in Sassi-Scaglione-Stefanelli, *Le persone e la famiglia*, III, 4, *La filiazione e i minori*, Tr. Sacco2, cit., p. 509 ss.; Carbone, *Con la morte della madre al figlio non è più opponibile l'anonimato: i giudici di merito e la Cassazione a confronto*, cit., p. 24 s.; Adamo, *Il diritto dell'adottato a conoscere le proprie origini: scenari e prospettive alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali*, in *Dir. succ. e fam.*, 2016, p. 325; sulla tutela del diritto alla riservatezza dopo la morte del suo titolare, v. Tescaro, *La tutela post mortem dei diritti della personalità morale e specialmente dell'identità personale*, in *www.juscivile.it*, 2014.

[43] Cass. civ., sez. I, [9 novembre 2016, n. 22838](#), in *Foro it.*, 2016, I, 3784, con Osservazioni di Casaburi; in *Guida dir.*, 2017, n. 6, p. 52 ss., con nota critica di M. Finocchiaro, *La Cassazione fa sue le prerogative del legislatore*; in *Nuova g. civ. comm.* 2017, I, p. 319, con ampia nota, p. 323 ss., di Stanzone, *Scelta della madre per l'anonimato e diritto dell'adottato di conoscere le proprie origini*, con la ricostruzione dell'evoluzione del diritto di conoscere le proprie origini nell'ordinamento italiano e nei maggiori ordinamenti europei; in *Fam. e dir.* 2017, p. 15 ss. con nota di Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*; v. anche Granelli, *Il c.d. “parto anonimo” ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di “dialogo” fra Corti* (nota a Cass. civ., sez. I, [9 novembre 2016, n. 22838](#) e Cass. civ. sez. I, [21 luglio 2016, n. 15024](#)), in *www.juscivile.it*, 2016, fasc. 6, p. 564, spec. p. 569.

[44] Dunque, Cass. n. 22838 del 2016 evidenzia che il diritto alla conoscenza di informazioni identificative della madre biologica non può essere esercitato indiscriminatamente, e che la procedura dell'interpello dovrà essere “informata al rispetto dei canoni di liceità e correttezza senza pregiudizio di terzi eventualmente coinvolti”, Renna, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, cit., p. 94.

sia più possibile procedere all'interpello della madre naturale per morte della stessa, entrambe le pronunce mostrano di ritenere che già adesso il figlio nato da parto anonimo possa chiedere l'interpello della madre sulla reversibilità della scelta e che la sentenza di costituzionalità abbia prodotto l'ulteriore effetto di sistema di rendere flessibile il rigore dello sbarramento temporale contenuto nel citato art. 93", per altro verso però non mancano di sottolineare la necessità di rispettare e proteggere la riservatezza della madre biologica e dei suoi dati personali.

Sulla medesima questione del diritto dell'adottato ad accedere ad informazioni identificative in caso di morte della madre biologica si è espressa ancora, di recente, la Suprema corte (Cass. civ., sez. VI-1, ord., 07 febbraio 2018, n. 3004)[45] ribadendo che sussiste il diritto del figlio di conoscere le proprie origini biologiche tramite accesso alle informazioni relative all'identità personale della madre, anche se la stessa sia morta o irreperibile e non sia possibile effettuare la verifica della perdurante attualità della scelta di mantenere il segreto. Ha inoltre puntualizzato che non può infatti ritenersi operativo, oltre il limite della vita della madre, il termine, stabilito dal d. lgs. n. 196 del 2003, che permette l'acquisizione dei dati relativi alla propria nascita decorsi cento anni dalla data del parto, poiché ciò comporterebbe la cristallizzazione della scelta dell'anonimato da parte della madre anche dopo la sua morte e la definitiva perdita del diritto fondamentale del figlio, in palese contrasto con la indispensabile reversibilità del segreto e l'affievolimento, se non la scomparsa, di quelle ragioni di protezione che l'ordinamento ha considerato meritevoli di tutela per tutto il corso della vita della madre, proprio a causa della revocabilità di tale scelta. Parte della dottrina ha espresso delle perplessità sul *dictum* della Corte, in quanto può sussistere un interesse al mantenimento del segreto sulla identità della madre biologica in relazione a situazioni soggettive dei discendenti o congiunti della stessa[46].

Alla luce di quanto sopra illustrato, anche se non è questa

la sede per l'analisi e la valutazione dell'istituto dell'interpello della madre biologica, che abbia dichiarato al momento della nascita del figlio di non voler essere nominata, nonché delle prassi seguite per esperirlo, sia consentito un sintetico accenno a un concreto profilo problematico della disciplina di dettaglio introdotta e seguita per procedere all'interpello. La criticità più palese mi pare infatti procedimentale. Ritenendo esercitabile il diritto dell'adottato non riconosciuto alla nascita di accedere alla conoscenza delle proprie origini e dei dati identificativi della madre biologica (perché è quest'ultimo il punto *clou*), si renderebbe necessario introdurre e utilizzare un procedimento di interpello che consenta al giudice di contattare, "effettivamente" nella massima riservatezza, la madre biologica, ancora in vita[47] (per verificare se voglia confermare o revocare la scelta dell'anonimato effettuata a suo tempo, al momento del parto), massima ed effettiva riservatezza a monte, a partire dal momento della ricerca della madre biologica (aspetto questo dimenticato nelle sopra citate pronunce della Cassazione, che può non essere facile e comportare lunghe e complesse indagini), ma altresì a valle per la necessaria tutela dei diritti della madre e di eventuali terzi interessati[48]. Non può negarsi che, ad oggi, nello svolgimento della lunga catena procedimentale caratterizzante l'esercizio dell'interpello della madre biologica che abbia scelto l'anonimato, a causa dell'intervento e/o del coinvolgimento di numerose persone (giudici, cancellieri, polizia giudiziaria del tribunale per i minorenni cui si rivolge l'interessato, responsabile del reparto di maternità e dell'ufficio cartelle cliniche, personale incaricato di rintracciare la madre - per esempio l'Ufficio dell'anagrafe per verificare la permanenza in vita della donna e individuare il luogo di residenza - personale impiegatizio del comune di residenza, altri giudici e cancellieri incaricati di contattarla, servizi sociali interpellati) si possano facilmente verificare, nelle diverse fasi del procedimento, delle "assenze" di tutela del diritto alla riservatezza della madre biologica e del nucleo fami-

[45] Cass. civ., sez. VI-1, ord., 07 febbraio 2018, n. 3004, in *www.altalex.com.*, con nota di G. Vassallo (27-02-2018).

[46] Sul punto v. per tutti, Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, cit., p. 15 ss.; Bugetti, *Sull'esperibilità delle azioni ex artt. 269 e 279 c.c. nei confronti della madre che abbia partorito nell'anonimato*, in *Fam. e dir.*, 2016, spec. p. 490 ss.; Granelli, *Il c.d. "parto anonimo" ed il diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di "dialogo" fra Corti* (nota a Cass. civ., sez. I, 9 novembre 2016, n. 22838 e Cass. civ., sez. I, 21 luglio 2016, n. 15024), cit., p. 564, spec. p. 569; M. Finocchiaro, *La Cassazione fa sue le prerogative del legislatore*, cit., p. 52 ss. In tema v. altresì, *infra*, il § n. 4. *Rilievi conclusivi*.

[47] Nell'ipotesi di impossibilità d'interpello della madre, che abbia dichiarato alla nascita di non voler essere nominata per morte o irreperibilità della medesima, il discorso si fa più articolato, v. *supra* testo e nota precedente.

[48] "Anche a fronte della famiglia in cui potrebbe essere inserita, e che verosimilmente ignora la precedente maternità", come osserva Casaburi, *Diritto alle origini dell'adottato*, in *www.treccani.it, Il libro dell'anno del diritto 2019*, 2019, p. 5.

liare eventualmente costituito dopo l'evento. Cosicché, non può non rilevarsi la difficoltà che l'interpello sia effettuato con modalità procedurali tali da "assicurare la massima riservatezza ed il massimo rispetto della dignità della donna" (come previsto da Cass. civ., sez. un., n. 1946 del 2017), con il rischio di non "cautelare in termini rigorosi il diritto all'anonimato", disattendendo in tal modo le indicazioni e i criteri enunciati da Corte cost. 278 del 2013[49] al fine di tutelare al massimo la segretezza e al contempo la dignità della madre biologica, nonché di riflesso dell'eventuale famiglia che nel frattempo la donna potrebbe aver costruito.

4. Rilievi conclusivi

Giunti al termine di queste brevi considerazioni occorre compiere qualche riflessione e porsi alcuni interrogativi. Nella giurisprudenza sopra illustrata emerge con evidenza il consolidato orientamento della Corte di cassazione (anticipato dalla ponderata Corte cost. n. 278/2013 e da una parte della giurisprudenza di merito) di superare la rigidità dell'irreversibilità dell'anonimato della madre biologica, in applicazione del principio del diritto dell'adottato non riconosciuto alla nascita di conoscere le proprie origini biologiche mediante accesso alle informazioni relative anche all'identità personale della madre, in diverse fattispecie e a latitudini sempre più ampie: per esempio, anche se la madre siamorta o irrimediabilmente, coinvol-

gendo i congiunti della stessa[50]. In altri termini, emerge la prevalenza accordata al diritto dell'adottato, anche dell'adottato nato da parto anonimo, alla conoscenza delle proprie origini "in applicazione del principio del *favor veritatis* nella filiazione, in continuità con l'evoluzione del diritto vivente"[51].

La questione del diritto alla conoscenza delle proprie origini da parte dell'adottato (previsto, come si è detto, dal vigente comma 7 dell'art. 28, legge adoz. anche per l'adottato la cui madre al momento della nascita abbia dichiarato di non voler essere nominata, se pur con un limite allorché la madre in seguito all'interpello non revochi la scelta iniziale dell'anonimato), andrebbe inserito, credo, come un tassello in un *puzzle* più ampio, vale a dire nella vasta problematica del rapporto tra legame biologico e filiazione. Pertanto andrebbe visto alla luce del pluralismo dei fondamenti biologico e volontario della filiazione (si pensi, ad esempio, per il profilo volontario, oltre che all'adozione, alla procreazione medicalmente assistita con ricorso a un donatore terzo e alla gestazione per altri, articolate attorno alla volontà individuale, dunque una sorta di filiazione elettiva)[52]. In un futuro non lontano la ricerca delle proprie origini coinvolgerà, probabilmente, un numero di persone più elevato rispetto ad oggi e il legislatore dovrà pronunciarsi su un problema poliedrico e divisivo delle coscienze, perché eticamente sensibile[53]. Con riferimento all'adottato, ci si chiede se riconoscere il

[49] Si richiama che nella precedente legislatura era stato esaminato in Commissione, poi decaduto, il disegno di legge S. 1978 del 18 novembre 2015, che proponeva una disciplina dell'interpello anche "secondo un rito ampiamente deformalizzato" (Casaburi, *Diritto alle origini dell'adottato*, in *www.treccani.it*, cit., p. 8, nota n. 16).

[50] Si consideri che "se alla morte della madre il figlio può accedere ai dati riservati del parto, non si esaurisce ogni profilo di tutela dell'anonimato, in quanto collegato ad altre situazioni soggettive dei discendenti o familiari della stessa. Resta quindi la necessità di un adeguato bilanciamento degli interessi potenzialmente confliggenti e una possibile tutela sul piano risarcitorio", così Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, cit., p. 31 ss., spec. p. 32.

[51] Sul punto v. Andreola, *Il principio di verità nella filiazione*, in *Fam. e dir.*, 2015, p. 88; diritto a conoscere la "verità" sulle proprie origini che, secondo parte della dottrina "andrebbe relativizzato, poiché costituisce solo uno dei molteplici aspetti che caratterizzano la formazione della personalità umana, peraltro, la verità biologica dovrebbe passare in secondo piano rispetto all'interesse del minore" (così De Santis V., *Diritto a conoscere le proprie origini come aspetto della relazione materna. Adozione, pma eterologa e cognome materno*, in *Nomos*, 1/2018, p. 15 ss.); spesso non si considera che portare a termine questa opera di ricerca non è esente da rischi e delusioni, può far conoscere verità difficili che per l'adottato sarebbe meglio ignorare (v. Bianca, *Diritto civile*, II, *La famiglia*, cit., p. 457, nota 168); del resto, l'opportunità di ricorrere ai canoni di ragionevolezza ed equilibrio suggeriscono che "l'accanimento" nella ricerca delle proprie origini si giustifichi, pienamente, per la tutela della salute, con qualche perplessità invece se si indaga per arrivare ad ogni costo alla c.d. "verità".

[52] Problematica, quella del pluralismo delle basi della filiazione, molto dibattuta in Francia di recente, in occasione della annunciata riforma che dovrebbe ammettere l'aiuto medico alla procreazione (AMP, *Aide Médicale à la Procréation*) anche alle coppie non eterosessuali e alle donne sole, v. Pérès, *Lien biologique et filiation: quel avenir?*, in *Recueil Dalloz*-13 giugno 2019, n. 21, p. 1184 e p. 1189; v. sul tema già Dogliotti, *Verità biologica, legale, effettiva nel rapporto di filiazione. Spunti e riflessioni*, cit., p. 90.

[53] E si consideri altresì l'evoluzione dei rapporti familiari e la nuova identità della famiglia contemporanea in Europa, fondata, "non più sul vincolo matrimoniale bensì sulla fermezza del vincolo di filiazione e sul comune esercizio della responsabilità genitoriale", come rileva Sesta, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, cit., p. 1049 ss.

suo diritto di accesso alle proprie origini e ai dati identificativi della madre biologica - come prevede l'art. 28 della L. 184/1983 nella fattispecie del parto in anonimato di cui al comma 7, dopo la sentenza di Corte cost. n. 278 del 2013, nonché di Cass. civ., sez. un., n. 1946 del 2017, che statuisce l'immediata applicabilità dell'istituto dell'interpello della madre che al momento della nascita del figlio abbia dichiarato di non voler essere nominata - non significhi, di fatto, attribuire maggiore peso e importanza all'elemento biologico della filiazione. E si può rilevare come, avendo giurisprudenza consolidata e dottrina maggioritaria già riconosciuto il diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini, il dibattito ora verta sul prime-

tro di questo diritto, soprattutto quando coinvolge terzi, per le eventuali conseguenze in termini personali e patrimoniali[54].

Un possibile rischio è, sotto l'apparenza del diritto dell'adottato alla conoscenza delle proprie origini, di aprire la strada alla multi-genitorialità e di minare, o almeno indebolire, il rapporto di filiazione-adozione[55], dimenticando che ogni essere umano ha un'identità personale nella cui formazione svolgono un ruolo fondamentale tanto la "discendenza biologica" quanto i "legami affettivi e sociali" con i genitori, anche adottivi[56] e i confini tra le due aree sono molto porosi.

[54] Nell'ambito della valutazione di interessi potenzialmente confliggenti occorre tener conto, per esempio, anche dell'interesse dei genitori adottivi all'esclusività del rapporto di filiazione adottiva, nonché dei terzi coinvolti loro malgrado e di una possibile tutela sul piano risarcitorio; su quest'ultimo aspetto v. Andreola, *Accesso alle informazioni sulla nascita e morte della madre anonima*, cit., p. 31 ss.; con riguardo alle conseguenze sull'accertamento della genitorialità giuridica, v. Stefanelli, *Anonimato materno e genitorialità dopo Cass., sez. un., n. 1946 del 2017*, cit., p. 1041, spec. p. 1045 ss.; sul tema dell'esperibilità delle azioni di stato, v. ancora Stefanelli, *Diritto all'identità*, in Sassi-Scaglione-Stefanelli, *Le persone e la famiglia*, III, 4, *La filiazione e i minori*, Tr. Sacco2, cit., p. 498 ss.; nonché Sassi, *Azioni di stato*, in Sassi-Scaglione-Stefanelli, *Le persone e la famiglia*, III, 4, *La filiazione e i minori*, Tr. Sacco2, cit., p. 351 ss.; Renna, *Anonimato materno e diritto alla conoscenza delle origini personali*, cit., p. 80 s. e p. 102 ss.

[55] Sulla problematica, molto dibattuta in Francia attualmente, v., in questo senso, anche Pérès, *Lien biologique et filiation: quel avenir?*, cit., p. 1190, soprattutto con riferimento, in prospettiva, alla filiazione AMP con ricorso a un donatore terzo; v. già Dogliotti, *Verità biologica, legale, affettiva nel rapporto di filiazione. Spunti e riflessioni*, cit., p. 91.

[56] Lenti, *La costituzione del rapporto filiale e l'interesse del minore*, in *Jus civile*, 1/2019, p. 1, spec. p. 13.

IL PRINCIPIO DI NON CONTESTAZIONE NEL RITO DEL LAVORO

Il principio di non contestazione ex art. 115 c.p.c. in un caso di mancata contestazione di conteggi nel rito del lavoro. Note a margine della sentenza della Corte di Cassazione civile, Sez. Lavoro, 6 agosto 2019, n. 20998 e breve trattazione del principio con riferimento sia al processo ordinario che a quello del lavoro

di Giulia Baruffaldi

DEL 16 APRILE 2020

Sommario

1. Corte di Cassazione civile, Sez. lavoro, 6 agosto 2019, n. 20998: massima
2. La vicenda del caso di specie ed il contenuto della decisione
3. Le principali questioni poste in luce dal provvedimento: l'attinenza del principio di non contestazione ai fatti dedotti in giudizio e le fondamentali differenze con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato
4. Breve trattazione del principio di non contestazione con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali
5. Riflessioni conclusive

1. Corte di Cassazione civile, Sez. lavoro, 6 agosto 2019, n. 20998: massima

Corte di Cassazione civile, Sez. lavoro, 6 agosto 2019, n. 20998

“Nei procedimenti che seguono il rito del lavoro, il principio di non contestazione, con riguardo ai conteggi elaborati dal ricorrente ai fini della quantificazione del credito oggetto della domanda, impone la distinzione tra la componente fattuale e quella normativa dei calcoli, nel senso che è irrilevante la non contestazione attinente all'interpretazione della disciplina legale o contrattuale della quantificazione, appartenendo al potere-dovere del giudice la cognizione di tale disciplina, mentre rileva quella che ha ad oggetto i fatti da accertare nel processo e non la loro qualificazione giuridica”.

2. La vicenda del caso di specie ed il contenuto della decisione

Con la recente sentenza in commento, la Sezione Lavoro della Suprema Corte è tornata ad occuparsi dell'applicazione del c.d. “principio di non contestazione” nel rito

speciale del lavoro, con specifico riferimento al tema dei conteggi elaborati dal ricorrente ai fini della quantificazione del credito oggetto della domanda di pagamento.

Nello specifico, la vicenda concreta da cui trae origine la pronuncia *de qua* attiene alla controversia tra il Comune di Sant'Antimo ed il Ministero dell'Interno - Agenzia Autonoma per la Gestione dell'Albo dei Segretari Comunali e Provinciali ed un funzionario del Comune stesso, il quale in primo grado aveva ottenuto dal Tribunale di Napoli di essere riconfermato nell'incarico di Segretario Comunale nonché la condanna delle controparti, in via solidale tra loro, al risarcimento del danno, quantificato in complessivi euro 52.910,68.

La Corte di Appello di Napoli, decidendo sull'appello principale del Comune e su quello incidentale dell'Agenzia, confermava la decisione del giudice di prime cure in merito alla riconferma del dipendente pubblico, ma riteneva parzialmente fondato il motivo formulato avverso la quantificazione del danno patrimoniale, riducendo lo stesso all'importo di euro 25.111,27.

Il dipendente pubblico ricorreva avanti la Corte di Cassa-

zione per la riforma della pronuncia della Corte di Appello di Napoli, sulla scorta di tre motivi, tutti ritenuti inammissibili.

Nonostante ciò, il primo motivo svolto dal ricorrente è comunque di interesse ai fini del presente lavoro poiché, pur appunto essendo stato dichiarato inammissibile, ha consentito alla Suprema Corte, come anticipato, di precisare i contorni del principio di non contestazione nel rito del lavoro e di confermarne le differenze con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato.

In particolare, con il primo motivo il ricorrente, invocando proprio quest'ultimo principio, sosteneva come la Corte di Appello di Napoli avesse esaminato una parte della sentenza di primo grado che non sarebbe mai stata oggetto di contestazione da parte del Comune e dell'Agenzia, cioè la quantificazione del danno subito: secondo la ricostruzione del ricorrente, infatti, non solo il Tribunale aveva evidenziato nella sentenza di primo grado che i conteggi depositati dall'attore erano stati solo genericamente contestati dall'ente municipale ma, altresì, che l'Agenzia aveva censurato il *quantum* della pretesa per la prima volta in sede di appello, con conseguente impossibilità per il giudice di secondo grado di riesaminare la decisione in punto quantificazione del danno.

Aldilà, quindi, dei profili di inammissibilità di tale motivo^[1], che non rilevano strettamente ai fini del presente commento, è interessante notare come la Suprema Corte abbia comunque preso spunto dalla censura del ricorrente per chiarire la corretta interpretazione del principio di non contestazione nel rito del lavoro e per fornire comunque il proprio convincimento sulla questione.

La Cassazione, infatti, dopo aver percorso l'*iter* argomentativo ed esaminato le questioni che verranno analizzate nel paragrafo seguente, conclude sostanzialmente respingendo nel merito la censura impropriamente posta dal ricorrente e validando la decisione sul punto della Corte di Appello: “*Ne discende che, a prescindere dalla contestazio-*

ne o meno dei conteggi, ben poteva essere fatta valere in appello l'erroneità della quantificazione del danno, per avere il Tribunale incluso voci retributive non spettanti, perché implicanti l'effettiva prestazione di una determinata attività, pacificamente non espletata a seguito del mancato rinnovo dell'incarico”.

3. Le principali questioni poste in luce dal provvedimento: l'attinenza del principio di non contestazione ai fatti dedotti in giudizio e le fondamentali differenze con il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato

Le principali questioni poste in luce dal provvedimento in esame e che hanno portato la Corte a concludere quanto poc'anzi rilevato, attengono *in primis* alla differenza tra il principio di non contestazione, di cui viene precisata la portata, e il principio della corrispondenza tra chiesto e pronunciato, impropriamente invocato dal ricorrente, secondo il quale la Corte di Appello di Napoli non avrebbe potuto diminuire il *quantum* del risarcimento per i motivi sopra enunciati.

Il ricorrente, infatti, sovrappone e confonde la regola della necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato con gli effetti della mancata contestazione, pur operando i due principi su piani nettamente diversi, i quali vengono chiariti nella pronuncia in esame.

La disciplina dettata dall'[art. 112 c.p.c.](#), infatti, sancisce solo il divieto per il Giudice di attribuire alla parte un bene non richiesto o, comunque, di emettere una decisione che non trovi corrispondenza con la domanda, ma non vieta al giudice di pronunciare sulla scorta di una ricostruzione dei fatti diversa da quella prospettata dalle parti.

Il giudice violerà il predetto principio solo laddove alteri *petitum* o *causa petendi*, attribuendo al postulante un bene diverso da quello richiesto o comunque non ricompreso nella domanda^[2].

Chiarito l'esatto significato del principio ex [art. 112 c.p.c.](#),

[1] La Corte ha ritenuto che il primo motivo svolto dal ricorrente fosse inammissibile in quanto “[...] formulato senza il necessario rispetto degli oneri di specificazione e di allegazione di cui all'[art. 366 c.p.c.](#), n. 6 e [art. 369 c.p.c.](#), n. 4, perché non riporta, quantomeno nelle parti essenziali, il contenuto degli atti processuali rilevanti, non prodotti in questa sede e rispetto ai quali non vengono fornite indicazioni in ordine alla loro allocazione nei fascicoli d'ufficio dei diversi gradi del giudizio di merito o nei fascicoli di parte”. Il ricorrente, infatti, non ha provveduto a rispettare i vincoli formali imposti dai predetti articoli del codice di procedura civile, secondo cui è onere dello stesso indicare specificamente gli atti e i documenti su cui si fonda la censura, nonché la loro sede, affinché la Corte sia dispensata dal gravoso compito di accedere a fonti esterne e sia, quindi, posta nelle condizioni di avere completa e agevole cognizione della controversia, alla stregua del c.d. principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione.

[2] Sul punto, nello specifico, la Corte di Cassazione – sezione lavoro precisa che: “*A soli fini di completezza osserva il Collegio che il ricorrente, nel momento in cui sostiene che il quantum della pretesa non poteva essere ridotto dalla Corte territoriale, pur a fronte di uno specifico motivo di appello proposto dall'Agenzia (del quale si dà atto nel ricorso e nella sentenza impugnata), perché non specificamente contestato in primo grado, sovrappone e confonde la regola della necessaria corrispondenza fra chiesto e pronunciato, con gli effetti della mancata contestazione. Si tratta di principi che operano su piani distinti, perché la disciplina*

la Suprema Corte precisa come non sussista alcuna violazione dello stesso nella decisione del giudice di rigettare, totalmente o parzialmente, la domanda per difetto delle condizioni della sua fondatezza, le quali ben possono essere rilevate d'ufficio, anche in grado di appello, ovviamente nei limiti delle risultanze acquisite in fase istruttoria e nei limiti del devoluto.

A tale conclusione, infatti, si perviene partendo da una corretta interpretazione del principio di non contestazione, di cui la Suprema Corte, nella sentenza in commento, ribadisce un chiaro e ben definito perimetro di applicazione:

*“Ciò perché **la non contestazione, di cui all'articolo 115 c.p.c., comma 2, e articolo 416 c.p.c., comma 3, opera sul***

***piano probatorio ed esclude dal tema di indagine i fatti che non siano stati espressamente contestati, ma non limita l'attività di giudizio e, quindi, non spiega effetti quanto alla qualificazione giuridica dei fatti stessi**, che il giudice può compiere a prescindere dalle posizioni assunte dalle parti”*. La Suprema Corte, quindi, chiarisce come il principio di non contestazione attenga alla dimensione probatoria dei fatti e non al diverso piano dell'attività di giudizio, la quale, nei limiti delle risultanze istruttorie e del devoluto, può spingersi anche sino ad una qualificazione giuridica dei fatti diversa da quella prospettata. A tal proposito la Corte richiama i principi dalla stessa espressi da tempo, a partire dalla nota sentenza a Sezioni Unite [n. 761 del 23 gennaio 2002](#)^[3], in tema di principio ex [art. 115 c.p.c.](#) appli-

detta dall'articolo 112 c.p.c. implica unicamente il divieto, per il giudice, di attribuire alla parte un bene non richiesto o, comunque, di emettere una statuizione che non trovi corrispondenza nella domanda, ma non osta a che il giudice renda la pronuncia richiesta in base ad una ricostruzione dei fatti di causa autonoma rispetto a quella prospettata dalle parti o qualifichi diversamente i fatti medesimi. Il principio della necessaria corrispondenza fra il chiesto ed il pronunciato può essere ritenuto violato solo qualora il giudice, interferendo nel potere dispositivo delle parti, alteri alcuno degli elementi obiettivi di identificazione dell'azione (petitum e causa petendi), attribuendo o negando ad alcuno dei contendenti un bene diverso da quello richiesto e non compreso, nemmeno implicitamente o virtualmente, nella domanda, ovvero, pur mantenendosi nell'ambito del petitum, rilevi d'ufficio un'eccezione in senso stretto che, essendo diretta ad impugnare il diritto fatto valere in giudizio dall'attore, può essere sollevata soltanto dall'interessato, oppure ponga a fondamento della decisione fatti e situazioni estranei alla materia del contendere, introducendo nel processo un titolo nuovo e diverso da quello enunciato dalla parte a sostegno della domanda (in tal senso fra le più recenti Cass. [n. 29200/2018](#))”.

[3] Non ci può esimere, visto il pregio della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite [n. 761/2002](#), dal citarne i punti essenziali, ponendo in luce come la stessa, dopo aver esaminato e contestato i tre principali orientamenti in materia di effetti della mancata contestazione dei conteggi nel processo del lavoro, abbia analizzato in generale e schematicamente il principio di non contestazione. In particolare, secondo le S.U.: *“La non contestazione rileva diversamente a seconda dell'aspetto dell'elaborazione contabile su cui risulta concretamente riferibile. Se concerne l'interpretazione data alla disciplina legale o contrattuale della quantificazione, essa si colloca in un ambito di sostanziale irrilevanza, appartenendo al dovere-potere del giudice la cognizione di tale disciplina, che non può, dunque, essere condizionata dalle prospettazioni difensive e dai comportamenti processuali delle parti. Per avere rilevanza, la non contestazione deve, fondamentalmente, riguardare i fatti da accertare nel processo e non la determinazione della loro dimensione giuridica. [...] Altro problema è, poi, quale debba essere questo apprezzamento, ovvero quali siano le conseguenze della non contestazione. Orbene, fermo restando il comune presupposto della rilevanza limitata ai casi di non contestazione di fatti, occorre nondimeno osservare che tali conseguenze variano in relazione al tipo dei fatti di cui trattasi, come suggerisce il testuale tenore delle norme, appena citate, istitutive dell'onere suddetto, lette alla luce di rilievi sistematici sulla struttura del processo in cui esse si inseriscono. Invero, non tutti i fatti processualmente rilevanti rinviengono in questo solo denominatore comune anche omogeneità di natura. Occorre, invece, distinguere i fatti costitutivi del diritto, dalle circostanze dedotte al solo fine di dimostrare l'esistenza dei fatti costitutivi: per riprendere l'esemplificazione di cui sopra, rispetto alla domanda di condanna al pagamento di compensi per lavoro straordinario, fatto costitutivo del diritto è l'avvenuta prestazione oltre i limiti dell'orario normale; circostanza di mero rilievo istruttorio è il comportamento del lavoratore consistente nel compiere il percorso casa-luogo di lavoro e viceversa in ore astrattamente coerenti con l'anzidetta prosecuzione della prestazione lavorativa. Posta, dunque, tale distinzione, appare agevole concludere che nei “fatti posti dall'attore a fondamento della domanda”, dei quali appunto è menzione nelle dette norme, è palesemente riconoscibile il connotato della prima categoria di fatti, potendosi della funzione fondante rispetto alla pretesa accreditare esclusivamente i fatti giuridici costitutivi della medesima. **Gli artt. 167, primo comma e 416, terzo comma, impongono al convenuto l'onere di prendere posizione su tali fatti, fanno della non contestazione un comportamento univocamente rilevante ai fini della determinazione dell'oggetto del giudizio, con effetti vincolanti per il giudice**, che dovrà astenersi da qualsivoglia controllo probatorio del fatto non contestato e dovrà ritenerlo sussistente, proprio per la ragione che l'atteggiamento difensivo delle parti, valutato alla stregua dell'esposta regola di condotta processuale, espunge il fatto stesso dall'ambito degli accertamenti richiesti. In altri termini, la mancata contestazione, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto. [...] Per i fatti dedotti in esclusiva funzione probatoria, non è invece, formulabile identica conclusione. Essi, come si è detto, hanno una rilevanza che si esaurisce sul piano istruttorio, nel senso che, ove provati, il giudice può, in base ad essi, formare il suo convincimento circa l'esistenza dei fatti costitutivi del diritto. Per questa stessa ragione, essi non sono contemplati dalle norme in questione e, anche in processi di tipo dispositivo, si collocano in un'area che non è assegnabile all'esclusiva disponibilità delle parti. In quest'area, pertanto, la non contestazione viene restituita alla più generica categoria dei comportamenti non vincolanti per il giudice, ma apprezzabili liberamente come semplici argomenti di prova, ai fini del giudizio sulla sussistenza del fatto di cui trattasi. [...] Ciò spiega il diverso rilievo della non con-*

cato in particolare alla non contestazione dei conteggi, come nel caso di specie.

Infatti, come affermato dalla predetta sentenza del 2002, citata dalla pronuncia in esame, in merito agli effetti della non contestazione dei conteggi, occorre distinguere la componente fattuale di tali conteggi da quella giuridico-normativa, atteso che “per avere rilevanza, la non contestazione deve, fondamentalmente, riguardare i fatti da accertare nel processo e non la determinazione della loro dimensione giuridica”.

Il principio di non contestazione, quindi, riguarda la dimensione fattuale e non giuridica, non potendo quindi travalicare il suo ambito di applicazione per limitare impropriamente i poteri del giudice.

Alla luce dei principi sopra riassunti, si ricava la conclusione assunta dalla Suprema Corte, sezione Lavoro, la quale, pur dichiarando l'inammissibilità del primo motivo svolto dal ricorrente, conclude per l'irrelevanza o meno della contestazione in primo grado dei conteggi da parte dei resistenti, ben potendo essere fatta valere anche in sede di appello l'erroneità della quantificazione del danno nonché rilevata dallo stesso giudice sulla scorta della documentazione in atti, atteso che, nel caso di specie, il Tribunale aveva incluso nell'importo del risarcimento delle voci retributive non spettanti, in quanto esplicitanti l'effettiva prestazione di una determinata attività, pacificamente non espletata a seguito del mancato rinnovo dell'incarico.

Nel caso di specie, infatti, non rileva la mancata contestazione dei conteggi in primo grado, ma la contestazione della circostanza/fatto secondo cui il ricorrente non avrebbe effettuato determinate prestazioni lavorative, con conseguente non debenza dei relativi corrispettivi.

4. Breve trattazione del principio di non contestazione con riferimenti dottrinali e giurisprudenziali

La sentenza in commento, oltre a confermare la posizione maggioritaria della Suprema Corte in merito all'applicazione del principio di non contestazione in relazione allo

specifico tema dei conteggi nel rito del lavoro, offre l'occasione di approfondire la portata generale di detto principio, nonché di dare conto brevemente degli ultimi approdi di giurisprudenza e dottrina sul tema.

Anzitutto, per principio di non contestazione si intende generalmente la regola processuale secondo cui, nel processo civile avente ad oggetto diritti e rapporti disponibili, i fatti allegati da una parte, che non siano stati espressamente contestati dall'altra, non hanno bisogno di essere provati.

Tale regola processuale costituisce, evidentemente, una deviazione rispetto alla regola generale dell'onere della prova sancita dall'[art. 2697 c.c.](#) e, di seguito, si esporrà la genesi ed il fondamento codicistico del predetto principio, nonché si esamineranno le diverse posizioni di giurisprudenza e dottrina in merito.

In particolare, l'[art. 115 c.p.c.](#) dispone, al primo comma, che «salvi i casi previsti dalla legge, il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti o dal pubblico ministero nonché i fatti non specificatamente contestati dalla parte costituita».

Tale norma, novellata nel 2009, ha codificato il c.d. “principio di non contestazione” secondo cui, alla luce della giurisprudenza parrebbe maggioritaria, la mancata contestazione di un fatto esonera l'altra parte da ogni onere probatorio in relazione allo stesso, integrando una sorta di “presunzione processuale”, atteso che l'esigenza di prova al riguardo sorgerebbe solo quando il fatto sia contestato dalla controparte.

In altre parole, se una parte processuale non contesta un fatto dedotto dalla controparte nei termini processuali a ciò predefiniti, tale fatto non abbisogna di prova che, a causa della mancata contestazione, diviene superflua.

Del resto, tale principio generale trovava e trova conferma (ben prima della riforma del 2009) nella formulazione degli articoli [167](#) e [416 c.p.c.](#), i quali impongono al convenuto l'onere di contestare specificamente i fatti dedotti dall'attore.

In particolare, con specifico riferimento al rito del lavo-

testazione, a seconda che riguardi fatti delle due diverse specie sopra indicate. Resta da rilevare che la non contestazione dell'elaborazione contabile, sotto il profilo dell'esatta osservanza delle regole tecnico-matematiche, risulta, analogamente a quella dei fatti secondari, valutabile non come manifestazione del potere di disposizione della situazione sostanziale, ma come momento del controllo di inferenza, al lume della disciplina scientifica della materia, dei dati da esaminare ai fini del contenuto della decisione, sicché essa stessa, al pari della seconda si colloca nell'area di libero apprezzamento ex [art. 116, secondo comma c.p.c.](#)” (Cass. civ. sez. un., [n. 761/2002](#) - in *F. it. 02, I, 2019, n. CEA*). Successivamente le S.U. espongono schematicamente i principi generali da seguire per decidere, caso per caso, il rilievo da attribuire al difetto di specifica contestazione dei conteggi elaborati dall'attore per la quantificazione del credito oggetto di domanda di condanna, relativamente alla quale siano intervenute soltanto contestazioni sull'esistenza del credito stesso. E questa analiticità e chiarezza rappresenta, a parere di chi scrive, uno dei motivi di pregio della pronuncia.

ro, si richiama l'[art. 416, 3 comma c.p.c.](#), secondo cui, con riferimento alla costituzione del convenuto: “*Nella stessa memoria il convenuto deve prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda, proporre tutte le sue difese in fatto e in diritto ed indicare specificamente, a pena di decadenza, i mezzi di prova dei quali intende avvalersi ed in particolare i documenti che deve contestualmente depositare*”.

Inoltre, ancora prima della novella del 2009, le Sezioni Unite della Suprema Corte avevano di fatto avallato il “principio di non contestazione”, successivamente normativizzato con la riforma dell'[art. 115 c.p.c.](#), con la nota e già *supra* citata sentenza a Sezioni Unite [n. 761/2002](#), secondo cui “[...] la mancata contestazione, a fronte di un onere esplicitamente imposto dal dettato legislativo, rappresenta, in positivo e di per sé, l'adozione di una linea difensiva incompatibile con la negazione del fatto [...] e, quindi, rende inutile provarlo, perché non controverso”.

Quindi, in materia di diritti disponibili, sulla scorta di tale tesi il fatto costitutivo non contestato dovrebbe essere ritenuto sussistente, senza alcun bisogno di prova, e a tale conclusione si perviene partendo dal presupposto secondo cui gli artt. [167](#) e [416 c.p.c.](#) stabiliscono un vero e proprio onere di contestazione gravante sul convenuto.

Secondo la ricostruzione operata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, quindi, la non contestazione comporta che il fatto *de quo* sia definitivamente espunto dal *thema probandum*.

La prevalente dottrina, tuttavia, da tempo avversa la tesi sopra riferita, resa significativa dalla posizione assunta dalla Suprema Corte a Sezioni Unite, sostenendo come il principio in questione non possa essere il riflesso nel processo del principio dispositivo, affermando l'impossibilità di assimilare la non contestazione ad un atto di natura negoziale (vedasi TARUFFO, *La semplice verità* 09, 122 ss.).

L'effetto della non contestazione, quindi, non sarebbe la prova immediata del fatto non contestato, bensì si risolverebbe in quello della *relevatio ab onere probandi* a favore della parte che ha allegato il fatto non contestato, in quanto la pacificità di un fatto allegato al processo potrebbe derivare soltanto dall'ammissione espressa della sua esistenza o da un contegno processuale della parte inequivocabile.

La non contestazione, inoltre, non avrebbe alcun effetto vincolante per il giudice, rimanendo il fatto non contestato come incerto ed ancora passibile di essere provato. Si rileva come, a seguito della riforma del 2009, sia sor-

to un ampio dibattito dottrinale avente ad oggetto il principio di non contestazione e gli effetti della novella (v. tra gli altri SASSANI, *L'onere della contestazione*, *Giusto p. civ.* 10, 401 s.s.; TEDOLDI, *La non contestazione nel nuovo art. 115 c.p.c.*, *R. d. proc.* 11, 76 s.s.; DEL CORE, *Il principio di non contestazione è diventato legge*, *Giust. Civ.* 09, II, 273 ss.; MAERO, *Il principio di non contestazione prima e dopo la riforma*, *Giusto p. civ.* 10, 455 ss.; PACILLI, *Osservazioni sul principio di non contestazione*, *R. trim.* 11, 299 ss.; SANTANGELI, *La non contestazione come prova liberamente valutabile*, [www.judicium.it](#) 10; ROTA, in TARUFFO, *Il processo*, 181 s.s.; DE VITA, *Onere di contestazione e modelli processuali*, 12, 1 s.s. - rassegna dottrinale reperita in CEDAM, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, nona edizione, pag. 483), la quale, tuttavia, non ha risolto il principale problema, cioè quello di verificare se e in che misura il legislatore abbia inteso aderire o meno all'orientamento espresso dalle Sezioni Unite del 2002 circa il fondamento e gli effetti della non contestazione, oppure abbia recepito l'orientamento dottrinale secondo cui la non contestazione opererebbe soltanto una sorta di dispensa dal provare i fatti non contestati a vantaggio della parte che ha allegato questi ultimi (v. SASSANI, *op. cit.*, 413 s.; FABIANI, *F. it* 10, I, 476 s.).

Se, infatti, da un lato si continua a ribadire che dalla non contestazione di un fatto scaturiscano effetti vincolanti per il giudice, il quale dovrebbe astenersi da qualsivoglia controllo probatorio e ritenere il fatto come provato (vedasi Cass. Civ., sentenza [n. 12517/2016](#) in CEDAM, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, nona edizione, pag. 483; Cass. Civ., Sez. 3, sentenza [n. 8647/2016](#); Cass. Civ., Sez. 6, ord. 15394/2016; Cass. Civ., Sez. 1, ord. [n. 21227/2019](#)), dall'altro lato, principalmente con riferimento al rito del lavoro, si afferma la possibilità, per il giudice, di accertare d'ufficio l'esistenza o l'inesistenza di un fatto non contestato in base alle risultanze ritualmente acquisite (vedasi Cass. Civ., ord. [n. 26395/2016](#) in CEDAM, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, nona edizione, pag. 483).

Ad esempio, la Suprema Corte, sulla scia di quest'ultimo orientamento, in una controversia avente ad oggetto la quantificazione di una parcella professionale, ha di recente ristretto gli effetti del principio di non contestazione, specificando come un fatto, per dirsi non contestato dal convenuto e non richiedente specifica prova, debba essere esplicitamente ammesso dal convenuto oppure difesa dello stesso debba fondarsi su fatti o argomentazioni incompatibili con il disconoscimento del fatto, im-

ponendo, altresì, alla parte che invochi detto principio, di aver comunque per prima ottemperato all'onere probatorio posto a suo carico (v. Cass. Civ., Sezione 2, ord. [n. 13828/2019](#)^[4]).

Con specifico riferimento, infine, al principio di non contestazione nel rito del lavoro, si segnalano le seguenti sentenze emesse di recente dalla Suprema Corte.

In particolare, in senso parzialmente contrario alla sentenza in commento, si segnala la sentenza della Suprema Corte, sezione Lavoro [n. 21302/2019](#), secondo cui la mancata specifica contestazione dei conteggi in primo grado da parte del convenuto, comporta l'accertamento degli stessi in via definitiva^[5].

Non mancano, tuttavia, numerose pronunce conformi alla sentenza in nota, tra cui le sentenze Cass. Civ., sez. Lavoro n. 7843/2018 e Cass. Civ., sez. Lavoro n. 15775/2019. Da ultimo, si evidenzia la sentenza Cass. Civ., sez. Lavoro [n. 2008/2020](#), la quale ha specificato come sia “*consolidato il principio secondo cui l'onere di contestazione, la cui inosservanza rende il fatto pacifico e non bisognoso di prova, sussiste soltanto per i fatti noti alla parte, non anche per quelli ad essa ignoti (così da ult. Cass. [n. 87 del 2019](#), sulla scorta di Cass. [n. 14652 del 2016](#)), e concerne precipuamente i fatti oggetto di compiuta allegazione negli atti introduttivi, non estendendosi né ai giudizi, né a tutte quelle attività valutative compiute dalla parte che comportino il*

confronto di un certo fatto con regole di matrice legale o negoziale (così, fra le più recenti, Cass. [n. 23445 del 2019](#))”.

5. Riflessioni conclusive

Alla luce della sentenza esaminata, nonché dal raffronto con le altre recenti pronunce della Suprema Corte sul tema, si ritiene che la riforma del 2009 relativa all'[art. 115 c.p.c.](#) e la successiva sentenza a Sezioni Unite del 2002, non siano riuscite nell'intento di uniformare e chiarire definitivamente l'interpretazione del c.d. principio di non contestazione, il quale, nella sua ampiezza, rimane inevitabilmente soggetto alle più ampie e diverse argomentazioni.

Il principale problema, quindi, sembra sempre risiedere nella interpretazione della novella del 2009, dovendocisi interrogare se ed in che misura il legislatore abbia inteso aderire alla posizione inaugurata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite nel 2002, oppure abbia recepito l'orientamento della dottrina secondo cui la non contestazione provocherebbe soltanto una inversione dell'onere della prova a vantaggio della parte che ha allegato il fatto non contestato.

Ad oggi, sul punto non pare esservi ancora una risposta univoca.

Si potrebbe auspicare, pertanto, un ulteriore intervento della Suprema Corte a Sezioni Unite, se risolutivo, o, me-

[4] Sul punto la sentenza citata stabilisce che: “*Alla stregua del principio di non contestazione, richiamato dall'articolo 115 c.p.c., perché un fatto possa dirsi non contestato dal convenuto, e perciò non richiedente una specifica dimostrazione, occorre o che lo stesso fatto sia da quello esplicitamente ammesso, o che il convenuto abbia improntato la sua difesa su circostanze o argomentazioni incompatibili col disconoscimento di quel fatto. D'altro canto, l'a parte che invoca il cosiddetto principio di non contestazione dovrebbe dare dimostrazione di aver essa per prima ottemperato all'onere processuale, posto a suo carico, di compiere una puntuale allegazione dei fatti di causa, in merito ai quali l'altra parte era tenuta a prendere posizione; ne discende che l'enunciazione delle prestazioni professionali dedotte a sostegno della domanda di pagamento del compenso, operata mediante rinvio alla documentazione allegata, esonera comunque il convenuto dall'onere di compiere una contestazione circostanziata, perché ciò equivarrebbe a ribaltare sullo stesso convenuto l'onere di allegare il fatto costitutivo dell'avversa pretesa (arg. da Cass. Sez. 3, [17/02/2016, n. 3023](#)). La non contestazione scaturisce, pertanto, dalla non negazione del fatto costitutivo della domanda, di talché essa non può comunque ravvisarsi ove, come nella specie, a fronte di una pretesa creditoria fondata sullo svolgimento di prestazioni professionali, il cliente abbia radicalmente opposto che nessun corrispettivo fosse stato pattuito e che le prestazioni “negligentemente rese dall'attore” attenessero alla competenza dei commercialisti e non dei consulenti del lavoro (cfr. Cass. Sez. 3, [24/11/2010, n. 23816](#); Cass. Sez. 3, [19/08/2009, n. 18399](#); Cass. Sez. 3, [25/05/2007, n. 12231](#); Cass. Sez. L, [03/05/2007, n. 10182](#); Cass. Sez. 3, [14/03/2006, n. 5488](#)). E' altrettanto costante, del resto, l'orientamento giurisprudenziale, secondo cui, nel giudizio di cognizione avente ad oggetto il pagamento di prestazioni professionali documentato da parcelle, allorché il cliente svolga una contestazione soltanto generica in ordine all'espletamento ed alla consistenza dell'attività che si assuma prestata, il giudice rimane comunque investito del potere-dovere di verificare il quantum debeatur, costituendo la parcella una semplice dichiarazione unilaterale del professionista, sul quale perciò rimangono i relativi oneri probatori del credito azionato ex [articolo 2697 c.c.](#) (Cass. Sez. 2, [11/01/2016, n. 230](#); Cass. Sez. 2, [30/07/2004, n. 14556](#); Cass. Sez. 2, [25/06/2003, n. 10150](#))”*

[5] Si cita letteralmente la pronuncia laddove stabilisce che “*Questa Corte ha ripetutamente affermato che nel rito del lavoro, il convenuto ha l'onere della specifica contestazione dei conteggi elaborati dall'attore, ai sensi dell'articolo 167 c.p.c., comma 1, e articolo 416 c.p.c., comma 3, e tale onere opera anche quando il convenuto contesti in radice la sussistenza del credito, poiché la negazione del titolo degli emolumenti pretesi non implica necessariamente l'affermazione dell'erroneità della quantificazione, mentre la contestazione dell'esattezza del calcolo ha una sua funzione autonoma, sia pure subordinata, in relazione alle caratteristiche generali del rito del lavoro, fondato su un sistema di preclusioni diretto a consentire all'attore di conseguire rapidamente la pronuncia riguardo al bene della vita reclamato. Ne consegue che la mancata o generica contestazione in primo grado rende i conteggi accertati in via definitiva, vincolando in tal senso il giudice (cfr. ex plurimis Cass. [n. 4051 del 2011](#), Cass. [n. 10116 del 2015](#), Cass. [n. 29236 del 2017](#), Cass. [n. 5949 del 2018](#))”*

glio, una modifica legislativa che espliciti più chiaramente le concrete intenzioni del legislatore.

IL TEMPO NELLA TUTELA DEI DIRITTI: L'IMPUGNAZIONE DEL LODO ARBITRALE PER VIOLAZIONE DI LEGGE

Il tempo nella tutela dei diritti: lo strano caso dell'impugnazione del lodo arbitrale per violazione di legge

di Elena Zucconi Galli Fonseca

DEL 20 APRILE 2020

Sommario

1. La questione
2. Non è questione di prospective overruling...
3. ...bensì di interpretazione della norma processuale
4. Il rapporto fra avvocato e cliente
5. Segue: scelte difensive e costi-benefici
6. Non errore, dunque, ma una scelta condivisa fra parte e difensore
7. Il futuro nell'algoritmo

1. La questione

Intendo svolgere alcune brevi riflessioni sul caso risolto dalle Sezioni unite nella sentenza [n. 4135 del 2019](#)^[1].

Tutto nasce dalla questione di diritto transitorio posta dalla novella sull'arbitrato del 2006 ([d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40](#)), che ha operato una non conveniente scissione fra tempo della convenzione arbitrale e tempo del procedimento arbitrale, senza tener conto del fatto che contratto e processo si influenzano vicendevolmente.

Così, il nodo si è subito manifestato con riguardo alla possibilità di impugnare il lodo per violazione di legge: nel regime ante novella, infatti, il silenzio delle parti nel patto compromissorio equivaleva ad impugnabilità; nel regime post novella, invece, vale il contrario, dato che l'[art. 829, comma 3° c. p. c.](#) stabilisce che l'impugnazione è possibile solo se «disposta dalle parti o dalla legge». E poiché ai sensi dell'[art. 27](#) della citata novella, «l'[art. 829 c.p.c.](#) nuovo testo si applica a tutti i procedimenti

iniziati dopo la novella, anche se le convenzioni arbitrali erano state stipulate prima», l'idea che la volontà delle parti espressa in una convenzione ante 2006 dovesse essere capovolta *ex post* per volontà di legge, nel caso in cui il processo arbitrale fosse stato cominciato dopo il 2006, trovava un supporto nel tenore formale della norma - benché ribaltasse le carte sulla tavola degli ignari contraenti.

Nel 2012 la Cassazione si esprime sulla questione cercando tra le pieghe della norma una via rispettosa della volontà negoziale^[2], ma alcune successive pronunce la smentiscono. Si giunge così, nel 2016, davanti alle Sezioni unite^[3] che, con ingegnosa costruzione giuridica, dichiarano applicabile l'[art. 829 comma 3°](#) nuovo testo, ma, ad un tempo, ritengono che la «legge» di cui parla il comma citato debba essere riferita a quella vigente all'epoca della convenzione arbitrale.

La sentenza ha destato un vivo dibattito, tanto da porta-

[1] Cass., [12 febbraio 2019, n. 4135](#).

[2] Cass., [19 aprile 2012, n. 6148](#).

[3] Cass., sez. un., 9 maggio 2016, nn. 9341, [9284](#), [9285](#), in *Giur. it.*, 2016, 1451, con nota di C. Consolo-V. Bertoldi, *La piena sindacabilità del lodo per errori di diritto basati su convenzioni ante 2006: si applica la nuova norma che tuttavia in tal caso ingloba l'antica*.

re ad una pronuncia - confermativa - della Corte costituzionale[4].

Non vado però oltre, perché quanto detto costituisce solo la premessa alla domanda oggetto di queste riflessioni: il difensore che abbia optato per una soluzione processuale in un panorama interpretativo assai lacunoso, e poi veda affermata dalle sezioni unite la soluzione opposta, più favorevole alla propria parte, può chiedere la rimessione in termini?

La singolarità della questione sta nel fatto che la scelta operata dalla parte (e per lei dall'avvocato, trattandosi di questione tecnica) ha comportato una volontaria compressione di un potere processuale, che l'*arret* del supremo consesso, viceversa, gli avrebbe consentito.

Nella specie, poi, la singolarità è "al quadrato": il contrasto giurisprudenziale, infatti, nasceva da una norma transitoria di tenore apparentemente chiaro, benché foriero di conseguenze distorsive; il difensore, poi, aveva proposto l'impugnazione prima ancora che la Cassazione del 2012 si pronunciasse sulla questione dando luogo al contrasto giurisprudenziale poi risolto nel 2016.

La risposta delle Sezioni unite è negativa, evidenziando così le ombre che l'inevitabile fluttuazione dell'esegesi delle norme processuali getta sulla tutela dei diritti.

2. Non è questione di prospective overruling ...

Giustamente la Cassazione[5] esclude che nella specie si

tratti di un problema di *prospective overruling*[6], cioè lo strumento elaborato dalla giurisprudenza per proteggere le parti dall'inevitabile evoluzione del "diritto vivente" processuale.

Detto strumento cura gli effetti collaterali di un farmaco indispensabile: è giusto che la Corte adatti l'interpretazione della norma all'evoluzione del mondo in cui viviamo (senza peraltro stravolgerne il significato testuale), mutando una esegesi da lei stessa affermata in precedenza; ma quando l'*overruling* non era «prevedibile».[7] occorre tutelare la parte che aveva fatto affidamento sull'esegesi originaria.

Dato che non è possibile invocare la tutela che la legge offre con riguardo ai mutamenti legislativi - poiché la sentenza della Corte, da un lato, non è vincolante e, dall'altro, avendo sostanza forzatamente interpretativa[8], è ontologicamente retroattiva -, si fa ricorso a strumenti correttivi di volta in volta da individuare, per tutelare l'affidamento[9], dato che non si possono "cambiare le regole del gioco a partita già iniziata"[10].

Emerge evidente che, nella fattispecie che stiamo considerando, non si ricade nell'ambito dell'istituto citato. Non si tratta infatti di valutare né il mutamento di un orientamento giurisprudenziale consolidato né il mutamento della norma, bensì di verificare se l'avvocato, dopo aver fatto una scelta processuale fondata su un tenore letterale apparentemente chiaro della norma, avallato da com-

[4] Corte cost., 30 gennaio 2018, n. 13, in *Riv. arb.*, 2018 fasc. 3, pp. 517 con nota di De Nova.

[5] In tal senso anche Godio, Stella, *Recupero dei motivi di nullità del lodo per errori di diritto non svolti tempestivamente?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2453.

[6] Su cui Cass., sez. un. 11 luglio 2011, n. 15144 commentata da Cavalla, Consolo, De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'affidamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.*, 2011, 1397 ss. e Caponi, *Retroattività del mutamento di giurisprudenza: limiti*, in *Foro It.*, 2011, c. 3344; v. anche Cass., 2 luglio 2010, n. 15811, in *Corr. giur.*, 2010, p. 1473 ss., con nota di D'Alessandro; in dottrina, fra gli altri, Proto Pisani, *Un nuovo principio generale del processo*, in *Foro it.*, 2011, I, 117 ss.; Ruffini, *Mutamenti di giurisprudenza nell'interpretazione delle norme processuali e "giusto processo"*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, 1390 ss.; Turatto, *Overruling in materia processuale e principi del giusto processo*, in *Nn. Il. civ. comm.*, 2015, p. 1149 ss.; Punzi, *Il ruolo della giurisprudenza e i mutamenti d'interpretazione di norme processuali*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1137; Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione in materia di interpretazione di norme processuali come ius superveniens irretroattivo*, in *Foro it.*, 2010, c. 311 ss., Id., *Overruling in materia processuale e garanzie costituzionali (in margine a Cass. n. 19246 del 2010)*, in *Rass. Forense*, 2010, p. 535; Costantino, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, p. 1073 ss.

[7] La giurisprudenza distingue fra *overruling* imprevedibile e prevedibile per via di un «larvato dibattito dottrinale o «qualche significativo intervento giurisprudenziale sul tema oggetto dell'indagine» (Cass., Sez. un., 12 ottobre 2012, n. 17402) Se sulla carta la prevedibilità amplia la discrezionalità del difensore (e dunque la sua responsabilità nella scelta) è da condividere quanto affermato da Consolo, *Le Sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato «internet-addicted» e pure «veggente»*, in *Giur. Cost.*, 2012, p. 3166 ss., osserva che l'avvocato «deve capire quando il vento gregale cessa e comincia tirare il maestrale. E qui inizia la parte pericolosa: queste sentenze risentono infatti della stessa, sia pure molto più moderata, percezione dell'avvocato-negromante, che deve capire quando il vento si modificherà».

[8] E ciò a tre condizioni: quando riguardi le regole del gioco, quando il mutamento sia imprevedibile e senza segnali, quando sia l'unica causa della decadenza.

[9] Nota giustamente Consolo, *Le Sezioni unite*. cit., 3166 che la pronuncia del giudice è sempre dichiarativa stando in questo la salvaguardia della separazione dei poteri.

[10] Cass., 17 giugno 2010, n. 14627, in una sorta di *perpetuatio iurisdictionis* sul mutamento dell'interpretazione: fa fede, per la parte, l'orientamento tenuto al momento del compimento dell'atto.

menti dottrinali e alcune pronunce di merito^[11], possa ripensarci per effetto di una sopravvenuta decisione della Cassazione che va in senso contrario.

Aggiungo che l'istituto del *prospective overruling* viene in rilievo quando il *revirement* è peggiorativo, quando cioè l'affidamento verteva sulla situazione più favorevole^[12], mentre il caso che esaminiamo è opposto: la parte, posta di fronte ad un panorama interpretativo assai incerto, sceglie di non esercitare un potere, soggetto a decadenza,^[13] di cui una successiva sentenza della Cassazione ha stabilito la piena legittimità^[14].

Ebbene, secondo i giudici delle sezioni unite - con argomento orientato alle conseguenze -, ampliare la rimessione in termini a questo diverso caso comporterebbe un effetto distorsivo, in quanto "avrebbe l'effetto di rendere qualsiasi mutamento di giurisprudenza efficace solo per il futuro e costituirebbe pertanto un serio ostacolo all'innovazione giurisprudenziale privando di interesse le parti a patrocinare modifiche delle quali ben raramente si gioverebbero perché la controparte, svantaggiata dal nuovo orientamento, potrebbe invocare l'applicazione in proprio favore di quello precedente, a tutela dell'affidamento nello stesso riposto"^[15].

Ragionare nei solchi della teoria dell'*overruling*, anche so-

lo per escluderne l'applicazione, è, a mio avviso, fuorviante: se la *ratio* dell'istituto è tutelare la buona fede della parte, allora quest'ultima viene in rilievo anche quando la parte sia incorsa in una decadenza provocata, come nella specie, dall'affidamento sul tenore letterale di una norma, in presenza di un pressoché insussistente aiuto della giurisprudenza, al momento della scelta^[16]. A me sembra che la questione possa essere affrontata da una prospettiva differente.

3. ... bensì di interpretazione della norma processuale

Una volta chiarito che non v'è qui questione di affidamento sul diritto vivente, ma ci si trova di fronte ad un problema interpretativo, cioè ad una esegesi effettuata dalla parte, poi rivelatasi erronea alla luce di un autorevole arresto giurisprudenziale, si tratta di valutare se possa adattarsi alla fattispecie l'*art. 153 c.p.c.*^[17], con conseguente rimessione in termini per non imputabilità della decadenza^[18].

In una siffatta impostazione, il parametro astratto sul quale misurare detta non imputabilità è rappresentato dall'*art. 12 delle preleggi*, che indica alla parte quali criteri adottare per svolgere una corretta (e, dunque, non "colpevole") esegesi della norma. Il vero problema è, però, ca-

[11] La giurisprudenza è orientata peraltro nel senso che le decisioni di merito non possono valere come esegesi valida per l'*overruling*: cfr. Corte cost. 5 aprile 2012, n. 78. È critica invece l'ordinanza di rimessione, che non esclude che la giurisprudenza di merito possa creare affidamento, ma la Cassazione in esame lo esclude.

[12] Stella-Godio, *Recupero dei motivi di nullità del lodo per errori di diritto non svolti tempestivamente?*, in *Giur. it.*, 2018, p. 2455. Sul punto Cavalla, Consolo, De Cristofaro, *Le S.U. aprono (ma non troppo) all'errore scusabile: funzione dichiarativa della giurisprudenza, tutela dell'orientamento, tipi di overruling*, in *Corr. giur.*, 2011, 1408.

[13] La decadenza deriva non direttamente dalla norma incriminata, cioè l'*art. 829*, bensì dall'*art. 828* sui termini per impugnare, notano giustamente Stella, Godio, *op. cit.*, p. 2454.

[14] Costantino, *op. cit.*, p. 1084. Cass. 11 aprile 2011, n. 8127.

[15] "Occorre allora discostarsi da tale principio, valorizzando invece un profilo opportunamente messo in luce nel precedente tante volte richiamato, e così distinguere il caso in cui il *revirement* giurisprudenziale abbia reso impossibile una decisione sul merito delle questioni sottoposte al giudice scelto dalla parte, dal caso inverso, nel quale - come nella specie - la pretesa azionata sia stata compiutamente conosciuta dal giudice dotato di giurisdizione secondo le norme vigenti al momento dell'introduzione della controversia, come allora generalmente interpretate, ed il ricorrente, senza poter lamentare quindi alcuna lesione del suo diritto di difesa, già pienamente esercitato, tenda, con la richiesta di tutela dell'affidamento, a porre nel nulla il processo celebratosi per poter invocare un nuovo pronunciamento sul merito della questione".

[16] Secondo la Corte, mentre va escluso che la parte abbia diritto ad una tutela, quando la nuova sentenza non le provochi decadenze, ma le permetta poteri ch'ella aveva escluso, sarebbe diverso se l'avvocato dovesse combattere un orientamento che lo priva di un potere ch'egli ritiene fondato sul tenore della norma. La Cassazione per la verità non è chiarissima sul punto perché non spiega se la sua soluzione poggi sul fatto che anche la *prospective overruling* non valga *in bonam partem*.

[17] Giustamente la Corte si sbarazza della questione sulla natura sostanziale o processuale della norma. Concordo sul fatto che siamo di fronte a norme di natura mista. Lo conferma anche la Corte cost. n. 13 del 2018 sopra citata.

[18] Probabilmente, una lettura restrittiva dell'*art. 153 c.p.c.* avrebbe consentito alla Corte di arrivare alla medesima soluzione in modo più distaccato e tecnico, ritenendo ch'essa riguardi i casi in cui una causa non imputabile alla parte abbia causato la decadenza da un determinato atto e non quello in cui la causa non imputabile abbia provocato l'insorgenza *ab origine* di un potere per il quale la parte è già decaduta. Tuttavia, avrebbe lasciato un vuoto di tutela, perché non mi pare che questo secondo caso sia meno meritevole del primo.

lare detti principi nei casi concreti.

Non è possibile, in questa sede, affrontare il nodo teorico pregiudiziale, incentrato sul concetto di “norma”^[19]; e non è neppure possibile riflettere, come pure si dovrebbe fare, sull’evoluzione dei rapporti fra norma e interpretazione, messa in luce anche di recente da un’autorevole dottrina^[20], propensa a vedere nell’interpretazione giudiziale - in filo diretto con i precetti costituzionali -, non più la mera esegesi della legge, bensì un’assai più pregnante *inventio*, finalizzata allo sviluppo dell’ordine giuridico. Mi limito dunque ad effettuare alcune osservazioni pratiche, dal punto di vista dell’avvocato. Ed in quest’ottica, credo che la prospettiva più fruttuosa sia quella del rapporto avvocato-cliente.

4. Il rapporto fra avvocato e cliente

Vengono dunque in rilievo gli obblighi, e conseguenti responsabilità, dell’avvocato nei riguardi del suo assistito: tema fortemente influenzato dalle regole deontologiche, che la Cassazione considera come fonte integrativa della legge^[21]. Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità dell’avvocato (pur non sempre armonici, sia nella *ratio*, sia nella soluzione dei casi concreti^[22]) sembrano convergere in tre direzioni.

In primo luogo, il dovere di informazione è imprescindibile: “l’avvocato deve informare chiaramente la parte assistita, all’atto dell’assunzione dell’incarico, delle caratteristiche e dell’importanza di quest’ultimo e delle attività da espletare, precisando le iniziative e le ipotesi di soluzione” (art. 27 cod. deontologico) ^[23].

In secondo luogo, è richiesto all’avvocato un dovere di “diligenza professionale media esigibile, ai sensi dell’art.

1176 c.c., comma 2°”^[24]. Pertanto l’avvocato è responsabile allorché “mostri di non conoscere o violi precise norme di legge ovvero sbagli nel risolvere questioni giuridiche la cui soluzione non presenti alcun margine di opinabilità”, e sia dimostrato “il sicuro e chiaro fondamento dell’azione che avrebbe dovuto essere proposta e diligentemente coltivata e, in definitiva, la certezza morale che gli effetti di una diversa sua attività sarebbero stati più vantaggiosi per il cliente medesimo”.

In terzo luogo, non può essere censurato l’avvocato che compie una scelta, poi rivelatasi fallace, in presenza di questioni “rispetto alle quali le soluzioni dottrinali e/o giurisprudenziali presentino margini di opinabilità, in astratto ovvero in riferimento alla situazione concreta, tali da rendere giuridicamente plausibili le scelte difensive del patrocinatore”, tenendo conto che la bontà della scelta non può essere valutata *ex post*^[25].

Talvolta, il criterio utilizzato è quello, più immediato, del grado di “difficoltà”: la responsabilità va cioè riconosciuta ove la scelta processuale non richieda “la soluzione di problemi tecnici di speciale difficoltà”^[26].

5. Segue: scelte difensive e costi-benefici

Dall’analisi della casistica^[27], emerge che in alcuni casi può bastare il principio di precauzione, che consiglia al difensore di adottare, nel dubbio, la scelta che tutela maggiormente il proprio cliente^[28], visto che il dovere dell’avvocato è prima di tutto “adempiere fedelmente il mandato ricevuto, svolgendo la propria attività a tutela dell’interesse della parte assistita e nel rispetto del rilievo costituzionale e sociale della difesa” (art. 10 codice deontologico).

[19] La stessa Cassazione riprende la distinzione tra disposizione e norma, su cui v. le stimolanti riflessioni di Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano, 7 1980, p. 63 ss.

[20] Grossi, *Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2018, p. 771: “il mutamento in atto nella dinamica del diritto, lo spostarsi dell’asse dell’ordine giuridico generale dal legislatore (inteso quasi Zeus sull’Olimpo) alla interpretazione, soprattutto dei giudici perché è proprio il giudice ad essere collocato sulla trincea dell’esperienza davanti alle parti, che esigono da lui giustizia”.

[21] Cass., 20 dicembre 2007, n. 26810.

[22] Si v. ad es. Cass., 24 luglio 2017, n. 18239, in *Giur. it.*, 2017, p. 2380, con nota diff. di Conte.

[23] Sul punto, Cass., 22 novembre 2018 n. 30169 e Cass., 14 novembre 2002, n. 16023 (con le specificità del parere stragiudiziale). Più rigorose Trib. Milano, 08 febbraio 2019, n. 1307 e Trib. Siena, 08 novembre 2018, n. 1282, in *DeJure*.

[24] Cass., 27 marzo 2006, n. 6967; richiede invece la diligenza del buon padre di famiglia, Cass., 23 aprile 2002, n. 5928.

[25] Cass., 10 giugno 2016, n. 11906.

[26] Cass., 27 marzo 2006, n. 6967 cit.

[27] Su cui Conte, *op. cit.*, in *Giur. It.*, 2017, p. 2383 ss. e Id., *In tema di responsabilità civile e deontologica dell’avvocato: novità giurisprudenziali e normative*, in *Corr. giur.*, 2012, p. 352 ss.

[28] Secondo Costantino, *Il principio di affidamento*, cit., 1089-1090, la parte che rimane inerte non sarebbe meritevole di protezione, avendo per contro un “dovere di precauzione”.

Così, è stata riconosciuta la responsabilità del difensore che non ha optato per l'interpretazione maggiormente tutelante, circa la sussistenza di un termine prescrizionale, in presenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto[29].

Tuttavia, in molti altri casi (compreso quello che stiamo esaminando) sia la natura dell'attività processuale a cui il difensore è chiamato, sia la "liquidità" delle fonti normative ed interpretative lo costringono a scelte più ponderate. Il principio di precauzione va infatti temperato con altri fattori, secondo un giudizio sul rapporto costi-benefici.

In primo luogo, occorre tenere presente che la parte è responsabile civilmente del danno causato dalla proposizione di domande destituite di fondamento, per mala fede o colpa grave, ex art. 96 c.p.c.[30]: occorre dunque valutare se l'esercizio di un potere processuale, favorevole alla parte, presenti un rischio talmente alto di inammissibilità da integrare gli estremi della colpa grave; secondo un orientamento della Cassazione[31], lo stesso difensore sarebbe responsabile di una siffatta valutazione, anche contro le intenzioni della parte.

In secondo luogo, sempre nella prospettiva del miglior interesse del cliente, vi è il fattore dei costi del processo alla luce degli artt. 92 ss. c.p.c.

Quando si deve decidere sulla proponibilità di un motivo di impugnazione, come nella specie, occorre anche tener conto delle conseguenze di una eventuale declaratoria di inammissibilità sui costi del processo. La valutazione sarà ancor più delicata quando vi siano altri motivi di impugnazione con maggiore probabilità di accoglimento, per cui l'inammissibilità dell'uno potrebbe implicare la compensazione delle spese, nonostante la vittoria sugli altri. Dunque, negli esempi appena fatti, dovrà farsi un'attenta ponderazione di tutti gli indici esegetici disponibili (testo normativo, dottrina, giurisprudenza di merito e di legittimità) a favore o contro la soluzione più favorevole alla parte[32] ed ogni caso va valutato a sé.

Se, ad esempio, la giurisprudenza di legittimità si sia già pronunciata, proponendo, magari con più decisioni conformi, una interpretazione "eversiva" rispetto all'apparenza letterale di una norma, il difensore, nel valutare come agire, potrà tenere in debito conto la crescente tendenza alla stabilizzazione del diritto vivente, specie in materia processuale[33] (una stabilizzazione che si sta affermando vieppiù, attraverso il potenziamento della funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità e i nuovi sistemi di *software* predittivi); e dovrà bilanciarla con «l'interesse del cliente a coltivare la lite nonostante la sussistenza di precedenti sfavorevoli e/o di strumen-

[29] Cass., 28 settembre 2018, n. 23449; Cass., 5 agosto 2013, n. 18612, in *Giur. It.*, 2014, 841 con nota di Favale, *Contrasto giurisprudenziale ed obbligo dell'avvocato di "seguire la via più sicura"* e in *Danno e Resp.*, 2013, 1089 con nota di Conte, *Contrasti giurisprudenziali sul termine di prescrizione e responsabilità dell'avvocato*, sull'incertezza in materia di termini prescrizionali: significative sono le parole della Corte: "l'opinabilità stessa della soluzione giuridica impone al professionista una diligenza ed una perizia adeguate alla contingenza, nel senso che la scelta professionale deve cadere sulla soluzione che consenta di tutelare maggiormente il cliente [...] dunque, la misura della diligenza richiesta al legale è connotata proprio dall'esistenza del contrasto giurisprudenziale [...] non potendo la compresenza di approdi giurisprudenziali non collimanti tra loro essere per ciò stesso evocata ad esimente della colpa grave [...]". La sentenza fa poi riferimento all'*overruling*, che come ho detto non è oggetto di questa relazione. Si v. anche Cass., 14 febbraio 2017, n. 3765; Cass. 28 febbraio 2014, n. 4790.

[30] Questa intesa come imprudenza o trascuratezza elevata, per il mancato impiego di un minimo di diligenza, sufficiente a far avvertire l'ingiustizia della pretesa avanzata in causa (Cass., 13 aprile 1989, n. 1788).

[31] V. Cass., 20 maggio 2015, n. 10289, che ha sanzionato l'avvocato nonostante la scelta iniziale fosse stata condivisa dal cliente. Si trattava infatti della decisione chiamare "in causa il terzo, nonostante fosse prevedibile che questi avrebbe, come poi effettivamente accaduto, proposto l'eccezione di prescrizione". I giudici ritengono che la responsabilità sussista egualmente perché l'avvocato deve "assolvere, sia all'atto del conferimento del mandato che nel corso dello svolgimento del rapporto, non solo al dovere di informazione del cliente ma anche ai doveri di sollecitazione, dissuasione ed informazione dello stesso ed essendo tenuto, tra l'altro, a sconsigliare il cliente dall'intraprendere o proseguire un giudizio dall'esito probabilmente sfavorevole". Più edulcorata Cass., 2 luglio 2010, n. 15717: "E' indubbio che - anche e soprattutto con riferimento alle c.d. "cause perse" (ammesso e non concesso che tale fosse quella di cui trattasi) - l'attività del difensore, se bene svolta, può essere preziosa, al fine di limitare o di escludere il pregiudizio insito nella posizione del cliente (se non altro sollevando le eccezioni relative ad eventuali errori di carattere sostanziale o processuale della controparte). Il difensore può non accettare una causa che prevede di perdere, ma non può accettarla e poi disinteressarsene del tutto, con il pretesto che si tratta di causa persa.

[32] Ove la giurisprudenza di legittimità si esprima, successivamente, a sfavore della esegesi prescelta, alla parte non resterà che esporre i motivi per i quali ritenga più ragionevole l'opposta esegesi e spetterà poi al giudice investito della controversia decidere sul punto, tenendo presente che la sopravvenuta pronuncia è pur sempre non vincolante, seppur autorevole e "persuasiva": l'art. 153 c.p.c. non viene dunque in questione.

[33] Nelle regole processuali, poi, "i valori prevalenti consistono nella certezza e nella uniformità dell'interpretazione": Costantino, *Il principio di affidamento*, cit., p. 1075.

ti conciliatori»[34], attesa l'insussistenza nel nostro paese del principio di *stare decisis*.

Il caso qui in esame è ancora diverso, perché, di fronte ad un tenore letterale apparentemente chiaro, benché suscettibile di dar luogo a conseguenze distorsive, i dati interpretativi erano particolarmente lacunosi[35]. L'unica via agevolmente visibile era quella tracciata del dato letterale della norma transitoria, mentre le altre strade erano solo abbozzate (e di difficile individuazione, dato il forte grado di discrezionalità che di regola caratterizza le scelte del legislatore sulla successione fra leggi).

Oltre all'interesse del cliente, la scelta può mettere in gioco lo stesso interesse dell'avvocato: significativa è l'introduzione dell'[art. 130 bis nel d.p.r. n. 115 del 2002](#), ad opera del [d.l. n. 113 del 2018](#), a termini del quale "Quando l'impugnazione, anche incidentale, è dichiarata inammissibile, al difensore non è liquidato alcun compenso".

Non va poi trascurata la valutazione predittiva delle probabilità di accoglimento nel merito del motivo di impugnazione della cui ammissibilità si dubita - valutazione che i giudici di Cassazione non fanno, ma che avrebbe potuto influire sulla questione della rimessione in termini, tenendo a mente il criterio di effettività[36].

Il principio di precauzione, dunque, non risolve tutti i problemi.

6. Non errore, dunque, ma una scelta condivisa fra parte e difensore

Credo allora che la strada maestra sia quella di effettuare una scelta ponderata condivisa, fra parte e difensore.

L'avvocato ha le competenze tecniche per sceverare la questione, valutare tutti gli indici interpretativi e dare il proprio parere professionale, spiegando il tutto in parole comprensibili al cliente: la scelta finale dovrà però essere condivisa, all'esito di una corretta valutazione rischi-

benefici.

Valutazione - ed è qui il punto - che non può che essere compiuta sulla base degli elementi interpretativi a disposizione nel momento in cui si deve scegliere.

Il successivo pronunciamento dell'organo nomofilattico rappresenta una importante novità, in quanto "fonte produttiva di norme interpretative", e di particolare forza, rispetto ad altre fonti esegetiche[37].

Essa, probabilmente, avrebbe condotto la parte a fare scelte differenti, ma non v'è luogo per una rimessione in termini semplicemente perché la scelta è stata fatta sulla base dei dati interpretativi a disposizione in quel momento; a me sembra che non sia dunque un problema di errore scusabile, bensì di un problema di scelta consapevole, e responsabile, fatta necessariamente sulla base degli elementi a disposizione.

Non condivido, dunque, il ragionamento finale della Corte, secondo cui, in sostanza, lo stesso avvocato avrebbe ammesso la non scusabilità dell'errore, volendosi avvalere di una esegesi ch'egli definisce come inimmaginabile, ai tempi della scelta[38].

Il diritto vivente non è immutabile, ma si evolve ed è dunque fisiologico che un comportamento sia valutato e scelto sulla base dello stato dell'arte vigente al momento; è altrettanto fisiologico che, al mutare del diritto vivente, mutino anche le valutazioni circa l'opportunità di una scelta analoga.

Ragionando in questi termini, si valorizza meglio il doppio ruolo del difensore: egli deve adottare tutte le strategie difensive che siano nell'interesse del proprio assistito, ma ad un tempo, contribuisce al bisogno di giustizia ed al progresso dell'ordinamento attraverso l'uso delle proprie competenze professionali al fine di districare le maglie di un diritto vivente sempre più complesso; dette competenze, proprio perché tali, non possono non tener conto di

[34] Testuali parole di Cass., [22 novembre 2018 n. 30169](#).

[35] Stella-Godio, *op. cit.*, p. 2458, osservano che, se al momento della valutazione l'avvocato avesse potuto disporre di una serie di pronunce tutte nella direzione della negazione del potere, la sua scelta di non esercitare il motivo di impugnazione sarebbe stata pienamente comprensibile.

[36] Cioè l'opportunità di una rimessione in termini rispetto ad un motivo che non sarebbe stato comunque fondato. Si v. Cass., [26 giugno 2018, n. 16803](#), seppur nel diverso caso di responsabilità professionale dell'avvocato per omesso svolgimento di un'attività vantaggiosa per il cliente.

[37] Cfr. Caponi, *Il mutamento di giurisprudenza costante della Corte di cassazione*, cit., p. 311. In favore dell'emersione di "un vero e proprio ruolo normativo o para-normativo delle decisioni giudiziarie, o almeno di alcune di esse", v. M. Mengozzi, *Normatività delle decisioni giudiziarie: nomofilachia e Costituzione*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](#), osservatorio costituzionale, 2015, 1. Sul tema Pizzorusso, *Delle fonti del diritto*, in *Commentario al codice civile* a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1977, 532 ss., spec. 533.

[38] La Cassazione parrebbe dire: se la parte si vuole avvalere di un dato orientamento, non può affermare ch'esso era imprevedibile, perché così dicendo dà per presupposta la sua erroneità, rispetto al tenore della norma e dunque la violazione dell'[art. 12 preleggi](#). Bisogna dunque dare per scontato che esso sia compatibile con la norma, (e così è stato riconosciuto, dalla Corte costituzionale) e ne segue, pertanto, che la parte avrebbe dovuto elaborarlo autonomamente, essendo allorà l'errore non scusabile per sua stessa ammissione.

tutte le fonti a disposizione al momento del responso^[39], dalle quali l'avvocato^[40] non può prescindere, anche a costo di rimanere sulla via ferrata già tracciata e rinunciare ad aprirne una nuova, - come invece avrebbe voluto la Cassazione annotata, con una osservazione *tranchante* che, per i motivi appena detti, mi lascia perplessa^[41].

7. Il futuro nell'algoritmo

Ha ragione la Cassazione ad osservare che “il riferito «affidamento» riposto nel significato «letterale» della disposizione, cui conseguirebbe un'unica risposta decisionale considerata «esatta», quindi prevedibile in senso proprio, si scontra con la constatata complessità dei processi interpretativi, il cui esito è il prodotto della funzione nomopietica distribuita tra tutti i soggetti dell'ordinamento, continuamente alimentata dal dibattito processuale del giudice con e tra le parti.” Tuttavia, sempre secondo la Corte, è possibile individuare un confine, oltre il quale l'interpretazione non può andare, rappresentato dal “limite di tolleranza ed elasticità del significante testuale^[42]”.

Facile a dirsi, ma difficile a farsi, come evidenzia la vicenda in esame.

Nella specie, il mancato superamento di detto limite da

parte delle Sezioni Unite del 2016 ha ricevuto l'autorevole avallo, seppur implicito, della Corte costituzionale chiamata a valutare l'arresto. Eppure, il limite era vicino, se è vero che l'intrinseca “ingiustizia” della norma transitoria è stata risolta con una esegesi fortemente adeguatrice, in grado di scongiurare i dubbi di incostituzionalità paventati dagli stessi giudici di Cassazione nell'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite.

La Cassazione chiama dunque l'avvocato ad un ben difficile compito, onerandolo di prefigurare una *inven-tio*^[43] ancor prima che venga dischiusa e di aggiornare, così, un «diritto che vivrà»^[44]. Ancor più difficile, quando, come è successo in questo caso, il panorama interpretativo disponibile al momento della scelta è particolarmente acerbo.

Ecco allora che, a soccorrere il nostro difensore, giungerà l'algoritmo predittivo, al quale potrà essere delegata la scelta difensiva, con l'accordo del cliente.

La macchina, certamente affidabile nell'analisi dei dati, sarà però sempre basata sul diritto vivente sussistente in quel momento, a meno che non sia possibile elaborare forme di intelligenza artificiale in grado di superare l'inventiva dell'essere umano.

[39] Fonti che possono avere intensità persuasiva variabile, ma tutte meritevoli di valutazione: non v'è dubbio che la giurisprudenza di merito abbia un “peso” diverso, non provenendo dall'organo nomofilattico, ma ciò non significa che non se ne debba tenere conto.

[40] Che è tecnico del diritto e come tale non ha la stessa discrezionalità della parte.

[41] L'avvocato “non è un mero consulente legale con il compito di pronosticare l'esito della lite e di informarne il cliente, né è un giudice cui spetta la decisione; egli ha l'obbligo di proporre soluzioni favorevoli agli interessi del cliente, anche nelle situazioni che richiedono la soluzione di problemi interpretativi complessi, di attivarsi concretamente nel giudizio con gli strumenti offerti dal diritto processuale, indicando strade interpretative nuove, portando argomenti che facciano dubitare delle soluzioni giurisprudenziali correnti e anche della giustizia della legge, sollevando eccezioni di incostituzionalità e di contrarietà con il diritto sovranazionale, ecc.” (sembra condividere Pisapia, *Arbitrato, impugnativa del lodo e overruling: le sezioni unite sulla tutela dell'affidamento e l'interpretazione della legge*, si può leggere in www.dirittobancario.it). Le mie perplessità non riguardano le affermazioni circa il ruolo dell'avvocato come contributo al progresso dell'ordinamento (affermazioni che condivido pienamente); bensì sull'idea, che sembra trasparire, che l'avvocato debba sempre iniziare vie ferrate nuove, anche se quelle già tracciate, pur più faticose, appaiano più convenienti in un bilancio costi-benefici.

[42] Cass., 23 dicembre 2014, n. 27341 sulla falsariga di Cass., sez. un., 11 luglio 2011, n. 15144.

[43] Intesa secondo il significato dato da Grossi, *op. loc. ultt. citt.*

[44] Significativa è l'espressione di “avvocato veggente” di Consolo, *Le Sezioni unite tornano sull'overruling, di nuovo propiziando la figura dell'avvocato “internet-addicted” e pure “veggente”*, cit.

CREDITI TRIBUTARI E COMPETENZA DEL GIUDICE FALLIMENTARE

La competenza del giudice fallimentare a conoscere la prescrizione dei crediti tributari

di Maria Laura Guarnieri

DEL 21 APRILE 2020

Sommario

Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentenza del 24 dicembre 2019, n. 34447

1. Vicenda e contenuto della decisione
2. Le criticità del precedente orientamento
3. Ampiezza e limiti della cognizione del giudice fallimentare
4. Riflessioni conclusive: conseguenze sull'esecuzione individuale

**Corte di Cassazione, Sezioni unite,
sentenza del 24 dicembre 2019, n. 34447**

Corte di Cassazione, Sezioni unite, sentenza del 24 dicembre 2019, n. 34447

Qualora, in sede di ammissione al passivo fallimentare, il curatore eccepisca la prescrizione del credito tributario maturata successivamente alla notificazione della cartella di pagamento, che segna il consolidamento della pretesa fiscale e l'esaurimento del potere impositivo, viene in essere un fatto estintivo dell'obbligazione tributaria di cui deve conoscere il giudice delegato in sede di verifica dei crediti ed il tribunale in sede di opposizione allo stato passivo e di insinuazione tardiva, e non il giudice tributario.

1. Vicenda e contenuto della decisione

La pronuncia in commento risolve una delicata questione di giurisdizione sorta nel corso di un procedimento di verifica dello stato passivo incardinato davanti alla sezione fallimentare del Tribunale di Palermo. Nella fattispecie si discute se siano riservate al giudice delegato o alla Commissione Tributaria le controversie riguardanti i fatti estintivi dell'obbligazione tributaria maturati successivamente alla notifica della cartella di pagamento.

Sulla questione si è espresso per la prima volta il giudice delegato il quale, su eccezione del curatore, ha ammesso parzialmente al passivo la domanda del locale Agente di Riscossione. Il Concessionario della provincia di Palermo si era insinuato nel fallimento in forza di una pluralità di cartelle di pagamento, alcune delle quali riferibili a crediti prescritti, non più esigibili.

La questione è giunta all'attenzione delle Sezioni unite a seguito del ricorso in Cassazione promosso dall'Agente della Riscossione contro il decreto del Tribunale fallimentare che aveva confermato le statuizioni del giudice delegato in sede di opposizione ex [art. 98 l. fall.](#)

Il Concessionario ha denunciato la violazione del [d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, art. 2](#), per avere il giudice fallimentare esorbitato dai limiti della giurisdizione ed essere sconfinato in un ambito (quello attinente al merito del rapporto tributario), di competenza della Commissione Tributaria Provinciale.

Il Supremo collegio ha disatteso le doglianze del Concessionario, sul presupposto che l'eccezione di prescrizione, pur attenendo al merito del rapporto tributario, non sempre configura una controversia di competenza delle Commissioni Tributarie, poiché dopo la notifica della cartella non viene più in discussione l'esistenza dell'obbligazione tributaria secondo lo schema "potestà-soggezione" proprio del rapporto tributario.

Nella prospettiva delle Sezioni unite l'eccezione di prescrizione sollevata dal curatore contro la domanda di insinuazione al passivo, si colloca a monte della notifica della cartella di pagamento e configura una controversia di spettanza del giudice ordinario, alla stregua delle opposizioni all'esecuzione promosse nel corso dell'esecuzione individuale, quando il debitore reagisce all'atto di pignoramento per contestare l'inesistenza del diritto di agire esecutivamente a causa di fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo.

La fattispecie, pertanto, esulando dallo schema "potestà-

soggezione” proprio della cognizione tributaria, ad avviso delle Sezioni unite ben può essere esaminata e decisa nel procedimento di verifica dello stato passivo, senza che abbia luogo alcuno sconfinamento della giurisdizione ordinaria.

2. Le criticità del precedente orientamento

La prescrizione dei crediti tributari nel fallimento è un tema che presenta criticità sotto una pluralità di profili, primo fra tutti quello della individuazione dell'autorità chiamata a pronunciarsi sulla relativa eccezione^[1]. Sul punto la giurisprudenza e la dottrina sono divise.

I giudici di legittimità sono da tempo solidamente orientati ad affermare la sussistenza della giurisdizione speciale^[2]. Alla stregua di tale indirizzo la questione relativa alla prescrizione viene inquadrata come una controversia sull'*an* del tributo, in quanto tale soggetta alla cognizione del giudice naturale dell'obbligazione tributaria^[3], con la conseguenza che il giudice delegato può solo ammettere il credito con riserva^[4].

Questa impostazione non sembra condivisa dalla dottrina che da sempre ne mette in luce le asperità. La soluzione pretoria, innanzitutto, pone il problema di stabilire quale atto il curatore possa formalmente impugnare in Commissione tributaria. Alcuni autori rilevano come l'atto da impugnare non possa essere costituito dal titolo posto alla base della domanda di ammissione al passivo (l'avviso di accertamento o la cartella esattoriale, per in-

tenderci), in quanto trattasi di atto ritualmente notificato, immune da vizi e per il quale sarebbe ormai decorso il termine per impugnare^[5]. Altri addirittura escludono che il curatore possa accedere alla Commissione tributaria impugnando l'estratto di ruolo, dal momento che tale impugnativa è concessa dalla giurisprudenza a condizione che il credito contestato sia incorporato in una cartella mai notificata al contribuente^[6].

In questa prospettiva, inoltre, risulta incerta pure l'individuazione del *dies a quo* per la proposizione del ricorso^[7]. La dottrina osserva in proposito che quand'anche lo si possa riferire al deposito dell'istanza di ammissione al passivo, il ricorso in Commissione tributaria sarebbe poco compatibile con tempi del procedimento di verifica dei crediti^[8].

Una simile ricostruzione, è evidente, imbriglia la dinamica del fallimento. Il rischio è che le somme destinate a soddisfare il Concessionario, spesso accompagnate da privilegio, vengano accantonate senza poter essere distribuite agli altri creditori nell'attesa che la riserva venga sciolta, con gravi ripercussioni sulla durata e sull'efficacia della procedura concorsuale^[9].

Le Sezioni unite con la sentenza in commento ribaltano il precedente orientamento e scardinano il giogo creatosi tra le due giurisdizioni.

Il riconoscimento della giurisdizione ordinaria in materia di prescrizione dei crediti tributari, infatti, rimuove il limite derivante dalla difficoltà di individuare un atto im-

[1] Sul tema si v. i contributi di G. Glendi, *Eccezione di prescrizione in sede fallimentare tra giurisdizione tributaria e ordinaria*. [Nota a Cass. SS. UU. 24 dicembre 2019, n. 34447], in *Corr. Trib.*, 3, 2020, 280 e ss.; L. Di Nosse, *La competenza del giudice in tema di prescrizione di crediti tributari*, in *Il fallimentarista.it*, fasc., 2 novembre 2017; E. Stasi, *L'accertamento dei crediti tributari nell'ambito del fallimento nella giurisprudenza di legittimità*, in *Il Fallimento*, 5, 2018, 579 ss.; S. Capolupo, *Prescrizione dei crediti tributari nel fallimento*, in *Il Fisco*, 28, 2019, 2741 ss.

[2] Cass. civ. ss. uu. n. 14648 del 2017, in *Giustizia Civile Massimario*, 2017. Ma si v. pure: Cass. civ., sez. lav., n. 15717/2019 in *Guida al diritto*, 2019, 35-36, 36; Cass. civ., sez. 6, n. 21483/2015, in *Giustizia Civile Massimario*, 2015.

[3] In questi termini Cass. civ. SS. UU. n. 23832/2007, in *Giustizia Civile Massimario*, 2007, 11, laddove si afferma che l'attribuzione alla giurisdizione speciale delle controversie aventi ad oggetto tributi di ogni genere e specie “si estende ad ogni questione relativa all'*an* o al *quantum* del tributo, arrestandosi unicamente di fronte agli atti dell'esecuzione tributaria; ne consegue che anche l'eccezione di prescrizione, quale fatto estintivo dell'obbligazione tributaria, rientra nella giurisdizione del giudice che abbia giurisdizione in merito alla predetta obbligazione».

[4] La cognizione del giudice delegato è circoscritta all'accertamento della concorsualità del credito tributario, alla verifica della prova documentale allegata e della sussistenza dei privilegi invocati dal Concessionario (così E. Stasi, *op. cit.*, 581).

[5] L. Di Nosse, *op. cit.*

[6] G. Glendi, *op. cit.*, 283. Taluni invece ritengono di poter far leva sulla stessa domanda di insinuazione al passivo la quale produce effetti come la domanda giudiziale (L. Di Nosse, *op. cit.*), ma come osserva G. Glendi, *op. cit.*, 283, ciò significherebbe devolvere alla giurisdizione tributaria un accertamento negativo del credito contrario alla struttura impugnatoria del rito tributario.

[7] Rilevano tali criticità E. Stasi, *op. cit.*, 581; G. Glendi, *op. cit.*, 282; L. Di Nosse, *op. cit.*

[8] G. Glendi, *op. cit.*, 283. Secondo l'autrice la verifica della prescrizione si sovrapporrebbe ai poteri di gestione del curatore, il quale dovrebbe attivarsi a tutela della massa davanti alla Commissione Tributaria prima di avere l'esito dell'udienza di discussione.

[9] L. Di Nosse, *op. cit.*, paventa lo stesso rischio.

pugnabile e, più in generale, quella dipendenza processuale che si era venuta ad instaurare tra la procedura concorsuale ed il rito tributario, potendo oggi il g.d. decidere sull'eccezione di prescrizione nell'ambito della stessa sede fallimentare, senza più differire l'ammissione del credito. La decisione è coerente con quella corrente giurisprudenziale che devolve alla giurisdizione ordinaria talune controversie fiscalmente connotate, ritenendole estranee alla competenza delle Commissioni Tributarie. Si tratterebbe delle controversie in cui, sebbene sia in discussione l'applicazione di una norma tributaria, non viene in rilievo lo schema potestà-soggezione tipico del rapporto tributario^[10].

La prescrizione della pretesa erariale rientra tra queste: la contestazione del curatore, nella specie, non investe la sussistenza del potere impositivo, poiché il potere impositivo ha trovato valida espressione, a suo tempo, nel titolo su cui si fonda l'insinuazione al passivo. Egli piuttosto rivolge la censura al diritto di riscuotere il credito tributario nella procedura concorsuale, poiché quel credito, pur trovando valida espressione nell'esercizio del potere impositivo, si è estinto.

Per questa via riprende vigore la tesi sostenuta da quanti, distinguendo fra decadenza dal potere impositivo e prescrizione dell'obbligazione tributaria, affermano che le controversie relative alla decadenza rientrano nella competenza esclusiva delle Commissioni tributarie, poiché si collocano a monte dell'atto impositivo (avviso di accertamento, avviso di addebito o cartella di pagamento), mentre le controversie attinenti alla prescrizione appartengono alla competenza del giudice fallimentare in quanto situate a valle del titolo esattoriale^[11].

La ricostruzione si allinea perfettamente all'insegnamento sintetizzato nella sentenza [n. 114/2018](#) dalla Corte Costituzionale la quale, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità dell'[art. 57, d.p.r. n. 602/1973](#), ha individuato nella cartella di pagamento "la linea di demarcazione" fra le due giurisdizioni, ordinaria e speciale, assegnando alle Commissioni Tributarie le controversie sorte a monte della notifica della cartella di pagamento, al giudice ordi-

nario, (*sub specie* di giudice dell'esecuzione), le liti sorte a valle di tale notificazione.

3. Ampiezza e limiti della cognizione del giudice fallimentare

Il riconoscimento da parte della Cassazione della potestà giurisdizionale in capo al giudice delegato ha il pregio di rimuovere ad ampio raggio il condizionamento che si era venuto a creare tra fallimento e rito tributario. La sentenza sgombra il campo da ogni incertezza, non solo quando è in contestazione la prescrizione, ma ogniqualvolta il tributo (con le sue vicende estintive) intercetta la competenza del giudice delegato e del Tribunale fallimentare.

Ciò che si vuole dire, cioè, è che quando il curatore contesta la sussistenza del diritto di credito insinuato al passivo dall'Agente della Riscossione, il giudice fallimentare ha sempre il potere di dichiararne l'estinzione, qualsiasi sia il fatto che rende il tributo non più attuale nella sua consistenza oggettiva.

Il discorso, è ovvio, va circoscritto alle cause di estinzione che siano venute in rilievo successivamente alla notifica della cartella di pagamento, non potendo l'accertamento del giudice fallimentare vertere su fatti che precedono la formazione del titolo esattoriale, tanto meno su aspetti formali della sequela di riscossione.

In questa prospettiva tra i fatti estintivi che il giudice delegato potrebbe conoscere figurano, innanzitutto, gli effetti delle misure volte a favorire l'eliminazione del contenzioso tributario, come la rottamazione o lo stralcio delle cartelle di cui il contribuente (poi fallito) si sia avvalso; ma anche l'adempimento, una transazione fiscale o la compensazione con un controcredito del fallito, parimenti idonee ad incidere sull'esistenza del rapporto tributario^[12].

A rigore il giudice delegato dovrebbe poter accertare nella sede concorsuale anche la sopravvenuta carenza del titolo su cui si fondano i crediti tributari insinuati al passivo, vuoi per l'annullamento della cartella, ad opera del Concessionario in via di autotutela o da parte dei giudici tributari a seguito di impugnazione, vuoi per lo sgravio dei

[10] Si v. per tute Cass. sez. un. n. 7526/2013, in *Giustizia Civile Massimario*, 2013.

[11] L. Del Federico, *Profili di specialità ed evoluzione giurisprudenziale nella verifica fallimentare dei crediti tributari*, in *Il Fallimento*, 2009, 1369; A. Guiotto, *Vecchi orientamenti e nuove criticità nell'accertamento fallimentare dei crediti tributari*, in *Il Fallimento*, 2011, 1420.

[12] All'indomani delle Sezioni unite del 2017 la dottrina più attenta aveva messo in evidenza la difficoltà legata alla necessità di trasferire nella sede speciale anche le questioni attinenti al merito del rapporto tributario diverse dalla prescrizione, paventando il rischio di un aumento del contenzioso e di una dilatazione dei tempi della procedura concorsuale, a detrimento della difesa del fallito e degli interessi del ceto creditorio (si v. in proposito L. Di Nosse, *op. cit.*).

ruoli disposto dall'ente impositore^[13].

La ricostruzione che si propone è in linea con la sentenza [n. 114/2018](#) della Corte Costituzionale che, come si è avuto modo di vedere, individua nella notifica della cartella di pagamento la linea di demarcazione tra le due giurisdizioni (ordinaria e tributaria), senza porre limiti alla difesa del contribuente (fallito o *in bonis*) nell'una o nell'altra sede.

La lettura che si fornisce, inoltre, si conforma a quella dottrina che all'indomani della sentenza [n. 114/2018](#) ha contribuito alla individuazione di un catalogo di cause estintive da far valere davanti all'AGO, tutte riferibili al merito del rapporto tributario^[14].

Quanto sostenuto, infine, si sposa con l'essenza stessa del procedimento di verifica dello stato passivo e del successivo giudizio di opposizione, sedi entro le quali devono concentrarsi tutte le controversie relative ai diritti di credito vantati nei confronti del fallito, incluse quelle fiscalmente connotate.

In questa prospettiva non può verificarsi alcuno sconfinamento di giurisdizione. La ragione di questo assunto risiede nel [comma 5 dell'art. 96 l. fall.](#), che dispone espressamente l'efficacia soltanto endoprocedimentale del decreto di esecutività dello stato passivo e del decreto reso all'esito del giudizio di opposizione. Tale efficacia riposa sulla limitata funzione dell'accertamento del passivo, che non ha la pretesa di formare il giudicato sostanziale sul rapporto tra il fallito e il creditore, bensì la valenza di incidente di accertamento finalizzato all'esclusivo soddisfacimento del ceto creditorio^[15].

A parere di chi scrive, l'unico limite alla cognizione del giudice delegato e del Tribunale potrebbe porsi quando il curatore, oltre ad eccepire la prescrizione di alcuni crediti tributari si trovi a dover contestare anche il vizio di notifica di altre cartelle di pagamento. Qualche precisazione è utile per meglio chiarire quanto appena affermato.

Quando il Concessionario si insinua al passivo in forza di

una pluralità di cartelle di pagamento non è inusuale che le eccezioni del curatore siano eterogenee e puntino a scardinare la domanda di ammissione sotto più profili, anche di natura formale. È molto probabile, cioè, che per talune cartelle egli rilevi la prescrizione del credito, per altre eccepisca fatti estintivi diversi dalla prescrizione, per altre ancora è possibile che contesti l'esistenza stessa del titolo, lamentando un vizio nella notifica della cartella di pagamento. Ebbene, in questa ipotesi viene in rilievo un profilo dell'attività di riscossione rispetto al quale non sussiste la competenza del giudice fallimentare. Si tratta di una censura attratta alla competenza delle Commissioni Tributarie Provinciali le quali, per giurisprudenza ormai consolidata, hanno cognizione esclusiva sulle contestazioni relative alla regolarità formale del titolo della riscossione.

I segnali per una delimitazione in questi termini della giurisdizione tributaria provengono dalla sentenza resa a sezioni unite il [5 giugno 2017, n. 13913](#), in materia di espropriazione esattoriale dove si afferma che "le cause concernenti il titolo esecutivo, in relazione al diritto di procedere ad esecuzione forzata tributaria, si propongono davanti al giudice tributario". Il *trend* è stato consolidato dalla citata pronuncia della Corte Costituzionale che, si ribadisce, ha individuato nella notifica della cartella di pagamento la linea di demarcazione tra la giurisdizione ordinaria e la giurisdizione tributaria.

Coerentemente, ed in applicazione di tali principi alla procedura concorsuale, si deve concludere che se il curatore in sede di verifica del passivo contesta la notifica di una o più cartelle di pagamento, il G.D. dovrà comunque ammettere al passivo con riserva il credito incorporato nelle cartelle oggetto di contestazione, perché non può pronunciarsi su di esse. Il curatore, pertanto, dovrà agire dinnanzi alla Commissione Tributaria per far accertare il vizio di notifica del titolo e far valere l'eccezione di decadenza della pretesa impositiva. Solo a chiusura del giudizio dinanzi alla CTP sarà possibile distribuire le somme accantonate^[16].

^[13] Non v'è dubbio che la sopravvenuta caducazione del titolo, qualunque ne sia la ragione, costituisca un fatto rilevabile dal curatore a norma dell'[art. 95, comma 1 l. fall.](#), sindacabile in prima battuta dal giudice delegato e in sede di opposizione ex [art. 98 l. fall.](#), dal Tribunale. Anche ad avviso di G. Rocco, *La prescrizione dei crediti tributari nell'ambito del fallimento: ancora incerta la giurisdizione*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2, 2019, 847, e l'oggetto della controversia è la definitività del titolo la giurisdizione compete al giudice fallimentare. Secondo l'autore, infatti, il riscontro della sussistenza della definitività del titolo non è una pronuncia che verte sul rapporto tributario.

^[14] D. Longo, *La Corte Costituzionale ridisegna il confine tra ricorso al giudice tributario e opposizione all'esecuzione*, in *Il giusto processo civile*, 4, 2018, 1089 e ss.; G. Melis, F. Rasi, *Giurisdizione e processo esecutivo in materia tributaria: finalmente tutto risolto?*, in *Riv. es. forz.*, 4, 2018, 684.

^[15] I. Pagni, *Commento sub art. 96*, in *Codice commentato del fallimento*, a cura di Lo Cascio, 2008, 880.

^[16] Secondo G. Glendi, *op. cit.*, 280, lo stesso trattamento processuale deve applicarsi nel caso in cui la domanda di insinuazione al passivo interviene quando non è ancora decorso il termine per la notifica della cartella. In questa ipotesi, il curatore può immediatamente contestare la pretesa, impugnando il ruolo davanti al giudice tributario, con conseguente ammissione del credito con riserva. In giurisprudenza si v. Cass. sez. VI, n. 4631/2015; Cass. sez. I, [n. 23576/2017](#).

È evidente che un sistema così congegnato mette in discussione le appaganti conclusioni cui sono giunte le Sezioni unite in tema di prescrizione. Siamo di fronte ad uno scenario in cui la giurisprudenza sposta la reazione del curatore ora davanti alla giurisdizione ordinaria (*sub specie* di Tribunale fallimentare), ora davanti alla giurisdizione tributaria a seconda del motivo di contestazione^[17].

Il risultato è chiaro: quando il curatore si trova a dover formulare contro la domanda del Concessionario una pluralità di censure, talune formali, altre di merito, alcune di pertinenza della giurisdizione tributaria, altre accettabili direttamente nella sede fallimentare, il successo della procedura concorsuale sarà nuovamente condizionato dai tempi della giustizia tributaria.

4. Riflessioni conclusive: conseguenze sull'esecuzione individuale

La pronuncia in commento, pur interessando da vicino il settore concorsuale, ridonda favorevolmente nel campo dell'esecuzione individuale e, più precisamente in quello della espropriazione esattoriale dove non di rado il debitore che invoca la prescrizione dei crediti tributari si è trovato disarmato, senza mezzi processuali idonei a paralizzare il pignoramento del concessionario.

Ricordiamo che fino alla pronuncia della Corte costituzionale dell'1 giugno 2018 il quadro normativo non offriva all'esecutato alcun rimedio per contestare la prescrizione maturata dopo la notifica della cartella di pagamento^[18]. Da un lato, la giurisdizione tributaria era indifferente ai fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esattoriale, dall'altro la giurisdizione ordinaria era inaccessibile al debitore. Quest'ultimo poteva adire il tribunale solo per contestare l'impignorabilità dei beni a norma dell'[art. 615, comma 2 c.p.c.](#) o per far valere le irregolarità del pignoramento esattoriale facendo leva sull'[art. 617](#)

[comma 2, c.p.c.](#) Per bilanciare la compressione dei diritti dell'esecutato il [d.p.r. 602/1973](#) contemplava unicamente la possibilità di chiedere il risarcimento del danno subito in conseguenza di un'espropriazione illegittima^[19].

La dottrina più attenta non ha esitato a segnalare la stortura presente nel sistema esattoriale, ora evidenziando la necessità di un intervento della Consulta^[20], ora formulando soluzioni processuali in grado di garantire al debitore una congrua difesa. Vi era chi proponeva una lettura adeguatrice dell'[art. 57 d.p.r. 602/1973](#) e suggeriva di proporre l'opposizione all'esecuzione dinanzi al giudice ordinario al fine di ottenere una immediata sospensione dell'espropriazione, per poi riservare il merito della controversia al giudice tributario, dinanzi al quale il giudizio avrebbe dovuto proseguire attraverso il meccanismo della *traslatio iudicii*^[21]. Altri invece consigliavano di adire entrambi i giudici, quello speciale e quello ordinario, confidando nella pronuncia definitiva del giudice si ritenesse munito di giurisdizione^[22].

Per colmare il vuoto di tutela qualche giudice di merito ha arditamente ammesso l'opposizione all'esecuzione ex [art. 615, comma 2, c.p.c.](#), cominciando a tratteggiare uno spazio processuale entro il quale far valere i fatti estintivi del credito tributario maturati successivamente alla notifica della cartella di pagamento^[23]. Tali decisioni hanno legittimato in via di fatto l'esercizio della giurisdizione ordinaria in materia tributaria, muovendosi in evidente controtendenza rispetto all'orientamento che conferiva in via esclusiva alla giurisdizione speciale la competenza a conoscere di tutte le vicende relative al rapporto col fisco, inclusa la prescrizione della pretesa erariale^[24]. La svolta si è avuta con la citata sentenza della Corte Costituzionale che ha dichiarato illegittimo l'[art. 57 d.p.r. 602/1973](#) «nella parte in cui non prevede che, nelle controversie che riguardano gli atti dell'esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamen-

[17] S. Chiarloni, *Il discutibile ampliamento dell'opposizione all'esecuzione in materia tributaria conseguente all'intervento della Corte Costituzionale*, in *Giurisprudenza it.*, dicembre 2018, 2666, aveva manifestato le medesime perplessità con riferimento all'esecuzione individuale, dove il riparto di giurisdizione cui si perviene con la sentenza [n. 114/2018](#) è fonte di preoccupazione per le conseguenze in termini di effettività della tutela giurisdizionale.

[18] cfr. [art. 57 d.p.r. 603/1972](#).

[19] Tale dovendosi qualificare l'espropriazione eseguita sulla base di crediti prescritti. Cfr. [art. 59 d.p.r. 602/1973](#). Nella giurisprudenza si v. Cass. civ., sez. III, sentenza del [20 marzo 2014, n. 6521](#).

[20] A. Scala, *La tutela del contribuente nella riscossione coattiva*, in *Rass. Trib.*, 5, 2008, 1299 e ss.

[21] D. Longo, *La nuova disciplina delle opposizioni esecutive nella riscossione coattiva in base a ruolo (o avviso di accertamento o di addebito)*, in *www.cosmag.it*.

[22] E. Belli Contarini, *Opposizione all'esecuzione esattoriale illegittima per eventi sopravvenuti*, in *Corr. Trib.*, 6, 2015, 454 e ss.

[23] Paradigmatica a riguardo è la pronuncia del Trib. Salerno, 11 febbraio 2013, che ha ritenuto «sempre proponibile l'opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#) ove si intenda contestare l'inesistenza del diritto dell'ente impositore e, per esso, del concessionario a procedere ad esecutivamente ... per fatti sopravvenuti alla formazione del titolo esecutivo o per assoluta carenza del titolo legittimante».

[24] Si v. per tutte Cass. civ., [n. 23832/2007](#), cit.

to o all'avviso di cui all'[art. 50 del D.P.R. n. 602 del 1973](#), sono ammesse le opposizioni regolate dall'[art. 615 del codice di procedura civile](#)".

La censura costituzionale ha formalmente legittimato la reazione del debitore per fatti sopravvenuti alla notifica della cartella di pagamento, rendendo concretamente possibile che l'autorità giudiziaria ordinaria (ora nelle vesti del giudice dell'esecuzione, ora nelle vesti del giudice fallimentare) dichiarasse estinto il credito tributario. Le Sezioni unite, con la sentenza in commento, sanciscono per la prima volta l'applicazione del principio alla sede concorsuale, ma vanno ben oltre questo risultato, perché preparano l'assetto al quale dovrebbe adeguarsi la giurisprudenza successiva, e non solo in materia fallimentare. La pronuncia dovrebbe fare da apripista ai giudici ordinari che si troveranno davanti alla medesima questione nel corso di un'esecuzione individuale: in questa diversa sede, il G.E. investito dell'opposizione all'esecuzione

dovrebbe sospendere il pignoramento a norma dell'[art. 60 d.p.r. 602/1973](#) (in combinato disposto con l'[art. 624 c.p.c.](#)), e concedere un termine per l'iscrizione a ruolo del giudizio di merito. Il Tribunale, investito del merito, facendo propria la nuova regola in punto di giurisdizione, sarà così nella condizione di accertare la prescrizione dei crediti tributari contestati e di dichiarare l'inesistenza del diritto di procedere ad esecuzione forzata (*rectius*: a riscossione coattiva).

Il quadro che ne deriva è di chiaro impatto: il debitore erariale avrà dalla sua non già un rimedio risarcitorio postumo ed eventuale, ma uno strumento di tutela immediato e sicuro. Egli non sarà costretto a duplicare l'azione per il timore di una dichiarazione di inammissibilità, né rischierà che il giudice dell'esecuzione, ritenendosi privo di giurisdizione, rimetta le parti dinanzi al giudice speciale: l'opposizione sarà avviata ed esaurirà il suo corso dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria[25].

[25] In questa direzione si è orientato di recente il Giudice dell'esecuzione del Tribunale di Catania. Con ordinanza del 26 febbraio 2020 ha dichiarato inammissibile l'opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#) promossa dal debitore per contestare la prescrizione dei crediti tributari sottesi al pignoramento esattoriale. La dichiarazione di inammissibilità si regge sulla contemporanea pendenza di un ricorso in Commissione Tributaria promosso avverso un avviso di mora e fondato sulle medesime ragioni che avevano indotto il debitore ad apporsi all'atto di pignoramento (la prescrizione dei crediti tributari). Si legge nell'ordinanza del Tribunale di Catania che «se nessun avviso di mora fosse mai stato notificato, [il debitore] avrebbe potuto far valere la fattispecie estintiva innanzi al Giudice ordinario, in mancanza di una tutela residua innanzi al Giudice Tributario». Nella specie, in definitiva, poiché l'atto da impugnare esisteva e andava rintracciato nell'avviso di mora (notificato prima del pignoramento ed opposto nella sede speciale), la via dell'opposizione all'esecuzione nella sede ordinaria è stata preclusa. Viceversa sarebbe stata possibile, in linea con le indicazioni delle Sezioni unite, laddove il pignoramento non fosse stato preceduto dall'avviso di mora ed avesse costituito il primo atto contro il quale sollevare l'eccezione di prescrizione.

NOTIFICAZIONE: PRINCIPI ED EVOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE

Operatività e limiti del principio di scissione soggettiva degli effetti della notificazione

di Mario Golia

DEL 22 APRILE 2020

Sommario

1. Premessa introduttiva
2. La scissione soggettiva degli effetti della notifica nella giurisprudenza della Corte costituzionale: da regola del caso concreto a principio generale della materia
3. L'intervento del legislatore e il principio della scissione soggettiva degli effetti nella c.d. notifica in proprio a mezzo posta
4. L'estensione alle nuove forme. La notifica con modalità telematica e la sentenza della Corte costituzionale n. 75 del 2019
5. Principio di scissione ed effetti sostanziali e processuali degli atti
 - 5.1 Principio di scissione e atti unilaterali recettizi
 - 5.2. Principio di scissione ed effetti sostanziali degli atti processuali
 - 5.2.1 Principio di scissione e interruzione della prescrizione nell'azione revocatoria
 - 5.2.2 Principio di scissione e interruzione della prescrizione nelle azioni risarcitorie
6. Conclusioni

1. Premessa introduttiva

La significativa (e ormai nota) incidenza dell'innovazione tecnologica sul processo civile non ha lasciato immune il sistema, tanto pragmatico quanto cruciale, delle notificazioni^[1].

Emblematica, a tal proposito, è la diffusione del sistema di notifica a mezzo pec che ha impegnato, a diversi livelli, la giurisprudenza più recente inducendola a riprendere principi ormai consolidati per i tradizionali strumenti e a riadattarne, all'uopo, la morfologia nel suo complesso.

Una tappa rilevante, in tale processo, è la nota sentenza della Corte costituzionale n. 75 del 2019^[2], intervenuta proprio a chiarire il ruolo e la portata, in relazione alle notifiche telematiche, di uno dei più significativi principi elaborati in *subiecta materia*: il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione.

Quella appena segnalata rappresenta solo una delle tante tappe fondamentali di un'evoluzione pretoria - a più livelli - tuttora *in fieri* che ha investito (e continua ad investire) i più variegati profili del tema, annoverando tra i prin-

[1] La letteratura in tema di notificazioni, seppur in gran parte risalente, è relativamente vasta ed eterogenea. Si segnalano, *inter alia* e senza pretesa alcuna di esaustività, i contributi di: Minoli, *Le notificazioni nel processo civile*, Milano, 1938; Bolaffi, *Notificazione giudiziale e stragiudiziale*, in *Noviss. Dig. It.*, VIII, 1939, pagg. 112 e ss.; Redenti, *Struttura della citazione e delle notificazioni*, in *Giur. it.*, 1949, I, 1, pagg. 643 e ss.; Bignardi, *Notificazione degli atti processuali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, pagg. 219 e ss.; Chicco, *Orario di uffici pubblici e tempo delle notificazioni*, in *Giur. it.*, 1956, I, 2, pagg. 308 e ss.; Carnacini, *Ancora una vittima delle notificazioni per posta*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, pagg. 1005 e ss.; Punzi, *La notificazione degli atti nel processo civile*, Milano, 1959; Id., *Delle comunicazioni e notificazioni*, in *Commentario del codice di procedura civile diretto da Allorio*, II, Torino, 1973, pagg. 1439 e ss.; Id., voce *Notificazione* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. Dir.*, Milano, 1978, pagg. 645 e ss.; Martinetto, *Notificazione (Diritto processuale civile)*, in *Noviss. Dig. It.*, IX, 1965, pagg. 395 e ss.; La China, *Notificazione (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, XXI, 2000, pagg. 3 e ss.; Balena, *Notificazione e comunicazione*, in *Dig. civ.*, XII, Torino, 1995, pagg. 261 e ss.; Corsini, *Art. 149*, in Chiarloni (a cura di), *Le recenti riforme del processo civile*, I, Bologna, 2007, pagg. 117 e ss.; Frassinetti, *La notificazione nel processo civile*, Giuffrè, 2012; Di Marzio-Matteini Chiari, *Le notificazioni e i termini nel processo civile*, Milano, 2014.

[2] Corte costituzionale, 9 aprile 2019, n. 75, in *Foro it.*, 2019, II, 1, 3449; ma pubblicata anche in *Giur. cost.*, II, 2019, pagg. 913 e ss., con commento di Punzi, *I limiti di orario nelle notificazioni eseguite con modalità telematiche*; in *Riv. dir. proc.*, 2019, III, pagg. 908 e ss., con nota di Trinchì, *Il tempo delle notificazioni a mezzo pec*; in *Dir. e prat. trib.*, 2019, VI, pagg. 2627 e ss. con nota di Campodonico, *Un principio invincibile? La scissione degli effetti della notifica tra vis expansiva e notifiche via pec*.

cipali protagonisti del progressivo processo ermeneutico non solo le giurisprudenze di merito e di legittimità ma anche (e soprattutto) quella costituzionale.

Risulta quindi attuale e opportuno tributare qualche spunto di riflessione al principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione anche al fine di provare a meglio delinearne, alla luce della complessiva evoluzione giurisprudenziale, il perimetro operativo e i relativi limiti. Segnalate le tappe genetiche ed evolutive più rilevanti, l'indagine si svilupperà su due piani, considerato che l'ambito operativo andrà individuato sia con riguardo ai principali strumenti di notifica sia in relazione alla tipologia di effetti che vengono direttamente interessati dall'applicazione della regola in commento.

2. La scissione soggettiva degli effetti della notifica nella giurisprudenza della Corte costituzionale: da regola del caso concreto a principio generale della materia

Il principio della scissione soggettiva degli effetti della notificazione ha origine pretoria ed è stato oggetto di significativa attenzione della Corte costituzionale che, dopo averlo plasmato quale regola specifica per la materia delle notifiche all'estero, ne ha, in breve tempo, elevato lo *status* a principio di portata generale.

Va premesso che originariamente vigeva la regola generale per cui la notifica si perfezionava al momento della conoscenza o conoscibilità legale dell'atto da parte del destinatario. La notificazione, sotto il profilo teorico, veniva considerata come una fattispecie a formazione progressiva idonea a perfezionarsi e a produrre effetti per tutti i soggetti coinvolti solo con la conoscenza o conoscibilità legale da parte del destinatario.

La rilettura di una simile impostazione dogmatica è stata effettuata dal Giudice delle leggi valorizzando, in una prima fase, la portata precettiva dell'[art. 24 della Costituzione](#) e, più di recente, la potenzialità espansiva - sotto il profilo ermeneutico - del principio di ragionevolezza, espresso dall'[art. 3 della Costituzione](#).

La *ratio* sottesa alla regola della scissione soggettiva degli effetti della notifica è stata per la prima volta espressa nella sentenza della Corte costituzionale [n. 10 del 1978](#) la quale ha affermato l'illegittimità rispetto all'[art. 24](#) del dettato fondamentale della formulazione dell'[art. 143, ultimo comma, c.p.c.](#)^[3].

La norma veniva, per una prima volta, censurata nella parte in cui non prevedeva che, con riguardo alla operatività della notifica nei confronti del destinatario non residente, né dimorante, né domiciliato nel territorio della Repubblica, la sua applicazione fosse subordinata all'impossibilità di eseguire la notifica nei modi consentiti dalle convenzioni internazionali e dal [D.P.R. 5 gennaio 1967, n. 200](#), recante disposizioni sulle funzioni e sui poteri consolari (c.d. Regolamento consolare).

Per quanto qui d'interesse, seppur senza un richiamo *expressis verbis* alla regola della scissione, viene affermata la necessità che nel caso di notificazione all'estero le garanzie di conoscibilità dell'atto, da parte del destinatario, si coordinino con l'interesse del notificante a non vedersi addebitato l'esito intempestivo di un procedimento notificatorio parzialmente sottratto ai suoi poteri di impulso. Il principio si pone quindi a tutela del diritto di azione del notificante bilanciato con il contrapposto diritto di «conoscere per potersi difendere» in capo al destinatario, egualmente protetto dall'[art. 24 Cost.](#)

L'impostazione decisoria in ultimo descritta è ribadita dalla Corte costituzionale nella sentenza [n. 69 del 1994](#) con riguardo alla notifica all'estero di un provvedimento di sequestro *ante causam* ^[4]. In questa occasione, il Giudice delle Leggi ha coerentemente concluso affermando che la notifica si perfeziona per il notificante con il compimento delle sole formalità che non sfuggono alla sua disponibilità.

È stata quindi dichiarata l'illegittimità costituzionale - questa volta non solo in relazione all'[art. 24 della Costituzione](#) ma anche rispetto al principio di ragionevolezza di cui all'[art. 3 della Costituzione](#) - degli artt. 142, [terzo comma, 143, terzo comma, e 680, primo comma, c.p.c.](#), nella parte in cui non prevedono che la notificazione all'estero del decreto che autorizza il sequestro si perfezioni, ai fini dell'osservanza del prescritto termine, con il tempestivo compimento delle formalità imposte al notificante dalle convenzioni internazionali e dagli artt. 30 e 75 del citato Regolamento consolare.

Siffatta soluzione è stata confermata dalla sentenza [n. 358 del 1996](#), che - proprio in ragione della possibilità di una lettura della norma conforme al precedente e ritenendo ormai il principio consolidato per l'intera materia - ha dichiarato non fondata la questione di costituzionalità

[3] Corte costituzionale, [2 febbraio 1978, n. 10](#), in *Giur. it.*, 1978, I, pag. 1397 e in *Riv. corte conti*, 1978, pag. 1297.

[4] Corte costituzionale, [3 marzo 1994, n. 69](#), in *Giust. civ.*, 1994, I, pag. 1164; in *Riv. dir. internaz.*, 1994, pag. 193; in *Nuova giur. civ. commentata*, 1994, I, pag. 399; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1994, pag. 79; in *Giur. cost.*, 1994, pag. 740.

dell'art. 669-octies c.p.c., a proposito della notificazione all'estero dell'atto introduttivo del procedimento cautelare uniforme, introdotto dalla novella del 1990[5].

La consacrazione in termini di principio generale della regola *de qua* è avvenuta, qualche anno più tardi, con l'importante sentenza della Corte costituzionale n. 477 del 2002[6].

Con tale arresto, il Giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 149 c.p.c. e dell'art. 4, comma 3, l. n. 890 del 1982 nella parte in cui prevedeva che la notificazione a mezzo posta[7] si perfezionasse, per il notificante, alla data di rice-

zione dell'atto da parte del destinatario anziché a quella, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario. L'incostituzionalità della (precedente) formulazione normativa veniva affermata assumendo a parametro di riferimento sia il diritto di difesa (art. 24 Cost.) sia il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.). La Corte riscontrava la lesione del diritto del notificante di agire in giudizio, ritenendo altresì irragionevole la norma, poiché essa, così come *illo tempore* formulata, onerava l'attore (o ricorrente) del rischio dell'omessa o tardiva consegna dell'atto causata da disservizi del servizio postale a lui non imputabili in quanto del tutto estranei alla sua sfera di disponibilità[8].

[5] Corte costituzionale, 22 ottobre 1996, n. 358, in *Giust. civ.*, 1997, I, pag. 604; in *Foro it.*, 1997, I, pag. 1006; in *Giur. cost.*, 1996, pag. 3140; in *Cons. Stato* 1996, II, pag. 1699; in *Giur. it.* 1997, I, pag. 448; in *Giur. it.*, 1997, pagg. 10 e ss., con nota di De Cristofaro, *Sui termini per la notifica all'estero nel processo cautelare e sulla conseguente articolazione del procedimento iniziato inaudita altera parte*. Nel *dictum* della pronuncia viene rilevato che il meccanismo della notificazione all'estero, sotto il suo aspetto funzionale, è stato definitivamente modificato dalla precedente sentenza n. 69 del 1994, «la quale assume una valenza generale poiché trascende la specifica fattispecie oggetto di quel giudizio e coinvolge il complessivo sistema notificatorio degli atti processuali risultante dagli art. 142 e 143 c.p.c. delimitandone l'ambito di operatività, le modalità e i momenti di perfezionamento a seconda dei soggetti coinvolti e, soprattutto, a prescindere dal contenuto degli atti stessi». Pertanto, «la interpretazione dell'art. 669 octies, conforme all'intervento della Corte, consente di ritenere la norma denunciata immune dai prospettati vizi di incostituzionalità, in considerazione del fatto che la scissione soggettiva dei momenti di perfezionamento e di operatività della notificazione, ed il correlato principio di sufficienza del compimento di quelle formalità che non sfuggono alla disponibilità del notificante, elidono il supposto notevole aggravamento derivante dal segmento estero della notificazione a persona non residente né dimorante né domiciliata in Italia, facendo così ritenere il termine di 30 giorni congruo a soddisfare il diritto dell'attore ad un'adeguata e meditata predisposizione dell'atto introduttivo del giudice di merito, nel rispetto della generale esigenza di speditezza ontologicamente caratterizzante, anche nei suoi esiti, il procedimento cautelare uniforme».

[6] Corte costituzionale, 26 novembre 2002, n. 477, in *Giur. it.*, 2003, VIII-IX, pagg. 1549 e ss., con nota di Dalmotto, *La Corte manipola la norma sul perfezionamento della notifica postale: vecchie alternative e nuovi problemi*; in *Riv. dir. trib.*, 2003, II, pagg. 131 e ss., con nota di Lupi, *Sulla legittimità della costituzione in giudizio a mezzo posta, con spedizione degli atti entro i termini per la costituzione*; in *Guida al dir.*, 21 dicembre 2002, n. 48, pagg. 38 e ss., con nota di Gentile, *Passa il principio di scissione degli effetti tra attori e destinatari dell'atto giuridico*; in *Corriere giur.*, 2003, I, pagg. 23 e ss., con nota di Conte, *Diritto di difesa ed oneri della notifica. L'incostituzionalità degli artt. 149 c. p. c. e 4, 3° comma, legge 890/82: una «rivoluzione copernicana»?; in *Foro amm. TAR*, 2002, pagg. 2535 e ss.; in *Foro it.*, 2003, I, 13, con nota di Caponi, *La notificazione a mezzo posta si perfeziona per il notificante alla data di consegna all'ufficiale giudiziario: la parte non risponde delle negligenze di terzi*, pagg. 14 e ss. In tema si segnalano gli ulteriori contributi di Caponi, *Sul perfezionamento della notificazione nel processo civile (e su qualche disattenzione della corte costituzionale)*, in *Foro it.*, 2004, I, pagg. 646 e ss.; Id., *Sul perfezionamento della notificazione e l'iscrizione della causa a ruolo*, in *Foro it.*, 2004, I, pagg. 1321 e ss.*

[7] È opportuno ricordare che l'art. 107 del D.P.R., 15 dicembre 1959, n. 1229 (recante «ordinamento degli ufficiali giudiziari e degli aiutanti ufficiali giudiziari»), prevede l'obbligo per l'ufficiale giudiziario di avvalersi del servizio postale per la notificazione degli atti in materia civile ed amministrativa da eseguirsi fuori del Comune ove ha sede il suo ufficio, eccetto che la parte, per iscritto in calce o a margine dell'atto, chieda che la notificazione sia eseguita di persona. Viene poi riconosciuta la facoltà per tutti gli ufficiali giudiziari di «eseguire, a mezzo del servizio postale, senza limitazioni territoriali, la notificazione degli atti relativi ad affari di competenza delle autorità giudiziarie della sede alla quale sono addetti, del verbale di cui all'articolo 492-bis del codice di procedura civile e degli atti stragiudiziali». La più puntuale disciplina della notifica a mezzo posta è contenuta nella legge 20 novembre 1982, n. 890. Sulla figura dell'ufficiale giudiziario e le relative funzioni espletate si rinvia a: Marziale, *Ufficiale giudiziario*, in *Nov. dig. it.*, XIX, Torino, 1973, pagg. 1022 ss.; Buoncristiani, *Ufficiale giudiziario*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1992, pag. 530 ss. Per quanto concerne i diversi aspetti della notifica a mezzo posta si vedano: Cassisa, *Sulla notificazione per posta presso il domiciliatario*, in *Giust. civ.*, 1958, I, pagg. 1472 e ss.; Pera, *Questioni sulla notificazione a mezzo del servizio postale*, in *Riv. dir. proc.*, 1953, II, pagg. 40 e ss.; Greco, *Presupposti per la validità della notificazione per posta*, in *Arch. ric. giur.*, 1951, pagg. 796 e ss.; De Giacomo, *Prova della notificazione per posta*, in *Arch. ric. giur.*, 1948, 27; Florino, *In tema di notificazioni per mezzo del servizio postale (nullità-inesistenza)*, in *Foro it.*, 1971, I, pagg. 2285 e ss.; Caputo, *La notificazione a mezzo posta con consegna al portiere*, in *Giur. merito*, 1971, IV, pagg. 23 e ss.

[8] Di diverso avviso si era rivelato poco tempo prima il Massimo Consesso della giurisprudenza amministrativa con due pronunce gemelle. Il riferimento è a Consiglio di Stato, Ad. plen., 14 febbraio 2001, n. 1, pubblicata in: *Rass. Adv. Stato*, 2001, II, pag. 249; *Foro it.*, 2001, III, pagg. 221 e ss.; *Guida al dir.*, 2001, n. 12, pag. 103; *Foro Amm.*, 2001, pagg. 262 e ss. La seconda sentenza di rilievo è la successiva Consiglio di Stato, Ad. plen., 14 febbraio 2001, n. 2, pubblicata in: *Giust. civ.*, 2001, I, 1682 e in *Riv. giur. edil.*, 2001, I, pagg. 425 e ss. Dette pronunce hanno affermato il principio di diritto secondo cui «l'art. 149 c.p.c., nel silenzio del dettato normativo, va interpretato nel senso che la notifica a mezzo del servizio postale non si esaurisce con la spedizione dell'atto, ma si perfeziona con la consegna

Tale principio è stato nuovamente riaffermato due anni dopo dalla Corte costituzionale nella sentenza [23 gennaio 2004, n. 28](#)^[9]. L'ulteriore intervento del Giudice delle Leggi si è reso necessario per adeguare il sistema di notificazione a mani proprie del destinatario nella residenza, nella dimora o nel domicilio di questi alla regola introdotta con il precedente del 2002. È stato quindi vagliata la legittimità costituzionale, sempre rispetto ai parametri di cui agli artt. 3 e 24 Cost., del combinato disposto degli artt. 139 e 148 c.p.c. «nella parte in cui prevede che le notificazioni si perfezionino, per il notificante, alla data di perfezionamento delle formalità di notifica poste in essere dall'ufficiale giudiziario e da questi *attestate* nella relazione di notificazione, anziché alla data, antecedente, di consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario».

In quest'ultima sentenza è stato espressamente riconosciuto come a seguito dei numerosi interventi della giurisprudenza costituzionale, la regola avesse ormai assunto natura di vero e proprio principio generale della materia, capace di esplicare i suoi effetti a prescindere dalla tipologia di notifica cui si ricorre.

3. L'intervento del legislatore e il principio della scissione soggettiva degli effetti nella c.d. notifica in proprio a mezzo posta

L'evoluzione pretoria descritta ha indotto il legislatore a recepire, cristallizzandolo nel dato normativo, il principio in argomento. Sicché con l'entrata in vigore dell'[art. 2 della legge 28 dicembre 2005, n. 263](#), è stato aggiunto un ulteriore comma (il terzo) all'[art. 149 c.p.c.](#) in cui è stato espressamente previsto che «la notifica si perfeziona, per il soggetto notificante, al momento della consegna del plico all'ufficiale giudiziario e, per il destinatario, dal momento in cui lo stesso ha la legale conoscenza dell'atto». È d'uopo precisare che nonostante la lettera della norma faccia espresso riferimento alla «consegna del plico all'ufficiale giudiziario», il principio della scissione soggettiva degli effetti della notifica, previsto dall'[art. 149 c.p.c.](#), è da

ritenersi applicabile anche alla c.d. notificazione in proprio, effettuata, a norma della [legge 21 gennaio 1994, n. 53](#), dall'avvocato munito della procura alle liti e dell'autorizzazione del Consiglio dell'ordine cui è iscritto^[10]. La giurisprudenza di legittimità ritiene che in tale ipotesi, per stabilire la tempestività o la tardività della notifica, occorrerà tenere conto della data di consegna del plico all'agente postale incaricato del recapito secondo le modalità stabilite dalla [legge 20 novembre 1982, n. 890](#)^[11].

4. L'estensione alle nuove forme. La notifica con modalità telematica e la sentenza della Corte costituzionale n. 75 del 2019

Tanto premesso per quanto concerne i tradizionali mezzi di notifica (a mani proprie e a mezzo posta), andrà ora spesa qualche ulteriore considerazione circa l'applicazione del principio *de quo* nell'ambito delle notifiche telematiche, data la loro ormai nota diffusione.

È bene rammentare, a tal proposito, che l'[art. 4, comma 8, d.l. 29 dicembre 2009, n. 193](#), convertito, con modificazione, in [l. 22 febbraio 2010, n. 24](#), ha introdotto nel [codice di rito l'articolo 149 bis](#) che riconosce all'Ufficiale giudiziario, nei casi in cui non sia espressamente vietato dalla legge, la facoltà di eseguire la notificazione a mezzo posta elettronica certificata, «anche previa estrazione di copia informatica del documento cartaceo» (comma 1). In questa ipotesi, precisa la disposizione, «la notifica si intende perfezionata nel momento in cui il gestore rende disponibile il documento informatico nella casella di posta elettronica certificata del destinatario» (comma 3).

Un ruolo cruciale nella diffusione della notifica con modalità telematiche lo ha assolto, però, solo l'entrata in vigore del [d.l. 18 ottobre 2012, n. 179](#), convertito con modificazioni in [legge 17 dicembre 2012, n. 221](#). Siffatto articolo normativo ha novellato la [citata legge n. 53/1994](#) riconoscendo agli avvocati la facoltà di notificare atti in materia civile, amministrativa e stragiudiziale a mezzo della posta elettronica certificata, senza neppure la neces-

del relativo plico al destinatario, per cui la tempestività del ricorso è esclusivamente rilevabile dalla certificazione della data di tale consegna da parte dell'agente postale, essendo l'utilizzazione del servizio postale a rischio di chi lo richiede a titolo di (auto) responsabilità oggettiva. Il notificante, che pur può avvalersi di altri e più sicuri mezzi di notificazione, non può, pertanto, ove la notifica avvenga dopo il decorso del termine prescritto, dolersi di tale sua scelta e chiedere il beneficio dell'errore scusabile».

^[9] Corte cost., [23 gennaio 2004, n. 28](#), in *Giur. cost.*, 2004, V, pagg. 3269 e ss., con nota di Basilico, *La Corte costituzionale affronta ancora il problema delle notifiche*.

^[10] In forza dell'[art. 55, comma 1, legge 18 giugno 2009, n. 69](#), la facoltà di effettuare notifiche in proprio di cui alla [l. n. 53/1994](#) è riconosciuta anche all'Avvocatura dello stato. A questa si applicano però modalità esecutive specifiche, stante anche la non necessaria autorizzazione ai sensi degli artt. 1 e 7 della [l. n. 53/1994](#) del Consiglio dell'ordine per gli avvocati dello Stato.

^[11] Cass. civ., sez. III, [3 luglio 2014, n. 15234](#), in *Giust. civ. mass.*, 2014.

sità di acquisire la preventiva autorizzazione del Consiglio dell'ordine di appartenenza (ancora richiesta, però, come si è visto, per la notifica in proprio a mezzo posta, salvo che per l'Avvocatura dello Stato).

Più segnatamente, il neo introdotto [art. 3 bis, l. n. 53/1994](#), prevede che la notificazione deve essere eseguita a mezzo di posta elettronica certificata all'indirizzo risultante da pubblici elenchi, «nel rispetto della normativa, anche regolamentare, concernente la sottoscrizione, la trasmissione e la ricezione dei documenti informatici» ed utilizzando, esclusivamente, un indirizzo di posta elettronica certificata del notificante, anch'esso risultante da pubblici elenchi[12]. Il rinvio alla normativa secondaria per gli aspetti strettamente esecutivi della notifica impone di richiamare in questa sede, senza pretesa alcuna di esaustività e limitatamente alle fonti di maggior rilevanza, il [d.P.R. 11 febbraio 2005, n. 68](#) e il [D.P.C.M. 2 novembre 2005](#), recante regole tecniche per la formazione, la trasmissione e la validazione, anche temporale, della posta elettronica certificata.

Altre disposizioni di primaria importanza in *subiecta materia* sono contenute direttamente nella sezione VI (rubricata «Giustizia digitale») del [citato d.l. n. 179/2012](#). Proprio con riguardo a quest'ultimo articolato normativo, si segnala, per quanto qui di interesse, l'[art. 16-septies](#)[13] il quale rinvia agli orari previsti dall'[art. 147 c.p.c.](#) per quanto concerne il tempo in cui può eseguirsi la notifica, precisando altresì che, se la ricevuta di avvenuta consegna viene generata dopo le ore 21,00, la notificazione a mezzo pec si intende perfezionata per il destinatario alle ore 7 del giorno successivo. La *ratio* posta a fondamento del divieto di notifica per via telematica oltre le ore 21 è da individuarsi nella necessità di tutelare la sfera privata del destinatario, salvaguardandone «il diritto al riposo in una fascia oraria (dalle 21 alle 24) in cui egli sarebbe stato, altrimenti, costretto a continuare a controllare la propria cassetta di posta elettronica».

La disposizione è stata tuttavia sottoposta, di recente, al vaglio di legittimità costituzionale. Con la citata pronun-

cia n. 75 del 2019, il Giudice delle leggi ha sancito l'illegittimità costituzionale del citato articolo nella parte in cui prevede che la notifica eseguita con modalità telematiche la cui ricevuta di accettazione è generata dopo le ore 21 ed entro le ore 24 si perfeziona per il notificante alle ore 7 del giorno successivo, anziché al momento di generazione della predetta ricevuta.

Pur prendendo atto della nobile funzione assolta dalla limitazione temporale posta alla esecuzione della notifica al domicilio digitale, la Corte non ritiene giustificato il differimento nel tempo degli effetti giuridici della stessa nei riguardi del mittente. A quest'ultimo, verrebbe impedito di «utilizzare appieno il termine utile per approntare la propria difesa» (che in forza dell'[articolo 155 c.p.c.](#) va computato in giorni con termine allo spirare della mezzanotte dell'ultimo giorno), «senza che ciò sia funzionale alla tutela del diritto al riposo del destinatario e nonostante che il mezzo tecnologico lo consenta».

Ne risulterebbe, pertanto, leso, in primo luogo, il diritto di difesa del notificante che non potrebbe confidare nella fruizione completa dei termini per l'esercizio dell'azione in giudizio.

Tenendo altresì conto della significativa eterogeneità del sistema telematico di notificazione rispetto a quello tradizionale, «legato "all'apertura degli uffici" da cui prescinde del tutto invece la notificazione con modalità telematica», una limitazione delle potenzialità del modello risulterebbe lesivo del legittimo affidamento che il notificante ripone «nelle potenzialità tutte del sistema tecnologico (che lo stesso legislatore ha ingenerato immettendo tale sistema nel circuito del processo)».

Nell'effettuare il bilanciamento tra i descritti interessi in gioco (quello del destinatario al riposo - da un lato - e quello del notificante allo sfruttamento incondizionato del proprio diritto ad agire - dall'altro), la Corte rinviene il giusto baricentro nell'applicazione del principio generale di scindibilità soggettiva degli effetti della notificazione. Conclude quindi affermando che solo l'estensione del principio *de quo* anche alla notifica effettuata con modali-

[12] I pubblici elenchi sono individuati dall'[art. 16 ter dello stesso d.l. 179/2012](#) che rinvia a sua volta ad altri atti normativi. Peculiare è la vicenda che di recente ha riguardato la validità delle notifiche effettuate su indirizzi estratti dall'Indice Nazionale degli Indirizzi di Posta Elettronica Certificata (INI-PEC) e la qualificabilità di questo in termini di pubblico elenco. Con la discussa sentenza [8 febbraio 2019, n. 3709](#), la terza sezione civile della Cassazione aveva ritenuto valida ed efficace esclusivamente la notifica effettuata a mezzo pec dal difensore su indirizzo risultante dal Registro Generale degli Indirizzi Elettronici (ReGIndE), giungendo ad opposta conclusione con riguardo agli indirizzi estratti da INI-PEC. La pronuncia suscitò non poche polemiche soprattutto in seno alla categoria forense. Sicché la Corte è intervenuta con una nuova ordinanza (Cass. civ., sez. VI- 3, Ord., (ud. 14/11/2019) [15 novembre 2019, n. 29749](#)) con cui ha corretto l'errore (discutibilmente qualificato come «materiale»), così riconoscendo la validità delle notifiche effettuate agli indirizzi INI-PEC.

[13] L'articolo è stato inserito dall'[art. 45-bis, comma 2, lettera b\), del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90](#) («Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari»), convertito, con modificazioni, dalla [legge 11 agosto 2014, n. 114](#).

tà telematiche «consente la *reductio ad legitimitatem* della norma censurata».

5. Principio di scissione ed effetti sostanziali e processuali degli atti

Tracciato l'ambito operativo del principio con riguardo ai più significativi strumenti di notifica, occorrerà ora individuare in relazione a quale *parterre* di effetti il principio opera, passando così alla trattazione del secondo profilo di indagine preannunciato in premessa.

Più segnatamente, il principale interrogativo a cui si tenderà di offrire una risposta è se l'operatività del principio debba considerarsi circoscritta ai soli effetti processuali di atti giudiziali di parte o possa essere ampliata anche agli effetti sostanziali da essi prodotti; e ancora, se l'estensione operativa possa addirittura giungere ad investire anche atti stragiudiziali che producono, conseguentemente, effetti meramente sostanziali.

5.1 Principio di scissione e atti unilaterali recettizi

All'ultima categoria citata afferiscono, *inter alia*, quegli atti di natura negoziale la cui notifica, con la conseguente conoscenza (o conoscibilità) del destinatario, è idonea a produrre effetti (sostanziali) nella sfera giuridica di questi, anche a prescindere da un eventuale (istaurato o istaurando) rapporto processuale (atti stragiudiziali)[14].

Un classico esempio sono le dichiarazioni unilaterali recettizie.

Va evidenziato che, in relazione a questa tipologia di atti, il principio *de quo* troverebbe un limite proprio nella disciplina sostanziale di cui agli articoli 1334 e 1335 c.c. i quali subordinano la produzione degli effetti da parte di tali atti alla conoscenza o alla conoscibilità del destinatario. La c.d. teoria dell'atto recettizio prevede infatti che la fattispecie si perfezioni solo con la consegna. Prima di essa, la fattispecie è incompleta e una fattispecie incomple-

ta non può produrre effetti.

Pertanto, la giurisprudenza, questa volta di legittimità, si è trovata di fronte alla necessità di operare un nuovo bilanciamento: da un lato, il diritto del notificante a vedersi riconosciuto il concretizzarsi del proprio diritto senza che gli venga addebitato il rischio derivante da eventuali impedimenti o ritardi, indipendenti dalla sua sfera di disponibilità e intervento; dall'altro, la garanzia almeno della conoscibilità dell'atto, non solo quale tutela per il destinatario ma anche quale momento in cui si configura pienamente la fattispecie di cui agli articoli 1334 e 1335 c.c. A riguardo, la Cassazione ha ritenuto prevalente il secondo interesse in ragione della peculiare conformità operativa degli atti unilaterali recettizi.

A tal proposito, si è osservato che, affinché possa operare la presunzione di conoscenza della dichiarazione diretta a persona determinata stabilita dall'art. 1335 c.c., «occorre la prova, il cui onere incombe al dichiarante, che la stessa sia stata recapitata all'indirizzo del destinatario, e cioè, nel caso di corrispondenza, che questa sia stata consegnata presso tale indirizzo»[15].

Sicché, alla luce della pregnante portata di tale presunzione, la giurisprudenza di legittimità ha considerato insufficiente il tentativo di recapito ad opera dell'agente postale «tutte le volte in cui questo, ritenuto - sia pure a torto - il destinatario sconosciuto all'indirizzo indicato nella raccomandata, ne abbia disposto il rinvio al mittente, stante la mancanza, in casi siffatti, di ogni concreta possibilità per il soggetto al quale la lettera è diretta, di venirne a conoscenza»[16].

Va segnalato che tale restrittivo orientamento postula la sussistenza dell'ulteriore presupposto per cui il principio della scissione soggettiva della notificazione è stato implicitamente circoscritto dalla stessa Corte costituzionale ai soli atti processuali (anche in ragione della ritualità dei mezzi di notifica) e una sua estensione fuori da tale ambito sarebbe in contrasto con il principio generale di certez-

[14] Va premesso che, con riguardo agli atti stragiudiziali in generale, non sempre è richiesta dall'ordinamento la notifica a mezzo ufficiale giudiziario. Sicché quando il dato normativo ricorre all'espressione «notifica» lo fa, talora, in senso lato per intendere qualsiasi attività mediante la quale un soggetto porta qualcosa a conoscenza di un altro. Nel codice civile, si rilevano diverse disposizioni che fanno specifico riferimento alla notifica di atti di per sé stragiudiziali e su cui la giurisprudenza si è sovente interrogata circa la necessità di una notifica (in senso stretto) attraverso l'Unep oppure con libertà di forme. A tal proposito, con riguardo all'art. 782, comma 2, c.c. che prevede ai fini del perfezionamento della donazione la notifica al donante dell'accettazione da parte del donatario, si ritiene che questa debba necessariamente avvenire a mezzo ufficiale giudiziario (cfr. Cass. civ., sez. II, 14 settembre 1991, n. 9611, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, pag. 235 e in *Arch. civ.*, 1992, pag. 271, secondo la quale: «la notifica al donante dell'accettazione del donatario deve essere eseguita esclusivamente a mezzo di ufficiale giudiziario, non essendo ammessi equipollenti»). Può avvenire invece con forme libere la notifica della cessione del credito ai sensi dell'art. 1264 c.c. (cfr. Cass. civ., sez. V, ord., 7 novembre 2018, n. 28390 Cass. civ., sez. III, 28 gennaio 2014, n. 1770, in *Leggid'Italia*).

[15] Cass. civ., sez. III, 8 giugno 2012, n. 9303, in *CED Cassazione*, 2012.

[16] Ivi.

za dei rapporti giuridici, compromettendo *contra litteram legis* la teoria dell'atto recettizio[17].

Seguendo una simile impostazione, è stata quindi esclusa l'operatività del principio nel caso della dichiarazione con cui il conduttore esercita il proprio diritto di riscatto dell'immobile locato ai sensi della [legge 27 luglio 1978, n. 392, art. 39](#)[18]. Egualmente, il principio *de quo* è stato considerato non operativo nell'ipotesi del c.d. retratto in materia agraria previsto dalla [legge 26 maggio 1965, n. 590, art. 8](#), ossia quella dichiarazione unilaterale recettizia di carattere negoziale idonea a determinare autoritativamente *ex lege* l'acquisto dell'immobile a favore del retraente[19].

5.2. Principio di scissione ed effetti sostanziali degli atti processuali

Alla luce dell'appena menzionato orientamento con riguardo agli effetti sostanziali di atti stragiudiziali, la giurisprudenza si è anche interrogata se una simile restrittiva impostazione possa riguardare, in via generale e astratta, anche gli effetti sostanziali derivanti dalla notifica di atti (di parte) aventi valenza processuale.

Com'è noto, alla notifica dell'atto introduttivo del giudizio possono conseguire, generalmente, una serie di effetti sia sostanziali[20] che processuali[21].

Estremizzando la portata dell'impostazione più restrittiva, già segnalata con riguardo agli atti stragiudiziali, si potrebbe giungere alla conclusione che il principio di scissione soggettiva sarebbe in grado di incidere solo sugli effetti processuali della domanda, non riguardando invece gli effetti sostanziali.

Al contrario, valorizzando un'impostazione incline a conferire maggiore uniformità alle conseguenze derivanti dalla notifica, si potrebbe giungere a sostenere che il principio *de quo* opera egualmente sia con riguardo agli effetti sostanziali che agli effetti processuali dell'atto contenente la domanda giudiziale.

5.2.1 Principio di scissione e interruzione della prescrizione nell'azione revocatoria

Cruciale banco di prova, a proposito, è rappresentato dal dibattito sull'applicabilità del principio in argomento in relazione all'effetto interruttivo della prescrizione conseguente alla «notificazione dell'atto con il quale si inizia un giudizio» secondo la previsione di cui all'[art. 2943 c.c., comma 1](#).

Ci si è chiesti, in sostanza, se, anche ai fini della interruzione della prescrizione, per il notificante sia da considerarsi come rilevante il momento della consegna dell'at-

[17] È stato rilevato come il timore di un pregiudizio per il superiore principio della certezza delle situazioni giuridiche, alla base di alcune remore giurisprudenziali e dottrinali verso la regola della scissione degli effetti, può essere dominato se si considera che, in realtà, quest'ultima «comporta una distinzione tra l'*an* e il *quando* degli effetti della notifica. Invero: a) se la notifica non si perfeziona, la notifica non produce effetto alcuno e decadono anche gli effetti provvisoriamente prodotti: se non si realizza l'*an*, è inutile pure discutere del *quando*; b) se la notifica si perfeziona, gli effetti di essa retroagiscono per il notificante al momento in cui ha consegnato all'ufficiale giudiziario (ma lo stesso discorso vale per le notifiche a mezzo posta) l'atto da notificare. In altri termini, tale consegna produce per il notificante effetti immediati e provvisori, che si stabilizzano e diventano definitivi se e solo se la notifica viene validamente perfezionata» (v. Cass. civ., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822, in *Guida dir.*, 2016, 15, pagg. 42 e ss. e in *Foro it.* 2016, 3, I, pagg. 893 e ss. Quest'ultima pronuncia giunge comunque alla conclusione che il principio di scissione soggettiva non può essere applicato agli atti unilaterali recettizi (stragiudiziali) essendo precluso dal legislatore che nella previsione di cui all'[art. 1335 c.c.](#) ha già effettuato un bilanciamento a favore del destinatario.

[18] Cass. civ. sez. III, 8 giugno 2012, n. 9303, cit., va segnalato che nel caso trattato da questa pronuncia il diritto di riscatto è stato esercitato con la notifica della domanda giudiziale di accertamento del trasferimento di proprietà.

[19] Cass. civ., sez. III, 8 novembre 2007, n. 23301, in *Mass. giur. it.*, 2007; Cass. civ., sez. III, 27 settembre 2006, n. 20948, in *Obbl. e contr.*, 2006, XII, pagg. 966 e ss.

[20] Gli effetti sostanziali sono rappresentati: i) dalla costituzione in mora ([art. 1219 c.c.](#)); ii) dalla dichiarazione di volersi avvalere dell'eventuale clausola risolutiva espressa ([art. 1456 c.c.](#)); iii) dall'interruzione della prescrizione ([art. 2943 c.c.](#)) e dalla sua sospensione fino al passaggio in giudicato della sentenza ([art. 2945 c.c.](#)); iv) dall'impedimento della decadenza ([art. 2966 c.c.](#)); v) dal sorgere del diritto alla restituzione dei frutti anche nei confronti del possessore di buona fede ([art. 1148 c.c.](#)) nonché del diritto agli interessi per le obbligazioni pecuniarie ([art. 1283 c.c.](#)); vi) dalla irrevocabilità della scelta tra domanda di risoluzione e adempimento contrattuale ([art. 1453, 2° co., c.c.](#)) o tra più obbligazioni alternative ([art. 1492 c.c.](#)), vii) dal diritto di prevalenza rispetto a successivi aventi causa a seguito di trascrizione della citazione ([art. 2652 c.c.](#)).

[21] Tra questi si annoverano: i) la c.d. *perpetuatio legitimationis*, che rileva ai fini della successione a titolo particolare nel diritto controverso (ex [art. 111 c.p.c.](#)); ii) la c.d. *perpetuatio iurisdictionis et competentiae* (ovvero, in forza dell'[art. 5 c.p.c.](#), l'irrilevanza ai fini della individuazione della competenza e della giurisdizione dei mutamenti della legge o dello stato di fatto esistenti al momento della proposizione della domanda); iii) la determinazione della prevenzione ai fini della disciplina sulla litispendenza ([art. 39, comma 3, c.p.c.](#)); iv) la determinazione dell'oggetto del processo con il conseguente divieto di *mutatio libelli*; vi) l'impedimento del passaggio in giudicato formale della sentenza, nel caso delle impugnazioni.

to all'ufficiale giudiziario o quello della ricezione da parte del destinatario.

Una recente ordinanza della Suprema Corte ha ribadito l'impossibilità di individuare una soluzione valida in via generale e astratta, affermando che occorre valutare *case to case* la possibilità di ammettere «l'applicazione di una regola diversa da quella dettata dall'art. 1334 c.c. per gli atti unilaterali negoziali»^[22] che potrebbe discendere «dal ricorso alla logica del bilanciamento»^[23].

In tale ottica, una significativa deroga sarebbe rappresentata da quei casi in cui l'effetto sostanziale attenzionato sia conseguibile solo per mezzo della notificazione di un atto processuale, come, ad esempio, le azioni costitutive e più in particolare l'azione revocatoria^[24].

Proprio con riguardo a quest'ultima, già qualche anno fa, le Sezioni Unite, nel rimeditare *ab imis fundamentis* l'orientamento fino ad allora prevalente^[25], hanno ammesso che «ai fini della interruzione della prescrizione dell'azione revocatoria ordinaria, ai sensi dell'art. 2903 c.c. in combinato disposto con l'art. 2943, comma 1, c.c., è sufficiente che l'atto di citazione venga consegnato da parte del notificante all'ufficiale giudiziario e non che lo stesso sia portato a conoscenza (cui è equiparata la conoscibilità) del destinatario, applicandosi anche all'atto di citazione in revocatoria, che rientra nella categoria degli atti processuali che producono effetti anche sostanziali, il principio della scissione degli effetti della notificazione nelle sfere giuridiche, rispettivamente, del notificante e del destinatario»^[26].

La Suprema Corte giunge a tale conclusione «mediana»

attraverso l'interpretazione costituzionalmente orientata della disposizione dell'art. 2943 c.c.. A tal fine è individuato quale parametro di riferimento non tanto il diritto di difesa (ex art. 24 della Costituzione) quanto il principio di ragionevolezza il quale, ai fini della determinazione dell'ambito operativo del principio di scissione, impone un bilanciamento dei beni in conflitto, all'esito del quale uno verrà necessariamente sacrificato a vantaggio dell'altro.

Se rispetto agli atti sostanziali, il bilanciamento è stato già effettuato dal legislatore il quale ha predisposto una norma specifica che ritiene indispensabile per l'integrazione della fattispecie la conoscibilità dell'atto da parte del destinatario (art. 1334 c.c.), a diversa conclusione si potrebbe giungere con riguardo agli atti processuali e agli effetti sostanziali di questi.

Con riguardo agli atti processuali, il diritto del destinatario va certamente bilanciato con quello del notificante a poter godere, nella sua interezza, del termine che la legge gli riconosce per lo svolgimento della sua attività processuale. Sicché, il notificante «va tutelato anche se consegna l'atto all'ufficiale giudiziario proprio allo scadere del termine»^[27].

Rispetto agli effetti sostanziali di un atto processuale, la Suprema corte, non ritenendo operante - neppure per *analogia legis* - l'art. 1334 c.c., sostiene che vada applicato - per *analogia iuris* - il principio generale della scissione degli effetti il quale ha una portata espansiva potenzialmente estensibile «a tutti gli atti (processuali e negoziali) in quanto il parametro di costituzionalità utilizzato

[22] Cass. civ., sez. I, ord., 14 febbraio 2019, n. 4519, in *Pluris*.

[23] Ivi.

[24] La giurisprudenza di legittimità è pacifica nel ritenere che l'interruzione della prescrizione in relazione all'azione revocatoria debba necessariamente avvenire con la domanda giudiziale. A tal proposito si segnala Cass. civ. sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3379 (rv. 594734), in *Mass. giur. it.*, 2007, secondo cui: «in tema di azione revocatoria la posizione vantata dal creditore configura un diritto potestativo all'esercizio dell'azione, relativamente al quale pertanto non corrisponde l'obbligo di un soggetto tenuto a un comportamento ma una posizione di mera soggezione all'iniziativa altrui». Nello stesso senso già: Cass. civ., sez. I, 8 gennaio 2003, n. 58, in *Arch. civ.*, 2003, pag. 1226. È altresì interessante segnalare un ultimo arresto della giurisprudenza di legittimità con cui è stato precisato il rapporto, in relazione sempre all'interruzione della prescrizione, tra l'atto introduttivo del giudizio ordinario di cognizione e il ricorso per rito sommario. È stato a tal proposito affermato che: «in caso di proposizione di azione revocatoria ordinaria mediante ricorso ex art. 702 bis c.p.c., il termine di prescrizione non è validamente interrotto dal solo deposito del ricorso nella cancelleria del giudice adito, atteso che, trattandosi di azione che può essere introdotta a scelta dell'attore sia con ricorso che con atto di citazione, non sussiste l'esigenza di evitare che sul soggetto che agisce in giudizio ricadano i tempi di emanazione del decreto di fissazione dell'udienza con conseguente compressione del termine assegnato dal legislatore per l'esercizio del diritto di difesa» v. Cass. civ., sez., 12 settembre 2019, n. 22827 (rv. 655301-01), in CED Cassazione, 2019.

[25] Cass. civ., sez. lavoro, 11 giugno 2009, n. 13588, in *Foro it.*, 2010, XII, 1, pagg. 3522; Cass. civ., sez. un., 14 aprile 2010, n. 8830, in *Corriere Giur.*, 2010, XII, pagg. 1591 e ss. *Contra*: Cass. civ., sez. III, 19 agosto 2009, n. 18399, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 7-8, 1193, e in *Vita not.*, 2009, III, 1453.

[26] Cass. civ., sez. un., 9 dicembre 2015, n. 24822, cit.

[27] Ivi

dalla Corte costituzionale non è solo il diritto di difesa, ma soprattutto il principio di ragionevolezza»[28]. Neppure può obiettarsi, ad avviso della Corte, il fatto che tra gli effetti sostanziali derivanti dalla notifica dell'atto di citazione ci siano quelli tipici di atti recettizi (come ad esempio la costituzione in mora); è, infatti, necessario tenere distinti gli effetti (sostanziali) dell'atto rispetto alla sua natura.

Tanto premesso dal punto di vista teoretico, la Corte conclude ritenendo che «nel bilanciamento tra la perdita definitiva del diritto per una parte e un lucro indebito per l'altra parte, la soluzione più razionale è quella di salvaguardare il diritto di una parte incolpevole ponendo a carico dell'altra parte - parimenti incolpevole - un *pati*, cioè una situazione di attesa che non pregiudica, comunque, la sua sfera giuridica». Risulterebbe in sostanza irragionevole «allocare sul notificante incolpevole la perdita definitiva del diritto quando basterebbe imporre al notificato il lieve peso di un onere di attesa, dettato dal principio di precauzione»[29].

Va però segnalato che gli Ermellini offrono una rilevante precisazione: «la soluzione a favore del notificante vale nel solo caso in cui l'esercizio del diritto può essere fatto valere solo mediante atti processuali», non potendo consentire, nelle altre ipotesi, «che il pregiudizio per la parte destinataria, incolpevole, derivi dalle scelte arbitrarie e *ad libitum* della controparte»[30].

5.2.2 Principio di scissione e interruzione della prescrizione nelle azioni risarcitorie

In coerenza con il principio di diritto testé analizzato, si è espresso recentemente il Tribunale di Bologna - sezione specializzata imprese - chiamato a vagliare la diversa ipotesi dell'applicabilità del principio della scissione all'interruzione della prescrizione di un diritto risarcitorio[31]. Nel caso di specie, un istituto bancario agiva nei confronti dell'ex amministratore di una società per azioni chiedendone la condanna ai sensi dell'art. 2395 c.c. per una serie di operazioni che il convenuto avrebbe compiuto a favore della compagine amministrata nella consapevolezza che questa non sarebbe stata in grado di far fronte agli impegni assunti, tanto da presentare, pochi giorni dopo, istan-

za di concordato preventivo.

A fronte dell'eccezione preliminare di avvenuta prescrizione, l'attore, invocando il principio di scissione soggettiva, ha sostenuto che la notifica si fosse per lui perfezionata al momento della consegna dell'atto agli ufficiali giudiziari avvenuta tre giorni prima della scadenza dell'indiviso *dies ad quem* prescrizione. Al contrario, il convenuto ha insistito per l'intervenuta prescrizione del diritto, ritenendo che la notifica si fosse perfezionata, in relazione all'effetto sostanziale della interruzione della prescrizione, nel momento in cui egli ha provveduto a ritirare il plico in giacenza presso l'Ufficio postale (ossia quattro giorni dopo lo spirare del termine prescrizione).

Il Tribunale felsineo ha concluso affermando «l'inoperatività del principio della scissione soggettiva degli effetti della notifica, con la conseguenza che ai fini della interruzione del termine prescrizione la notifica dell'atto dovrà considerarsi perfezionata al momento della avvenuta conoscenza legale da parte del notificato, ossia al momento del ritiro del plico presso l'Ufficio postale in cui era stato depositato»[32].

Anche in questa ipotesi, il Collegio ha coerentemente fatto ricorso al bilanciamento di interessi in ossequio al principio di ragionevolezza. Alla luce della natura (risarcitoria) della pretesa azionata, si è ritenuta ingiustificata «l'inerzia complessiva» del notificante che avrebbe potuto, già precedentemente, interrompere il decorso della prescrizione attraverso un atto stragiudiziale.

6. Conclusioni

Da quanto rassegnato è possibile notare che il principio di scissione, inizialmente elaborato in seno alla giurisprudenza costituzionale per l'ipotesi specifica della notificazione all'estero, si è presto trasformato da regola del caso concreto a principio generale della materia, universalmente applicabile ai diversi mezzi di notifica, sia in proprio che a mezzo ufficiale giudiziario.

La sua vicenda esistenziale si interseca inevitabilmente, oltre che con la garanzia del diritto di azione, con il principio della ragionevolezza.

Questo ha rappresentato il criterio guida precipuo non solo per l'estensione del principio ai nuovi mezzi di notifi-

[28] Ivi.

[29] Ivi.

[30] Ivi.

[31] Tribunale di Bologna, sez. spec. impresa, 29 ottobre 2019, n. 2329, in *DeJure*.

[32] Ivi.

ca (come la pec) ma anche per operare quei bilanciamenti necessari che hanno consentito di individuare, caso per caso, il baricentro tra interessi contrapposti, tutti spesso espressione di valori costituzionalmente tutelati.

Se si sposta l'attenzione sulla tipologia di effetti che vengono direttamente interessati dall'applicazione della regola in commento, si noterà che la tecnica del bilanciamento porta a soluzioni opposte per gli atti sostanziali e per quelli processuali.

Nel primo caso, con particolare riguardo agli atti unilaterali recettizi, il bilanciamento è operato direttamente dal legislatore il quale ha inteso privilegiare il notificato, prevedendo la conoscibilità dell'atto tra gli elementi costitutivi della fattispecie (art. 1334 c.c.). Nessun margine per una diversa interpretazione giurisprudenziale pare, pertanto, sussistere in queste ipotesi.

Nel secondo caso, con particolare riguardo agli effetti processuali di atti giudiziali, il bilanciamento è operato dalla giurisprudenza, mediante l'interpretazione, e privi-

legia il notificante.

Più delicata risulta la questione degli effetti sostanziali degli atti processuali. In questa ipotesi, l'interprete è chiamato a una valutazione caso per caso in cui il principio di ragionevolezza può tramutarsi in autentico limite e non più in chiave interpretativa per l'estensione del principio.

Se gli effetti sostanziali (lo si è visto in particolare con la prescrizione) possono essere prodotti esclusivamente attraverso la notifica dell'atto processuale (es. azione revocatoria), il principio opererà a tutela del notificante.

A soluzione opposta, si giunge nell'ipotesi in cui gli effetti sostanziali possono essere ottenuti dal soggetto anche attraverso atti stragiudiziali o comunque con maggiore libertà di forme (es. interruzione della prescrizione su pretesa risarcitoria). In tale circostanza, il criterio della ragionevolezza diventa limite per il principio in commento, inibendone l'operatività.

LA CERTIFICAZIONE DEL TITOLO ESECUTIVO EUROPEO

La certificazione di titolo esecutivo europeo ai sensi del regolamento n. 1215/2012: oggetto, limiti e natura del procedimento

di Maria Laura Guarnieri

DEL 23 APRILE 2020

Sommario

1. Premessa
2. L'attestato di t.e.e. rilasciato ai sensi del reg. n. 805/2004
3. Il procedimento di certificazione nell'ambito del reg. n. 1215/2012: l'oggetto
4. Il procedimento di certificazione nell'ambito del reg. n. 1215/2012: i limiti
5. Il procedimento di certificazione nell'ambito del reg. n. 1215/2012: la natura
6. Riflessioni conclusive: sistemi di certificazione a confronto

1. Premessa

Con il [reg. n. 1215/2012](#) le Istituzioni europee giungono alla soppressione dell'*exequatur* tradizionalmente inteso^[1]. Il Regolamento trasferisce il controllo sui titoli destinati all'esecuzione oltre confine dallo Stato *ad quem* allo Stato d'origine, concentrando ogni valutazione sull'attitudine transfrontaliera del credito nel paese in cui il titolo si è formato. È qui che il creditore consegue una certificazione di esecutività valida su tutto il territorio europeo, che lo abilita all'esecuzione in qualunque ordinamento. Il meccanismo comporta la possibilità di procedere all'esecuzione forzata rivolgendosi direttamente alle autorità competenti dello Stato richiesto, «senza che sia necessa-

ria una dichiarazione di esecutività»^[2]. Il titolo certificato viene di fatto equiparato ad un titolo nazionale ed «è eseguito alle stesse condizioni di una decisione giudiziaria pronunciata nello Stato membro di esecuzione»^[3]. La parte che invoca l'esecuzione di una decisione certificata quale titolo esecutivo europeo agisce con i medesimi poteri e le medesime facoltà delle parti domiciliate o residenti nello Stato ricevente, senza che possa rilevare la qualità di straniero o la mancanza di un recapito postale o di un rappresentante nei luoghi dell'esecuzione^[4]. Sarà interessante di seguito esaminare l'*iter* processuale che conduce al rilascio del certificato europeo, avendo cura di precisare l'oggetto dell'accertamento condotto dal

[1] Il regolamento è entrato in vigore il 12 dicembre 2012 e trova applicazione, a norma dell'[art. 66](#), ai titoli esecutivi formati successivamente alla data del 15 gennaio 2015. L'atto legislativo, contenente la refusione del [reg. n. 44/2001](#), concerne la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale. Per un commento della riforma in tutti i suoi aspetti si v. F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Rifusione)*, Vicenza, 2015; A. Malatesta, (a cura di), *La riforma del regolamento Bruxelles I*, Milano, 2016, Tra gli autori che si sono occupati degli aspetti relativi alla esecuzione dei titoli esecutivi si v. M. De Cristofaro, *The abolition of exequatur proceedings: speeding up the free movement of judgment while preserving the rights of the defense*, in F. Pocar, I. Viarengo, F. C. Villata (a cura di), *Recasting Brussels I*, Padova, 2012, p. 353 e ss.; A. Leandro, *Prime osservazioni sul regolamento (UE) n. 1215/2012 («Bruxelles I bis»)*, in *Giusto proc. civ.*, 2013, p. 583 e ss.; E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo nel sistema del regolamento n. 1215/2012*, in *Riv. dir. proc.*, 2013, p. 1044; M. Farina, *Per una prima lettura del regolamento «Bruxelles I bis»: il nuovo regime in tema di esecutività delle sentenze straniere*, in <http://aldricus.com/2013/01/13/farina-exequatur/>; C. Silvestri, *Recasting Bruxelles I: il nuovo regolamento n. 1215 del 2012*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2013, 2, p. 677 e ss.

[2] cfr. [art. 40](#), reg. n. 1215/2012.

[3] cfr. [art. 41](#), par. 1, reg. n. 1215/2012.

[4] cfr. [art. 41, par. 3](#), reg. n. 1215/2012.

giudice, i limiti e la natura del procedimento di certificazione.

2. L'attestato di t.e.e. rilasciato ai sensi del reg. n. 805/2004

Non si può apprezzare adeguatamente il sistema di certificazione introdotto dal [reg. n. 1215/2012](#) se non analizzando il prototipo dell'attestato di esecutività europea. Si tratta del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati introdotto con [reg. n. 805/2004](#)^[5], il quale condivide con il reg. Bruxelles I *bis* il meccanismo della certificazione, ma presuppone che il credito incorporato nel titolo non sia contestato dal debitore. Senza la pretesa di entrare nel dettaglio della normativa contenuta nel [reg. n. 805/2004](#), l'indagine sarà centrata sul conferimento della esecutività europea e sui controlli svolti dal giudice chiamato a certificare i titoli nazionali^[6].

Quando il creditore dispone di un titolo fondato su un credito pecuniario non contestato il conferimento della efficacia europea avviene all'esito di una procedura di certificazione in cui il giudice accerta che il provvedimento sia idoneo a fondare l'esecuzione transfrontaliera.

Se il titolo da certificare è rappresentato da un atto pubblico o da una transazione giudiziaria il controllo sul provvedimento ha carattere meramente formale: l'autorità valuta la qualità del credito incorporato nel titolo e l'attitudine del titolo all'espropriazione. Sotto il primo profilo verifica che il credito sia riconducibile alla materia civile e commerciale, che sia certo, liquido ed esigibile e che abbia natura pecuniaria; sotto il secondo profilo accerta che l'atto pubblico o la transazione siano esecutivi nel territorio dello Stato. L'espresso riconoscimento della pretesa, documentato nell'atto pubblico o nella transazione, rende superflua ogni ulteriore indagine sull'atteggiamento non contestativo del debitore.

La certificazione è rilasciata su istanza del creditore in conformità al modulo contenuto nell'allegato II (se il credito ha formato oggetto di una transazione giudiziaria)^[7], ovvero in conformità al modulo contenuto nell'allegato III (se il credito è riconosciuto espressamente all'interno di un atto pubblico). Dal momento dell'emissione il certificato accompagna il titolo sottostante fino al pignoramento, senza che sia possibile opporsi alla sua esecuzione, né nello Stato d'origine, né nello Stato richiesto. Il titolo esecutivo europeo fondato su un atto pubblico o su una transazione giudiziaria, in altri termini, presenta un'efficacia transfrontaliera stabile ed incondizionata che non può essere scalfita in alcun modo dal debitore.

Più articolata è la certificazione delle decisioni. Si tratta, infatti, di titoli esecutivi formati all'interno di procedure giudiziali che si conformano a valori nazionali, non sempre aderenti ai parametri processuali dello Stato di esecuzione. D'altra parte, riferendosi a crediti non contestati, tali provvedimenti sono spesso pronunciati senza che il debitore si sia costituito in giudizio.

Rispetto ad essi diventa fondamentale accertare che l'inerzia del convenuto sia frutto di una scelta ponderata e consapevole e non la conseguenza di una violazione dei diritti di difesa^[8].

La certificazione delle decisioni giudiziarie si rivela, perciò, un filtro più penetrante ed invasivo. Il procedimento ha luogo su istanza del creditore dinanzi al giudice che ha emesso la decisione^[9], il quale non si limita ad un vaglio esteriore sul credito o sulla veste formale del titolo, ma si addentra fino a scrutarne il procedimento di formazione. A norma degli artt. 12 e ss. egli procede a verificare che il debitore abbia avuto conoscenza in tempo utile ed in modo tale da potersi difendere dell'esistenza dell'azione giudiziaria promossa nei suoi confronti^[10], degli adempimenti

[5] Il Regolamento è pubblicato in G.U.U.E. L 143/15 del 30 aprile 2004. Sul tema tra gli autori italiani si v. A. Carratta, *Titolo esecutivo europeo, I) Diritto processuale civile*, in *Enc. Dir.*, 2006, p. 1 e ss.; M. De Cristofaro, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *Int'L is*, 2004, p. 141 e ss.; M. Farina, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati*, in *NLCC*, 2005, 1-2, p. 3 e ss.; L. Fumagalli, *Il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati nel regolamento comunitario n. 805/2004*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006, 1, p. 23 e ss.; A. Lupoi, *Dei crediti non contestati e procedimenti di ingiunzione: le ultime tappe dell'armonizzazione processuale in Europa*, in [www.judicium.it](#); L. D'Avout, *La circulation automatique des titres exécutoires imposée par le règlement 805/2004 du 21 avril 2004*, in *Rev. crit. DIP*, janvier-mars 2006, p. 1 e ss.

[6] Sul rilascio del certificato di t.e.e. si rimanda al contributo più dettagliato di M. Farina, *Rilascio e revoca del certificato di titolo esecutivo europeo ed esecuzione forzata in Italia delle decisioni secondo il reg. n. 805/2004*, in *L'aula civile*, 11/2019.

[7] Competente a rilasciare il certificato di titolo esecutivo europeo che accompagna una transazione giudiziaria è, a norma dell'[art. 24, par. 1](#), reg. n. 805/2004, il giudice che ha approvato la transazione, ovvero quello dinanzi al quale la transazione si è conclusa.

[8] cfr. considerando n. 12, [reg. n. 805/2004](#).

[9] cfr. [art. 6, par. 1](#), reg. n. 805/2004.

[10] Tale controllo viene eseguito sulle modalità di notificazione dell'atto introduttivo che devono essere conformi agli *standard* minimi fissati dagli artt. 13, 14, 15, del reg. n. 805/2004. La notificazione dell'atto introduttivo, in altri termini, deve essere avvenuta con modalità caratterizzate a) dall'assoluta certezza che il docu-

necessari per poter partecipare attivamente al procedimento, delle conseguenze della sua mancata contestazione^[11]. Qualora riscontri una violazione del contraddittorio o una carenza delle informazioni difensive nell'atto introduttivo, accerta a norma degli artt. 18 e 19 se tali nullità siano state sanate^[12] e se il debitore sia stato messo in condizione di contestare tali vizi attraverso un riesame della decisione^[13]. Infine, a norma dell'art. 6, verifica che la decisione da certificare sia stata pronunciata nel rispetto delle norme sulla competenza giurisdizionale e che sia munita di esecutività sul piano interno^[14].

Se la decisione supera il triplice vaglio giudiziale l'autorità competente emette la certificazione di titolo esecutivo europeo sulla base dell'allegato I^[15].

A differenza di transazioni e atti pubblici, però, la decisione certificata non gode di una efficacia esecutiva stabi-

le ed incondizionata. Il debitore, infatti, conserva la possibilità di contestare il titolo nello Stato d'origine, nell'ottica di renderlo inidoneo a fondare l'esecuzione forzata nello Stato richiesto.

La reazione del debitore opera su un duplice piano, quello del certificato e quello della decisione.

Sul piano del certificato egli ha a disposizione i rimedi della rettifica e della revoca (art. 10), attivabili per opporsi alla certificazione rilasciata per errore o in assenza dei requisiti richiesti dal Regolamento.

Sul piano della decisione può avvalersi dei mezzi di impugnazione previsti dalla *lex fori* per provocare la caducazione del provvedimento sotteso al certificato. Inoltre, qualora il sistema processuale dello Stato d'origine lo preveda, può ottenere dal giudice dell'impugnazione la sospensione della efficacia esecutiva della decisione ed impedire che la stes-

mento notificato abbia raggiunto il destinatario, e b) dalla presenza di una prova scritta del fatto che il debitore ha ricevuto personalmente l'atto (o che si è rifiutato di riceverlo). In alternativa, la notificazione deve essere stata eseguita per mezzo di sistemi che pur non garantendo l'assoluta certezza della ricezione dell'atto, fanno apparire verosimile che il destinatario ne sia venuto a conoscenza.

^[11] Tale controllo viene eseguito sul contenuto informativo dell'atto introduttivo che deve essere conforme agli *standard* descritti negli artt. 16 e 17, reg. n. 805/2004. L. Fumagalli, *op. cit.*, p. 36, parla al riguardo di contraddittorio informato.

^[12] La possibilità di una sanatoria viene verificata sulla base delle indicazioni contenute nell'art. 18, reg. n. 805/2004. Al primo paragrafo dell'art. 18 si prevede che la notificazione della decisione in una delle forme di cui agli artt. 13 e 14 non seguita dalla tempestiva impugnazione da parte del debitore, sana la violazione delle garanzie difensive dovuta ad inosservanza delle norme minime di cui agli artt. 13-17. Un secondo tipo di sanatoria è previsto dal secondo paragrafo dell'art. 18 per i soli vizi attinenti alla notificazione dell'atto introduttivo, dovuti all'inosservanza degli artt. 13 e 14. In questo caso la decisione potrà essere certificata come t.e.e. se il comportamento del debitore nel corso del procedimento giudiziario dimostra che questi ha ricevuto il documento da notificare personalmente e in tempo utile per potersi difendere. Un caso di sanatoria a norma dell'art. 18 è stato affrontato in Italia dal Giudice di Pace di Bari, con sentenza del 14 novembre 2008, n. 7728. La fattispecie aveva ad oggetto la notifica fuori termine di un decreto ingiuntivo certificato quale t.e.e., sanata dalla costituzione in giudizio dell'ingiunto, il quale con istanza proposta ai sensi dell'art. 10, reg. n. 805/2004, chiedeva la revoca del certificato e faceva desumere dal suo atteggiamento contestativo l'avvenuta conoscenza del provvedimento pronunciato a suo carico. Più di recente la Corte di Cassazione, con sentenza n. 10543 del 22 maggio 2015, in *Giust. Civ. Mass.*, 2015, ha ritenuto valido il certificato di t.e.e. intervenuto in relazione ad un decreto ingiuntivo italiano, notificato a mezzo posta ad un debitore di altro Stato membro, divenuto irrevocabile per inammissibilità dell'opposizione ex art. 648 c.p.c.

^[13] Ai sensi dell'art. 19, reg. n. 805/2004, si tratta dei casi in cui la domanda giudiziale, ancorché ritualmente notificata secondo una delle modalità di cui all'art. 14, ovvero senza prova di effettiva conoscenza dell'atto da parte del debitore, per ragioni a lui non imputabili non sia pervenuta in tempo utile da consentirgli di predisporre una valida difesa (art. 19, lett. a), o il debitore non abbia potuto contestare il credito per situazioni di forza maggiore o di circostanze eccezionali da lui indipendenti (art. 19, lett. b), nonostante abbia avuto tempestiva conoscenza dell'azione. In queste ipotesi la decisione può essere certificata a condizione che la legislazione dello Stato d'origine metta a disposizione del debitore uno strumento impugnatorio idoneo al riesame della decisione. Sul punto la Corte di Giustizia UE, sentenza n. 300 del 17 dicembre 2012, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 18 dicembre, precisa che l'art. 19 deve essere interpretato nel senso che esso non comporta l'obbligo degli Stati di prevedere nel diritto interno una procedura di riesame.

^[14] Ai fini della certificazione non è necessario il passaggio in giudicato, ma è sufficiente che la decisione sia esecutiva nello Stato d'origine. Qualora la decisione non sia più esecutiva o la sua esecutività sia sospesa o limitata, viene rilasciato un certificato comprovante la non esecutività a norma dell'art. 6, par. 2, reg. n. 805/2004. Il certificato di non esecutività nel nostro ordinamento potrebbe essere impiegato dal debitore per paralizzare un'espropriazione intrapresa nei suoi confronti sulla base di un titolo che ha successivamente perso l'attitudine transfrontaliera. Si pensi al caso in cui siano stati compiuti atti espropriativi sulla base di una decisione (certificata come t.e.e.) che sia stata riformata o sospesa dal giudice dell'impugnazione nello Stato d'origine: in questa ipotesi il debitore, munito del certificato di non esecutività, potrà fare opposizione all'esecuzione a norma dell'art. 615, co. 2 c.p.c. ed ottenere dal giudice dell'esecuzione la sospensione del pignoramento a norma dell'art. 624 c.p.c.

^[15] Il titolo il certificato dovrebbe essere emesso, come prospettato da qualche autore, all'esito di un *iter* scevro da formalità particolari, che si svolge in camera di consiglio ed in assenza di contraddittorio con il debitore. In questi termini A. Carratta, *Titolo esecutivo europeo*, cit., 10. Secondo l'autore il rilascio del certificato avrebbe natura di volontaria giurisdizione e dovrebbe essere emesso in camera di consiglio a norma degli artt. 737 c.p.c. e ss.

sa acquisti efficacia esecutiva europea. Viceversa, qualora la decisione impugnata sia stata già certificata, una volta ottenuta l'inibitoria in sede di gravame, può richiedere al giudice d'origine un attestato di non esecutività a norma dell'[art. 6, par. 2](#), reg. n. 805/2004, ed inibire al creditore il compimento di atti esecutivi nello Stato richiesto.

Quando nella legislazione processuale dello Stato d'origine manchi un mezzo d'impugnazione, il debitore può avvalersi del c.d. riesame, rimedio coniato dal [reg. n. 805/2004](#) per consentire alla parte contro cui è chiesta l'esecuzione di far valere le violazioni più gravi del contraddittorio che hanno inficiato il procedimento di formazione della decisione ([art. 19](#)). L'attivazione del riesame, tuttavia, non impedisce al titolo di acquistare efficacia paneuropea, ma il suo accoglimento priva il provvedimento certificato di ogni attitudine esecutiva, anche transfrontaliera, con l'effetto provocare la paralisi dell'espropriazione eventualmente intrapresa.

3. Il procedimento di certificazione nell'ambito del reg. n. 1215/2012: l'oggetto

Notevolmente semplificate sono le modalità con le quali il titolo nazionale acquista esecutività nell'ambito del [reg. n. 1215/2012](#).

Il conferimento di esecutività alle transazioni giudiziarie e agli pubblici è disciplinato dagli artt. [58](#) e [59](#) in modo non dissimile dalla certificazione dei medesimi atti nell'ambito del [reg. n. 805/2004](#). A norma dell'[art. 60](#), più precisamente, l'autorità competente dello Stato membro d'origine, su istanza del creditore, dopo aver accertato l'autenticità e l'esecutività del provvedimento sulla base del diritto

interno, rilascia un attestato utilizzando il modulo di cui all'allegato II, riportando nel documento una sintesi dell'obbligazione esecutiva registrata nell'atto pubblico[16], o una sintesi di quanto concordato tra le parti nella transazione giudiziarie[17].

Negli stessi termini acquistano esecutività transfrontaliera anche le decisioni. A norma dell'[art. 53](#), l'autorità che le ha pronunciate, su istanza del creditore, ne attesta la esecutività europea avvalendosi del modulo di cui all'allegato I del Regolamento, sul presupposto che il provvedimento sia esecutivo nel territorio dello Stato. Nel formulario il giudice riporta un estratto della decisione[18] e rende informazioni sulle spese e sugli interessi ([art. 42, par. 1](#), reg. n. 1215/2012).

In questa sede il giudice, senza spingersi fino a vagliare il procedimento di formazione del titolo, si limita a verificare le condizioni di applicabilità del regolamento alla decisione da certificare. Si tratterebbe di un'indagine meramente formale, non dissimile dall'accertamento che conduce il giudice dell'*exequatur* ai sensi del [regolamento n. 44/2001](#) durante la fase di autorizzazione, allorquando verifica se il provvedimento da eseguire possa beneficiare del regime agevolato di circolazione ivi previsto. Nell'ambito del [reg. n. 1215/2012](#) tale l'accertamento dovrebbe svolgersi avendo riguardo alla natura della decisione, alla materia di afferenza, nonché con riferimento al momento in cui l'azione è proposta. Con riguardo alla natura della decisione il giudice dovrà accertare che il provvedimento rientri nella nozione di decisione ai sensi dell'[art. 2, lett. a\)](#)[19]. In questa operazione egli dovrà attingere alla nozione di decisione giudiziaria elaborata dalla giu-

[16] Il giudice in concreto dovrà verificare che l'atto pubblico rispetti precisi requisiti formali per essere ammesso alla circolazione intra-comunitaria. Accerterà, in particolare, che l'attestazione di autenticità del documento provenga da una autorità pubblica a ciò autorizzata e che l'accertamento investa sia gli aspetti formali (la firma) che quelli sostanziali (il contenuto) del negozio, estendendosi fino a indagare la reale volontà delle parti e la legalità del contenuto dell'atto. Con riferimento al t.e.e. ma con argomentazioni estensibili anche al [reg. n. 1215/2012](#), G. Campeis, A. De Pauli, *Prime riflessioni sul titolo esecutivo europeo*, in [www.judicium.it](#), §14. Gli A. ritengono che nella prospettiva italiana l'autenticità andrebbe riferita anche alla legalità dell'atto, ovvero alla sua non contrarietà a divieti normativi, all'ordine pubblico e al buon costume, in quanto in Italia l'atto è investito di forza esecutiva nella misura in cui ne sia accertata la conformità all'ordine pubblico. Del medesimo avviso è P. De Cesari, *Atti pubblici, e transazioni certificabili quali titoli esecutivi europei*, in *Foro It.*, 2006, V, p. 232.

[17] Rispetto alla transazione l'autorità competente dovrà verificare che si tratti di una transazione nel senso precisato dalla Corte di Giustizia nella causa *Solo Kleinmotoren CMBH c. Boch* del 1994, in *Foro It.*, 1996, IV, 463. Si tratterà di accertare che l'organo giurisdizionale non abbia statuito di sua autorità su punti controversi tra le parti (punto 17), e che l'atto abbia carattere essenzialmente contrattuale, «nel senso che il suo contenuto dipenda innanzitutto dalla volontà delle parti» (punto 18).

[18] Ulteriori informazioni da riportare nel modulo sono le generalità delle parti, l'identificazione dell'autorità che ha emesso la decisione, la natura del provvedimento, la data di notificazione se precedente, l'eventuale condanna al pagamento di una somma di denaro a titolo di interessi. Se la decisione da eseguire è una misura cautelare è necessario indicare anche il titolo di competenza dell'autorità emittente e la data di notificazione del provvedimento al convenuto contumace, ciò allo scopo di attestare che i presupposti per la circolazione inter-europea dei provvedimenti provvisori siano presenti anche equando emessi *ex parte*.

[19] In base all'[art. 2, lett. a\)](#) per decisione si intende, «a prescindere dalla denominazione usata, qualsiasi decisione emessa da un'autorità giurisdizionale di uno Stato membro, compresi un decreto, un'ordinanza, una sentenza o un mandato di esecuzione, nonché una decisione relativa alla determinazione delle spese giudi-

risprudenza comunitaria a partire dalla Convenzione di Bruxelles, la quale fa leva sulla natura giurisdizionale del provvedimento da eseguire^[20] ed include nella categoria i provvedimenti sommari anticipatori, i provvedimenti emanati a seguito di procedure monitorie^[21] ed i provvedimenti cautelari^[22].

Con riguardo alla materia trattata dovrà verificare che il titolo da certificare sia riconducibile al settore civile e commerciale, avendo come riferimento ancora una volta la nozione uniforme di materia civile e commerciale elaborata dai giudici comunitari^[23]. L'operazione dovrà essere condotta prendendo in considerazione il catalogo di materie estranee dall'ambito di applicazione del Regolamento. Si tratterà in concreto di appurare che il credito per il quale si procede non appartenga ai rapporti obbligatori individuati per esclusione dall'[art. 1](#), reg. n. 1215/2012^[24].

Sul piano temporale dovrà assicurarsi che la domanda giudiziale alla base della decisione da certificare sia stata proposta dopo il 15 gennaio 2015, data a partire dalla quale trova applicazione il nuovo regime di esecuzione e riconoscimento ([art. 66](#)).

Dovrà infine constatare che il provvedimento sia esecutivo o non abbia subito una sospensione a causa di un'impugnazione.

4. Il procedimento di certificazione nell'ambito del reg. n. 1215/2012: i limiti

Come si è avuto modo di osservare, a dispetto del sistema che regola il rilascio del titolo esecutivo europeo nel [reg. n. 805/2004](#), il procedimento di certificazione nel [reg. n. 1215/2012](#) è molto più rapido. L'attestato di esecutività non impegna il giudice *a quo* in un'indagine preliminare

sul titolo o sul procedimento di formazione. Più semplicemente, una volta ricevuta l'istanza del creditore, l'autorità incaricata attesta in maniera automatica l'esecutività del provvedimento, dopo aver verificato l'applicabilità del regime semplificato di esecuzione e riconoscimento.

Il controllo giudiziale nello Stato d'origine diventa evanescente e si riduce alla semplice apposizione sul provvedimento di una formula esecutiva europea^[25], mentre al debitore è preclusa ogni contestazione.

Del pari, nello Stato richiesto, l'autorità incaricata si limita a ricevere la documentazione fornita dal creditore, senza intervenire d'ufficio titolo, potendo al più richiedere una traduzione dei documenti nel rispetto delle esigenze difensive dell'esecutato^[26].

Rispetto alle decisioni giudiziarie è bene precisare, però, che la semplificazione e l'automatismo che contrassegnano la revisione del sistema di Bruxelles non postulano una immissione incontrollata del titolo nella giurisdizione straniera^[27]. La decisione certificata ai sensi del [reg. n. 1215](#) non sfugge nello Stato richiesto alle obiezioni del debitore, il quale può contestare il provvedimento attraverso il c.d. giudizio di diniego. Il rimedio oppositivo è il canale attraverso il quale il debitore valorizza i c.d. motivi ostativi che nel [reg. n. 44/2001](#) impedivano al creditore di conseguire la dichiarazione di esecutività.

Ai fini che qui interessano occorre considerare che la previsione dei motivi di diniego non osta all'acquisto della esecutività transfrontaliera nello Stato d'origine. Essa piuttosto costituisce un ostacolo nello Stato richiesto rispetto alla perseguibilità dell'azione esecutiva, dal momento che si frappone nel corso dell'espropriazione alla stregua di un incidente di cognizione, determinandone

ziali da parte del cancelliere».

^[20] Il principio è stato affermato nella nota sentenza *Solo Kleinmotoren GmbH v. Emilio Boch*, 2 giugno 1994, causa C-414/92, in *Raccolta*, 1994, I-2237 s.

^[21] Cort. Giust., sent. 13 luglio 1995, *Hengst Import v. Campese*, causa C-474/93; sent. 16 giugno 1981, *Kloms v. Michel*, causa C-166/80.

^[22] Fatta eccezione per quelli emessi «senza che il convenuto sia stato invitato a comparire, a meno che la decisione contenente il provvedimento sia stata notificata o comunicata al convenuto prima dell'esecuzione».

^[23] C. Giust. CE, 21 aprile 1993, C-172/91, in *Riv. dir. int. priv. e proc.* 1994, 425 e ss.; C. Giust. CE, 16 dicembre 1980, causa C-814/80, in *Foro it.* 1981, IV, 409; C. Giust. CE 14 ottobre 1976, causa C-29/76, in *Giust. Civ.* 1976, IV, 159.

^[24] Per una puntuale disamina delle materie escluse dall'ambito di applicazione del regolamento si rimanda all'opera di v. F. Salerno, *Giurisdizione ed efficacia delle decisioni straniere nel Regolamento (UE) n. 1215/2012 (Rifusione)*, Vicenza, 2015, 62-81.

^[25] Nel sistema Bruxelles I-bis, gli effetti esecutivi sono riconosciuti automaticamente, in forza di una «presunzione di automatica riconoscibilità/eseguibilità» posta dal regolamento. L'espressione appartiene a E. D'Alessandro, *Il titolo esecutivo europeo*, cit., p. 1053.

^[26] Si v. l'[art. 43](#), reg. n. 1215/2012.

^[27] Come osservano A. Malatesta, N. Nisi, *Le novità in materia di riconoscimento ed esecuzione delle decisioni*, in A. Malatesta (a cura di), *La riforma del regolamento Bruxelles I*, 2016, Milano, p. 141, l'equiparazione tra il titolo straniero ed i titoli di diritto interno è solo tendenziale, poiché il [reg. n. 1215/2012](#), a differenza del [reg. n. 805/2004](#), riserva al debitore la possibilità di contestare nello Stato *ad quem*, durante la fase di attuazione della decisione, i c.d. motivi ostativi.

talvolta anche la sospensione ([art. 51](#))[28].

Ne deriva che il giudice della certificazione non potrà rilevare d'ufficio la presenza dei motivi di diniego, tanto meno potrà sondare la sussistenza di tali impedimenti e rappresentarli al debitore per consentirgli di opporsi all'esecuzione nello stato richiesto ai sensi dell'[art. 45](#).

È quanto chiarito di recente dalla Corte di Giustizia con riguardo ai limiti che incontra il giudice della certificazione nell'ambito dell'attività volta al rilascio del certificato[29]. Nella fattispecie sottoposta all'attenzione dei giudici comunitari si discuteva sull'interpretazione dell'[art. 53](#) con riferimento ad una decisione definitiva resa nei confronti di un consumatore. Si domandava alla Corte se tra le prerogative del giudice della certificazione rientrano il potere di verificare d'ufficio se la decisione sia stata adottata nel rispetto delle norme sulla competenza contenute nella sezione II ed il potere di informare d'ufficio il consumatore dell'asserita violazione delle norme sulla competenza, al fine di metterlo in condizione di opporsi all'esecuzione.

I giudici comunitari hanno negato la prospettazione avanzata, ricavando l'interpretazione corretta dall'esegesi letterale del considerando n. 29 e dell'[art. 42](#). A norma del considerando n. 29 il debitore può chiedere il rigetto del riconoscimento o dell'esecuzione di una decisione qualora ritenga che sussistano i c.d. motivi di diniego, inclusa l'eventuale violazione delle norme speciali sulla competenza, come quelle relative alle cause con i consumatori; secondo l'[art. 42](#) invece l'autorità giurisdizionale adita con istanza di rilascio dell'attestato non deve esaminare la competenza del giudice che ha pronunciato la decisione nel merito, a differenza di quanto richiesto nell'ipotesi di una decisione che dispone un provvedimento provvisorio o cautelare. Infatti, mentre l'[articolo 42, paragrafo 1, lettera b\)](#), di tale Regolamento impone al richiedente, ai fini dell'esecuzione di una decisione nel merito, di fornire solo l'attestato che certifica l'esecutività della decisione, l'[articolo 42, paragrafo 2, lettera b\)](#), prevede che l'attestato fornito, ai fini dell'esecuzione di una decisione che dispone un provvedimento provvisorio o cautelare, debba specificatamente certificare che il giudice d'origine era competente a conoscere del merito.

Ai fini che qui interessano se ne trae che il giudice della certificazione non può rilevare d'ufficio la violazione delle norme sulla competenza. L'onere piuttosto incombe sul debitore il quale può opporsi all'esecuzione a norma dell'[art. 45](#) per contestare siffatta violazione.

È evidente in questo passaggio la differenza rispetto ai controlli svolti d'ufficio in seno al procedimento di certificazione di titolo esecutivo europeo nell'ambito del [reg. n. 805/2004](#). In quel contesto il giudice *a quo*, guidato dalle norme minime, accerta la regolare formazione del titolo straniero e conferisce esecutività alla decisione solo dopo aver verificato il rispetto delle norme in materia di competenza e di giurisdizione.

Nell'ambito della procedura regolata dal [reg. n. 1215/2012](#), al contrario, la violazione delle norme sulla competenza e sulla giurisdizione perde rilievo nella fase di certificazione, davanti al giudice *a quo*, e può essere valorizzata solo dal debitore, davanti al giudice dell'esecuzione, nel rispetto dei modi e dei termini previsti dalla legislazione processuale dello Stato richiesto.

Il giudice della certificazione potrà al più rettificare o revocare l'attestato emesso a norma dell'[art. 53](#), sulla falsariga del giudice che rilascia l'attestato per crediti non contestati. Invero, rispetto al [reg. n. 805/2004](#), il nuovo [reg. n. 1215/2012](#) non contempla la possibilità che il debitore contesti l'erroneità del certificato. La dottrina ritiene, tuttavia, che tali doglianze possano essere fatte valere, in analogia con l'[art. 10](#) del [reg. n. 805/2004](#), presentando istanza al giudice dello Stato d'origine, il quale provvederà a verificare la concordanza tra il contenuto della decisione e l'attestato[30].

In questa fase un ulteriore limite opera rispetto al merito della decisione. È infatti precluso al giudice della certificazione estendere la sua analisi sull'obbligazione documentata nel titolo. Solo il debitore è in grado di contestare il merito del provvedimento avvalendosi dei normali mezzi di impugnazione, nei modi e nei termini previsti dalla *lex fori*. Si badi, però, che la contestazione della decisione certificata attraverso il mezzo di gravame non toglie al titolo l'efficacia europea che già gli appartiene. Solo una pronuncia di accoglimento è in grado di sottrarre al provvedimento ogni efficacia esecutiva. Nondimeno, come avviene per

[28] Nell'ambito del regolamento [n. 1215/2012](#) i motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione possono essere valorizzati dal debitore, oltre che nel giudizio di diniego, anche in un giudizio di accertamento negativo del riconoscimento. Possono essere altresì valorizzati ad iniziativa del creditore in un giudizio volto ad accertare che non sussistono ragioni ostative al riconoscimento della sentenza ([art. 38](#)), sia prima che durante l'esecuzione.

[29] Corte giustizia UE sez. I - 04/09/2019, n. 347, in *Redazione Giuffrè*, 2019.

[30] Sul punto si v. A. Malatesta, N. Nisi, *op. ult. cit.*, p. 144.

le decisioni certificate ai sensi del [reg. n. 805/2004](#), qualora la legislazione dello Stato d'origine lo preveda, il debitore può formulare al giudice del gravame un'istanza di sospensione dell'efficacia esecutiva del titolo prima che venga certificato dalla autorità emittente. In tal caso il giudice della certificazione dovrà prendere atto del difetto dei presupposti per la certificazione e negare il rilascio dell'attestato.

5. Il procedimento di certificazione nell'ambito del reg. n. 1215/2012: la natura

Occorre interrogarsi, ancora, sulla natura del procedimento di certificazione e capire se si tratti di un'indagine puramente amministrativa sul titolo o di un vero e proprio controllo giurisdizionale. Il problema si pone, in particolare, per le decisioni che, a dispetto degli atti pubblici e delle transazioni, vengono in rilievo in un contesto giudiziario e riflettono i valori sostanziali e processuali dell'ordinamento in cui si sono formate.

Sulla scorta di quanto sin qui esposto saremmo portati a negare carattere giudiziario al procedimento e ad assegnare al certificato rilasciato ai sensi del [reg. n. 1215/2012](#) natura amministrativa.

Difatti, come osservato dalla dottrina agli esordi del titolo esecutivo europeo per crediti non contestati, il certificato «pur se assunto a seguito della ricognizione di presupposti che coinvolgono una previa qualificazione giuridica, si risolve in una sorta di spedizione in forma esecutiva europea ... che ha la mera funzione di attestare la ricorrenza delle condizioni che una decisione giudiziaria ... deve soddisfare per essere sottratta all'*exequatur*, e non anche quella di attribuire alle parti diritti sostanziali o processuali, come quello di procedere ad esecuzione forzata»[31].

Tale riflessione riprende vigore se la si accosta all'impianto di certificazione che fa capo al [reg. n. 1215/2012](#) dove l'accertamento condotto dal giudice si ferma alla verifica delle condizioni di applicabilità del Regolamento, senza spingersi fino a sondare la regolarità del giudizio che ha portato alla decisione da certificare. Abbiamo avuto modo di osservare come l'autorità emittente neppure verifi-

ca se le norme sulla competenza siano state rispettate, essendo tali accertamenti riservati all'iniziativa del debitore in una sede successiva ed eventuale. È come se il giudice della certificazione si limitasse ad attestare la presenza di un'efficacia europea che il provvedimento già possiede ma che ha bisogno di manifestarsi all'esterno per propagarsi dallo Stato di provenienza all'ordinamento di esecuzione. Su una diversa lunghezza d'onda si muove invece la giurisprudenza comunitaria. La Corte di giustizia da tempo qualifica l'attestato di esecutività rilasciato ai sensi del [reg. n. 805/2004](#) come un atto di natura giurisdizionale, sul presupposto che la procedura di certificazione «non ha natura diversa dalle verifiche di carattere giurisdizionale che il giudice è chiamato ad effettuare prima di emettere le proprie decisioni giudiziarie in altri procedimenti»[32]. Sulle medesime considerazioni la Corte di Giustizia assegna oggi natura giurisdizionale all'attestato rilasciato a norma del [reg. n. 1215/2012](#). Secondo i giudici comunitari ha carattere giurisdizionale il controllo che esegue il giudice della certificazione quando verifica la propria competenza ad emettere l'attestato previsto dall'[art. 53](#)[33]. Ha pure natura giurisdizionale l'attività integratrice ed interpretatrice che il giudice della certificazione è chiamato a svolgere quando una parte delle informazioni che devono essere riportate nell'attestato non trova riscontro nella decisione da certificare o quando il titolo ha carattere controverso ed è richiesta un'interpretazione del provvedimento. Come spiega la Corte di Giustizia, in tali ipotesi l'autorità giurisdizionale «si colloca nella continuità del precedente procedimento giudiziario» e con la sua attività garantisce «la piena efficacia della decisione»[34].

6. Riflessioni conclusive: sistemi di certificazione a confronto

Il [regolamento n. 1215/2012](#) fa proprio il meccanismo automatico di esecuzione e riconoscimento collaudato con il titolo esecutivo europeo per crediti non contestati e lo applica alla generalità dei titoli esecutivi, indipendentemente dalla natura del diritto, purché l'obbligazione sia sorta

[31] Sono queste le parole di V. Pozzi, *Titolo esecutivo europeo*, cit., § 5.

[32] cfr. Corte di Giustizia (UE), sentenza [n. 511 del 16 giugno 2016](#), in *Guida al diritto*, 2016, 28, 30. Tra le pronunce di merito si v. Trib. Novara, 23 maggio 2012, in *Guida al diritto*, 2012, 36, 80, con nota di Del Rosso.

[33] cfr. punti da 39 a 41 della sentenza del 28 febbraio 2019, *Gradbeništvu Korana* (C-579/17, EU:C:2019:162).

[34] cfr. punto 30 della sentenza del 4 settembre 2019, n. 347, cit. Facendo applicazione dei principi sopra esposti, a rigore, dovrebbe avere natura giurisdizionale anche l'adattamento del c.d. provvedimento ignoto che ha luogo nello Stato richiesto dell'esecuzione. Tale operazione presuppone, infatti, una valutazione che solo il magistrato può compiere, dovendo egli rintracciare all'interno dello stato richiesto un provvedimento che persegua gli stessi obiettivi e gli stessi interessi di quelli avuti di mira dal provvedimento ignoto da certificare ([art. 54](#), [reg. n. 1215/2012](#)).

nella materia civile e commerciale.

La nuova disciplina ha un'ampiezza applicativa così totalizzante da assorbire potenzialmente le liti transfrontaliere finora attratte nell'orbita del [reg. n. 805/2004](#). In effetti, il [reg. n. 1215/2012](#) riferendosi alla generalità delle decisioni rese nella materia civile e commerciale si sovrappone, da un punto di vista oggettivo, al precedente strumento di cooperazione giudiziaria e sembra destinato a soppiantarli. Eppure l'attestato di t.e.e. rilasciato ai sensi del [reg. n. 805/2004](#) conserva ancora una certa rilevanza. L'operatività del certificato di titolo esecutivo europeo per crediti non contestati si conferma in una particolare situazione processuale. Un rapido esame della fattispecie è utile per comprendere questo assunto.

Si pensi al caso in cui il titolo esecutivo sia una decisione giudiziaria che per ragioni di competenza viene pronunciata nel foro del creditore. Qualora la decisione debba essere eseguita nell'ordinamento del debitore è preferibile, se vi sono le condizioni^[35], che il creditore si affidi alla procedura di certificazione disciplinata dal [reg. n. 805/2004](#). Senz'altro nello Stato d'origine il controllo sulla decisione sarà più invasivo rispetto agli accertamenti condotti in seno alla procedura che fa capo al [reg. n. 1215/2012](#) ma, una volta ottenuta la certificazione, il creditore avrebbe dalla sua un provvedimento inattaccabile nello Stato richiesto, un titolo cioè che gli assicurerebbe una via preferenziale per l'espropriazione forzata, al riparo da eventuali contestazioni^[36]. Non bisogna poi trascurare un secondo particolare che nell'ottica del creditore rende più appetibile il procedimento disciplinato dal [reg. n. 805/2004](#): il debitore che intende contestare il titolo ha l'onere di attivarsi nel foro in cui si è formato, vuoi per impugnarlo, vuoi per reagire al rilascio del certificato. Le distanze geografiche che lo separano da quell'ordinamento dovrebbero perciò scongiurare iniziative defatiganti e dilatorie. D'altra parte, qualora il debitore insorgesse contro il certificato di titolo esecutivo europeo, lo farebbe all'interno di uno spazio giudiziario a sé poco familiare, ma confacente rispetto alla posizione del

creditore, il quale si troverebbe nella condizione geografica e giuridica di poterne contrastare le difese.

Scenari meno favorevoli, invece, potrebbero prospettarsi per il creditore che nella medesima situazione si avvalga del [reg. n. 1215/2012](#) per ottenere il rilascio del certificato. Facendo applicazione di questo diverso strumento egli avrebbe senz'altro il vantaggio di conseguire l'attestato di esecutività europea nello Stato di provenienza, senza correre il rischio che il debitore ne chieda la revoca o la modifica (da soccombente potrebbe al più impugnarlo). Avrebbe anche l'ulteriore vantaggio di un controllo meno penetrante sul titolo da certificare: paradossalmente potrebbe ottenere l'attestato anche se vi fossero motivi ostativi all'esecuzione transfrontaliera, non potendo l'autorità emittente rilevare tali impedimenti nel corso della procedura di certificazione. Egli si esporrebbe però all'opposizione del debitore nello Stato richiesto, dove l'esecutato si troverebbe nella condizione (a sé più favorevole) di rilevare i motivi di diniego, inclusa la violazione dell'ordine pubblico^[37], così paralizzando l'esecuzione sui propri beni. Al creditore non resterebbe che tentare l'espropriazione in un altro ordinamento, confidando nella presenza di beni del debitore anche altrove, ma soprattutto sperando che il titolo certificato come europeo sia compatibile con l'ordine pubblico di quel foro^[38].

In definitiva, a meno che non si voglia sostenere che l'efficacia del titolo esecutivo europeo sia spirata alla data del 15 gennaio 2015 con l'entrata in vigore del [reg. n. 1215/2012](#), il meccanismo di certificazione sotteso al [reg. n. 805/2004](#) mantiene una certa utilità in un'ottica di strategia processuale, sebbene in una porzione circoscritta del contenzioso internazionale. La sua permanenza nello spazio giudiziario europeo rimane perciò affidata all'utilizzo pratico che ne continueranno a fare i creditori transfrontalieri.

[35] Ci si riferisce al requisito della non contestazione del credito documentato nel titolo.

[36] Fatta eccezione per le ipotesi di rifiuto, sospensione e limitazione dell'esecuzione, il debitore nello Stato richiesto non potrebbe rilevare i motivi ostativi al riconoscimento e all'esecuzione.

[37] cfr. [art. 45, par. 1, lett. a\)](#) e [art. 46](#), [reg. n. 1215/2012](#). Il contrasto della decisione con l'ordine pubblico non può essere eccepito nella procedura regolata dal [reg. n. 805/2004](#).

[38] I rischi collegati all'impiego del [reg. n. 1215/2012](#) non si verificherebbero se il titolo fosse conseguito nell'ordinamento del debitore e fosse poi attuato nel foro del creditore (o all'interno di un paese terzo rispetto alle parti del rapporto obbligatorio). Il creditore avrebbe il vantaggio di conseguire rapidamente il certificato nell'ordinamento straniero (al riparo da contestazioni da parte del debitore), e di attuarlo nel proprio ordinamento dove un'eventuale opposizione del debitore potrebbe essere gestita con meno difficoltà sul piano processuale. Rimarrebbe pur sempre il rischio che il debitore eccepisca il contrasto della decisione con l'ordine pubblico.

LA TUTELA GIURISDIZIONALE AVANTI ALLA CEDU

La tutela giurisdizionale avanti alla Cedu. Note minime

di Gabriella Pezzotta

DEL 27 APRILE 2020

Sommario

1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo considerazioni introduttive: l'organo all'interno della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - la struttura e l'organizzazione
2. Il ricorso
3. Qualche numero
4. La decisione

1. La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo considerazioni introduttive: l'organo all'interno della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo - la struttura e l'organizzazione

La [Convenzione per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali](#) viene sottoscritta a Roma il 4 novembre 1950 ed entra in vigore il 3 settembre 1953. Nasce dall'intenzione di rafforzare l'unione tra gli Stati sul terreno dei diritti umani, e quindi dalla necessità di armonizzare i diversi sistemi giuridici statali.

Il testo originario della Convenzione subisce nel tempo integrazioni e modificazioni attraverso vari protocolli. Si parla di protocolli aggiuntivi, quelli che integrano l'elenco dei diritti e delle libertà, e di protocolli emendativi, quelli che modificano regole di procedura e di organizzazione. I protocolli aggiuntivi hanno efficacia solo per gli Stati che li ratificano; i protocolli emendativi invece acquistano efficacia quando vengono ratificati da tutti gli Stati che hanno aderito alla Convenzione.

I diritti e le libertà assicurate dalla Convenzione sono i seguenti: il diritto alla vita ([art. 2](#)), il diritto ad un equo processo ([art. 6](#)), il diritto al rispetto della vita privata e familiare ([art. 8](#)), il diritto alla libertà e alla sicurezza ([art. 5](#)), nessuna pena senza legge ([art. 7](#)), la libertà di espressione ([art. 10](#)), la libertà di pensiero, coscienza e religione ([art. 9](#)), la libertà di riunione ed associazione ([art. 11](#)), il diritto al matrimonio ([art. 12](#)), il diritto ad un ricorso effettivo ([art. 13](#)). Viene proibita: la tortura ([art. 3](#)), i trattamenti

inumani o degradanti, la schiavitù e il lavoro forzato ([art. 4](#)) e la discriminazione ([art. 14](#)).

La Corte Europea dei Diritti dell'Uomo^[1], istituita nel 1959, è composta da un numero di giudici pari a quello degli Stati parte della Convenzione, ad oggi 47. Il mandato dei giudici dura nove anni, non rinnovabile, e gli stessi operano con il principio di indipendenza, autonomia e imparzialità. Non rappresentano, quindi, lo Stato a cui appartengono. La Corte è composta da cinque sezioni, all'interno delle quali vengono formate le Camere: 7 membri per la Camera e 17 membri per la Grande Camera, compreso il giudice nazionale.

La cancelleria è l'organo che fornisce supporto legale ed amministrativo alle funzioni giurisdizionali della Corte. Essa consta di giuristi, personale tecnico-amministrativo e traduttori. I giuristi assistono i giudici delle diverse sezioni; si occupano dei casi in cui viene coinvolto lo Stato di cui conoscono la lingua e il diritto interno, sono circa 12/13 per Stato.

Nei procedimenti di cui è parte, l'Italia è rappresentata dall'Agente del Governo e da tre coagenti, di cui uno ha sede a Roma presso il Ministero degli Esteri. L'Agente del Governo ha il compito di coordinamento e ripartizione del ruolo di lavoro degli altri coagenti. Oltre curare la difesa scritta del Governo, fungono anche da intermediari tra la Corte e le Autorità nazionali e rappresentano l'Italia nelle udienze pubbliche dinanzi alla Camera o al-

[1] La CEDU costituisce il mezzo per realizzare gli obiettivi e gli ideali del Consiglio d'Europa e per "instaurare un ordine pubblico comunitario di libere democrazie d'Europa al fine di salvaguardare il loro patrimonio di tradizioni politiche, di idee, di libertà e di preminenza del diritto" (Commissione europea dei diritti dell'uomo, decisione del 11.01.1961, ricorso n.788/60 Austria c. Italia. Com'è noto la Commissione è stata eliminata per effetto dell'entrata in vigore del Protocollo n. 11)

la Grande Camera. All'emissione di sentenza di accertamento della violazione da parte dell'Italia, gli agenti seguono in veste di esperti giuridici la fase di esecuzione degli obblighi scaturenti dalla decisione.

La Corte ha cercato nel tempo di rimodulare l'intero processo, evitando di chiedere nuovi fondi agli Stati^[2]. La prima riforma si è realizzata con l'introduzione del Protocollo 14 alla Convenzione, entrato in vigore a giugno 2010. L'art. 12 del Protocollo introduce un'ulteriore condizione di ricevibilità dei ricorsi individuali all'[art. 35 comma 3 lett. b\)](#) della Convenzione: viene dichiarata l'irricevibilità quando la Corte giudichi che il ricorrente «*non ha subito alcun pregiudizio significativo, salvo che il rispetto dei diritti dell'uomo garantiti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli esiga l'esame del merito del ricorso e a condizione di non rigettare per questo motivo alcun caso che non sia stato debitamente esaminato da un tribunale interno*». La violazione deve, quindi, raggiungere un livello minimo di gravità, pena pronuncia di irricevibilità, valutazione di carattere patrimoniale valutata sulla base della situazione concreta della persona e di quella economica del Paese o regione in cui vive.

Il Protocollo 14, con i suoi articoli 6 e 7, ha poi modificato l'[art. 27](#) della Convenzione creando la figura del giudice unico o monocratico^[3]. Tale giudice può dichiarare irricevibile o cancellare dal ruolo un ricorso individuale, quando tale decisione può essere assunta «*senza ulteriore esame*» (decisione definitiva)^[4]. Se, al contrario, il Giudice non pronuncia una dichiarazione di irricevibilità o di cancellazione dal ruolo, trasmette il ricorso ad un Comitato di tre giudici o ad una Camera per un ulteriore esame. Pertanto, il ruolo del Giudice unico è di filtro.

Sia prima del Protocollo 14 che oggi, è rimasta intatta la funzione sussidiaria del ricorso alla CEDU: la Corte può intervenire solo una volta che il ricorrente abbia esaurito tutti i ricorsi interni in cui abbia indicato la lamentata violazione. All'[art. 1](#) della Convenzione si indica l'obbligo generale assunto dagli Stati di «*istituire e assicurare alle vittime della violazione di un diritto convenzionale un ricorso*

effettivo davanti ad una istanza nazionale». Il diritto di ricorso che gli Stati devono assicurare ha la sua contropartita nell'obbligo di esaurire in ricorsi disponibili prima di adire la Corte Europea^[5]. In altre parole, è necessario che al giudice nazionale venga sottoposto il profilo di violazione del diritto convenzionale e quindi la sollecitazione ad applicare la legge interna in modo conforme.

Importante ricordare anche il [protocollo n. 15](#) alla Convenzione con il cui art. 4 ha modificato l'[art. 35](#) della Convenzione riducendo il termine per presentare domanda alla Corte da sei mesi a 4 mesi dalla sentenza interna definitiva.

Il [Protocollo n. 16](#) alla Convenzione ha previsto invece un'attività consultiva della Corte: nell'ambito di una causa interna pendente, le più alte giurisdizioni nazionali di un'Alta Parte contraente^[6] possono richiedere alla Corte un parere su questioni di principio relative all'interpretazione o all'applicazione dei diritti e delle libertà definiti dalla Convenzione o dai suoi Protocolli. Non deve trattarsi di una questione ipotetica o astratta: il quesito può essere posto solo a causa pendente dinanzi all'autorità giudiziaria e l'interpretazione della Convenzione o dei suoi Protocolli deve essere necessaria per decidere la controversia innanzi ad essa pendente. Lo scopo è evidente: garantire il rispetto di tutti i diritti della Convenzione durante la pendenza della causa. I pareri sono consultivi e non vincolanti, ma, nel caso in cui si esperisca ricorso successivamente all'emanazione di un parere recepito, il ricorso sarà dichiarato irricevibile.

Sia il [protocollo n. 15](#) che il [protocollo n. 16](#) ad oggi non sono ancora stati ratificati da tutti gli Stati.

Con riferimento al [protocollo n. 15](#), lo stesso entrerà in vigore solo dopo che tutte le Parti contraenti della Convenzione lo avranno ratificato, mentre il [protocollo n. 16](#) è entrato in vigore a livello internazionale il 01.08.2018 avendo raggiunto il numero di ratifiche necessarie, pari a 10.

A seconda dei casi, i ricorsi vengono assegnati ad una delle formazioni giudiziarie della Corte: Giudice Unico, Comitato o Camera. Se il ricorso è chiaramente inammissi-

[2] Si è infatti creato il problema di come gestire una grande quantità di cause; dal 1959 al 1998 la Corte ha emesso 837 sentenze; solo nell'anno 2016 le sentenze sono oltre mille.

[3] Necessariamente un giudice di un paese diverso da quello convenuto un giudizio; si affida quindi la decisione ad un soggetto che nulla conosce della lingua utilizzata nel ricorso e delle regole giuridiche dell'ordinamento in questione. Attualmente il Giudice competente per la cause contro l'Italia è il Giudice di San Marino.

[4] Dal 01.06.2017 la comunicazione del giudice unico al ricorrente deve essere redatta in una delle lingue ufficiali della Corte, firmata dal Giudice unico e accompagnata da una lettera con i motivi per hanno portato alla pronuncia di irricevibilità.

[5] [Art. 35](#) Conv.

[6] Ai sensi dell'art. 10 del Protocollo devono essere individuate al momento della sottoscrizione o del deposito dell'atto di ratifica del Protocollo.

bile perché non rispetta i requisiti necessari, viene assegnato ad un Giudice Unico. La decisione di inammissibilità, o meglio di irricevibilità, è definitiva e non impugnabile. Il caso viene archiviato e il relativo fascicolo distrutto.

Il Giudice Unico, in realtà, ratifica con la sua pronuncia di irricevibilità il lavoro compiuto dai giuristi della cancelleria. Al momento, la cancelleria italiana è composta da 5 giuristi permanenti e 3 assunti in modo temporaneo. Essi svolgono tutto il lavoro preparatorio: studiano il fascicolo, riassumono in lingua inglese o francese i fatti e i motivi di ricorso, prospettano la ricevibilità o meno del ricorso e formulano una bozza di decisione. Il Giudice Unico valuta solo la nota formata dai giuristi, molto raramente studia in prima persona il fascicolo, e si limita ad apporre una X sulla casella di irricevibilità o ricevibilità. Se si tratta di un caso ripetitivo, perché verte su questioni delle quali la Corte si è già pronunciata in casi simili, il ricorso viene assegnato ad un comitato di tre giudici.

Se non si tratta di un caso ripetitivo il ricorso viene assegnato ad una Camera composta da 7 giudici. La Grande Camera non viene mai investita direttamente da un ricorso, ma decide solo per remissione o rinvio, ad uno stadio quindi avanzato del procedimento.

2. Il ricorso

Nel procedimento che si apre dinanzi alla Corte il ricorrente e lo Stato convenuto in giudizio sono parti processuali a pari titolo, con eguali diritti e doveri.

La controversia sottoposta all'esame della Corte deve riguardare una fattispecie concreta: la giurisprudenza della Corte è casistica, prende atto dell'applicazione della normativa effettuata dal giudice interno e confronta il risultato con i principi della Convenzione.

La procedura è ispirata al modello accusatorio e pone l'onere della prova a carico del ricorrente.

I ricorsi, ai sensi degli artt. 33 e 34 della CEDU, possono essere presentati da uno Stato, al fine di accertare una violazione commessa da un altro Stato membro, da persone fisiche o da organizzazioni o società che ritengono di aver subito la violazione di uno o più diritti riconosciuti dalla CEDU da parte di uno Stato che ha aderito alla Convenzione.

Il ricorso individuale di cui all'[art. 34 CEDU](#) può essere presentato da una persona fisica^[7] o giuridica, anche apolide e organizzazioni non governative e gruppi privati, che sia stata parte in una controversia davanti ai giudici nazionali. Presupposto fondamentale è che lo Stato contro cui viene presentato il ricorso abbia sottoscritto la Convenzione prima dei fatti di cui si lamenta la violazione. La nozione di vittima della violazione assume molteplici significati. La sentenza della Grande Camera del 17 luglio 2014, *Centre for legal resources on behalf of Valentin Campeanu c. Romania* ha distinto il concetto di 1) vittima diretta: nel caso in cui l'atto o l'omissione controversi colpiscono in maniera diretta il ricorrente; 2) vittima indiretta: nel caso in cui la vittima diretta sia deceduta prima dell'introduzione del ricorso ed il ricorrente ha subito gli effetti pregiudizievoli della violazione o abbia un interesse personale alla cessazione della stessa. Non è necessario che si tratti di familiare considerato erede in base al diritto interno; 3) vittima potenziale: il ricorrente deve lamentare la probabilità che si realizzi una violazione relativamente a ciò che lo riguarda personalmente.

Il diritto di introdurre un ricorso davanti alla Corte è riconosciuto a tutte le persone, indipendentemente dal riconoscimento a livello nazionale delle capacità di agire o di stare in giudizio^[8].

Il ricorso consiste in una compilazione di un formulario, deve essere depositato o inviato per posta entro 6 mesi dalla decisione interna definitiva (destinato ad essere ridotto a 4 mesi con l'entrata in vigore del [protocollo n. 15](#)); in questa prima fase non è necessaria l'assistenza di un difensore.

Ai sensi dell'art. 47 del Regolamento della Corte, il ricorso deve indicare tutte le informazioni richieste dal formulario fin dal momento della sua introduzione. In particolare: 1) deve essere indicato quale diritto garantito dalla CEDU si ritiene violato; 2) deve essere proposto da uno Stato che ha ratificato la Convenzione; 3) deve trattarsi di una violazione in cui è incorsa una autorità pubblica; 4) deve riguardare atti o fatti intervenuti dopo la data di ratifica della CEDU o del relativo Protocollo; 5) il ricorrente deve essere "vittima" direttamente di una violazione di un diritto fondamentale; 6) il ricorrente deve aver già contestato la violazione in tutte le vie di ricorso interno per-

[7] Si noti che può proporre ricorso anche una persona che si trova illegalmente nel territorio dello Stato

[8] Sul punto si veda "Manuale dei diritti fondamentali in Europa" di Zagrebelsky, Chenal e Tomasi, seconda edizione, parte sesta, capitolo XXII "paragrafo 2 del ricorso e la ricevibilità", pagine 419 e ss..

corribili[9]; 7) il ricorso deve essere completo in ogni sua parte ed inviato entro un termine di sei mesi dalla decisione interna definitiva. Questo termine è interrotto solo ed unicamente dall'invio di un ricorso completo che rispetti tutti i requisiti previsti dal Regolamento[10]; 8) le doglianze non devono essere già state esaminate da un organo giurisdizionale internazionale.

Pertanto, la procedura ex art. 47 implica una verifica dei requisiti di natura puramente amministrativa, *in primis* quello della completezza: il formulario deve essere completato in tutti i suoi campi. Il ricorso non può mai essere anonimo, ma deve contenere il nome e le generalità complete del ricorrente. Per alcuni dati minori, tipo la data di nascita, la Corte può chiederne l'integrazione. Tutte le richieste interlocutorie della Corte gravano la parte dell'onere di rispondere nel termine assegnato. La mancata risposta può essere interpretata come disinteresse della causa.

Una attenzione particolare si deve porre alla procura: i dati dell'avvocato devono essere inseriti nel modulo relativo che sia il ricorrente che l'avvocato devono sottoscrivere[11]. La firma non ha il valore di autenticare, ma di accettare l'incarico da parte del legale. Se manca la firma del legale, la Corte considera non accettato l'incarico e nel prosieguo corrisponderà solo con il ricorrente. Se invece manca la firma della parte, il ricorso non è ricevibile. Nel caso in cui la nomina avvenga in un momento successivo all'introduzione del ricorso è necessario utilizzare l'apposito modello di procura disponibile sul sito Internet della Corte[12].

Nel caso in cui sia un rappresentante di una organizzazione a ricorrere è essenziale che documenti il proprio potere di agire specificamente e fin dall'origine per quella causa. I documenti allegati possono essere prodotti in formato

cartaceo, come copie semplici non autentiche, o su chiavetta o cd; devono essere presentati in ordine cronologico, avere una loro numerazione e un indice nel formulario che consenta di trovare facilmente i documenti. Con riferimento agli atti processuali, è necessaria la produzione delle sentenze conclusive di tutti i gradi di giudizio, dei motivi di impugnazione e della domanda originaria[13]. Il mancato invio di alcuni documenti deve essere debitamente motivato. Qualora il ricorrente si trovi nell'impossibilità di ottenere copia dei documenti, la Corte può richiederli al governo ai sensi dell'art. 49/2 lett. A) Reg. o dell'art. 54/2, lett. b) Reg.

Con riferimento alla parte del formulario "Oggetto del ricorso e esposizione dei fatti" vale il principio di autosufficienza del ricorso: tutto quello che la parte deve esporre su quella questione va inserita nelle tre pagine riservate nel formulario. In aggiunta, la parte ha uno spazio di venti pagine a disposizione per integrare e spiegare ulteriormente.

Le questioni di fatto e di diritto devono essere molto semplificate, essenziali, concise, semplici e chiare.

Dall'entrata in vigore del Protocollo 11 alla Convenzione, in conseguenza ad un accertamento della violazione, si può avere ristoro del danno subito solo se si chiede la condanna all'equa soddisfazione e si dimostri un danno rilevante.

3. Qualche numero

Oltre il 93% dei ricorsi viene dichiarato inammissibile/irricevibile per mancato rispetto delle formalità prescritte o dei requisiti.

A partire all'anno 2000 vi è stato un aumento esponenziale del numero di ricorsi presentati e provenienti da tutti i paesi[14]: da circa 10.500 ricorsi ad anno, al 29.02.2020

[9] C.d. carattere sussidiario del ricorso alla Corte Europea: in altre parole, controllo sull'attività degli organi costituzionali a vari livelli nel rispetto dei diritti fondamentali

[10] Il termine scade l'ultimo giorno dei sei mesi; se si tratta di domenica o di un giorno festivo, non viene prorogato al giorno lavorativo successivo;

[11] Spesso accade che la firma del cliente è una copia fotostatica, mentre è originale quella del legale. La corte in questo caso respinge il ricorso: tutte le firme devono essere in originale.

[12] Qualunque altra tipologia di procura non è valida. Tale regola può subire delle eccezioni quando vi sia l'impossibilità da parte del ricorrente di firmare la procura. In questo caso è sufficiente provare che il rappresentante abbia ricevuto delle istruzioni precise da parte del ricorrente. Nella decisione *J.R. e altri c. Grecia* del 25 gennaio 2018 è stata ritenuta valida la volontà espressa dal ricorrente di essere rappresentato attraverso scambi di messaggi tramite l'applicazione Whatsapp. Per maggiori approfondimenti si veda "Manuale dei diritti fondamentali in Europa" di Zagrebelesky, Chenal e Tomasi, seconda edizione, parte sesta, capitolo XXII "Introduzione del ricorso e la ricevibilità", pagine 423 e ss.

[13] Questo è necessario per dimostrare che la questione è stata affrontata in tutti i gradi interni e che non sono trascorsi sei mesi dalla decisione definitiva

[14] L'aumento esponenziale dei casi è dovuto all'entrata in vigore del protocollo nel 1998 che ha dato diretto accesso agli individui alla Corte come diritto individuale previsto dall'art. 34 della Convenzione. Quindi vige un vero e proprio diritto di ricorrere alla Corte: se gli Stati in un modo o nell'altro cercano di ostacolare l'attività del ricorrente o del suo difensore per far ricorso alla corte, questo atteggiamento può costituire di per sé una violazione dell'art. 34 della Convenzione.

vi sono pendenti circa 61.100 ricorsi, contro l'Italia sono pendenti circa 3.100 ricorsi, pari all'5,1% dei ricorsi complessivi. Al primo posto si trova la Russia con circa 15.400 ricorsi pendenti (25,2%) a seguire la Turchia con circa 9.600 ricorsi pendenti (15,7%), a seguire l'Ucraina con circa 9.200 ricorsi pendenti (15,1%)^[15].

Nel 2019, l'Italia è stata sanzionata in primo luogo per violazioni al diritto di proprietà e, di seguito, per violazioni al diritto alla vita privata e familiare e per la lunghezza del processo.

4. La decisione

La pronuncia di irricevibilità del giudice unico laddove sia chiaro, *prima facie*, che il ricorso non possa essere ammesso non può essere impugnata.

Al di fuori di tale caso, in ogni momento della procedura, la Corte cerca di indurre gli interessati ad una composizione amichevole della controversia che si fondi sul rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli. In caso di composizione amichevole della controversia, la Corte cancella il ricorso dal ruolo mediante una decisione che si limita ad una breve esposizione dei fatti e della soluzione adottata. La decisione è trasmessa al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa che ne sorveglia l'esecuzione.

Le sentenze di condanna sono quelle che accertano una violazione della CEDU e sono vincolanti per lo Stato che ha l'obbligo di darvi esecuzione. L'art. 46 della Convenzione impone infatti agli Stati l'obbligo di conformarsi alle pronunce della Corte di Strasburgo, attribuendo al Comitato

dei Ministri del Consiglio d'Europa il potere di sorvegliare sull'esecuzione delle stesse. L'esecuzione consiste spesso nell'adozione di emendamenti della legislazione vigente nonché nel pagamento, se richiesto, della somma assegnata al ricorrente quale equa riparazione dei danni subiti^[16]. La sentenza emessa dalla Corte non presenta alcun carattere di annullamento, ma di accertamento - dichiarazione di violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli.

La Corte può anche emettere sentenze c.d. "sentenze pilota", ovvero decisioni che non si limitano a condannare lo Stato convenuto, ma indichino anche le misure più idonee per porre rimedio alla problematica in quanto hanno individuato un difetto sistemico o strutturale di un determinato ordinamento. Hanno effetto solo nei confronti dello Stato contro cui sono state emesse^[17].

L'art 41 della CEDU prevede che lo Stato debba innanzitutto rimuovere le cause della violazione e l'obbligo, ove previsto e chiesto, di corrispondere un risarcimento equo. Coerentemente con il principio di sussidiarietà, è rimessa agli Stati la scelta delle misure necessarie per conformarsi alla decisione della Corte, sotto la supervisione del Comitato dei Ministri.

Lo Stato condannato presenta entro sei mesi dalla decisione un Piano d'Azione, con misure sia generali che a carattere individuale, nel quale enuncia le varie misure che intende adottare per dare esecuzione alla sentenza. Sempre nello stesso termine deve essere presentato un bilancio d'azione volto ad illustrare l'effettiva attuazione di tutte le misure che il Governo ha posto in atto per dare esecuzione alla sentenza, chiedendo la chiusura del caso.

[15] Dati reperiti dal sito <https://www.echr.coe.int>

[16] Art. 41 Convenzione: «Se la Corte dichiara che vi è stata violazione della Convenzione o dei suoi Protocolli e se il diritto interno dell'Alta Parte contraente non permette se non in modo imperfetto di rimuovere le conseguenze di tale violazione, la Corte accorda, se del caso, un'equa soddisfazione alla parte lesa».

[17] Si ricordi come la Corte non è legata dai propri precedenti, ma generalmente li segue nell'interesse di una ricerca di certezza di sviluppo della sua giurisprudenza. Si veda ad esempio la pronuncia *Pretty c. Regno Unito* del 29 aprile 2002 in cui la Corte ha richiamato il valore del precedente delle proprie sentenze.

GIURISDIZIONE – RICONOSCIMENTO – ESECUZIONE SENTENZE STRANIERE

Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere: la Cina è vicina (Parte prima)

di Gianni Ghinelli

DEL 29 APRILE 2020

Sommario

1. Introduzione: struttura e fine dell'analisi
2. Il trattato Italia-Cina del 1991: ambito di applicazione, giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze
3. Conclusione: l'an ed il quomodo del riconoscimento

1. Introduzione: struttura e fine dell'analisi

Il presente contributo propone una duplice analisi della cooperazione giudiziaria in materia civile con la Repubblica Popolare Cinese, organizzata in due parti. La prima di esse è volta ad indagare il trattato concluso il [20 maggio 1991](#) tra l'Italia e la Cina^[1], al fine di mettere a fuoco la disciplina della giurisdizione e del riconoscimento delle sentenze in caso di controversie transfrontaliere tra parti italiane e cinesi. La seconda, invece, si pone l'obiettivo di confrontare la menzionata disciplina pattizia con il [reg. Ue n. 1215/2012](#): l'intento di questa comparazione è quello di meglio comprendere la portata del trattato Italia-Cina del 1991 e di verificare se, dopo quasi trent'anni, questo possa costituire ancora un modello per un'eventuale accordo tra Unione europea e Cina. I due momenti - uno preminentemente pratico, l'altro invece teorico - si svolgono separatamente e presentano, ciascuno, le proprie conclusioni. Tra le due parti vi è però un nesso, poiché l'operazione comparatistica non è fine a sé stessa: evidenziare le differenze tra l'accordo bilaterale Italia-Cina del 1991 ed il [reg. Ue n. 1215/2012](#), consente di mettere

in luce l'inevitabile differenza qualitativa tra le due fonti. Come si vedrà, non mancano elementi di somiglianza, ma il regolamento è assai più dettagliato e, allo stato attuale, costituisce l'approdo normativo più evoluto in materia di diritto processuale internazionale^[2]. Proprio in riferimento a questi temi, il futuro a noi prossimo potrebbe rendere auspicabile la conclusione, da parte della Commissione europea, di un trattato con la Cina in materia di diritto processuale internazionale. Il verificarsi di questa esigenza è, per ora, una mera ipotesi, ma è comunque ben radicata nell'attualità. Infatti, già dal 2013, tra la Commissione europea e la Repubblica Popolare Cinese è in corso un negoziato per un trattato a tutela degli investimenti (*Comprehensive Agreement on Investment*). L'obiettivo è quello di "rimuovere le barriere di accesso al mercato per gli investimenti e fornire un elevato livello di protezione agli investitori e agli investimenti nei mercati dell'UE e della Cina"^[3]. Una disciplina unitaria degli investimenti stranieri - verso e dalla Cina - applicabile a tutti i Paesi dell'Unione, se mai entrerà in vigore, porterà all'intensificarsi degli scambi commerciali, a traino dei

[1] Il trattato è stato concluso a Pechino il 20 maggio 1991 e ratificato con [legge 4 marzo 1994, n. 199](#). Per un commento del trattato, insieme ad un'interessante analisi di altri aspetti processuali dell'ordinamento cinese, cfr. RIZZI-HU, *La risoluzione delle controversie in Cina: capire il sistema legale e l'influenza di una cultura millenaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 3, 2010, p. 509.

[2] In questo senso, cfr. LUPOLI, *Il coordinamento tra giurisdizioni nello spazio di giustizia europeo: an update*, Bologna, 2018, p. 11 secondo il quale: "Indubbiamente, l'esperienza europea in materia di *parallel proceedings* è tra le più avanzate nello scenario mondiale. Nello spazio europeo di giustizia, in effetti, si sono introdotti inediti strumenti di coordinamento e di cooperazione tra i giudici degli Stati membri che hanno rivoluzionato il contenzioso transfrontaliero in materia civile e commerciale, in particolare a seguito delle riforme portate dal Trattato di Amsterdam».

[3] Si veda il sito internet della Commissione europea, dove è pubblicato il documento *Overview of FTA and other trade negotiations*, del luglio 2019.

quali seguono connessioni culturali e personali. In definitiva, non sembra fuori luogo ipotizzare che la libera circolazione degli investimenti potrebbe causare un aumento delle occasioni di contenzioso tra parti europee e cinesi su tutta l'ampia gamma del diritto civile. Il realizzarsi di questo scenario determinerebbe, quindi, l'esigenza di una disciplina comune della cooperazione giudiziaria in materia civile e commerciale capace di fornire a tutti i cittadini europei i medesimi strumenti di tutela. Questa è certo solo una previsione, ma è nozione condivisa in dottrina quella per cui il diritto processuale internazionale rispecchia il grado di apertura delle economie e degli ordinamenti giuridici. A tal proposito, è stato scritto che le norme sulla giurisdizione internazionale e sul riconoscimento delle sentenze straniere sono soggette, più di altri campi del diritto processuale civile, allo "spirito dei tempi"^[4]. Tornando all'Unione europea ed ai suoi rapporti con la Cina, laddove la Commissione concludesse un trattato a tutela degli investimenti esteri, sul piano del diritto processuale internazionale si avrebbero due possibili scenari tra loro alternativi: da un lato, potrebbe seguire a ruota una disciplina pattizia conclusa con la Cina da parte della Commissione applicabile tutti i Paesi membri, con norme comuni ed avanzate; dall'altro lato, si potrebbe optare per il mantenimento dei trattati bilaterali in materia di diritto internazionale processuale, con il conseguente permanere di regimi diversi in base al Paese membro di domicilio o residenza della parte^[5]. Prendendo il trattato Italia-Cina del 1991 come ideale punto di partenza ed il men-

zionato regolamento europeo come punto d'arrivo, all'esito della seconda parte del contributo si proverà ad immaginare dove la Commissione europea potrebbe mirare ad arrivare.

Chiarito l'oggetto delle due parti del contributo, l'obiettivo esegetico di ciascuna di esse ed il nesso logico che le lega, si passa ora all'analisi del trattato concluso dal nostro Paese con la Cina il 20 maggio 1991.

2. Il trattato Italia-Cina del 1991: ambito di applicazione, giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze

Va anzitutto chiarito l'ambito di applicazione del trattato, dal punto di vista sia soggettivo che oggettivo. In definitiva: a chi si applicano le previsioni pattizie ed in quali materie?

Sul primo fronte, l'art. 5 prevede che le disposizioni pattizie si applicano sia alle persone fisiche che a quelle giuridiche, con sede nel territorio di uno degli Stati membri. Circa l'ambito oggettivo della cooperazione giudiziaria tra Italia e Cina, l'[art. 1](#) fa riferimento ad una nozione ampia di diritto civile, che espressamente ricomprende il diritto commerciale, il diritto di famiglia e il diritto del lavoro. Dalla lettera dell'[art. 1](#) si evince che questo elenco è meramente esemplificativo. Ne deriva, allora, che le norme pattizie si possano ritenere applicabili anche in materia di stato e capacità delle persone, di obbligazioni alimentari, di successioni e, infine, in materia concorsuale^[6]. Trattasi di settori che, come si dirà, esulano invece dall'ambito applicativo del [reg. Ue n. 1215/2012](#).

[4] Così, LUPOLI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, p. 11. Per una prospettiva storica sulla materia, v. anche MARONGIU BONAIUTI, *Giurisdizione italiana*, in *Enc. dir. [Annali VIII, 2015]*, p. 481.

[5] Sul tema della giurisdizione in relazione al *Comprehensive Agreement on Investment* vale la pena svolgere una breve precisazione. S'è detto che la cooperazione giudiziaria tra Unione europea e Cina è potenzialmente legata alle trattative in corso tra la Commissione europea e la Repubblica popolare per il raggiungimento di un trattato sugli investimenti. Sebbene tra loro connessi, i piani della tutela degli investimenti esteri e quella della cooperazione giudiziaria, rimangono però distinti. Essi danno luogo a due corrispondenti tipi di controversie e a due livelli giurisdizionali. Il primo riguarda le controversie tra investitori e Stati sull'interpretazione e all'applicazione del trattato sugli investimenti. Il secondo, invece, riguarda le controversie in materia civile. Quest'ultima categoria è materia di diritto internazionale processuale; invece, per le controversie vertenti sull'applicazione del trattato di libero scambio la Commissione europea vorrà probabilmente ricorrere all'*Investment Court System*, già previsto dal trattato di libero scambio concluso tra l'UE ed il Canada. Il *CETA*, infatti, prevede l'istituzione di un giudice speciale, competente per l'interpretazione delle sole norme del trattato. Questo sistema giurisdizionale si colloca parallelamente a quello vigente all'interno dell'Unione europea e dei suoi Stati membri: i legittimati attivi e passivi sono, infatti, solo gli investitori - così come individuati dal trattato - e gli Stati; l'oggetto delle controversie è esclusivamente la corretta applicazione delle norme pattizie. L'istituzione di un giudice speciale di questo genere, dotato di giurisdizione esclusiva rispetto ai giudici nazionali ed alla stessa Corte di giustizia, è stata peraltro ritenuta compatibile con il diritto primario dell'UE dalla Corte di giustizia, con il parere 1/17, del 30 aprile 2019. Si ritiene, quindi, che questo sistema ben potrebbe essere replicato nel trattato sugli investimenti in corso di negoziazione.

[6] Qualche dubbio potrebbe sorgere intorno alla materia dello stato e capacità delle persone. Una probabile soluzione deriva dal combinato disposto degli artt. 1 e 20 del trattato. L'[art. 20](#) fa riferimento alla nozione di diritto civile di cui all'[art. 1](#), il quale a sua volta si applica anche al titolo secondo del trattato, il quale include la materia dello stato e capacità delle persone. In riferimento alla materia concorsuale, v. SACCONI, *Legge applicabile e foro competente negli accordi commerciali Italia - Cina: conservativismo contrattuale vs realtà*, in *Diritto24* (disponibile al link <http://www.diritto24.ilsole24ore.com/art/avvocatoAffari/mercatoImpresa/2017-06-27/legge-applicabile-e-foro-competente-accordi-commerciali-italia--cina-conservativismo-contrattuale-vs-realta-122717.php?preview=true>) se-

Dato l'insieme del diritto civile, così individuato, si rinvengono tre ulteriori sottoinsiemi normativi, corrispondenti ai tre ambiti di operatività del trattato: richieste di notificazione, scambio di informazioni legali, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni giudiziarie. Come anticipato, l'attenzione è qui focalizzata su quest'ultimo aspetto. Prima di proseguire, ci si deve soffermare sull'[art. 20](#), il quale, in riferimento al riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere, amplia ulteriormente l'ambito oggettivo di applicazione del trattato: si specifica che sono coperti dalle previsioni pattizie anche i risarcimenti del danno e le condanne alla restituzione emesse in sede penale, così come le transazioni e i lodi arbitrali.

Delineato l'ambito di applicazione del trattato, si passa ora ad analizzare il suo titolo terzo. Vale la pena notare, anzitutto, che i criteri di competenza internazionale assumono un aspetto meramente strumentale al riconoscimento ed alla successiva esecuzione. Contrariamente a quanto solitamente avviene, ad esempio nella nostra [l. n. 218/1995](#) o nel [reg. Ue n. 1215/2012](#), il rapporto tra criteri di giurisdizione e riconoscimento è invertito: nel trattato Italia-Cina prima viene la disciplina del riconoscimento e, solo strumentalmente, la previsione dei criteri per radicare la giurisdizione. Il riconoscimento e l'esecuzione, infatti, sono possibili solo se, al concorrere di una serie ulteriore di requisiti, la decisione proviene da un giudice dotato di competenza internazionale. Per facilitare l'esposizione, di seguito si parte dalla disciplina della giurisdizione regolata dall'[art. 22](#); gli altri presupposti per il riconoscimento verranno ripercorsi di seguito.

Il foro generale è, come di consueto, quello della resi-

denza, del domicilio o della sede della parte convenuta. In materia di controversie commerciali si affianca, sempre sul piano generale, il criterio della sede dell'agenzia: chi, dunque, ha un'agenzia in Italia o in Cina può essere convenuto nello stato in cui questa ha sede. La nozione di agenzia, se intesa in senso ampio, ricomprende anche le attività di rappresentanza, *marketing*, controllo dei processi produttivi svolte dagli uffici di rappresentanza, che la legge cinese consente di costituire in quei settori nei quali le società a capitale interamente straniero e le *joint-ventures* non sono consentite^[7].

Il trattato prevede poi che il convenuto possa "assoggettarsi" espressamente alla competenza del giudice adito: è dunque consentito un patto di proroga della giurisdizione. Si prevede poi che la giurisdizione sussista, in deroga al criterio del foro del convenuto, qualora il difetto di giurisdizione non venga rilevato in sede di costituzione della parte convenuta. La norma ricalca quanto previsto dall'[art. 4, comma 1, l. n. 218/1995](#): la conseguenza sul piano processuale è quella per cui l'eccezione di assenza di giurisdizione del giudice italiano è gravata da un'importante barriera preclusiva segnata dal deposito della comparsa di costituzione risposta.

Veniamo ora agli altri criteri di competenza internazionale^[8]. In materia contrattuale, è competente il giudice del luogo della conclusione del vincolo o dell'esecuzione; ancora, il giudice del luogo in cui si trova l'oggetto del contratto. In materia extracontrattuale, sono alternativamente competenti il giudice del luogo della condotta o quello del luogo in cui si è manifestato l'evento dannoso. In materia di azioni di stato delle persone, il procedimento va

condo la quale: "Non sorprende dunque il limitato numero di sentenze emesse dall'autorità giudiziaria italiana riconosciute ed eseguite, ad oggi, nel territorio cinese. In senso contrario e degno di nota è il caso B & T Ceramic Group S.r.l. che ha visto una società italiana, la B & T appunto, richiedere ed ottenere dal Tribunale di Foshan il riconoscimento della sentenza di fallimento, emessa da un tribunale italiano, nonché del decreto di aggiudicazione e di trasferimento dei beni della fallita consistenti nelle quote detenute in una società cinese".

^[7] La legislazione cinese in materia di investimenti esteri, già dal 1979, prevede tre veicoli societari: la *Wholly Foreign Owned Enterprise* (WFOE); l'*Equity Joint Ventures* (EJV) e le *Coooperative Joint Ventures* (CJV). Sul tema, cfr. TIMOTEO, *Sviluppo, ambiente, investimenti esteri in Cina: un primo giro d'orizzonte*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc.6, 2010, p. 891. Per un approfondimento sulle *joint-ventures* nell'ordinamento cinese, cfr. TIMOTEO, *La costituzione di equity joint ventures in Cina. L'investitore occidentale a confronto con il diritto cinese*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 1998, p. 249. Ancora, cfr. RIZZI-CHRISTIAN, *Understanding Chinese M&A And Cultural Obstacles To Establishing A Presence In China*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 2010, p. 121.

^[8] Non è chiaro se questi fori debbano essere qualificati come alternativi rispetto a quello del convenuto - dunque "speciali", mutuando il linguaggio del legislatore europeo -, oppure come esclusivi. La differenza risiede nel fatto che, solo nel primo caso, essi si sommano al foro generale; nella seconda ipotesi, lo sostituiscono. All'[art. 22, comma 2](#), si legge che rimangono fermi i fori esclusivi previsti dalle norme di ciascun ordinamento. Questa norma va probabilmente letta nel senso che, quelli elencati al primo comma, sono fori "speciali" (o alternativi) ma non esclusivi e che rimangono in vigore i fori esclusivi previsti dalla legislazione di ciascun Paese. Parrebbero darne conferma RIZZI-HU, *La risoluzione delle controversie in Cina: capire il sistema legale e l'influenza di una cultura millenaria*, cit., p. 509: "Vi è un'eccezione ai suddetti criteri: l'[art. 22, comma 2](#) del Trattato fa salve le disposizioni riguardanti la competenza esclusiva dello Stato ove si richiede il riconoscimento. Pertanto, una sentenza italiana emessa conformemente ai criteri di giurisdizione elencati all'[art. 22, comma 1](#) del Trattato ma in violazione di una norma di competenza esclusiva del diritto cinese non può essere riconosciuta od eseguita in Cina."

radicato di fronte al giudice della residenza o del domicilio dell'interessato al momento della domanda. Per le obbligazioni alimentari, il criterio è quello della residenza o del domicilio del debitore. In materia successoria, sono previsti due criteri alternativi: il domicilio del *de cuius* o il luogo in cui si trova la maggior parte della massa ereditaria. Infine, le controversie in materia di diritti reali su immobili devono essere radicate nel luogo in cui il bene si trova.

In merito alle regole di giurisdizione, va ribadito che queste sono concepite nel trattato come meramente strumentali al riconoscimento delle sentenze e non anche come plesso normativo autonomo volto, anzitutto, a predeterminare l'attribuzione del potere giurisdizionale. È però evidente che, in caso sorga una controversia, l'interprete italiano debba applicare i criteri di attribuzione della giurisdizione appena menzionati, a prescindere dal successivo riconoscimento ed esecuzione. Nei fatti, dunque, torna il primato delle regole di giurisdizione.

Si torna ora a seguire la struttura del trattato: si passa, quindi, alla rassegna degli altri presupposti necessari al riconoscimento delle decisioni, previsti dall'[art. 21](#). Dunque, il primo di questi è l'assenza di un precedente giudicato. L'istituto assume rilievo in entrambe le accezioni conosciute al nostro ordinamento, sia come giudicato formale che come giudicato sostanziale. L'[art. 22, lett. b\)](#) richiede che la sentenza sia passata in giudicato formale e, dunque, non sia più impugnabile con i mezzi ordinari previsti dai rispettivi ordinamenti processuali. Alla [lettera d\)](#), invece, si fa riferimento all'efficacia della "cosa giudicata" in senso sostanziale: non può infatti essere riconosciuta la sentenza contraria ad una precedente pronuncia tra le medesime parti che, quindi, le vincoli alle statuizioni di condotta in essa contenute.

La [lettera c\)](#) richiede poi che sia stato correttamente instaurato il contraddittorio tra le parti e che sia rispettata la disciplina sulla rappresentanza processuale degli incapaci.

La [lettera e\)](#), poi, senza menzionarla, fa riferimento alla litispendenza: onde evitare il pericolo di un futuro contrasto pratico tra giudicati - quindi, due sentenze tra loro contrarie aventi uno stesso oggetto e riguardanti le medesime parti - la sentenza uscente dal processo terminato per primo, ma iniziato per secondo, non può essere riconosciuta. La norma si colloca nell'ottica del riconoscimento della sentenza e presuppone, pertanto, che uno dei

due processi sia già stato concluso con un provvedimento e che, di esso, la parte vittoriosa chieda il riconoscimento; l'altro presupposto è che la domanda sia stata proposta per seconda, ossia dopo la domanda che ha dato inizio al processo ancora in corso. La litispendenza si determina con la proposizione della domanda - opera il principio della priorità temporale - ed essa impedisce il riconoscimento della sentenza emessa a seguito della causa iniziata per seconda. Il risultato è, in definitiva, un sistema che non tollera i cd. *parallel proceedings*.

Va poi considerato l'ultimo presupposto, previsto dall'[art. 22, lettera f\)](#), secondo cui la decisione non può arrecare minaccia alla sovranità o alla sicurezza nazionale e, ancora, non può essere contraria all'ordine pubblico. Ora, a parte l'ordine pubblico che costituisce un istituto ben noto al nostro ordinamento^[9], colpisce la menzione delle nozioni di minaccia alla sovranità ed alla sicurezza nazionale. La disposizione dà vita ad una clausola piuttosto vaga - di stile, forse - ma dall'ampio potenziale "distruttivo". In termini pratici, il giudice cinese potrebbe negare l'esecuzione della sentenza di condanna ottenuta in Italia in forza di una valutazione eminentemente politica e, pertanto, imprevedibile dalle parti. Da un punto di vista di economia processuale, vi è un concreto rischio di sperpero delle risorse, private e pubbliche. A livello sistematico, poi, sorge spontanea un'altra riflessione. Posto che la domanda di riconoscimento deve essere proposta all'autorità giudiziaria del Paese in cui s'intende eseguire la sentenza, è il giudice civile a dover valutare il pericolo per la sicurezza nazionale e per la sovranità. Una valutazione di questo tipo, però, difficilmente si adatta alle funzioni attribuite dal nostro ordinamento al giudice civile. È vero che egli è talvolta chiamato a valutare il rispetto dei principi di ordine pubblico, ma con essi s'intendono i principi cardine del nostro ordinamento costituzionale, senza che ne derivino valutazioni di ordine politico o strategico per il Paese. In un sistema costituzionale fondato sulla separazione dei poteri, non compete al giudice civile compiere valutazioni circa il pericolo alla sovranità ed alla sicurezza nazionale. A ben guardare, poi, la cooperazione giudiziaria, quando intesa a prevedere meccanismi di riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere, porta in sé un'imprescindibile limitazione di sovranità. In definitiva, non sembra fuori luogo rinvenire nell'[art. 21, lett. f\)](#) un senso di sfiducia tra le parti contraenti. D'altra parte, però, si tenga a mente che il trattato in commento è

[9] Per una nozione giurisprudenziale di ordine pubblico, inteso in senso processuale, cfr. Cass. civ. Sez. I, [13/12/1999, n. 13928](#), in banca dati *L'Aula civile*.

stato concluso nel 1991, anni in cui la Cina era assai più chiusa al mondo - più lontana - di quanto lo sia oggi.

Tanto considerato circa i criteri di giurisdizione, da un lato, ed i presupposti per il riconoscimento, dall'altro lato, si passa ora alla procedura prevista per il riconoscimento della sentenza. La domanda di riconoscimento, volta a costituire nell'ordinamento straniero un titolo esecutivo, va proposta all'autorità giudiziaria del Paese in cui s'intende eseguire la sentenza. Per ottenere il riconoscimento e l'esecuzione della decisione, l'interessato deve quindi presentare una richiesta all'autorità giudiziaria competente, che può rifiutarla solo se mancano i criteri previsti dall'[art. 21](#) sopra considerati. Si pone a questo punto il problema di stabilire le modalità del riconoscimento: le norme pattizie, a proposito, si limitano a prevedere, all'[art. 25](#), che vengano applicate le norme nazionali dello Stato richiesto. Prima di considerare come, in concreto, ottenere il riconoscimento, si noti che, indipendentemente da dove viene proposta la domanda di riconoscimento, la parte richiedente deve allegare una copia autentica ed integrale della sentenza; salvo non risulti dalla stessa, un documento che ne attesti il passaggio in giudicato; la prova della regolare citazione, anche qui solo se questa circostanza non venga attestata dalla sentenza; la prova del rispetto delle regole sulla corretta rappresentanza processuale dell'incapace; infine, una traduzione ufficiale - ma, *ex art. 7*, non anche la "legalizzazione" - della sentenza e dei documenti appena menzionati.

Chi voglia eseguire coattivamente una sentenza cinese in Italia deve procedere al riconoscimento avanti all'autorità giudiziaria italiana. Per stabilire come procedere, si deve dunque trovare un referente normativo interno. La prima fonte da considerare è la [l. n. 218/1995](#). Com'è noto, essa prevede, all'[art. 64](#), il meccanismo dell'automatico riconoscimento delle sentenze straniere; la convenzione del 1991 conclusa tra Italia e Cina, prevede, al contrario, una procedura di riconoscimento volta ad accertare i requisiti previsti dall'[art. 21](#). Il conflitto tra questi due opposti meccanismi si risolve alla luce della pre-

valenza della disciplina pattizia prevista dall'[art. 2, comma 1, l. n. 218/1995](#). È quindi necessario dar luogo al procedimento di riconoscimento delle sentenze straniere, nel quale valutare la sussistenza dei presupposti previsti dal trattato. Posto che una procedura di riconoscimento deve necessariamente svolgersi, ci si può chiedere se sia ancora applicabile l'abrogato [art. 797 c.p.c.](#) La sua abrogazione, ed il fatto che il trattato non la menzioni in alcun modo, lascia pensare che ci si debba servire dello strumento offerto dall'[art. 67, l. n. 218/1995](#)^[10]. Ai sensi dell'[art. 67, comma 1-bis, della citata legge](#), il riconoscimento è disciplinato dall'[art. 30 del D.lgs. n. 150/2011](#), in forza del quale è applicabile il rito sommario di cognizione^[11]. La peculiarità risiede nel fatto che è competente la Corte d'appello del circondario in cui la sentenza deve essere eseguita. In caso di accoglimento, la sentenza straniera unitamente all'ordinanza emessa dalla Corte d'appello costituisce titolo esecutivo. Specularmente, quando è la sentenza italiana a dover essere eseguita, va trovato nell'ordinamento della Repubblica Popolare Cinese una norma corrispondente all'[art. 67, comma 1-bis, l. n. 218/1995](#). In tal senso, sembra potersi rintracciare un referente nell'[art. 268 del codice di procedura cinese](#)^[12], secondo cui la domanda di riconoscimento di una sentenza straniera, in esecuzione ad un trattato internazionale, dev'essere proposta alla Corte popolare intermedia. Nella valutazione del giudice cinese vi è un elemento peculiare che si sovrappone al citato [art. 21, lettera f\)](#): la sentenza da riconoscere non può essere contraria ai principi essenziali dell'ordinamento cinese e non deve violare un "interesse statale, sociale e pubblico". Torna, anche nell'ordinamento interno cinese, un elemento di imponderabile valutazione discrezionale del giudice cinese, che si colloca a cavallo tra il giuridico ed il politico.

3. Conclusione: l'an ed il quomodo del riconoscimento

In definitiva, rispetto a questa prima parte si può affermare che, in caso di controversie tra una parte italiana ed una cinese, la competenza internazionale è governata dai

[10] L'[art. 797 c.p.c.](#) è stato abrogato dall'[art. 73 della l. 218/1995](#). Il dubbio può sorgere poiché in giurisprudenza s'è più volte affermata l'applicabilità di detto articolo alla delibazione delle sentenze ecclesiastiche. Sul punto, cfr. Cass. civ., sez. I, [n. 22514/2004](#) in banca dati L'Aula civile. È vero che il trattato Italia-Cina prevale sulle previsioni della [l. n. 218/1995, ai sensi dell'art. 2](#) di quest'ultima e che, ancora, era ad essa precedente. Le norme del trattato, tuttavia, non menzionano esplicitamente l'[art. 797 c.p.c.](#), come invece avviene nel Protocolli addizionali tra Stato e Chiesa. Da un punto di vista pratico, poi, il problema non si pone: infatti l'automatico riconoscimento di cui all'[art. 64](#) non opera qualora la sentenza straniera non venga ottemperata, il suo riconoscimento venga contestato o, ancora, se si renda necessario procedere all'esecuzione forzata. Se la sentenza emessa in Cina viene eseguita spontaneamente dalla parte soccombente il problema del riconoscimento nemmeno si pone; se invece è necessario dar luogo all'esecuzione forzata, torna senz'altro applicabile l'[art. 67 l. n. 218/1995](#).

[11] In generale, sull'ambito di applicazione del rito sommario di cognizione, cfr. LUPOI, *Tra flessibilità e semplificazione*, Bologna, 2018, p. 231 ss.

[12] Il testo del codice di procedura cinese è reperibile *on-line* sul sito internet china.org.cn

criteri di cui all'[art. 22](#) del trattato concluso tra Italia e Cina nel 1991. Il tempo della domanda segna la litispendenza, mettendo al riparo l'attore dal pericolo di riconoscimento di una sentenza emessa a seguito di un processo iniziato per secondo nell'altro Stato. Tuttavia, nulla impedisce che, dopo la proposizione della domanda, ad esempio in Italia, venga parallelamente iniziato un processo in Cina e che la sentenza sia eseguita in Cina (e viceversa). La litispendenza, lo si è detto, opera quindi solo in rap-

porto al riconoscimento, ma non nelle sue funzioni attributive e privative della giurisdizione. Infine, chi ottenga una sentenza in Cina, per eseguirla in Italia, deve proporre domanda di riconoscimento alla Corte d'Appello del circondario in cui si deve svolgere l'esecuzione. Il rito applicabile è quello sommario di cognizione ai sensi dell'[art. 30 D.lgs. n. 150/2011](#).

Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere: la Cina è vicina (Parte seconda)

di Gianni Ghinelli

DEL 30 APRILE 2020

Sommario

1. Trattato Italia-Cina e reg. Ue n. 1215/2012: una comparazione
2. Conclusione: dalla comparazione alle prospettive de jure condendo

1. Trattato Italia-Cina e reg. Ue n. 1215/2012: una comparazione

Come anticipato in sede di introduzione, in questa seconda parte del contributo, si darà luogo ad una comparazione tra il [trattato Italia-Cina](#) ed il [reg. Ue n. 1215/2012](#). L'intento è di meglio delineare la portata del trattato; l'obiettivo di fondo, però, è quello di far emergere le principali differenze tra le due fonti, che vengono immaginate come pioli opposti di una scala ascendente. In basso vi è il trattato del 1991, al culmine il regolamento. Tra i due vi sono una serie di gradini intermedi e si proverà a capire su quale di questi, tra i tanti possibili, si potrebbe collocare un eventuale futuro trattato in materia di diritto internazionale processuale concluso dalla Commissione europea con la Cina.

Come anticipato, il [trattato Italia-Cina](#) del 1991 trova, nello spazio europeo, un proprio referente nel [reg. Ue n. 1215/2012](#). La disciplina uniforme di diritto internazionale privato e processuale prevista dal regolamento è l'approdo più evoluto di un percorso, parallelo a quello di integrazione europea, iniziato con la Convenzione di Bruxelles del 1968^[1]. Seguendo l'insegnamento per cui le norme di diritto processuale internazionale sono particolarmente soggette allo "spirito dei tempi"^[2], non v'è da stupirsi se le due fonti - il [trattato Italia-Cina](#), da un lato, il [regolamento](#) dall'altro - hanno gradi di approfondimento assai diversi. Tenendo a mente questi aspetti teori-

ci, si vedono ora gli elementi di comunanza e le differenze intercorrenti tra le due menzionate fonti. Queste considerazioni, vale la pena evidenziarle, non hanno la pretesa di elencare tutte le differenze sussistenti: il tentativo è, piuttosto, quello di far emergere le differenze sistematiche in riferimento a quattro temi, ossia ambito di applicazione, criteri di attribuzione della competenza internazionale, litispendenza e connessione, meccanismo di riconoscimento.

In via preliminare, si registrano importanti divergenze in riferimento all'ambito di applicazione delle due fonti. Il trattato riguarda tutti gli aspetti della cooperazione giudiziaria tra Italia e Cina; il regolamento è, invece, una disciplina di settore sulla sola giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze. I trentuno articoli del trattato coprono un'area che, nell'ordinamento europeo, viene disciplinata da un'ampia serie di regolamenti. In secondo luogo, anche in riferimento alla disciplina della giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle sentenze straniere, il trattato presenta un ambito di applicazione più ampio del regolamento. Come s'è visto, le norme pattizie trovano applicazione anche in materia di stato e capacità delle persone, in materia di famiglia, di obbligazioni alimentari e di successioni: altrettanto non avviene per il regolamento^[3]. Ancora, si consideri come il trattato si applichi anche ai lodi arbitrali, contrariamente al regolamento.

[1] Il [reg. Ue n. 1215/2012](#) (cd. regolamento Bruxelles I-bis) segue, ed abroga, il [reg. Ce n. 44/2001](#) (regolamento Bruxelles I) il quale, a seguito della «comunitarizzazione» del diritto internazionale privato, ha sostituito la Convenzione di Bruxelles del 1968. La disciplina regolamentare dà attuazione, sul piano del diritto derivato, all'[art. 67 TFUE](#) e concretizza il principio della libera circolazione delle decisioni giurisdizionali e della fiducia tra Stati membri. Sulla circolazione delle decisioni giurisdizionali nello spazio europeo, cfr. BIAVATI, *Europa e processo civile - metodi prospettive*, Torino, 2003. Ancora, cfr. BIAVATI-LUPOI, *Regole europee e giustizia civile*, Bologna, 2017. In particolare, in riferimento al [reg. Ce n. 44/2001](#), cfr. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, Milano, 2002, p. 269. Per una panoramica sul tema, v. anche E. Redenti - M. Vellani, *Diritto processuale civile*, Milano, 2011, pag. 19 ss.

[2] Così, cfr. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, cit., p. 11.

[3] V. [art. 1 reg. Ue n. 1215/2012](#).

Entrando nel vivo, si passa ora ad un confronto tra le due fonti in merito alla disciplina della giurisdizione. Ai fini della determinazione del foro nel quale radicare la causa, i criteri del [trattato Italia-Cina](#) appaiono assai meno dettagliati di quelli regolamentari. Dei criteri previsti del trattato s'è detto; qui basti dire che le norme europee sono incentrate sulla previsione del foro generale del convenuto, al quale si aggiungono i fori «speciali». Al riguardo, assumono particolare rilievo i criteri di competenza previsti in materia di assicurazione, di rapporti di consumo e di lavoro. È poi menzionata una serie di fori esclusivi. Infine, l'[art. 25](#) reg. disciplina in dettaglio la clausola di «proroga della competenza».

Nell'ambito del diritto processuale internazionale, la litispendenza e la connessione sono istituti di particolare rilievo, poiché legati a doppio filo sia alla determinazione della giurisdizione, sia al riconoscimento. Al fine di prevenire il rischio di *parallel proceedings* [4], il regolamento disciplina la litispendenza e la connessione nella loro duplice funzione «attributiva» e «privativa» della giurisdizione. Essi operano, in primo luogo, come criterio per accentrare la competenza internazionale in capo ad un medesimo giudice già a partire dal momento della proposizione della domanda e, inoltre, quali presupposti in presenza dei quali il giudice adito per secondo dichiara la propria incompetenza in favore del primo [5]. Il trattato tra Italia e Cina menziona, all'[art. 21 lett. e\)](#), esclusivamente la litispendenza e lo fa solo in riferimento al diniego di riconoscimento. Il trattato configura il principio della priorità temporale in questi termini: solo la sentenza del primo giudice adito può essere riconosciuta. Ai fini del riconoscimento, non importa, quindi, quando viene emessa la sentenza, bensì solo il tempo della domanda. La previsione del principio di prevenzione temporale costituisce, in apparenza, un traguardo non da poco per il trattato del 1991, considerando che le norme volte ad evitare i *parallel proceedings* sono espressione di un rapporto di fiducia tra ordinamenti. Ciò detto, rimane il dato per cui questo meccanismo vale solo per il riconoscimento all'estero, quindi solo se, ad esempio, la sentenza italiana deve essere riconosciuta ed eseguita in Cina. Se le parti non sono interessate al riconoscimento all'estero, nulla impe-

disce loro di dar luogo a procedimenti paralleli identici e poi di eseguire ciascuna sentenza nel rispettivo Paese di emissione. La portata dell'istituto è quindi assai ridotta in confronto a quanto avviene nel regolamento europeo. La differenza più vistosa si rinviene di certo nel sistema del riconoscimento: il trattato richiede una procedura di *exequatur*. Come anticipato, deve essere proposta un'apposita domanda all'autorità giudiziaria, al fine di verificare i requisiti previsti dall'[art. 21](#). Per contro, nell'Unione Europea le decisioni circolano liberamente, dato che sono automaticamente riconosciute in tutti i paesi membri. Anche il regolamento conosce la possibilità di diniego di riconoscimento, ma con due precisazioni: l'iniziativa deve essere presa da chi ne abbia interesse, proponendo un'istanza all'autorità giudiziaria, sopportando pertanto l'onere di provare la sussistenza dei motivi di diniego previsti dall'[art. 45](#) reg; in secondo luogo, tra i motivi di diniego previsti dal regolamento non viene menzionata la sicurezza nazionale e la sovranità del Paesi membri. Se detta istanza non viene proposta, opera il principio generale per cui la sentenza è automaticamente riconosciuta in tutta l'Unione europea e può essere eseguita in ogni Stato membro.

2. Conclusione: dalla comparazione alle prospettive de jure condendo

Dalla comparazione tra fonte pattizia e regolamento europeo si passa ora, in conclusione, ad un esercizio meramente ipotetico. Anche qui, come sopra, i temi di riferimento sono quattro: ambito di applicazione, criteri di attribuzione della giurisdizione, litispendenza e connessione e, infine, il meccanismo di riconoscimento. Anzitutto, da un (eventuale) trattato tra Unione Europea e Cina sarebbe da aspettarsi un ambito applicativo ben più ampio della sola giurisdizione e riconoscimento delle sentenze. Sarebbe infatti necessario che questo ipotetico trattato estendesse le previsioni pattizie a tutti i settori della cooperazione giudiziaria, tra i quali vi è, ad esempio, la materia delle notificazioni. In riferimento al secondo punto, sarebbe legittimo ambire ad una disciplina di maggior dettaglio della giurisdizione. Più delicato è il terreno della litispendenza: l'istituto potrebbe, in teoria, essere di-

[4] I rischi a cui si fa riferimento sono tipicamente quelli di contrasto tra giudicati o tra accertamenti. Da essi deriva, inoltre, un'inutile duplicazione delle attività processuali ed uno sperpero di risorse.

[5] Le conseguenze della litispendenza sono disciplinate dall'[art. 29 reg. Ue n. 1215/2012](#); l'[art. 30](#) reg. invece è dedicato alla riunione tra cause connesse. Sulle nozioni di funzione «attributiva» o «privativa» della litispendenza e della connessione tra cause, cfr. CARPI-LUPOLI, *Provvedimenti giurisdizionali civili in europea (Convenzione di Bruxelles)*, in *Enc. dir.*, agg. II, 1998.

sciplinato non più esclusivamente in riferimento al riconoscimento della sentenza all'estero, ma anche nelle già menzionate funzioni "attributive" e "privative" della giurisdizione. Il rischio pratico dell'attuale scenario lo si è visto: Tizio, per primo, conviene Caio in Italia. La stessa domanda, o una domanda connessa, potrebbe però essere proposta successivamente di fronte al giudice cinese e, a quel punto, la sentenza cinese potrebbe esser eseguita in Cina a prescindere dalla litispendenza. Nel trattato Italia-Cina, l'istituto della litispendenza è dunque mutilato di gran parte del suo potenziale. La connessione, invece, non viene nemmeno prevista dal trattato. Alla luce del modello offerto dal regolamento, vi è dunque margine per un'ampia evoluzione, ma questi istituti devono fare i conti con le differenze culturali, linguistiche e giuridiche, che dividono l'ordinamento europeo da quello cinese. In ipo-

tesi di litispendenza o semplice connessione, i cittadini europei sono disposti a vedere la propria domanda rigettata in rito a favore di un altro giudice europeo, ma altrettanto probabilmente non avverrebbe in relazione ad un giudice cinese. I costi per la parte sarebbero molto alti ed il menzionato divario linguistico e culturale non può essere sottovalutato. Infine, circa il riconoscimento, le differenze tra gli ordinamenti sono tali da impedire, probabilmente, la replica del meccanismo europeo di automatico riconoscimento. Una soluzione intermedia, però, potrebbe venire dalla nostra legge di diritto internazionale privato, laddove l'[art. 67](#) richiede il riconoscimento solo in circostanze tassative. Infine, sempre in tema di riconoscimento, sarebbe auspicabile una disciplina priva di clausole che riecheggino una valutazione politica sulle decisioni in materia civile.

Le Pagine de AC | L' AULA CIVILE

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.

GLI AUTORI DI QUESTO NUMERO

Carlo Vellani

È professore associato, titolare dei corsi di Diritto processuale civile e Diritto processuale del lavoro, presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia. Fa parte del Comitato di redazione di questa Rivista.

Alessia D'Addazio

Laureata, *cum laude*, in giurisprudenza 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.

Emelinda Hepaj

Laureata in giurisprudenza presso l'Alma Mater Studiorum, Università di Bologna, nel 2018, discutendo una tesi dal titolo "L'arbitrato nel trust", la dott.ssa Emelinda Hepaj è stata assegnataria, dal giugno 2018 al dicembre 2018, del tirocinio formativo indetto presso la sede di Bologna dell'Arbitro Bancario Finanziario, sviluppando spiccate competenze nel settore della risoluzione stragiudiziale delle controversie nonché per i temi del diritto bancario.

La dott.ssa Hepaj ha frequentato, dal gennaio 2019 al giugno 2019, la XIX edizione del Master, tenutosi a Milano, "Il diritto dei trust nei Paesi d'origine e in Italia", arricchendo il proprio bagaglio giuridico sul diritto dei trust ed il sistema di common law.

È attualmente assegnataria di borsa di ricerca annuale indetta dalla "Associazione dei trust in Italia" in collaborazione con il Consorzio Uniforma e l'Università di Genova. Svolge altresì la pratica forense in Bologna.

Ezio Maria Barberi

Magistrato ordinario dal 1959 al 1973. Magistrato amministrativo dal 1974 al 2006, dal 2006 presidente emerito del Tar per la Lombardia.

Ha collaborato con numerose riviste, fra cui il Foro ital. - Riv. dir. proc. - Dir. proc. ammin. - Riv. trim. app. - Mass. giur.lav. - Riv. ital. dir. pubbl. comunit.

Francesca Ferrari

Professore associato di diritto processuale civile presso l'Università degli Studi dell'Insubria.

È stata visiting professor alla Harvard Law School ed all'Università di Maastricht.

È membro del Comitato di redazione della Rivista di diritto processuale e della rivista AIDA. Annali italiani del diritto d'autore, della cultura e dello spettacolo nonché della rivista on-line Aula Civile.

È autrice di due monografie, uno studio di diritto comparato in materia di istruzione probatoria e un volume dedicato al sequestro industriale, e di un numero considerevole di pubblicazioni minori sia in lingua italiana che in lingua inglese.

Adriano Sponzilli

Avvocato in Bologna, patrocinante in cassazione, cultore della materia in diritto industriale presso l'Università degli studi di Bologna, LL.M.

Ilaria Lombardini

Avvocato e Assegnista di Ricerca in Diritto Processuale Civile e Docente a contratto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia.

Giulia Baruffaldi

Avvocato del Foro di Lecco

Elena Zucconi Galli Fonseca

Elena Zucconi Galli Fonseca è professore ordinario in diritto processuale civile e diritto dell'arbitrato interno ed internazionale presso l'Università degli Studi di Bologna. È membro, tra gli altri, del Comitato di direzione della Rivista trimestrale di diritto e procedura civile e del Comitato di direzione della Rivista di diritto sportivo del Coni. Ha vinto il premio "Enrico Redenti", per la monografia "La convenzione arbitrale rituale rispetto ai terzi". Ha partecipato come relatrice a numerosi convegni, incontri e seminari, sul processo civile e sull'arbitrato. È autrice di oltre cento pubblicazioni fra le quali quattro lavori monografici.

Maria Laura Guarnieri

Docente a contratto di Diritto dell'arbitrato interno ed internazionale presso il Dipartimento di Giurisprudenza, economia e sociologia dell'Università Magna Graecia di Catanzaro. Ha conseguito il dottorato di ricerca in "Teoria del diritto e ordine giuridico europeo" presso la stessa Università ed è avvocato civilista del foro di Catanzaro dal 2012.

Mario Golia

Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e Cultore della Materia in Diritto processuale civile presso l'Università di Bologna.

Laureato con lode in giurisprudenza, ha ricevuto in tutti gli anni accademici del proprio percorso universitario l'attestato di merito dal Magnifico Rettore, riservato agli studenti più meritevoli dell'Ateneo felsineo. Nel 2013 è stato inserito nell'Albo Nazionale delle Eccellenze del Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca.

Ha fatto parte dell'Ufficio per il processo (ex art. 73 d.l. 69/2013) presso il Tribunale di Bologna - Sezione specializzata imprese - ed è stato designato dal Presidente del Tribunale, a seguito di pubblica selezione, per un periodo di collaborazione con la Commissione amministrativa regionale di disciplina per i Notai dell'Emilia Romagna (Co.Re.Di.).

Iscritto nell'elenco pubblicisti dell'Ordine dei giornalisti

Gabriella Pezzotta

Consegue il diploma della Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali nel 2014 ed è iscritta all'ordine degli Avvocati di Verona, con secondo studio professionale a Brescia, dal novembre 2015. Frequenta nel settembre 2017 il corso presso la Corte Europea a Strasburgo organizzato dal Centro Europeo per la Cooperazione Giuridica e a novembre 2017 il corso avanzato organizzato dall'EIUC European Inter - University Centre for Human Rights and Democratisation a Venezia "La Tutela dei diritti umani presso la Corte Europea dei diritti dell'uomo". Collabora dal 2012 con la cattedra di Diritto Processuale civile del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia.

Gianni Ghinelli

Laurea con lode nel 2016 (Università di Bologna). Dopo alcune esperienze professionali presso Derra, Meyer und Partner (Bologna) e Dezan Shira & Associates (Shanghai), svolge oggi la pratica forense negli studi Schultze & Braun (Bologna) e Ghinelli (Rimini). Collabora con la Cattedra di Diritto Processuale Civile del Prof. Michele Angelo Lupoi (Università di Bologna).

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.