

ISSN 2612-8047

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

7-8 2020

luglio-agosto

IN QUESTO NUMERO:

MEDIAZIONI ON LINE NELL'EMERGENZA COVID-19

PRINCIPIO DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO PER CASSAZIONE

IL SISTEMA DELLE PROVE E LA RELATIVA EVOLUZIONE

ARBITRATO NEI CONTRATTI PUBBLICI

ESPROPRIAZIONE FORZATA E ABUSO DEL PROCESSO

SOSPENSIONE DELLE PROCEDURE ESECUTIVE SULLA PRIMA CASA


**MAGGIOLI
EDITORE**

Le Pagine de

AC | **L' AULA
CIVILE**

7-8 2020

luglio-agosto



IN QUESTO NUMERO:

MEDIAZIONI ON LINE NELL'EMERGENZA COVID-19

PRINCIPIO DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO PER CASSAZIONE

IL SISTEMA DELLE PROVE E LA RELATIVA EVOLUZIONE

ARBITRATO NEI CONTRATTI PUBBLICI

ESPROPRIAZIONE FORZATA E ABUSO DEL PROCESSO

SOSPENSIONE DELLE PROCEDURE ESECUTIVE SULLA PRIMA CASA

Comitato Scientifico

DIREZIONE:

Prof. Lupoi Michele Angelo

COMITATO DI DIREZIONE:

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

COMITATO DI REDAZIONE:

Alemanno Roberto
Ansanelli Vincenzo

Antonelli Alessio
Barbiani Stefano
Bernabei Guglielmo
Bonafine Alessio
Bonetti Dario
Briganti Elena
Caimi Emanuele
Cazzato Edoardo Carlo
Cianciosi Beatrice
D'Adamo Daniela
D'Addazio Alessia
Desiato Olga
Durello Laura
Galanti Lucilla
Ghinelli Gianni
Giardini Elisa
Guarnieri Maria Laura
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



MEDIAZIONI ON LINE NELL'EMERGENZA COVID-19

- 4** **Problemi vecchi e nuovi delle mediazioni civili e commerciali on line**
di Beatrice Irene Tonelli

OMESSA PRONUNCIA SULLE SPESE DI CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

- 11** **È nulla la sentenza che non si pronuncia sulle spese della c.t.u. (Commento a Cass. civile Sez. III, 5 giugno 2020, n. 10804)**
di Mirco Minardi

INAMMISSIBILITÀ DELL'APPELLO EX ART 342 C.P.C.

- 14** **L'inammissibilità dell'appello ex art. 342 c.p.c. nella giurisprudenza di legittimità**
di Rosanna Mancuso

PRINCIPIO DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO PER CASSAZIONE

- 20** **Il principio di autosufficienza del ricorso civile per cassazione**
di Giorgio Mazzone

IL SISTEMA DELLE PROVE E LA RELATIVA EVOLUZIONE

- 27** **L'evoluzione darwiniana dei mezzi di prova: il ruolo della prova atipica nella modernizzazione del sistema delle prove**
di Caterina Silvestri

CONSIDERAZIONI SULL'ART. 2929 BIS C.C.

- 34** **Considerazioni sul ruolo sistematico dell'art. 2929 bis c.c.**
di Carlo Vellani

ATTIVITÀ GIUDIZIARIA AI TEMPI DEL COVID-19

- 41** **Essere ovunque restando fermi**
di Diego Torrella

ESPROPRIAZIONE FORZATA E OBBLIGO DI BUONA FEDE

- 45** **Solidarietà passiva e abuso del cumulo di mezzi di espropriazione forzata**
di Viola Depau
DEL 28 LUGLIO 2020

CONSIDERAZIONI SULL'ARBITRATO NEI CONTRATTI PUBBLICI

- 51** **Alcune osservazioni su dati recenti in tema di arbitrato nei contratti pubblici**
di Ilaria Lombardini
DEL 30 LUGLIO 2020

PRINCIPI DI ORALITÀ, CONCENTRAZIONE E IMMEDIATEZZA

- 60** **I principi di oralità, concentrazione e immediatezza e la formazione del giurista in Italia e in Germania**
di Gianni Ghinelli

ESPROPRIAZIONE FORZATA E ABUSO DEL PROCESSO

- 64** L'abuso del processo e degli strumenti processuali: il frazionamento del credito ed il titolo esecutivo nei confronti dei condebitori solidali nell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8151 del 24.04.2020
di Elisa Giardini

TRATTAZIONE DELLA CAUSA E RISPETTO DELLE NORME COVID-19

- 71** Prima comparizione delle parti e trattazione della causa al tempo del Coronavirus
di Angela Calzavara

SOSPENSIONE DELLE PROCEDURE ESECUTIVE SULLA PRIMA CASA

- 79** Cosa accade all'abitazione principale del debitore già aggiudicata alla data di entrata in vigore dell'art. 54 ter della legge n. 27/2020? Il tribunale di Napoli Nord si pronuncia a favore del decreto di trasferimento
di Concetta Marino

MEDIAZIONI ON LINE NELL'EMERGENZA COVID-19

Problemi vecchi e nuovi delle mediazioni civili e commerciali on line

di Beatrice Irene Tonelli

DEL 2 LUGLIO 2020

Sommario

1. L'evoluzione delle disposizioni normative in tema di svolgimento delle mediazioni a distanza
2. L'accordo informatico all'esito di mediazione svolta in videoconferenza e la fase dell'esecuzione forzata
3. Conclusioni

1. L'evoluzione delle disposizioni normative in tema di svolgimento delle mediazioni a distanza

Come ben noto, le numerose disposizioni governative emanate nella fase di emergenza sanitaria per il contenimento del contagio da Covid 19 si sono focalizzate nel garantire il distanziamento sociale e nel limitare, per quanto possibile, la compresenza di più persone in luoghi chiusi e più in generale gli spostamenti. Le misure adottate spaziano dalla sospensione delle attività industriali e commerciali, al rinvio o proroga delle scadenze, alla riduzione al minimo indispensabile dei servizi erogati dalle pubbliche amministrazioni, al potenziamento del lavoro agile e del lavoro a distanza.

Il settore dell'esercizio della giurisdizione civile è, tra i tanti, uno di quelli che maggiormente ha risentito una notevole alterazione, rispetto alle modalità ordinarie di svolgimento dell'attività, per effetto di tali disposizioni emergenziali. Basti considerare che i tutti i termini processuali sono stati sospesi nel periodo dal 9 marzo al 11 maggio,

e nello stesso lasso di tempo è stato possibile trattare solo cause connotate da assoluta urgenza e non procrastinabilità^[1].

Dovendo conciliare l'esigenza di assicurare la trattazione delle liti con la necessità di mantenere il distanziamento sociale ed evitare assembramenti negli uffici giudiziari, le soluzioni identificate dal governo sono state essenzialmente due, ovvero sostituire la celebrazione della udienza con uno scambio di note scritte o celebrare l'udienza in modalità telematica^[2], con una complessa e variegata serie di problematiche che tali deviazioni dal rito ordinario hanno comportato e comportano.

Anche il settore delle mediazioni civili e commerciali è stato oggetto di intervento normativo, né poteva essere diversamente, considerando tutti i casi in cui, per legge o per disposizione della autorità giudiziaria dinnanzi a cui pende il procedimento, lo svolgimento della mediazione è condizione di procedibilità della domanda giudiziale; che vi sono termini, benché ne sia dibattuta la qua-

[1] Ripercorrendo in estrema sintesi la convulsa produzione normativa dei mesi marzo-aprile, si sono infatti succeduti il [D.L. 11 del 8 marzo 2020](#) che, all'[art. 1](#), aveva disposto la sospensione di termini e di attività processuali nel settore civile dal 9 al 22 marzo compresi, il successivo [D.L. 18 del 17 marzo 2020](#), conv. in [L. 27/2020](#) che, all'[art. 83 comma 1](#), aveva esteso la sospensione fino al 15 aprile e al successivo comma 3 aveva elencando i procedimenti esclusi, l'[art. 36 del D.L. 23/2020](#) ha prorogato all'11 maggio 2020 il termine del 15 aprile ed ancora l'[art. 3 del D.L. 28 del 30 aprile 2020](#) ha ulteriormente esteso il periodo in cui i singoli capi degli uffici giudiziari avrebbero potuto dare disposizioni sulla gestione delle attività giudiziarie con modalità eccezionali fino al 31 luglio, ma in sede di conversione, nella seduta del 25 giugno 2020, è stata apportata una ulteriore modifica che riporta il termine al 30 giugno pur facendo salvi i provvedimenti già adottati dai magistrati per le udienze da celebrarsi nel mese di luglio.

[2] Cfr. Vademecum per lo svolgimento della udienza civile da remoto elaborato dal centro studi della Fondazione Italiana per l'innovazione Forense (FIIF) su [www.fiif.it](#); Documento sulle udienze da remoto elaborato dall'Organismo Congressuale Forense del 16.04.2020 su [www.organismocongressualeforense.it](#); Linee guida elaborate di concerto tra CNF e CSM per lo svolgimento delle udienze in forma telematica su [www.csm.it](#); i provvedimenti del DGSIA del 20.03.2020 e 21.05.2020 su [www.agendadigitale.eu](#).

lificazione come perentori o ordinatori, sia per il deposito della domanda sia per lo svolgimento della mediazione; che la comunicazione alla parte invitata del deposito della domanda di mediazione ha sui termini di decadenza e prescrizione gli stessi effetti della proposizione della domanda giudiziale.

In particolare, l'[art. 83 comma 20 del D.L. 18/2020](#) ha disposto la sospensione dei termini per lo svolgimento di qualunque attività nei procedimenti di mediazione ai sensi del [decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28](#) che fossero stati promossi entro il 9 marzo 2020 e costituissero condizione di procedibilità della domanda giudiziale, e la conseguente sospensione dei termini di durata massima dei medesimi procedimenti.

In sede di conversione, per quanto qui di rilievo, è stato aggiunto il [comma 20 bis](#) contenente disposizioni specifiche per lo svolgimento della mediazione in via telematica mediante sistemi di videoconferenza.

In verità, si tratta di disposizioni estremamente concise che si limitano a prevedere, da un lato, il potere del difensore di dichiarare autografa la sottoscrizione del proprio cliente collegato da remoto ed apposta in calce al verbale ed all'accordo di conciliazione, sottoscrivendo a propria volta in forma digitale, dall'altro l'utilizzo della procedura in videoconferenza anche dopo il 31 luglio 2020 purché vi sia il consenso di tutte le parti.

A differenza del processo civile, in cui non era mai stata prevista la ritualità di una udienza celebrata da remoto, nella mediazione civile tale possibilità è sempre stata pacificamente ammessa e praticata.

Già i regolamenti degli sportelli per la conciliazione delle Camere di Commercio dei primi anni 2000 prevedevano lo svolgimento delle procedure *on line*[\[3\]](#).

Le conciliazioni nei settori delle *public utilities* e delle telecomunicazioni vengono regolarmente amministrate con modalità telefoniche o telematiche[\[4\]](#).

A livello comunitario, la [direttiva n. 22 del 2009](#) aveva in-

trodotto i principi per le procedure di conciliazione on line (c.d. ODR) per le liti consumeristiche transnazionali, poi integrati nel [regolamento europeo 524/2013](#).

Ed ancora, l'[art. 3 comma 4 del D. Lgs. 4 marzo 2010 n. 28](#), prevede che la mediazione possa svolgersi secondo modalità telematiche previste dal regolamento dell'organismo e l'[art. 16 comma 3](#) che prescrive che nel regolamento di procedura devono essere previste le procedure telematiche eventualmente in uso, tali da garantire la sicurezza delle comunicazioni e il rispetto della riservatezza dei dati[\[5\]](#).

Il decreto ministeriale 180/2010, in particolare all'[art. 7](#), aveva previsto che gli organismi di mediazione dovessero specificare, nel rispettivo regolamento di procedura, le modalità di svolgimento della procedura telematica, purché tale forma non fosse unica ed esclusiva.

Nella prassi, dopo l'entrata in vigore del [D. Lgs. 28/2010](#), le mediazioni in via telefonica o in videoconferenza sono state limitate ad una ristretta, ancorché corposa casistica, ovvero principalmente alle controversie bancarie o assicurative; si è registrata da parte di tutti i soggetti coinvolti una certa resistenza all'utilizzo delle mediazioni online, e ciò per una molteplicità di ragioni che, senza pretesa di esaustività, possono essere per sommi capi individuate come segue.

In primo luogo, la mediazione è un mezzo di risoluzione alternativa delle controversie che si basa sulla instaurazione o ricostruzione di una efficace comunicazione tra le parti, e come tale necessita della presenza personale dei diretti interessati e dei loro consulenti[\[6\]](#). Non vi è dubbio che l'utilizzo di sistemi di comunicazione a distanza interponga, per così dire, un filtro alla diretta comunicazione delle parti, alla possibilità per il mediatore di cogliere l'ampia gamma del "non verbale", e sovente determina interruzioni, basti pensare ai disturbi e interferenze del segnale telefonico, specie quando si utilizzano dispositivi mobili, o alla caduta della linea, o alla instabilità della

[\[3\]](#) A titolo esemplificativo, lo sportello di conciliazione delle Camere di Commercio di Firenze offrivano già da allora in servizio "Conciliaonline" per definire le controversie tra professionisti e consumatori.

[\[4\]](#) Così opera il servizio di conciliazione per le controversie in materia di fornitura di energia amministrate dall'Autorità di Regolazione Energia Reti Ambiente (ARE-RA) e così possono, facoltativamente, svolgersi le conciliazioni amministrate dai CORECOM, peraltro con ottimi risultati in termini di efficienza e celerità.

[\[5\]](#) Con avviso pubblicato il 4 maggio 2020 (www.giustizia.it) il Ministero ha precisato che «*Secondo quanto stabilito dall'art. 83, comma 20-bis, del decreto legge 17 marzo 2020, n. 18, convertito, con modificazioni, nella legge 24 aprile 2020, n. 27, come modificato dall'art. 3, comma 1, lett. i), del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28, fino al 31 luglio 2020 tutti gli organismi iscritti nel registro tenuto da questo Dicastero potranno svolgere la mediazione telematica, dotandosi di sistemi di videoconferenza, anche in assenza di apposita previsione nel proprio regolamento di procedura. Si ricorda che è necessario il preventivo consenso di tutte le parti che partecipano alla mediazione*».

[\[6\]](#) Sul tema della partecipazione personale delle parti vedasi F. CUOMO ULLOA "Oscillazioni sulla partecipazione delle parti al procedimento di mediazione" in questa rivista.

connessione o insufficiente copertura della rete con perdita del segnale audio video e via dicendo.

In secondo luogo, le mediazioni che si svolgono con una parte personalmente presente nella sede dell'organismo e un'altra collegata a distanza possono generare nei partecipanti la percezione di una "disparità" di posizioni dipendente dalla vicinanza o meno con il mediatore. Ed inoltre, ove si utilizzino strumenti telematici, può sorgere un vero e proprio ostacolo nei casi, non infrequenti, in cui almeno uno dei partecipanti non sia dotato di adeguati strumenti tecnologici o vi sia uno squilibrio nella dimestichezza delle parti nell'utilizzarli. Anche lo svolgimento delle sessioni separate diventa più macchinoso perché necessariamente comporta, nei confronti delle altre parti, l'interruzione della comunicazione a distanza e la ripresa in un momento temporale diverso e non sempre facilmente predeterminabile.

In terzo luogo, le mediazioni a distanza comportano una maggiore difficoltà nella tutela della riservatezza, non solo per la impossibilità per il mediatore di controllare se vi sia la presenza di terzi non autorizzati a partecipare all'incontro, ma anche per l'impossibilità di escludere che l'incontro possa essere registrato o ripreso.

In quanto luogo, la verbalizzazione degli incontri diventa farraginoso, essendo necessario raccogliere le firme di persone che non si trovano nello stesso luogo e pertanto tra l'apposizione della prima e dell'ultima sottoscrizione si crea uno iato temporale.

In quinto luogo, nel caso di raggiungimento di un accordo dotato di efficacia esecutiva, si pone il problema di soddisfare i requisiti di forma imposti dalla normativa (vedi *infra*).

Nella prassi, sovente trovava applicazione una modalità "mista", in cui il primo e l'ultimo incontro, a maggior ragione in caso di raggiungimento di accordo, si svolgevano in presenza e gli incontri intermedi o le sessioni separate anche a distanza.

D'altro canto, lo svolgimento degli incontri di mediazione a distanza può offrire anche indubbi vantaggi. L'esperienza insegna che tale modalità consente di semplificare la partecipazione di soggetti per i quali recarsi alla sede dell'organismo di mediazione sarebbe impossibile o comunque particolarmente oneroso, con risparmio di costi e di tempi, permette una maggiore libertà organizzativa

nel fissare gli appuntamenti, può facilitare la gestione delle situazioni interpersonali più litigiose, possono risultare più adeguate per le parti che già nello svolgimento della loro attività lavorativa sono abituate all'utilizzo delle piattaforme di videoconferenza, e per le parti la cui controversia sia sorta proprio in ambiente digitale, come per il commercio elettronico.

In assenza di indicazioni normative più specifiche e puntuali, i vari organismi hanno elaborato delle prassi interne e le associazioni degli avvocati per la mediazione e dei mediatori professionisti hanno redatto e pubblicato delle linee guida^[7] sullo svolgimento delle mediazioni on line, ponendo l'accento sulla responsabilizzazione di tutti i partecipanti per la tutela della riservatezza, sul ruolo centrale del mediatore nel definire e concordare con le parti e i loro difensori le regole di condotta appropriate per lo svolgimento degli incontri, sul ruolo dei legali e degli altri consulenti.

Si tratta, certamente, di una nuova sfida sia per gli avvocati che per i mediatori, poiché l'utilizzo dei sistemi di Online Dispute Resolution (ODR) comporta la necessità di accrescere le proprie competenze sia nell'uso delle nuove tecnologie, sia nella capacità di creare e mantenere una adeguata relazione e interazione con le parti e con i clienti nell'ambiente virtuale.

Nella preparazione dell'incontro, occorre verificare la funzionalità degli strumenti e della connessione, porre attenzione al fatto che l'inquadratura sia centrata e il partecipante ben visibile, che lo sfondo sia per quanto possibile neutro, in modo da non distrarre l'attenzione, che l'illuminazione sia idonea, stabilire se il cliente sarà presente nello studio del legale^[8] o se si conatterà a distanza. Nel corso dell'incontro, si dovrà assicurare che venga rispettata l'alternanza di parola, silenziando il proprio microfono mentre parla l'altro, gestire in modo efficiente la tempistica considerando un margine di comporto per superare eventuali problemi tecnici, definire quali misure adottare in caso di accidentale caduta della comunicazione, concordare le modalità di raccolta delle sottoscrizioni.

2. L'accordo informatico all'esito di mediazione svolta in videoconferenza e la fase dell'esecuzione forzata

Un aspetto pratico di particolare importanza riguarda la formalizzazione dell'accordo raggiunto all'esito della me-

[7] Linee guida ANMP su www.altalex.it del 17 giugno 2020; linee guida UNAM su www.unam.it del 27 aprile 2020.

[8] Soluzione questa ovviamente consigliabile quando la parte non sia dotata degli strumenti adeguati per la connessione o della abilità di utilizzarli, ma anche per facilitare lo svolgimento delle sessioni separate e il dialogo diretto tra cliente e avvocato.

diatazione. Come noto, infatti, la procedura è caratterizzata da una libertà di forme ([art. 3 D.Lgs 28/2010](#)) che trova un limite espresso proprio in merito ai requisiti del verbale di conciliazione ai fini della sua efficacia come titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, l'esecuzione per consegna e rilascio, l'esecuzione degli obblighi di fare e non fare, nonché per l'iscrizione di ipoteca giudiziale ([art. 12 del D.lgs 28/2020](#)).

È infatti richiesta la sottoscrizione delle parti e dei loro legali e la certificazione, da parte degli avvocati che assistono le parti, della conformità dell'accordo raggiunto alle norme imperative e all'ordine pubblico.

In merito a questo peculiare aspetto, l'[art. 83 comma 20 bis del D.L. 18/2020](#) conv. in [L. 27/2020](#) stabilisce^[9] che il verbale della mediazione svoltasi in videoconferenza sia «sottoscritto dal mediatore e dagli avvocati delle parti con firma digitale ai fini dell'esecutività dell'accordo».

Tale previsione suscita notevoli perplessità perché, da un lato, erroneamente indica il mediatore come firmatario dell'accordo, mentre questi sottoscrive esclusivamente il verbale conclusivo della procedura, e dall'altro ribadisce l'ovvio, dato il documento informatico sottoscritto con firma digitale è del tutto equipollente al documento analogico (*id est* cartaceo) sottoscritto con firma autografa in base all'[art. 20 comma 1 bis del Codice dell'Amministrazione Digitale](#) (C.A.D.).

La disposizione difetta invece di coordinamento con il disposto dell'[art. 474 e 475 c.p.c.](#) e dell'[art. 480 c.p.c.](#), e non offre alcuna indicazione sulle modalità di creazione, sottoscrizione, conservazione e rilascio di duplicati di tale accordo in formato digitale in tutti i casi in cui almeno una parte non sia dotata di dispositivo di firma digitale. È opportuno scendere nel dettaglio con due esempi pratici.

Il caso ideale prevede la partecipazione alla mediazione in videoconferenza di tutti soggetti muniti di firma digitale. Il mediatore, all'esito della procedura, raccoglie le dichiarazioni delle parti di aver raggiunto un accordo, le verbalizza in un file di testo che converte in pdf nativo non modificabile, che avrà il contenuto di verbale conclusivo e di accordo conciliativo, lo inoltra via pec al legale della parte attivante, questi e il suo assistito firmano il file in

formato digitale^[10], lo inviano via pec all'altro avvocato che, a propria volta, sottoscrive il medesimo file in formato digitale e così pure lo sottoscrive il cliente. Il file, contenente le 4 firme digitali, viene reinviato via pec al mediatore che, a propria volta, sottoscrive digitalmente.

E già qui sorge un problema pratico, perché il mediatore deve sottoscrivere il verbale, ma non l'accordo. Si può ovviare utilizzando una firma digitale grafica (c.d. Pades) che risulti visibile nelle pagine del file pdf contenenti il verbale e non su quelle contenenti l'accordo, ma dal punto di vista tecnico, il mediatore risulterà aver sottoscritto digitalmente l'intero file.

In alternativa, dovrebbero essere formati due distinti files, uno contenente il verbale e l'altro contenente l'accordo, e il collegamento tra gli stessi potrebbe essere garantito dal fatto di essere inviati come allegati della medesima pec.

Deve in ogni caso essere assicurato che la sottoscrizione digitale di tutte le parti e tutti gli avvocati risulti apposta al medesimo file. Se la sequenza si è svolta correttamente, l'unico file contenente tutte le sottoscrizioni digitali è in possesso del mediatore che potrà quindi inviarlo via pec a tutti i legali.

Più complesso è il caso in cui alcune delle parti non siano dotate di firma digitale. In tal caso, la sequenza diventa più macchinosa in quanto il mediatore, formato il pdf nativo non modificabile, contenente il verbale conclusivo e l'accordo conciliativo, lo inoltra via pec al legale della parte non dotata di firma digitale, questi lo stampa (ovvero ne crea una copia analogica) lo sottoscrive e lo fa sottoscrivere al suo assistito, lo scannerizza (ovvero crea un nuovo documento informatico che è copia digitale per immagine del documento cartaceo), lo firma digitalmente (certificando così l'autografia della sottoscrizione del proprio cliente ai sensi dell'[art. 83 comma 20 bis D.L. 18/2020](#)) lo invia via pec all'altro avvocato.

A questo punto possono esserci due alternative. Nel caso in cui tutte le altre parti riceventi e i loro legali siano in grado di firmare digitalmente il file così ricevuto, provvederanno in tale forma e restituiranno il file al mediatore (e all'organismo di mediazione).

Se viceversa altre parti non fossero dotate di firma digitale, è preferibile che vengano raccolte tutte le firme grafiche,

[9] Si precisa che al momento della redazione del presente articolo, non è ancora stata pubblicata la legge di conversione del [D.L. 28/2020](#), pur essendo stata approvata dalle Camere con le modifiche di cui si dirà *infra*

[10] Merita rammentare che le recenti Regole Tecniche per la sottoscrizione elettronica di documenti ai sensi dell'[art. 20 del CAD](#) (edite su www.agid.it) pubblicate su G.U. il 4 aprile 2020, consentono la sottoscrizione digitale anche con il sistema SPID, per le persone fisiche, e l'incremento dell'utilizzo di questi strumenti dovrebbe agevolare la redazione di verbali e accordi interamente digitali.

quindi che il documento sottoscritto dall'ultimo firmatario venga scannerizzato e poi sottoscritto, in sequenza, da tutti i legali sia per certificare l'autografia della firma apposta dal proprio assistito, sia per certificare la conformità dell'accordo alle norme imperative e di ordine pubblico. Ciò al fine di evitare la creazione di più files con sottoscrizioni "parziali". E veniamo al problema pratico di maggiore complessità, ovvero all'ipotesi che una parte debba dare esecuzione forzata al suddetto accordo di conciliazione.

Nella seduta del 25 giugno 2020, la Camera ha approvato in via definitiva la conversione in legge con modifiche del [decreto-legge 30 aprile 2020, n. 28](#). Si va quindi ad aggiungere un nuovo paragrafo al [comma 20 bis dell'art. 83 del D.L. 18/2020](#) conv. in [L. 27/2020](#) prevedendo «*Il mediatore, apposta la propria sottoscrizione digitale, trasmette tramite posta elettronica certificata agli avvocati delle parti l'accordo così formato. In tali casi l'istanza di notificazione dell'accordo di mediazione può essere trasmessa all'ufficiale giudiziario mediante l'invio di un messaggio di posta elettronica certificata. L'ufficiale giudiziario estrae dall'allegato del messaggio di posta elettronica ricevuto le copie analogiche necessarie ed esegue la notificazione ai sensi degli articoli 137 e seguenti del codice di procedura civile, mediante consegna di copia analogica dell'atto da lui dichiarata conforme all'originale ai sensi dell'articolo 23, comma 1, del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82.*»

Ad una primissima lettura, va evidenziato nuovamente che il mediatore viene indicato come firmatario dell'accordo, con una disposizione di segno opposto alla interpretazione tendenzialmente costante dell'[art. 11 D. Lgs. 28/2010](#). Altro elemento dissonante con la prassi è prevedere che sia il mediatore, e non la segreteria dell'organismo di mediazione (o anche la segreteria dell'organismo), a inviare l'accordo sottoscritto alle parti. Che l'invio debba necessariamente avvenire via pec, invece, recepisce una consuetudine oramai consolidata in tutti i casi in cui le parti sono assistite da legali. Appare invece incongrua per i casi di mediazione volontaria in cui le parti non sia assistite da avvocati, e possano essere dotate di dispositivi di firma (si ricordi che tale è anche SPID), ma non di pec. Andrà quindi intesa come indicazione di massima ma non come formalità vincolante.

Maggiore perplessità suscita la previsione del procedimento di notificazione dell'accordo tramite ufficiale giudiziario.

Come noto, l'accordo di conciliazione che rispetti i requisiti di forma prescritti dall'[art. 12 D. Lgs. 28/2010](#) è titolo esecutivo *ex lege* e non richiede apposizione di formula esecutiva, che, del resto è possibile per i soli titoli esecutivi il cui originale resta presso l'autorità che lo ha formato. Viene invece espressamente prevista la trascrizione integrale nel precetto ([art. 12 D.Lgs 28/2020](#), con rinvio all'[art. 480 comma 2 c.p.c.](#)), che costituisce il requisito formale alternativo alla spedizione in forma esecutiva quando essa è richiesta dalla legge^[11]. In questi casi, «*l'ufficiale giudiziario, prima della relazione di notificazione, deve certificare di avere riscontrato che la trascrizione corrisponde esattamente al titolo originale*» ([art. 480 comma 2 c.p.c.](#)).

Ed ecco quindi il problema. Come può l'ufficiale giudiziario verificare la corrispondenza della trascrizione dell'accordo informatico al contenuto trascritto nel precetto?

È certamente agevole trascrivere il testo dell'accordo di conciliazione all'interno del testo del precetto (con una semplice funzione copia incolla o con l'inserimento di una copia immagine), ma non è tecnicamente possibile inserire i dati della sottoscrizione digitale apposta al file contenente l'accordo. Una soluzione pratica potrebbe essere quella di specificare nel testo del precetto la data e la tipologia di firma digitale apposta da tutti i sottoscrittori, o di inserirvi la copia per immagine del report dell'analisi della sottoscrizione digitale.

Verosimilmente, con l'intento di colmare tale lacuna, in sede di conversione del [D. L. 28/2020](#) è stato previsto che il legale della parte creditrice possa inviare via pec all'ufficiale giudiziario il file firmato digitalmente dell'accordo conciliativo, come pervenuto dal mediatore. Viene quindi attribuita all'ufficiale giudiziario la competenza a estrarre copia analogica dell'accordo e certificarla conforme all'originale digitale, ai sensi dell'[art. 23 comma 1 del CAD](#). La nuova disposizione, così come redatta, disciplina quindi il rilascio di copia conforme cartacea del titolo esecutivo, ma pecca di mancanza di coordinamento con l'[art. 480 comma 2 c.p.c.](#), perché ivi non è previsto che debba essere notificato il titolo, bensì che sia notificato il precetto con la trascrizione del titolo di cui l'Ufficiale Giudiziario abbia certificato l'esatta corrispondenza all'originale^[12].

Preso atto della scelta legislativa di attribuire all'ufficiale giudiziario la competenza (esclusiva?) di certificare la

[11] SOLDI A.M. "Manuale dell'esecuzione forzata" ed. Cedam 2019.

[12] Dal dettato della disposizione pare doversi concludere per la incompatibilità della notifica del precetto su conciliazione con modalità pec ad opera dell'avvocato della parte creditrice.

conformità della copia analogica all'originale digitale, anche al netto della cronica carenza di strumenti del personale UNEP e quindi della difficoltosa applicabilità immediata di tale previsione^[13], non si può non osservare che soluzione assai più agevole sarebbe stata quella di attribuire il potere di rilasciare copie analogiche conformi agli organismi di mediazione. L'[art. 11 comma 5 del D.lgs. n. 28/2010](#) contempla la facoltà dell'organismo di mediazione di rilasciare copia del processo verbale alle parti che lo richiedono, ma l'utilizzo del termine generico, anche nello spirito informale proprio del procedimento di mediazione, porta ad escludere la possibilità del rilascio di una copia conforme all'originale, ed in ogni caso non vi è alcun riferimento alla disciplina dei documenti informatici. Nella prassi, gli organismi di mediazione hanno optato infatti per la contestuale redazione e sottoscrizione di tanti originali (cartacei) dei verbali e dell'accordo, quante sono le parti della procedura, così da assicurare ad ognuna di esse il possesso di un "originale", e questa è una soluzione ragionevole per le procedure in presenza che si conclude con la formazione di documenti analogici, ma non è applicabile per superare l'ostacolo del difetto del potere di rilasciare copia conforme analogica di originale digitale. Sarebbe stato quindi sufficiente integrare la previsione con la facoltà di certificazione ex [art. 23 C.A.D.](#)

E sotto altro aspetto, va osservato che, se la nuova disposizione risponde al quesito su come estrarre la copia analogica dell'originale informatico, è rimasto del tutto privo di risposta invece il quesito su come estrarre una copia informatica o un duplicato informatico dell'accordo di conciliazione digitale.

Del resto, il caso non è del tutto nuovo, poiché un precedente, sia pure in termini diversi, si può rinvenire nella dematerializzazione degli assegni bancari.

Con il [D.L. 13 maggio 2011 n. 70](#) (c.d. «Decreto Sviluppo»), convertito, con modificazioni, dalla [L. 12 luglio 2011, n. 106](#), sono state apportate significative modifiche al [Regio Decreto 21 dicembre 1933, n. 1736](#) («Legge Assegni»), nella parte che disciplina la presentazione al pagamento degli assegni bancari e circolari, prevedendo in sostanza che l'assegno bancario e l'assegno circolare possono essere presentati al pagamento sia in forma cartacea che elettronica, che il protesto o la constatazione equivalente possono essere effettuati in forma elettronica sull'assegno presentato al pagamento in forma elettronica e che

le copie informatiche di assegni cartacei sostituiscono ad ogni effetto di legge gli originali da cui sono tratte se la loro conformità all'originale è assicurata dalla banca negoziatrice mediante l'utilizzo della propria firma digitale. Sono seguiti il [Decreto Ministeriale 3 ottobre 2014, n. 205](#) («Regolamento recante presentazione al pagamento in forma elettronica degli assegni bancari e circolari») ed il Regolamento Banca d'Italia del 22 marzo 2016 e il nuovo regime è entrato pienamente in vigore dal 2018. Al momento della presentazione dell'assegno al pagamento, viene generata l'immagine dell'assegno stesso (procedimento c.d. Check Image Truncation o Cit), firmata digitalmente dalla banca negoziatrice, ed è questa che sarà presentata al pagamento o oggetto di protesto o constatazione equivalente in sostituzione del titolo cartaceo. Anche l'eventuale levata di protesto deve avvenire in via telematica, e il Notariato ha creato all'uopo un sistema interamente telematico di interscambio per la levata di protesto (c.d. STAD).

Al fine di procedere alla notifica del precetto, verrà rilasciata al creditore una "copia unica analogica" ovvero la copia conforme dell'immagine dell'assegno, e degli eventuali documenti elettronici che ne asseverano il mancato pagamento, per poter attivare, successivamente, le necessarie procedure esecutive.

Le innovazioni in tema di dematerializzazione dell'assegno e del protesto non sono state coordinate con la disciplina dell'attività degli ufficiali giudiziari, con il rischio di generare prassi eterogenee sul territorio. Anche in questo caso infatti, il sistema appare inutilmente farraginoso perché non consente di svolgere l'intera sequenza di passaggi in modalità telematica, ma richiede in più fasi la conversione dei dati da analogici a digitali e viceversa, con l'inevitabile corollario della necessità di attribuire poteri certificatori di conformità ad ogni successiva creazione di "copie".

3. Conclusioni

L'utilizzo dello strumento della videoconferenza per lo svolgimento delle mediazioni civili e commerciali è una necessità, perché non si può arretrare di fronte all'evoluzione dei rapporti sociali attraverso le nuove tecnologie, e una opportunità perché permette di sfruttare la flessibilità delle ADR per adattare le procedure stragiudiziali compositive alle esigenze e al contesto contemporaneo.

[13] È noto che le notifiche a mezzo pec non vengono eseguite dagli uffici UNEP proprio per carenze di strumenti, di organico, di formazione, tanto che ne è stata attribuita la facoltà generalizzata ai procuratori per superare un ostacolo, altrimenti molto gravoso, allo sviluppo del processo civile telematico.

Come tutte le innovazioni che comportano dell'utilizzo di tecnologie evolute, tuttavia, determina una serie di difficoltà operative, aggravate da un quadro normativo incompleto e disorganico.

Come si è detto sopra, non è stata prevista una disciplina integrata del procedimento di mediazione dematerializzato, e sull'aspetto cruciale della produzione, conservazione e copia dei documenti informatici, non si è optato per una estensione del potere di attestare la conformità agli organismi di mediazione, o ai difensori delle parti, in analogia a quanto previsto per le copie e gli estratti dei documenti informatici del processo civile telematico, ai sensi dell'[art. 16 bis e ss del D.L.179/2012](#). Nulla è stato disposto per regolamentare l'iscrizione della ipoteca legale sulla base dell'accordo conciliativo in formato digitale.

Allo stato dell'arte, quindi, pare che la soluzione più ido-

nea a prevenire contestazioni e opposizioni, sia quella di richiedere l'omologazione dell'accordo informatico presso il Tribunale competente, poiché in tal caso, trattandosi di deposito nel processo civile telematico, l'avvocato potrà certificare sia la conformità del file pervenuto dal mediatore (o dall'organismo) sia la conformità delle copie analogiche successivamente estratte dal fascicolo telematico. Del resto, tale opzione rimane l'unica percorribile per il caso in cui la mediazione si sia svolta in modalità online ma senza che le parti fossero assistite da legali. È prevedibile che nella fase di concreta applicazione sorgano interpretazioni e prassi non omogenee tra le varie sedi degli ufficiali giudiziari, e sarebbe quindi auspicabile un tempestivo intervento legislativo per rendere effettiva la tutela dei diritti delle parti all'esito di ODR e semplificarne l'accesso e l'utilizzo.

OMESSA PRONUNCIA SULLE SPESE DI CONSULENZA TECNICA D'UFFICIO

È nulla la sentenza che non si pronuncia sulle spese della c.t.u. (Commento a Cass. civile Sez. III, 5 giugno 2020, n. 10804)

di Mirco Minardi

DEL 6 LUGLIO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. Lo stato della giurisprudenza della Suprema Corte
3. Le argomentazioni dell'ordinanza n. 10804/2020
4. Esempificazioni in materia di anticipazioni e ripartizione finale delle spese di c.t.u.
5. La necessità di una condanna espressa o inequivoca

1. Introduzione

L'ordinanza in commento della Corte di Cassazione ([Cass. civile Sez. III, 5 giugno 2020, n. 10804](#)) affronta e risolve in maniera convincente il rapporto esistente tra il decreto di liquidazione delle spese di c.t.u. ([ex art. 168, D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115](#)) e la sentenza definitiva con cui dette spese vengono ripartite tra le parti ([ex artt. 91-92 c.p.c.](#)), affermando i seguenti principi:

(a) Il decreto di liquidazione delle spese di c.t.u. regola il rapporto tra l'ausiliare e le parti, mentre la regolamentazione delle spese all'esito del giudizio è affidata alla sentenza^[1] [ex artt. 91 e 92 c.p.c.](#)

(b) Le parti sono sempre responsabili in solido del pagamento dei compensi del c.t.u., a prescindere dall'imputazione contenuta nel decreto di liquidazione e della ripartizione definitiva delle spese.

(c) Il giudice deve sempre pronunciarsi in maniera espressa, o quanto meno inequivoca, sulla ripartizione delle spese di c.t.u., non potendo questa ricavarsi per implicito né dalla statuizione sulle spese processuali, né dal decreto di liquidazione [ex art. 168, D.P.R. cit.](#) È pertanto «affetta dal vizio di omessa pronuncia la sentenza d'appello che, accogliendo il gravame e accollando le spese di lite alla parte soccombente, taccia sulla sorte

delle spese della consulenza tecnica d'ufficio eseguita nel primo grado di giudizio, a nulla rilevando che tali spese abbiano già formato oggetto di liquidazione con decreto motivato».

Il caso nasce da una sentenza della Corte di appello di Roma che, nel regolare le spese del doppio grado di giudizio a seguito di riforma integrale, aveva omesso di provvedere sulle spese di consulenza tecnica disposta in primo grado. La società ricorrente (appellante vincitrice nel giudizio di secondo grado) esponeva, infatti, che in primo grado le spese di consulenza erano state poste provvisoriamente a carico delle parti in solido e che in sede di gravame la Corte d'appello, pur condannando i soccombenti alla rifusione delle spese di lite in favore della stessa, nulla aveva stabilito in merito alle spese di consulenza. Da qui, la conclusione che la ripartizione di dette spese operata dal primo giudice fosse rimasta ferma anche dopo la sentenza d'appello e che di conseguenza la Corte d'appello, addossandole una frazione delle spese di lite, avesse violato [l'art. 91 c.p.c.](#)

La Suprema Corte, nell'accogliere il motivo, seppure sotto un diverso profilo, ha colto l'occasione non solo per affermare espressamente il principio sopra riportato (sub c)), ma anche per precisare il rapporto esistente tra il de-

[1] Ovviamente anche dall'ordinanza ove il provvedimento conclusivo assuma detta forma.

creto di liquidazione e la regolazione delle spese contenute nella sentenza conclusiva del giudizio. Il primo, infatti - ha affermato - è un provvedimento destinato ad incidere esclusivamente nei rapporti tra queste e l'ausiliario; la seconda, invece, regola i rapporti tra le parti, rispetto ai quali il c.t.u. resta del tutto estraneo.

2. Lo stato della giurisprudenza della Suprema Corte

La decisione in commento prende motivatamente le distanze rispetto a due orientamenti formati in seno alla giurisprudenza della stessa Corte, definiti "opposti" dalla decisione in commento, ma in realtà "autonomi", in quanto disciplinanti ipotesi tra loro diverse.

In base al primo, la compensazione per giusti motivi delle spese giudiziali non può travolgere il pregresso decreto di liquidazione che abbia posto le spese a carico della parte risultata soccombente. Pertanto, quest'ultima dovrà sopportarle integralmente, pur a fronte della disposta compensazione^[2]. In buona sostanza, secondo questo orientamento il decreto di liquidazione, almeno nei casi in cui abbia posto le spese a carico del soccombente, prevale sulla statuizione finale che abbia disposto la compensazione delle spese di lite.

Il secondo, invece, afferma che la decisione sulle spese del giudizio sia omnicomprensiva, pertanto qualora nella statuizione sulle spese di lite non venga indicata la parte sulla quale graveranno definitivamente quelle relative alla consulenza tecnica d'ufficio, non si configura il vizio di omessa pronuncia^[3].

Nella decisione in commento questi due orientamenti vengono ritenuti superati per una serie di stringenti considerazioni che appaiono difficilmente contestabili e che si esamineranno nel prossimo paragrafo.

3. Le argomentazioni dell'ordinanza n. 10804/2020

In un processo civile, allorché venga disposta una consulenza tecnica, solitamente il giudice individua con decreto la parte che deve anticipare le spese. Al termine dell'incarico, con altro decreto motivato comunicato alle parti ed al c.t.u., suscettibile di autonoma opposizione nelle forme prescritte dal [D.Lgs. 1 settembre 2011, n. 150, art. 15](#), il giudice liquida le spese di consulenza.

Nella decisione in esame, la S.C. precisa che tanto il provvedimento con cui si accorda al c.t.u. un'anticipazione

(c.d. "fondo-spesa"), quanto il decreto di liquidazione definitiva delle spese di consulenza, non hanno nulla a che vedere col provvedimento di cui agli artt. [91](#) e [92](#) c.p.c., avendo l'unico scopo di consentire al c.t.u. di disporre d'un titolo esecutivo nei confronti delle parti e di individuare, nel rapporto interno, chi debba farsene provvisoriamente carico. Difatti, le statuizioni sul riparto delle spese di consulenza contenute nel decreto di liquidazione di cui al D.P.R. *cit.* non sono opponibili al c.t.u., il quale ha diritto di pretendere il compenso da qualunque delle parti in causa; e qualora la parte di fatto escussa dal c.t.u. per il pagamento non fosse quella onerata delle spese di consulenza nel decreto di liquidazione, tale circostanza non potrà essere certamente opposta all'ausiliario. Unica conseguenza sarà che la parte richiesta del pagamento da parte del c.t.u., se diversa da quella onerata (oppure se all'esito della lite le spese processuali saranno poste a carico di altre parti), potrà agire in regresso *ex art. 1299 c.c.*, nei confronti di queste ultime. Ciò in quanto il principio della soccombenza "opera solo nei rapporti con le parti e non nei confronti dell'ausiliario"^[4].

Nell'ordinanza viene dunque rimarcato che la liquidazione del compenso dovuto all'ausiliario non ha nulla a che vedere con la regolazione delle spese di lite, atteso che la prima è disciplinata, come si è già detto, dal D.P.R. *cit.*; la seconda dagli artt. [91](#) e [92](#) c.p.c. La prima deve essere effettuata con decreto opponibile *ex art. 15, D.Lgs. n. 150 del 2011*, la seconda con la sentenza o con l'ordinanza che definisce il giudizio. La prima comporta il diritto del c.t.u. di pretendere il pagamento da qualunque parte, in solido con le altre; la seconda non regola i rapporti tra le parti ed il c.t.u., ma solamente i rapporti tra le parti del processo. Si tratta, questo, di un passaggio fondamentale, in quanto da esso la Corte fa discendere due importanti corollari. Il primo è che la liquidazione delle spese di c.t.u. va fatta con decreto motivato, modificabile solo dal Tribunale in sede di opposizione e non con il provvedimento che definisce il giudizio.

Il secondo corollario è che, quale che sia il modo in cui il giudice, nel decreto *ex D.P.R. 150/2011*, abbia ripartito le spese tra le parti, nella sentenza conclusiva del giudizio il giudicante dovrà, sempre e comunque, provvedere *ex novo* a regolare tra le parti le spese di consulenza: vuoi addossandole al soccombente, vuoi - ricorrendone i presup-

[2] In tal senso, v. Cass. civ. sez. III, [23/04/2001, n. 5976](#).

[3] V. Cass. civ. sez. III, [17/01/2013, n. 1023](#); Cass. civ. sez. III, [31/10/2017, n. 25817](#).

[4] Cass. civ. sez. II, [10/10/2018, n. 25047](#); Cass. civ. sez. VI, [05/11/2014, n. 23522](#); Cass. civ. sez. II, [15/09/2008, n. 23586](#).

posti - compensandole^[5].

Pertanto, la regolazione tra le parti delle spese di consulenza all'esito del giudizio prescinde totalmente dalle disposizioni eventualmente dettate nel decreto di liquidazione pronunciato *ex art. 168, D.P.R. cit.* Di conseguenza, il silenzio serbato dalla sentenza circa la sorte delle spese di c.t.u. non può mai ritenersi un silenzio concludente, perché esso non consente di stabilire se il giudice abbia inteso regolare le spese di c.t.u. richiamando il principio stabilito nel decreto di liquidazione oppure abbia inteso compensarle, od ancora abbia inteso addossarle ad una delle parti.

4. Esemplicazioni in materia di anticipazioni e ripartizione finale delle spese di c.t.u.

La Corte, nell'intento di mettere ordine a fare chiarezza, esemplifica le ipotesi che in concreto possono verificarsi. Anzitutto, prende in esame l'ipotesi che le spese di c.t.u. siano state anticipate, prima della fine del giudizio, dalla parte che poi risulterà soccombente. In tal caso, possono darsi questi casi:

(a) se, con la sentenza che definisce il giudizio, il giudicante applicherà la regola della soccombenza *ex art. 91 c.p.c.*, dovrà disporre che le spese di c.t.u. restino definitivamente a carico della parte che le ha sostenute;

(b) se, con la sentenza che definisce il giudizio, il giudicante compenserà le spese *ex art. 92 c.p.c.*, dovrà dettare analoga previsione per le spese di c.t.u.; in tal caso la parte che le ha anticipate per intero avrà diritto di regresso, nella misura del 50%, nei confronti dell'altra;

(c) se, con la sentenza che definisce il giudizio, il giudicante compenserà le spese *ex art. 92 c.p.c.*, addossando però al soccombente quelle di c.t.u., tale provvedimento andrà qualificato come una compensazione parziale delle spese^[6].

La seconda ipotesi è invece quella dell'anticipazione effettuata prima della fine del giudizio, dalla parte che poi risulterà vittoriosa. Qui possono darsi i seguenti casi:

(a) se, con la sentenza che definisce il giudizio, il giudicante applicherà la regola della soccombenza *ex art. 91 c.p.c.*, dovrà espressamente condannare la parte soccombente alla rifusione delle spese di c.t.u. in favore della controparte;

(b) se, con la sentenza che definisce il giudizio, il giudicante compenserà le spese *ex art. 92 c.p.c.*, dovrà condannare la parte soccombente alla rifusione in favore della parte vittoriosa del 50% delle spese di consulenza da quest'ultima anticipate.

5. La necessità di una condanna espressa o inequivoca

Secondo la pronuncia in commento non ci sono pertanto dubbi: il provvedimento conclusivo del giudizio deve contenere in maniera espressa o quanto meno inequivoca una statuizione sulle spese della c.t.u., non essendo ammissibile una statuizione implicita, atteso che il decreto col quale il giudice, su istanza dell'ausiliario, liquida le spese di consulenza ponendole a carico d'una o d'ambo le parti in solido è un provvedimento che rileva unicamente nei rapporti tra le parti e il c.t.u. Nei rapporti tra le sole parti, invece, il riparto delle spese di consulenza non può che essere regolato da una statuizione espressa contenuta nella sentenza conclusiva del giudizio. Statuizione che necessariamente è destinata a travolgere, se non coincidenti con essa, le disposizioni sul riparto delle spese di consulenza contenute nel decreto di liquidazione.

Ciò posto, nel caso di specie nessuna rilevanza poteva avere il decreto di liquidazione *ex art. 168 D.P.R. cit.*, siccome destinato a regolare i rapporti tra parti e c.t.u. Allo stesso tempo doveva escludersi che con la condanna alle spese fosse stata implicitamente regolata anche la questione delle spese di c.t.u. in quanto la statuizione deve essere inequivoca, mentre il silenzio, di per sé, non può ritenersi tale. Né, infine, poteva affermarsi che la sentenza impugnata avesse inteso, col proprio silenzio, addossare le spese di consulenza definitivamente alla parte che le aveva anticipate, cioè la ricorrente in via incidentale, in quanto tale pronuncia si sarebbe posta in contrasto con l'*art. 91 c.p.c.* ed osterebbe a tale conclusione l'universale principio ermeneutico, valido anche per l'interpretazione degli atti giudiziari, secondo cui tra più interpretazioni tutte teoricamente plausibili, va scartata quella che renderebbe invalido l'atto da interpretare.

In conclusione, la sentenza d'appello, non avendo espressamente provveduto sulle spese di c.t.u., è stata cassata per violazione dell'*art. 112 c.p.c.*, in relazione all'*art. 360 n. 4 c.p.c.*

[5] Da ultimo, ma *ex multis*, Cass. civ. sez. VI, [21/10/2019, n. 26849](#); Cass. civ. sez. VI, [07/09/2016, n. 17739](#); Cass. civ. sez. VI, [13/05/2015 n. 9813](#).

[6] Cass. civ. sez. III, [13/09/2019 n. 22868](#).

INAMMISSIBILITÀ DELL'APPELLO EX ART 342 C.P.C.

L'inammissibilità dell'appello ex art. 342 c.p.c. nella giurisprudenza di legittimità

di Rosanna Mancuso

DEL 9 LUGLIO 2020

Sommario

1. L'innovazione legislativa introdotta al testo dell'art. 342 c.p.c dal Decreto Sviluppo n. 83/2012
2. L'interpretazione giurisprudenziale del vecchio testo dell'art. 342 c.p.c.
3. Il nuovo testo dell'art. 342 c.p.c. e l'ipotesi dell'atto d'appello come progetto di sentenza
4. L'intervento delle Sezioni Unite nel 2017 cancella l'onere di formulare a pena di inammissibilità un progetto di sentenza
5. La Suprema Corte con sentenza n. 7675/2019 ritorna sull'interpretazione dell'art. 342 c.p.c. specificando le indicazioni delle Sezioni Unite
6. Il rinnegamento di ogni vacuo formalismo e l'affermazione della prevalenza del principio di effettività della tutela giurisdizionale: Cass. n. 13525/2018
7. Conclusioni

1. L'innovazione legislativa introdotta al testo dell'art. 342 c.p.c. dal Decreto Sviluppo n. 83/2012

Il legislatore del c.d. Decreto Sviluppo [n. 83/2012](#) è intervenuto sulle norme che regolano il giudizio d'appello introducendo un filtro di ammissibilità finalizzato ad alleggerire il carico giudiziario delle Corti d'Appello[1].

L'innovazione presenta una doppia anima: il filtro riguarda l'appello in quanto procedimento e l'appello in quanto atto. La prima fattispecie è presa in considerazione dall'[art. 348-bis c.p.c.](#) e consiste nella possibilità per il Giudice di seconde cure di dichiarare, con ordinanza, l'inammissibilità dell'impugnazione proposta quando non ha una ragionevole probabilità di essere accolta[2]. Questa regola, applicabile fuori dai casi in cui deve essere dichiarata con sentenza l'inammissibilità o l'improcedibilità dell'appello, patisce due eccezioni: la prima nelle cause in cui è previsto a pena di nullità l'intervento del Pubblico Ministero, ai sensi dell'[art. 70 c.p.c.](#); la seconda negli appelli proposti avverso le sentenze emesse nel procedimento sommario di cognizione ai sensi degli artt. [702-bis](#) e ss.

del codice di rito, appelli sottratti a questo ulteriore vaglio, probabilmente per incentivare il ricorso a detto, più rapido, schema processuale.

La seconda fattispecie è, invece, disciplinata dall'[art. 342 c.p.c.](#) in virtù del quale «L'appello deve essere motivato. La motivazione dell'appello deve contenere, a pena di inammissibilità: 1) l'indicazione delle parti del provvedimento che si intende appellare e delle modifiche che vengono richieste alla ricostruzione del fatto compiuta dal giudice di primo grado; 2) l'indicazione delle circostanze da cui deriva la violazione della legge e della loro rilevanza ai fini della decisione impugnata.

La portata precettiva dell'[art. 342 c.p.c.](#) differisce da quella dei successivi artt. [348-bis](#) e [348-ter](#) c.p.c. tanto per il momento in cui opera la causa di inammissibilità, quanto per il diverso modo di atteggiarsi della stessa.

Senza volerci dilungare troppo in questa sede sulla cosiddetta "ordinanza-filtro" e sulle problematiche interpretative innescate dalla sua introduzione, si deve per chiarezza precisare che gli artt. [348-bis](#) e [348-ter](#) operano, ri-

[1] L'intento è stato quello di rimediare alla penosa situazione degli ultimi anni scandita da un eccessivo carico di lavoro delle Corti d'Appello e dalla circostanza, di carattere statistico, in virtù della quale il 68% degli appelli proposti si rivelava, alla fine, infondato. E d'altra parte, la stessa Relazione Illustrativa al Decreto evidenziava, all'[art. 54](#), come il sistema delle impugnazioni, anche di merito, allo stato, violasse «*pressoché sistematicamente i tempi di ragionevole durata del processo*».

[2] Il riferimento alla "non ragionevole probabilità di accoglimento", dopo un periodo di concreti dubbi interpretativi nel dare un contenuto oggettivo alla formula ampia e generica utilizzata dal legislatore del 2012, viene fatto coincidere quasi unanimemente con la "non manifesta infondatezza dell'appello proposto".

spetto all'[art. 342 c.p.c.](#), in un momento successivo: in altri termini l'appello, per essere sottoposto al vaglio di cui all'[art. 348-bis](#), deve aver già superato il primo filtro di cui all'[art. 342 c.p.c.](#) essendo il secondo ostacolo attinente, sia pure sotto un profilo tipicamente delibatorio, al merito dell'impugnazione^[3].

In quest'ottica il filtro di cui agli artt. [348-bis](#) e [348-ter](#) gioca il suo ruolo non oltre l'udienza «di cui all'[articolo 350 c.p.c.](#)». Viceversa, l'[art. 342 c.p.c.](#) interviene in un momento antecedente, quello della «lettura» dell'atto d'appello da parte dell'organo giudicante, il quale deve potervi rintracciare i requisiti previsti nella norma stessa e sopra specificati.

La sanzione nel caso di mancanza di tali nuovi requisiti, quindi di mancanza della motivazione dell'appello, è quella, ora codificata, dell'inammissibilità, da dichiararsi con sentenza, poiché la forma dell'ordinanza è riservata alle sole fattispecie degli artt. [348-bis](#) e [348-ter](#) c.p.c.

È su questa seconda espressione del filtro che si concentra il presente lavoro. L'intenzione è quella di chiarire la portata della norma alla luce della giurisprudenza che ha contribuito a delineare i contorni dell'istituto, con specifico riferimento ai contenuti che l'atto di appello deve assumere per non andare incontro ad una declaratoria di inammissibilità^[4].

2. L'interpretazione giurisprudenziale del vecchio testo dell'art. 342 c.p.c.

Per meglio apprezzare la portata dell'innovazione è necessario un passo indietro che ci consenta di comprendere le ragioni dell'evoluzione legislativa.

In questa prospettiva non si può prescindere da un con-

fronto con l'orientamento della Suprema Corte consolidatosi sul testo previgente dell'[art. 342 c.p.c.](#)^[5] ed espresso nella ormai nota sentenza [Cass. SU n. 16/2000](#)^[6]: la pronuncia, pervenendo ad una maggiore e più intensa qualificazione dell'appello come *revisio prioris instantiae*, piuttosto che come *novum iudicium*, giungeva a comminare la sanzione della nullità, nella più grave forma della inammissibilità ex [art. 358 c.p.c.](#), all'atto d'appello carente dei motivi specifici.

Secondo la Corte, infatti, uno degli scopi dell'atto d'appello è quello di evitare il passaggio in giudicato della sentenza impugnata mentre l'altro è, invece, quello di instaurare il rapporto giuridico di secondo grado; un atto d'appello carente dei motivi specifici, pur essendo in grado di raggiungere il secondo degli obiettivi citati, non può considerarsi in grado di raggiungere il primo, con la conseguenza che sulla sentenza di primo grado cala il giudicato e l'appello va dichiarato inammissibile^[7] ex [art. 358 c.p.c.](#) Tale norma non consente la riproposizione dell'impugnazione anche se sono ancora aperti i termini per appellare. Precisa la [Cass. SU n. 16/2000](#) che, come nella sentenza impugnata sussistono la parte volitiva, il dispositivo e la motivazione, anche nell'atto d'appello devono sussistere la parte volitiva, il *petitum* richiesto al Giudice, che individui le parti della sentenza oggetto di impugnazione, e la parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice, evidenziando gli errori in procedendo ed in giudicando in cui si sostanzia la censura dell'appellante.

3. Il nuovo testo dell'art. 342 c.p.c. e l'ipotesi dell'atto d'appello come progetto di sentenza

[3] Effettivamente, si era forse all'inizio temuto un problema di raccordo tra le due ipotesi di inammissibilità, mancando secondo alcuni un certo coordinamento tra le due norme. La soluzione più ragionevole sembra però certamente quella che opta per la preliminare valutazione del gravame ex [art. 342 c.p.c.](#)

[4] Sul tema si segnalano: Godio, *Le Sezioni unite confermano: l'appello "specifico" non richiede all'appellante alcuna sorta di "progetto alternativo di decisione"*, in *Corr. Giur.*, 2018, 1, 70 e ss.; Caporusso, *Motivi d'appello. Per un giusto liberalismo su deposito della sentenza impugnata e specificità dei motivi d'appello*, in *Giur. it.*, 2017, 10, 2120 e ss.; Carrato, *Alle Sezioni Unite la questione sul grado di specificità dei motivi di appello*, in *Corr. Giur.*, 2017, 8-9, 1133 e ss.; Consolo, *L'art. 342 c.p.c. e la irrilevanza della compiuta articolazione-persuasività della soluzione eventualmente proposta in positivo dall'appellante in vista dell'ammissibilità (e pure della fondatezza dell'appello)*, in *Corr. Giur.*, 2017, 8-9, 1133 e ss.; R. Poli, *La specificità dei motivi di appello rimessa al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Riv. dir. proc.*, 2017, 4-5, 1166.

[5] Il tenore dell'[art. 342 c.p.c.](#) era il seguente: L'appello si propone con citazione contenente l'esposizione sommaria dei fatti ed i motivi specifici dell'impugnazione nonché le indicazioni prescritte nell'articolo 163».

[6] [Cass. n. 16/2000](#), in *Giust. Civ.*, 2000, I, 673; in *Foro It.*, 2000, I, 1606 con nota di Balena; in *Corr.giur.*, 2000,750, con nota di De Cristofaro, in *Foro pad.*, 2001, 1, con nota di Galiberti.

[7] Si permetta di rinviare a Mancuso, *I motivi specifici dell'atto d'appello*, in *Giust. Civ.*, 2006, 4-5, 882 «Il procedimento logico attraverso il quale si giunge a simile conclusione è il seguente: l'appello è dato alla parte contro l'ingiustizia della sentenza di primo grado ed è rimessa alla stessa parte la determinazione dei fatti nei quali l'ingiustizia si concreta, con l'esigenza assoluta della motivazione quale elemento inseparabile della postulazione dell'ingiustizia; senza tale motivazione, il giudice del gravame non può procedere alla *revisio prioris instantiae*».

Nel nuovo testo legislativo dell'[art. 342 c.p.c.](#) sparisce il riferimento ai motivi specifici.

Tuttavia, attraverso l'eliminazione di tale requisito di specificità e l'introduzione del riferimento al concetto di atto d'appello motivato, si è giunti, secondo alcuni, ad un risultato ancora più pregnante rispetto a quello prospettato nel precedente impianto normativo e giurisprudenziale: mentre, infatti, il Supremo Collegio, nel vigore della precedente norma, aveva affiancato alla parte volitiva dell'appello una parte argomentativa, che confutasse le ragioni addotte dal primo giudice, "essendo necessario che la citazione in appello esponesse le ragioni del gravame da correlare con la motivazione della sentenza impugnata", con la nuova formulazione, l'atto d'appello avrebbe richiesto l'impostazione di un progetto di sentenza, strutturato allo stesso modo della invocanda pronuncia di secondo grado, composto quindi da "una parte rescindente (che critica) e da una parte rescissoria (che costruisce)", che altro non è se non la motivazione stessa dell'appello[8].

In altri termini, l'[art. 342 c.p.c.](#) nella nuova formulazione configura un'ipotesi di inammissibilità che sembra accordare ancora più smalto alla configurazione dell'appello come *revisio prioris instantiae* anziché come *novum iudicium*[9].

La giurisprudenza di merito immediatamente successiva alla riforma ha dato prova di intendere l'atto di appello come una anticipazione del provvedimento decisorio, imponendo alle parti un vero e proprio sforzo nella formulazione dell'atto introduttivo dell'impugnazione. Basti citare in proposito la sentenza della Corte d'appello di Roma, sez. I, lav. del 15/1/2013[10], che esige dall'appellante a pena di inammissibilità non solo l'indicazione delle parti del provvedimento delle quali si chiede la riforma, ma la specificazione delle modifiche che vengono proposte all'atto[11].

Su un fronte meno omogeneo si inquadra invece la giu-

risprudenza di legittimità, la quale ha seguito percorsi interpretativi non sempre uniformi. La Suprema Corte ha inizialmente assunto un atteggiamento meno rigoroso con la sentenza [n. 2143/2015](#). Secondo quanto asserito con tale provvedimento gli Ermellini ritengono che l'[art. 342 c.p.c.](#) non imponga che le deduzioni della parte appellante assumano una forma determinata o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, bensì che il ricorrente in appello individui in modo chiaro ed esauriente il «*quantum appellatum*». In buona sostanza, secondo tale ricostruzione, l'appellante dovrebbe limitarsi ad indicare: gli specifici capi della sentenza appellata; i passaggi argomentativi che la sorreggono; le ragioni di dissenso rispetto al percorso argomentativo del Giudice di prime cure; l'idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata.

Di segno opposto è l'interpretazione fornita con sentenza [n. 17712/2016](#), secondo la quale l'atto di appello non deve individuare esclusivamente i passaggi della sentenza non condivisi, dovendo altresì riportare una "proposta di riforma del provvedimento ragionata" ovvero, utilizzando i termini adoperati dalla Corte, una "ragionata e diversa soluzione".

Sulla medesima scia interpretativa la sentenza [n. 18932/2016](#) ha ritenuto necessario che alla parte «volitiva» dell'appello debba sempre accompagnarsi una parte «argomentativa» che confuti e contrasti le ragioni del primo Giudice. Pertanto, secondo tale orientamento, le ragioni del gravame devono essere esposte con sufficiente grado di specificità da correlare alla motivazione della sentenza impugnata.

Sul versante dottrinale gli interpreti non hanno esitato a rimarcare le criticità della nuova impostazione. A riguardo sembra importante citare il parere di chi[12], a seguito dell'entrata in vigore della norma, fortemente ha dubitato della legittimità costituzionale dell'[art. 342 c.p.c.](#) nella nuova formulazione, che avrebbe affidato al giudice uno

[8] Viola, *Il nuovo appello filtrato*, Pistoia, 2012, 23.

[9] Non è mancato chi ha ritenuto che il nuovo atto di appello, lungi dal configurare un appello c.d. cassatorio, vada impostato quasi come un progetto di sentenza, con parte rescindente e parte rescissoria.

[10] Corte d'Appello di Roma, Sez. Lavoro, Sentenza del 15.01.2013, in *La nuova Procedura Civile*, 2, 2013,

[11] Testualmente: l'atto d'appello "deve indicare espressamente le parti del provvedimento che vuole impugnare (profilo volitivo); per parti vanno intesi non solo i capi della decisione ma anche tutti i singoli segmenti (o se si vuole, "sottocapi") che la compongono quando assumano un rilievo autonomo (o di causalità) rispetto alla decisione; deve suggerire le modifiche che dovrebbero essere apportate al provvedimento con riguardo alla ricostruzione del fatto (profilo argomentativo); il rapporto di causa ad effetto fra la violazione di legge che è denunciata e l'esito della lite (profilo di causalità)".

[12] Scarselli, *Sulla incostituzionalità del nuovo art. 342 c.p.c.*, in *Judicium.it*: secondo l'autore "se si seguivano le regole, e il legislatore prescriveva i punti 1 e 2 del nuovo [art. 342 c.p.c.](#) a pena di nullità, questo avrebbe consentito all'atto viziato di potersi sanare per il raggiungimento dello scopo ex [art. 156, 3° comma, c.p.c.](#); e questo era proprio quello che il legislatore non voleva".

strumento assolutamente discrezionale, un ampio potere di dichiarare l'inammissibilità di ogni atto d'appello in mancanza di criteri oggettivi e predeterminati ai quali una parte possa fare affidamento, tale da far cadere o scade-re *nel* volontarismo giuridico. Preme riportare inoltre l'opinione di quanti hanno ritenuto la norma "un inutile appesantimento dell'appello", poiché già secondo la giurisprudenza successiva a Cass., Sez. Un., [29 Gennaio 2000, n. 16](#), l'atto d'appello doveva essere sufficientemente motivato "tanto nel senso di permettere al giudice di misurare l'ambito effettivo dell'impugnazione (quali parti della sentenza vengono impugnature), tanto nel senso di contenere una critica puntuale alla sentenza di primo grado". Già in quell'ottica era considerata insufficiente la mera riproposizione degli argomenti adottati in primo grado e la sanzione applicata era quella della inammissibilità. Secondo tale impostazione, "non v'era dunque nulla da modificare nella semplice formulazione dell'[art. 342](#)", poiché la norma "ben riusciva ad arginare gli appelli di chi usava in maniera futile o vessatoria il diritto d'impugnazione avendo poco da aggiungere alla difesa già svolta in primo grado"^[13].

4. L'intervento delle Sezioni Unite nel 2017 cancella l'onere di formulare a pena di inammissibilità un progetto di sentenza

Le Sezioni unite pongono rimedio al contrasto registrato in giurisprudenza nel 2017. Con ordinanza [n. 8845/2017](#) la Terza Sezione Civile ha rimesso la questione al Primo Presidente. Le Sezioni Unite avrebbero dovuto chiarire se l'[art. 342 c.p.c.](#) intendesse imporre all'appellante: un onere di specificazione di un diverso contenuto della sentenza di primo grado, se non perfino un progetto alternativo di sentenza o di motivazione; o piuttosto soltanto una compiuta contestazione di ben identificati capi della sentenza impugnata e dei passaggi argomentativi, in fatto ed in diritto, che la sorreggono, con la prospettazione chiara ed univoca della diversa decisione che ne conseguirebbe sulla base delle bene evidenziate ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice. Le Sezioni Unite, facendo propri gli ammonimenti della dottrina più autorevole, hanno risolto il contrasto richiamandosi ai principi espressi nella sentenza del [29 gennaio 2000, n. 16](#), la quale aveva teorizzato, pur in assenza di un'espressa previsione nel tessuto normativo allora vigen-

te, l'inammissibilità dell'atto di appello redatto in forme non rispettose dell'[art. 342 del codice di rito](#).

Secondo le Sezioni Unite in particolare, la modifica del 2012, lungi dallo sconvolgere i tradizionali connotati dell'atto di appello, ha recepito e tradotto legislativamente quello che la giurisprudenza della stessa Corte aveva affermato già a partire dalla sentenza n. 16 del 2000 in ordine alla sanzione dell'inammissibilità dell'appello laddove l'atto di impugnazione non risponda ai requisiti stabiliti. Hanno enunciato quindi il seguente principio di diritto: "Gli artt. [342](#) e [434](#) cod. proc. civ., nel testo formulato dal [decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83](#), convertito, con modificazioni, nella [legge 7 agosto 2012, n. 134](#), vanno interpretati nel senso che l'impugnazione deve contenere una chiara individuazione delle questioni e dei punti contestati della sentenza impugnata e, con essi, delle relative doglianze, affiancando alla parte volitiva una parte argomentativa che confuti e contrasti le ragioni addotte dal primo giudice. Resta tuttavia escluso, in considerazione della permanente natura di *revisio prioris instantiae* del giudizio di appello, il quale mantiene la sua diversità rispetto alle impugnazioni a critica vincolata, che l'atto di appello debba rivestire particolari forme sacramentali o che debba contenere la redazione di un progetto alternativo di decisione da contrapporre a quella di primo grado».

5. La Suprema Corte con sentenza n. 7675/2019 ritorna sull'interpretazione dell'art. 342 c.p.c. specificando le indicazioni delle Sezioni Unite

La sentenza Cass. civ. Sez. II, [19 marzo 2019, n. 7675](#)^[14] si pone sulla scia di Cassazione Sezioni Unite [n. 27199/2017](#), collocandosi in linea con il principio di diritto ivi enunciato. La sentenza [n. 7675/2019](#) ha il pregio di fornire un'ulteriore specificazione interpretativa: secondo il Supremo collegio non può considerarsi aspecifico il motivo d'appello il quale esponga il punto sottoposto al riesame in maniera tale che il giudice d'appello sia posto in condizione (senza la necessità di esplorare, in assenza di parametri di riferimento, la congerie delle vicende processuali) di cogliere natura, portata e senso della critica, non occorrendo, tuttavia, che l'appellante allegli e, tantomeno riporti, analiticamente le emergenze di causa rilevanti, le quali risultino investite ed evocate non equivocamente dalla censura, diversamente da quel che è previsto per l'impugnazione a critica vincolata.

[13] Sassani, *Lineamenti del processo civile italiano*, 2017, Milano, 2017, 576-577.

[14] Cass. civ., sentenza [19 marzo 2019, n. 7675](#), in *Giustizia Civile Massimario* 2019.

Nel caso sottoposto al suo esame, in particolare, la Corte ritiene che non vi sia dubbio che nella fattispecie l'appello superi la soglia della specificità, avendo l'appellante individuato il punto della decisione reputato ingiusto, precisandone il presupposto fattuale e la sussunzione giuridica, tanto, addirittura che la critica non solo viene intesa dalla Corte locale, ma, addirittura condivisa, non potendosi onerare l'impugnante della trascrizione di tutte le emergenze di causa, trattandosi di risultanze di già poste nella piena disponibilità del Giudice d'appello, in base al principio devolutivo, che, pur con i limiti derivanti dal modello impugnatorio dell'appello (*tantum devolutum quantum appellatum*), resta paradigma portante.^[15]

6. Il rinnegamento di ogni vacuo formalismo e l'affermazione della prevalenza del principio di effettività della tutela giurisdizionale: Cass. n. 13525/2018

Nel solco tracciato dalle Sezioni unite nel 2017 si inserisce un'altra importante pronuncia: l'ordinanza della Cassazione n. 13535/2018^[16] in cui gli Ermellini, a proposito della portata del [342 c.p.c.](#), dettano chiare indicazioni per il difensore chiamato a redigere l'atto introduttivo del giudizio di appello. Secondo le precisazioni fornite nella decisione a) non si deve esigere dall'appellante alcun "progetto alternativo di sentenza"; b) non si deve esigere dall'appellante alcun vacuo formalismo fine a sé stesso; c) non si deve esigere dall'appellante alcuna trascrizione integrale o parziale della sentenza appellata o di parti di essa.

La Cassazione perviene a tali conclusioni sulla base di un presupposto fondante il processo civile, cioè l'assunto che il processo civile è caratterizzato da un "assetto teleologico" di cui è traccia evidente nell'[art. 156, comma terzo, c.p.c.](#), secondo il quale la nullità d'un atto processuale non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui è destinato. Da questo principio discende che, anche quando si debba giudicare dell'ammissibilità di una impugnazione, il giudicante deve badare non al rispetto di clausolari astratti o formule di stile, ma alla so-

stanza ed al contenuto effettivo dell'atto. Le norme processuali, se ambigue, vanno interpretate in modo da favorire una decisione sul merito, piuttosto che esiti abortivi del processo: le regole processuali infatti costituiscono solo lo strumento per garantire la giustizia della decisione, non il fine stesso del processo^[17]; di conseguenza, tra più ragioni di rigetto della domanda, il giudice dovrebbe optare per quella che assicura il risultato più stabile: sicché tra un rigetto per motivi di rito e uno per ragioni afferenti al merito, il giudice dovrebbe scegliere il secondo.

Decisivi nella prospettiva della Corte sono le norme sovranazionali ed i principi imposti dall'appartenenza all'Unione Europea, tra i quali quello della effettività della tutela giurisdizionale, proclamato dall'[art. 6 CEDU](#) ed applicabile negli ordinamenti degli stati membri in forza del richiamo contenuto nell'[art. 6, comma 3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea](#). La Cassazione non può fare a meno di evidenziare come nell'interpretare tale norma, la Corte di Strasburgo (CEDU) ha ripetutamente affermato che il principio di effettività della tutela giurisdizionale va inteso quale esigenza che alla domanda di giustizia dei consociati debba, per quanto possibile, essere esaminata sempre e preferibilmente nel merito. Ciò vuol dire che gli organi giudiziari degli Stati membri, nell'interpretazione della legge processuale, "devono evitare gli eccessi di formalismo, segnatamente in punto di ammissibilità o ricevibilità dei ricorsi, consentendo per quanto possibile, la concreta esplicazione di quel diritto di accesso ad un tribunale previsto e garantito dall'[art. 6 della CEDU](#) del 1950».

7. Conclusioni

Si deve concludere, dunque, che logico e ragionevole appare l'intervento interpretativo della Suprema Corte avviato dalle Sezioni Unite del 2017 e poi confermato nelle pronunce successive dalle sezioni semplici: il nodo sciolto dalla Cassazione, infatti, lungi dall'aver risolti meramente teorici, si riflette sul piano pratico della professione forense, scongiurando risultati abnormi che, data la pro-

[15] Dello stesso avviso Cass. n. 21336/2017: "L'[art. 434 c.p.c., comma 1](#), nel testo introdotto dal [D.L. 22 giugno 2012, n. 83, art. 54, comma 1](#), lett. c) bis convertito, con modificazioni, dalla [L. 7 agosto 2012, n. 134](#), in coerenza con il paradigma generale contestualmente introdotto nell'[art. 342 c.p.c.](#), non richiede che le deduzioni della parte appellante assumano una determinata forma o ricalchino la decisione appellata con diverso contenuto, ma impone al ricorrente in appello di individuare in modo chiaro ed esauriente il "*quantum appellatum*", circoscrivendo il giudizio di gravame con riferimento agli specifici capi della sentenza impugnata nonché ai passaggi argomentativi che la sorreggono e formulando, sotto il profilo qualitativo, le ragioni di dissenso rispetto al percorso adottato dal primo giudice, sì da esplicitare la idoneità di tali ragioni a determinare le modifiche della decisione censurata". Così come anche, [Cass. n. 4541/2017](#): ".

[16] Cass. civ., ordinanza [30 maggio 2018, n. 13535](#), in Foro it. 2018, 7-8, I, 2334 NOTA (s.m.) (nota di: Brunialti).

[17] Vedi Cass. Civ. Sez. Unite [12 dicembre 2014 n. 26242](#), ove si è proclamato il superamento "dell'assunto della inossidabile primazia del rito rispetto al merito".

spettata inammissibilità dell'atto d'appello, finivano col negare sostanzialmente la tutela giurisdizionale, sacrificando all'esigenza di contenere il carico giudiziario delle Corti d'Appello l'effettività dell'accesso alla giustizia. L'operazione di restringere le maglie di un sistema infla-

zionato è stata dunque ricondotta nell'alveo della ragionevolezza e della congruità ai principi costituzionali ed europei. L'effetto sul piano pratico è stato quello di alleggerire, per gli avvocati, un onere di redazione dell'atto d'appello ormai diventato un pesante fardello.

PRINCIPIO DI AUTOSUFFICIENZA DEL RICORSO PER CASSAZIONE

Il principio di autosufficienza del ricorso civile per cassazione

di Giorgio Mazzone

DEL 13 LUGLIO 2020

Sommario

1. Premessa
2. Le origini del principio dell'autosufficienza e la sua evoluzione nella giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2006
3. Il contenuto del ricorso per cassazione a seguito della riforma del 2006 e il principio di autosufficienza del ricorso
4. Il Protocollo d'intesa Cassazione-Consiglio Nazionale Forense del 17 dicembre 2015 concernente le "regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria"
5. La giurisprudenza successiva al Protocollo. Considerazioni finali e prospettive de iure condendo

1. Premessa

L'autosufficienza è un requisito che attiene al contenuto del ricorso civile per cassazione e, pur non trovando un'espressa regolamentazione normativa nel codice di procedura civile, costituisce uno dei principali oneri posti a carico della parte che procede alla redazione di un atto di impugnazione innanzi alla Corte Suprema.

La crescita esponenziale del contenzioso innanzi alla Corte di Cassazione ha fatto sì che la giurisprudenza di legittimità abbia individuato accanto a quelle espressamente previste dal legislatore, una ulteriore causa di inammissibilità dell'atto introduttivo del giudizio di cassazione rappresentata proprio dalla violazione del c.d. "principio di autosufficienza" nella redazione del ricorso.

In forza di questo criterio, il ricorso per cassazione deve contenere in sé tutti gli elementi necessari a costituire le ragioni per cui si chiede la cassazione della sentenza di merito e, altresì, a permettere la valutazione della fonda-

tezza di tali ragioni, senza la necessità di far rinvio e accedere a fonti esterne allo stesso ricorso e, quindi, a elementi o atti attinenti al pregresso giudizio di merito, sicché il ricorrente ha l'onere di indicarne specificamente, a pena di inammissibilità, oltre al luogo in cui ne è avvenuta la produzione, gli atti processuali e i documenti su cui il ricorso è fondato mediante la riproduzione diretta del contenuto che sorregge la censura oppure attraverso la riproduzione indiretta di esso con specificazione della parte del documento cui corrisponde l'indiretta riproduzione^[1].

2. Le origini del principio dell'autosufficienza e la sua evoluzione nella giurisprudenza di legittimità anteriore alla riforma del 2006

Il principio dell'autosufficienza, di esclusiva genesi giurisprudenziale^[2], compare per la prima volta nell'ordinamento giurisdizionale interno nella sentenza della Corte di Cassazione [18 settembre 1986, n. 5656](#)^[3] quale coroll-

[1] Così in giurisprudenza, Cass. Civ., Sez. VI, [27 luglio 2017, n. 18679](#); in senso conforme, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Trib., [15 luglio 2015, n. 14784](#). In dottrina, Rordorf, *Questioni di diritto e giudizio di fatto*, in *La Cassazione civile* (Lezioni dei magistrati della Corte Suprema italiana), a cura di Acierno - Curzio - Giusti, Bari, 2015, 31, ha evidenziato che "In sostanza, anche visivamente, il giudizio di cassazione si distacca dall'iter pregresso di tutta la vicenda processuale, incentrandosi solo sugli atti pertinenti a tale giudizio (ed anche in ciò traspare nuovamente il principio di autosufficienza, al quale il procedimento di fronte la Corte è informato)".

[2] Si veda al riguardo, Amoroso, *Il giudizio civile di cassazione*, Milano 2012, 181.

[3] In questa pronuncia la Corte Suprema ha affermato che "non può darsi ingresso alla corrispondente censura in sede di legittimità se il ricorso sia privo di idonee specificazioni sulle prove non ammesse, sui fatti che ne costituiscono l'oggetto e sul nesso di causalità tra l'omissione dedotta e la decisione, poiché, in una situazione siffatta, da un lato non sono direttamente individuabili gli elementi necessari per stabilire la decisività del punto cui si riferisce il vizio motivazionale denunciato e, dall'altro, il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione non consente di sopperire alle sue lacune mediante indagini integrative che vadano al di là della semplice verifica delle deduzioni contenute nell'atto e che si presentino in sé compiute".

lario del canone di specificità e completezza del motivo di ricorso, il cui rispetto è stato da sempre preteso dalla giurisprudenza di legittimità.

In questa prima forma, dunque, l'autosufficienza si traduce nell'obbligo per il ricorrente in Cassazione della precisa indicazione topografica, in seno al ricorso, del luogo, o meglio dell'atto o verbale di causa cui si richiama la doglianza[4].

Dopo questa prima esegesi applicativa, si è fatta strada nella giurisprudenza di legittimità una versione più rigida del principio di autosufficienza secondo cui ai fini dell'ammissibilità del ricorso non è più sufficiente la mera indicazione dei documenti da consultare, ma è necessario trascrivere integralmente nell'atto gli atti processuali le memorie, i verbali d'udienza, le consulenze d'ufficio o di parte, i documenti e le testimonianze, posti a fondamento del ricorso[5].

La *ratio* di questa lettura del principio di autosufficienza è stata individuata dalla giurisprudenza di legittimità[6] nell'impossibilità per la Corte Suprema di compiere indagini integrative e, quindi, di visionare ed esaminare gli atti processuali precedenti ed i documenti prodotti nella fase di merito, salvo che i vizi processuali configurino *errores in procedendo*.

In altri termini la finalità dell'autosufficienza diviene quella di fornire, attraverso la lettura del solo ricorso, tutti gli elementi affinché la Corte possa decidere senza consultare altri atti, se non, appunto, quello introduttivo[7].

La transizione dalla prima alla seconda fase esegetica dell'autosufficienza è evidente in relazione al vizio di omessa, contraddittoria e insufficiente motivazione di cui al previgente [art. 360 comma 1 n. 5 c.p.c.](#)

In questa prospettiva, dunque, la Corte di Cassazione ha considerato inammissibili quei ricorsi in cui si censurava sotto, il profilo del vizio di motivazione, la mancata ammissione delle prove richieste nella fase di merito, ma che erano privi dell'indicazione adeguata e specifica del contenuto del mezzo istruttorio[8].

Lo sviluppo evolutivo di questo orientamento rigoroso della Corte Suprema ha così condotto la giurisprudenza di legittimità ad affermare l'inammissibilità dei ricorsi in cui si censurava l'omessa ammissione di prove testimoniali da parte del giudice di merito, carenti dell'integrale trascrizione dell'articolato della prova per testi e ciò in quanto il ricorrente in cassazione non può limitarsi ad indicare genericamente i temi di prova o le circostanze oggetto di prova[9].

Il medesimo principio è stato così applicato agli altri mezzi istruttori di cui si denunciava in cassazione la mancata ammissione in sede di merito; così ad esempio, nel caso di mancata ammissione del giuramento decisorio, è stato richiesto a pena di inammissibilità, la trascrizione nel ricorso della formula in cui lo stesso era stato articolato[10] ovvero nell'ipotesi dell'interrogatorio formale, la riproduzione integrale del contenuto delle circostanze sulle quali la parte, in sede di merito, avrebbe dovuto rispondere[11].

Anche nella diversa ipotesi di erronea o illegittima valutazione dei mezzi istruttori, la Corte di Cassazione ha richiesto in questo contesto storico, che il ricorrente specificasse, mediante integrale riproduzione, la risultanza processuale (testimoniale o documentale) di cui si asseriva la mancata o insufficiente valutazione[12].

[4] In giurisprudenza, vds., Cass. Civ., Sez. II, [19 giugno 1995, n. 6927](#). In dottrina, Giusti, *L'autosufficienza del ricorso per cassazione civile*, in Giust. civ., 2013, 247.

[5] È espressione di questo orientamento, Cass. Civ., Sez. III, [25 luglio 2008, n. 20437](#) secondo cui: «*Nel giudizio di legittimità, il ricorrente che deduca l'omessa o insufficiente motivazione della sentenza impugnata per mancata o erronea valutazione di alcune risultanze probatorie ha l'onere, in virtù del principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, di specificare, trascrivendole integralmente, le prove non o male valutate, nonché di indicare le ragioni del carattere decisivo delle stesse*»; in senso conforme, vds. Cass. Civ., Sez. III, [11 febbraio 2009, n. 3338](#), Cass. Civ., Sez. III, [5 marzo 2003, n. 3284](#), Cass., Civ., Sez. III, [10 marzo 2000, n. 2802](#), Cass. Civ., Sez. II, [25 marzo 1999, n. 2838](#).

[6] Così, Cass. Civ. Sez. II, [24 novembre 1999, n. 10017](#) e Cass. Civ. Sez. III, [9 aprile 2009, n. 8708](#).

[7] Rusciano, *In tema di autosufficienza del ricorso per cassazione*, in Giur. it., 2005, 1670 ss., ha affermato che la Cassazione deve astenersi dalla ricerca del testo completo degli atti processuali attinenti al vizio denunciato per evitare il rischio di un soggettivismo interpretativo nella individuazione degli atti - o di parti di essi - che siano rilevanti in relazione alla formulazione della censura, con conseguente lesione del contraddittorio.

[8] In questo senso, Cass. Civ., Sez. Lav., [16 marzo 2004, n. 5369](#).

[9] Così Cass. Civ., Sez. III, [1 agosto 2001, n. 10493](#) e Cass. Civ., Sez. Lav., [30 luglio 2010, n. 17915](#); nello stesso senso, Cass. Civ., Sez. III, [19 marzo 2007, n. 6440](#) secondo cui: «*È privo di autosufficienza il ricorso fondato su motivo con il quale viene denunciato vizio di motivazione in ordine all'assunta prova testimoniale, omettendo di indicare nel ricorso i capitoli di prova non ammessi ed asseritamente concludenti e decisivi al fine di pervenire a soluzioni diverse da quelle ragiunte nell'impugnata sentenza*».

[10] Cass. Civ., Sez. II, [17 novembre 2005, n. 23286](#); Cass. Civ., Sez. II, [26 aprile 2002, n. 6078](#).

[11] Cass. Civ., Sez. III, [5 giugno 2007, n. 13085](#).

[12] Così, Cass. Civ., Sez. Lav., 12 maggio 2008, n. 11838; Cass. Civ., Sez. III, [20 dicembre 2007, n. 26965](#); Cass. Civ., Sez. I, [24 marzo 2006, n. 6679](#)

Più in particolare, nel caso di censura in ordine all'omessa valutazione di prove documentali, il ricorrente ha l'onere di trascrivere nel ricorso per cassazione, a pena d'inammissibilità, non solo il testo integrale, o la parte significativa del documento, al fine di consentire il vaglio di decisi-
“ma anche di specificare gli argomenti, deduzioni o istanze che, in relazione alla pretesa fatta valere, siano state formulate nel giudizio di merito, pena l'irrelevanza giuridica della sola produzione, che non assicura il contraddittorio e non comporta, quindi, per il giudice alcun onere di esame, e ancora meno di considerazione dei documenti stessi ai fini della decisione”[13].

Ed ancora, la parte che addebita alla consulenza tecnica d'ufficio lacune di accertamento o errori di valutazione oppure si duole di erronei apprezzamenti contenuti in essa (o nella sentenza che l'ha recepita), ha l'onere di trascriverne integralmente nel ricorso per cassazione i passaggi salienti e non condivisi e di riportare, poi, il contenuto specifico delle critiche ad essi sollevate, al fine di evidenziare gli errori commessi dal giudice del merito nel limitarsi a recepirla e nel trascurare completamente le critiche formulate in ordine agli accertamenti ed alle conclusioni del consulente d'ufficio[14].

L'evoluzione del principio e la sua portata estensiva hanno determinato la giurisprudenza di legittimità ad affermare che l'autosufficienza debba essere sempre rispettata a prescindere dal tipo di vizio denunciato, sia esso qualificabile come *error in iudicando* o come *error in procedendo*[15].

Con specifico riferimento, poi, al motivo di ricorso previsto al n. 3 dell'[art. 360 c.p.c.](#), la Corte di Cassazione ha previsto addirittura l'obbligo, in capo al ricorrente, di integrale trascrizione ed allegazione delle fonti normative richiamate qualora le censure comportino l'esame di regolamenti comunali o provinciali[16] ovvero della sentenza di merito impugnata, nell'ipotesi della doglianza di un errore di diritto nell'interpretazione della pronuncia medesima[17].

Anche in relazione agli *errores in procedendo* si rinven-
 gono numerose pronunce in cui trova applicazione il principio in esame nell'esegesi più rigorosa sopra evidenziata[18].

Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, soprattutto in questa sua accezione più rigida, non è stato condiviso da una parte maggioritaria della dottrina[19] che ha rilevato come nella fattispecie manchi totalmente una qualsivoglia disposizione normativa dell'asserita limitazione dei poteri di cognizione della Corte Suprema, posta dalla stessa Cassazione a fondamento del principio di autosufficienza, rinvenendosi, al contrario, nel codice di procedura civile alcune norme che riconoscono, sia pur implicitamente, un potere-dovere del giudice di legittimità di conoscere tutti gli atti di causa delle precedenti fasi di merito[20].

Sempre in dottrina è stato autorevolmente osservato, inoltre, che il puntuale adempimento del ricorrente dell'obbligo di integrale trascrizione nel ricorso dei “contenuti processuali” relativi alla fase di merito, favorendo la redazione

[13] Così, Cass. Civ., Sez. III, [25 agosto 2006, n. 18506](#).

[14] In questo senso, vds., Cass. Civ., Sez. II, [13 giugno 2007, n. 13845](#).

[15] In dottrina, vds. Rusciano, *Il contenuto del ricorso per cassazione. La formulazione dei motivi: il principio di autosufficienza*, in Corr. giur., 2007, 279 ss; Napoli, *Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione*, Torino, 2011, 275 ss.

[16] Cass. Civ., Sez. Lav., [15 dicembre 2008, n. 29322](#); Cass. Civ., Sez. III, [18 febbraio 2000, n. 1865](#); in senso conforme, Cass. Civ., Sez. Trib., [6 novembre 2005, n. 23093](#) secondo cui «*allorquando siano sollevate censure che comportino l'esame di un regolamento comunale, è necessario, a pena di ammissibilità, per il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione, che le norme del regolamento siano integralmente trascritte*»; contra, Cass. Civ., Sezioni Unite, [16 giugno 2005, n. 12868](#).

[17] Cass., Civ., Sez. III, [29 settembre 2007, n. 20594](#).

[18] Così, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Lav., [23 marzo 2005, n. 6225](#); in senso conforme, Cass. Civ., Sez. III, [8 ottobre 2008, n. 24791](#); Cass. Civ., Sez. II, [19 marzo 2007, n. 6361](#), Cass. Civ., Sez. III, 18 giugno 2007, n. 14133 in tema di obbligo di trascrizione integrale delle risultanze processuali nel caso del vizio di ultrapetizione; Cass. Civ., Sez. II, [3 aprile 2003, n. 5148](#). Picardi in *Manuale del processo civile*, Milano 2006, 407 non condivide questo orientamento in quanto il generale principio per cui la Corte di Cassazione è anche giudice del fatto laddove vengano denunciati vizi di nullità della sentenza o del procedimento *ex art. 360, primo comma, n. 4, c.p.c.* - nel senso di potere esaminare i fascicoli di causa ed anche accertare e valutare autonomamente e direttamente il fatto processuale, senza il filtro cognitorio del Giudizio di merito - fa cadere il divieto, per il Supremo Collegio, di compiere indagini integrative che costituisce il fondamento del principio di autosufficienza.

[19] Si veda, Conforti, *Il principio di autosufficienza del ricorso per cassazione*, Salerno, 2014, 91 ss; Montaldo, *Note sul c.d. principio di autosufficienza dei motivi in Cassazione* (nota a Cass. [2 agosto 2005 n. 16132](#)), in Giust. civ., 2006, I, 2086 ss.

[20] Il riferimento è all'[art. 384 c.p.c. comma 4](#) c.p.c. secondo cui «*Non sono soggette a cassazione le sentenze erroneamente motivate in diritto, quando il dispositivo sia conforme al diritto; in tal caso la Corte si limita a correggere la motivazione*”.

di atti prolissi, sovrabbondanti e fuori dei limiti dimensionali, determina particolari criticità atteso che anziché agevolare i giudici di legittimità nell'individuazione del vizio della sentenza impugnata, rende più complicata e faticosa la lettura del ricorso, causando ritardi ed inefficienze[21].

3. Il contenuto del ricorso per cassazione a seguito della riforma del 2006 e il principio di autosufficienza del ricorso

Il [D.Lgs. 2 febbraio 2006 n. 40](#)[22] ha realizzato la prima riforma del processo di legittimità finalizzata al rafforzamento del ruolo nomofilattico della Corte di Cassazione, aggiungendo un nuovo requisito nell'ambito di quelli relativi al contenuto-forma del ricorso richiesti a pena di inammissibilità e segnatamente la previsione della “*specificca indicazione degli atti processuali, dei documenti e dei contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda*” di cui all'[art. 366, comma 1, n. 6, c.p.c.](#)[23].

Secondo la dottrina maggioritaria, la modifica normativa ha comportato un ridimensionamento della portata del principio di autosufficienza, attribuendo una veste normativa, così in qualche modo cristallizzandola, all'accezione meno rigorosa dell'autosufficienza[24], intesa esclusivamente come onere di “localizzazione” dell'atto o del verbale di causa cui fa riferimento la censura ed ammettendosi, altresì, la possibilità di un rinvio *per relationem*[25].

In altri termini, secondo questa dottrina, il legislatore, stabilendo in maniera chiara e definita le condizioni alle quali il ricorso può considerarsi autosufficiente - ovvero con la indicazione e localizzazione degli atti o documenti cui lo

stesso fa riferimento - ha determinato il limite di tollerabilità nell'applicazione del principio dell'autosufficienza, affinché lo stesso non possa più tradursi nell'obbligo di integrale trascrizione nel ricorso - a pena di inammissibilità - dei contenuti processuali relativi alla fase di merito.

Questa conclusione volta a ritenere una canonizzazione del significato meno rigido dell'autosufficienza, risulterebbe confermata dalla disposizione di cui all'[art 369 n. 4 c.p.c.](#)[26] che prevede l'ulteriore onere a carico del ricorrente di depositare, a pena di improcedibilità, «*gli atti processuali, i documenti, i contratti o accordi collettivi sui quali il ricorso si fonda*»[27].

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, tuttavia, anche dopo l'emanazione del [D.Lgs. n. 40/2006](#) ha ribadito l'obbligo a carico del ricorrente di integrale trascrizione degli atti processuali posti a fondamento del ricorso a pena di inammissibilità dello stesso, continuando così ad uniformarsi all'accezione più estrema e rigorosa del principio di autosufficienza[28].

In alcune decisioni successivamente emesse, peraltro, la Corte di Cassazione ha iniziato a compiere importanti passi verso la semplificazione degli oneri imposti al ricorrente dal principio di autosufficienza con una significativa attenuazione, se non proprio un ridimensionamento, del significato più estremo dell'autosufficienza che viene qualificato come “*un corollario del requisito della specificità dei motivi di impugnazione, tradotto nelle più definite e puntuali disposizioni contenute negli art. 366, primo comma, n. 6, e 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ.*»[29].

[21] Così, Consolo, *Le impugnazioni delle sentenze e dei lodi*, Padova, 2008, 245; Verde, *Note sul ricorso per cassazione*, (relazione tenuta al ciclo di seminari su “*Il giudizio di cassazione: tecniche di redazione del ricorso e regole di procedimento*”, Roma 15 aprile-17 giugno 2004). In giurisprudenza, vds. Cass. Civ., Sez. Trib., [19 dicembre 2019, n. 33915](#); Cass. Civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26331; Cass. Civ., Sez. Trib., [4 aprile 2018, n. 8245](#); Cass. Civ., Sezioni Unite, [11 aprile 2012, n. 5698](#).

[22] Recante “*Modifiche al codice di procedura civile in materia di processo di cassazione in funzione nomofilattica e di arbitrato*”.

[23] Secondo Carratta, *La riforma del giudizio in cassazione (relazione al Congresso giuridico per l'aggiornamento forense, organizzato dal Consiglio nazionale forense*, Roma, 28-30 marzo 2006, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2006, 1105 ss. e in *Studi in onore di Carmine Punzi*, III, Torino 2008, 21 ss., il legislatore, forzando i confini della potestà conferitagli con la [legge-delega n. 80 del 2005](#), senza far espresso riferimento al canone di autosufficienza, ha operato nell'intento di delineare un contenuto del ricorso per cassazione molto più complesso di quello precedente.

[24] Sassani, *Il nuovo giudizio di Cassazione*, in Riv. dir. proc., 2006, 228.

[25] Così, Balena, *Istituzioni di diritto processuale civile, II. Il processo ordinario*, Bari, 2012, 415; Consolo, *Deleghe processuali e partecipazione alla riforma della Cassazione e dell'arbitrato*, in Corr. giur., 2005, 1189; Caporusso, *La riforma del giudizio di cassazione*, Padova 2009, sub. art. 366, 201.

[26] Norma che, parimenti, è stata modificata dalla novella di cui al [D.Lgs. 40/2006](#).

[27] Si tratta del c.d. “*fascicoletto*” ai sensi dell'[art. 369 n. 4 c.p.c.](#)

[28] Tra le tante, vds., Cass. Civ., Sez. VI, [16 marzo 2012, n. 4220](#); Cass. Civ., Sez. Lav., [30 luglio 2010, n. 17915](#); Cass. Civ., Sez. Trib., 11 maggio 2010, n. 11423; Cass. Civ., Sez. I, 19 aprile 2010, n. 9300; Cass. Civ., Sez. III, [23 marzo 2010, n. 6937](#); Cass. Civ., Sez. II, [3 marzo 2010, n. 5091](#); Cass. Civ., Sez. Trib., [24 febbraio 2010, n. 4434](#); Cass. Civ., Sez. II, 15 febbraio 2010, n. 3507; Cass. Civ., Sez. III, [3 febbraio 2010, n. 2506](#); Cass. Civ., Sez. III, [17 novembre 2009, n. 24221](#).

[29] Così Cass. Civ., Sezioni Unite, [22 maggio 2012, n. 8077](#); nel medesimo senso, Cass. Civ., Sez. Lav., [17 gennaio 2014, n. 896](#); Cass. Civ., Sez. VI, [25 marzo 2013, n. 7455](#).

4. Il Protocollo d'intesa Cassazione-Consiglio Nazionale Forense del 17 dicembre 2015 concernente le "regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria"

In questo contesto si è inserito il Protocollo d'intesa tra la Corte Suprema e il Consiglio Nazionale Forense sulle regole redazionali dei motivi di ricorso in Cassazione.

Questa iniziativa è stata improntata dalla comune presa d'atto della possibilità che il sovradimensionamento degli atti difensivi potesse essere, almeno in parte, frutto della ragionevole preoccupazione degli avvocati di non incorrere nelle censure di inammissibilità per difetto di autosufficienza, con la conseguente necessità che di tale principio meglio si definissero i limiti alla luce di effettivi e concreti dati normativi.

Al fine di ottenere l'effetto di una significativa semplificazione degli atti di parte, con effetti positivi sulla chiarezza e celerità della decisione, il Protocollo prevede un modulo di redazione dei ricorsi, che ne definisce i limiti di contenuto e ne agevola l'immediata comprensione da parte dell'organo iudicante.

Il Protocollo è diviso in due parti: la prima dedicata alla "Redazione dei ricorsi" e la seconda destinata al chiarimento del "principio di autosufficienza".

La prima parte disciplina uno schema di ricorso, valido - in quanto compatibile - anche per i controricorsi e per le memorie *ex art. 378 c.p.c.* che si articola in dieci sezioni: 1) parte ricorrente; 2) parte intimata; 3) sentenza impugnata; 4) oggetto del giudizio; 5) valore della controversia; 6) sintesi dei motivi; 7) svolgimento del processo; 8) motivi d'impugnazione; 9) conclusioni; 10) documenti allegati.

Per quanto più di specifico interesse ai fini del presente articolo, la seconda parte del Protocollo si occupa di coordinare i criteri redazionali appena indicati con i principi di autosufficienza e di economia processuale.

Superando la sopra richiamata giurisprudenza, ispirata all'accezione più rigorosa dell'autosufficienza, il Proto-

collo precisa che "il rispetto del principio di autosufficienza non comporta un onere di trascrizione integrale nel ricorso e nel controricorso di atti o documenti ai quali negli stessi venga fatto riferimento" di talché lo stesso "deve ritenersi rispettato quando: 1) ciascun motivo articolato nel ricorso risponda ai criteri di specificità imposti dal codice di rito"^[30].

Si deve segnalare che sempre - ai fini del rispetto dell'autosufficienza e della procedibilità dell'impugnazione - il Protocollo impone al ricorrente di allegare "al ricorso (in apposito fascicolo, che va pertanto ad aggiungersi all'allegazione del fascicolo di parte relativo ai precedenti gradi del giudizio) ai sensi dell'*art. 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ.*, gli atti, i documenti, il contratto o l'accordo collettivo ai quali si sia fatto riferimento nel ricorso e nel controricorso".

In ordine alla valenza e alla portata applicativa del Protocollo sono state avanzate in dottrina diverse opinioni. Alcuni autori hanno sostenuto che il Protocollo ha valore di *soft law* ed impone, in ossequio al principio di autosufficienza, un onere di localizzazione "interna" ed "esterna" degli atti e dei documenti cui ci si riferisce all'interno del ricorso^[31].

Secondo altri si tratterebbe di una regolamentazione patizia che si inserisce nel regime legale del ricorso per cassazione, completandone la disciplina e delineando "raccomandazioni" vevoli tanto per gli avvocati nella redazione dei ricorsi, quanto per i giudici nell'applicazione del principio di autosufficienza^[32].

Altra parte della dottrina ha sottolineato come il Protocollo ha una valenza peculiare sia perché frutto dell'accordo di soggetti istituzionali, sia perché detta regole la cui violazione è correlata alla valutazione che il giudice compie nella liquidazione delle spese^[33].

Da ultimo, infine, è stato rilevato che il Protocollo, pur non delineando una nuova ipotesi di inammissibilità, crea un dovere istituzionale di interpretare l'*art. 366 c.p.c.* (e, dunque, la norma sui requisiti di contenuto-forma) in

[30] Il Protocollo richiede, altresì, che: "nel testo di ciascun motivo sia indicato l'atto, il documento, il contratto o l'accordo collettivo su cui si fonda il motivo stesso (*art. 366, c. 1, n. 6, cod. proc. civ.*), con la specifica indicazione del luogo (punto) dell'atto, del documento, del contratto o dell'accordo collettivo al quale ci si riferisce" (punto n. 2); "nel testo di ciascun motivo siano indicati il tempo (atto di citazione o ricorso originario, costituzione in giudizio, memorie difensive, ecc.) del deposito dell'atto, del documento, del contratto o dell'accordo collettivo e la fase (primo grado, secondo grado, ecc.) in cui esso è avvenuto" (punto n. 3).

[31] Consolo, *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza - il Protocollo redazionale CNF-Cassazione: glosse a un caso di scuola di soft law (... a rischio di essere riponderato quale hard black letter rule)*, in *Giur. it.*, 2016, 2768 ss.

[32] Punzi, *Il principio di autosufficienza e il "Protocollo d'intesa" sul ricorso in Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 585 ss.; Panzarola in *La difesa scritta ed orale in cassazione dopo il Protocollo d'intesa Mascherin-Santacroce e la legge 25 ottobre 2016 n. 197*, in *Il giusto processo civile*, 2016, 1061 ss.

[33] Così, Pagni, *Il ricorso per cassazione tra sinteticità e completezza - chiarezza e sinteticità negli atti giudiziari: il Protocollo d'intesa tra Cassazione e CNF*, in *Giur. it.*, 2016, 2768 ss.

conformità a quanto in esso sancito, in considerazione della circostanza che esso è frutto di una decisione concordata^[34].

Quest'ultimo orientamento è stato accolto nella recente sentenza dalla Corte di Cassazione, Sez. I, [24 aprile 2018, n. 10112](#) che ha affermato «il Protocollo testimonia di un condiviso orientamento interpretativo che ha la sua base nel dato normativo, sia per quanto attiene all'esigenza di specificità, sia per quanto attiene all'esigenza di autosufficienza, sicché legittima l'interpretazione della norma in conformità al protocollo, con l'ulteriore conseguenza che la violazione delle regole del protocollo dà luogo ad inammissibilità laddove esso rifletta opzioni interpretative di quel dato». La sentenza in commento ha, quindi, posto il seguente principio di diritto: «La violazione delle regole per la redazione del ricorso per cassazione secondo il Protocollo siglato il 17 dicembre 2015 dalla Corte di Cassazione e dal Consiglio nazionale forense, a mezzo dei loro presidenti, in merito alle regole redazionali dei motivi di ricorso in materia civile e tributaria, dà luogo ad inammissibilità, laddove tale violazione implica la violazione - non già, ovviamente, del Protocollo in sé, bensì - del dato normativo di riferimento nell'interpretazione recepita nello stesso Protocollo».

5. La giurisprudenza successiva al Protocollo. Considerazioni finali e prospettive de iure condendo

La giurisprudenza di legittimità successiva ha confermato e fatto propri i principi contenuti nel Protocollo e, con particolare riferimento all'autosufficienza, ha definitivamente aderito all'accezione meno rigorosa del canone ritenendo non necessaria la trascrizione integrale nel ricorso di atti o documenti ai quali venga fatto riferimento nell'impugnazione.

Si segnala al riguardo la recente sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, [5 maggio 2020, n. 8480](#) secondo cui: «Il ricorso è quindi inammissibile, anche perché, per soddisfare il requisito imposto dall'[articolo 366, primo comma,](#)

[n. 3, cod. proc. civ.](#) il ricorso per cassazione deve contenere l'esposizione chiara ed esauriente, sia pure non analitica o particolareggiata, dei fatti di causa, dalla quale devono risultare le reciproche pretese delle parti, con i presupposti di fatto e le ragioni di diritto che le giustificano, le eccezioni, le difese e le deduzioni di ciascuna parte in relazione alla posizione avversaria, lo svolgersi della vicenda processuale nelle sue articolazioni, le argomentazioni essenziali, in fatto e in diritto, su cui si fonda la sentenza impugnata e sulle quali si richiede alla Corte di cassazione, nei limiti del giudizio di legittimità, una valutazione giuridica diversa da quella asseritamente erronea, compiuta dal giudice di merito. Il principio di autosufficienza del ricorso impone che esso contenga tutti gli elementi necessari a porre il giudice di legittimità in grado di avere la completa cognizione della controversia e del suo oggetto, di cogliere il significato e la portata delle censure rivolte alle specifiche argomentazioni della sentenza impugnata, senza la necessità di accedere ad altre fonti ed atti del processo, ivi compresa la sentenza stessa».

Secondo la Corte Suprema tuttavia, il ricorso per cassazione non deve essere redatto attraverso la pedissequa riproduzione dell'intero, letterale, contenuto degli atti processuali: «ciò in quanto la tecnica di redazione mediante integrale riproduzione di una serie di atti e documenti si traduce in un'esposizione dei fatti non sommaria, in violazione dell'[art. 366, primo comma, n. 3, cod. proc. civ.](#), e comporta un mascheramento dei dati effettivamente rilevanti, tanto da risolversi in un difetto di autosufficienza»^[35].

In altri termini, si può quindi concludere che il ricorso per cassazione autosufficiente non debba contenere «tutto», ma «tutto ciò che serve in relazione ai motivi di ricorso» nel rispetto dei principi di sinteticità e chiarezza espositiva degli atti processuali^[36], canoni, questi che si contrappongono alla lettura rigorosa del principio di autosufficienza quale pedissequa e prolissa riproduzione di atti processuali integrali all'interno dell'atto di impugnazione.

^[34] Frasca, *Glosse e commenti sul protocollo per la redazione dei ricorsi civili convenuto fra Corte di cassazione e Consiglio nazionale forense*, in [www.judicium.it](#).

^[35] Nello stesso senso, *ex multis*, Cass. Civ., Sez. Trib., [30 aprile 2020, n. 8425](#); Cass. Civ., Sez. Trib., [17 marzo 2020, n. 7335](#); Cass. Civ., Sez. VI, 18 dicembre 2019, n. 33720.

^[36] Secondo Cass. Civ., Sez. Trib., [4 aprile 2018, n. 8245](#) «La tecnica di redazione dei cosiddetti ricorsi "assemblati" o "farciti" o "sandwich" implica una pluralità di documenti integralmente riprodotti all'interno del ricorso, senza alcuno sforzo di selezione o rielaborazione sintetica dei loro contenuti. Tale eccesso di documentazione integrata nel ricorso non soddisfa la richiesta alle parti di una concisa rielaborazione delle vicende processuali contenuta nel codice di rito per il giudizio di cassazione, viola il principio di sinteticità che deve informare l'intero processo (anche in ragione del principio costituzionale della ragionevole durata di questo), impedisce di cogliere le problematiche della vicenda e comporta non già la completezza dell'informazione, ma il sostanziale "mascheramento" dei dati effettivamente rilevanti per le argomentazioni svolte, tanto da risolversi, paradossalmente, in un difetto di autosufficienza del ricorso stesso. La Corte di cassazione, infatti, non ha l'onere di provvedere all'indagine ed alla selezione di quanto è necessario per la discussione del ricorso»; nello stesso senso, Cass. Civ., Sez. Trib., [19 dicembre 2019, n. 33915](#); Cass. Civ., Sez. III, 17 ottobre 2019, n. 26331; Cass. Civ., Sezioni Unite, [11 aprile 2012, n. 5698](#).

Del resto, il superamento di questo rigore formalistico dell'autosufficienza trova conferma, anche, nella giurisprudenza dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha dato prevalenza alle soluzioni interpretative orientate a consentire al processo di pervenire ad una decisione che esamini il fondamento dell'impugnazione nel rispetto del "diritto di accesso ad un tribunale di cui all'[art. 6 § 1 della CEDU](#)", evitando l'applicazione puntigliosa e pedante delle norme che impongono prescrizioni di forma^[37]. In questo contesto si richiama la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, [7 novembre 2017, n. 26338](#) secondo cui: "La giurisprudenza delle Sezioni Unite in tema di inammissibilità o improcedibilità dei ricorsi è da tempo interessata da un'impronta coerenziatrice di questo segno. Essa è ispirata dall'[art. 6 § 1 della Convenzione EDU](#), che tutela il 'diritto a un Tribunale', di cui il diritto di accesso costituisce un aspetto particolare. Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, nell'ambito del margine di apprezzamento (cfr. [CEDU, 18.2.1999, Waite c. Gov. Germania Federale](#)), che ha uno Stato, le regole formali non possono limitare l'accesso della parte in causa in maniera o a un punto tali che il suo diritto a un tribunale venga lesa nella sua stessa sostanza. Ogni limitazione si concilia con l'[art. 6 § 1](#) soltanto se tende ad uno scopo legittimo e se esiste un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi utilizzati e lo scopo perseguito (cfr. [Corte Eur. DU 16.6.2015 ric. Mazzone N. 20485/06](#); e ancora la sentenza [15.9.2016](#)

sul ricorso n. 32610/07 in causa [Trevisanato](#), sull'[art. 366 bis c.p.c.](#)). Giova pertanto ricordare l'ordinanza [1081/16](#) e la successiva Cassazione [SU 25513/2016](#), che hanno censito altre pronunce della Corte EDU, nell'ottica di bilanciare la esigenza funzionale di porre regole di accesso alle impugnazioni con quella a un equo processo, da celebrare in tempi ragionevoli, come prescritto dall'[art. 47](#) della Carta di Nizza.

Mette conto menzionare esempi di temperamento razionale che hanno rivisitato la disciplina del giudizio di Cassazione alla luce dell'[art. 111 Costituzione](#) e delle normative sovranazionali, quali [Cass. 22726/11](#) e [SU 23329/09](#) in tema di oneri di cui all'[articolo 369, secondo comma, n. 4, cod. proc. civ.](#)".

Dall'analisi, dunque, di questa giurisprudenza interna e di quella delle corti sovranazionali, una parte della dottrina ha cercato di individuare una soluzione *de iure condendo* della descritta problematica relativa al contenuto, ai vizi e alle sanzioni dell'atto di impugnazione innanzi al giudice di legittimità, sostenendo una possibile rivisitazione delle conseguenze della violazione dei principi di autosufficienza e di sinteticità non più in termini di inammissibilità, quanto di nullità, con conseguente possibile sanatoria in applicazione dell'[art. 156 c.p.c.](#) nell'ambito delle memorie illustrative precedenti all'udienza o all'adunanza (ai sensi, rispettivamente, degli artt. [378 c.p.c.](#), [380 bis c.p.c.](#) e [380 bis.1. c.p.c.](#))^[38].

[37] Sotto questi profili si richiama la sentenza del 22 novembre 2011 della 1^a sezione della Corte di Strasburgo (nel caso *Andreyev v. Estonia*) che ha riconosciuto la violazione dell'[art. 6 § 1](#) della Convenzione, affermando: "Data la particolare natura del ruolo della Corte di cassazione, la procedura seguita in tali tribunali può essere più formale, purché non si giunga ad una costruzione strettamente rigorosa di norme procedurali, tale da privare i ricorrenti del loro diritto di difesa-accesso alla Corte"; in precedenza la Corte di Strasburgo, 1^a sezione, (nel caso *R. & D. c. Grecia*) nella sentenza del 15 gennaio 2009 aveva riconosciuto la violazione dell'[art. 6 § 1](#) della Convenzione evidenziando che "Dichiarare irricevibile il solo motivo di impugnazione, poiché le ricorrenti non avevano indicato nel loro ricorso le circostanze di fatto in base alla quale la corte di appello aveva fondato la decisione di rigetto del loro ricorso, era un eccessivo formalismo e impediva alle ricorrenti di avere il 'merito delle loro accuse' esaminato dalla Corte di Cassazione".

[38] Così, Conforti, *Il principio di autosufficienza del ricorso per Cassazione*, cit., 140 e ss.

IL SISTEMA DELLE PROVE E LA RELATIVA EVOLUZIONE

L'evoluzione darwiniana dei mezzi di prova: il ruolo della prova atipica nella modernizzazione del sistema delle prove

di Caterina Silvestri

DEL 20 LUGLIO 2020

La scienza processuale ha sottolineato a più voci come nel corso dello sviluppo storico del diritto delle prove e il suo approdo in epoca moderna, esso abbia seguito due direttrici principali: la prima, costituita dalla perdita del significato classico di certe regole quali, per esempio, l'allentamento (e in certi casi la perdita) della correlazione per lungo tempo assunta, tra l'ideologia liberale e l'ispirazione individualistica e privatistica del processo con un giudice privo di poteri o, ancora, l'abbandono del carattere politico della contrapposizione tra i principi dispositivo e inquisitori; la seconda, concernente una generalizzata restrizione del ruolo della prova legale con la correlata estensione del potere di valutazione del giudice, oltre alla eliminazione dei limiti di ammissibilità dei mezzi di prova, per l'accresciuta propensione a una consapevole ricerca della verità^[1].

Pur nei vivaci confronti dottrinali^[2], la "riscoperta" del ruolo della verità nella filosofia sociale e, con essa, nel processo^[3], ha trovato terreno fertile anche nel nostro Paese: «La configurazione del processo civile come strumento finalizzato a "fare giustizia", e non soltanto a risolvere controversie, porta la maggior parte degli ordinamenti processuali moderni ad adottare quelle che si è definita come ideologia legale-razionale della decisione giudiziaria, e quindi a collocare l'accertamento della verità dei fatti tra gli obiettivi fondamentali del processo civile.»^[4]. Questa tendenza, quasi sempre correlata a un'estensione dei poteri istruttori d'ufficio del giudice, ha anche idealmente condotto all'avvicinamento dell'istruttoria penale con quella civile^[5], autorevolmente indicata già in tempi risalenti in ragione delle connessioni tra i due diritti so-

[1] Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, Milano, 1971, 87, osserva come nel corso dello sviluppo storico del diritto delle prove il significato classico delle regole espresso dalla correlazione ideologica sopra espressa, è venuta meno nel periodo moderno; Taruffo, *La prova nel processo civile*, cit., 99, rileva che se storicamente è vero che sovente sono state poste in correlazione l'ideologia liberale e l'ispirazione individualistica e privatistica con un giudice privo di poteri, in considerazione che il processo avrebbe attuato i valori fondamentali della libertà e autonomia delle parti, in realtà, non risulta dimostrata la connessione biunivoca tra ideologia liberale ed assenza di poteri istruttori nel giudice, ricorrendo esempi di codificazioni liberali in cui il giudice ha significativi poteri istruttori (come il codice processuale spagnolo del 1881) e codificazioni che non prevedevano poteri del giudice e che l'Autore non considera liberali in quanto emanate in periodi di imperialismo, quali il code de procédure civile francese del 1806 (certamente espressione dell'ideologia borghese e liberale ma che sul piano processuale derivò dalla Ordonnance del 1667), il codice austriaco del 1815 (nonché quelli precedenti del 1781 e del 1796), varie codificazioni preunitarie italiane e la Zivilprozessordnung tedesca del 1887; sul superamento del significato politico della contrapposizione fra principio dispositivo e principio inquisitorio anche Fabiani, *I poteri istruttori del giudice civile*, cit., 525 ss.

[2] Mi riferisco in particolare al confronto tra le diverse idee sul ruolo della verità avvenuto tra B. Cavallone, *In difesa della veriphobia (considerazioni amichevolmente polemiche su un libro recente di Michele Taruffo)*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, 1 ss. e, in replica, M. Taruffo, *Contro la veriphobia. Osservazioni sparse in risposta a Bruno Cavallone*, in *Riv. tri. dir. proc. civ.*, 2010, 995.

[3] Diffusamente anche per i profili storico-filosofici concernenti le sorti dell'idea e del ruolo della verità, M. Taruffo, *La semplice verità*, Roma, 2009; J. Ferrer Beltrán, *Prova e verità nel diritto*, trad. it. di V. Carnevale, Bologna, 2004, 23 ss.

[4] M. Taruffo, *La prova nel processo civile*, Milano, 2012, 113.

[5] Rilievo rinvenibile in particolare nella dottrina francese J. Sicard, *La preuve en justice*. Librairie du Journal des Notaires. Comment Faire, Paris, 1960, 8, come ricorda Denti, *Processo civile e giustizia sociale*, 95.

stanziali^[6] e dal dato strutturale dell'unitarietà dell'organizzazione giurisdizionale^[7].

Il diritto alla prova che è venuto a delinearsi, la riscoperta del ruolo della verità e della giustizia nel processo in grado di modificare lo scopo storico-sociale dallo stesso perseguito, ben avrebbero giustificato una revisione dell'intera materia delle prove, ancor oggi disciplinata pressoché integralmente dall'originaria normativa codicistica, da riconsiderare «alla luce del criterio per cui un diritto fondamentale, come il diritto alla prova, non può più essere violato o compromesso per qualsivoglia ragione, ma solo quando si tratti di tutelare diritti o valori fondamentali.»^[8].

Falliti i tentativi di riforma organica, il nostro Paese ha ripiegato ormai da tempo su una stratificazione legislativa^[9] non guidata da specifici obiettivi tecnici o di sistema - e nemmeno, mi pare si possa dire, da ispirazioni di

carattere filosofico-ideologico- ma mossa da bisogni contingenti, spesso d'intento politico-propagandistico, più che dalla volontà di modernizzazione del sistema. Ruolo strategico hanno giocato le sollecitazioni sovranazionali provenienti ora dall'Unione Europea -com'è avvenuto, ad esempio, per la promozione dell'ADR- ora dalla CEDU^[10].

Sovente le riforme introdotte sono state anche prive di una reale portata di utilità per i loro intrinseci difetti tecnici o formalistici. Gli interventi sono stati particolarmente rarefatti e non incisivi proprio con riferimento all'istruttoria latamente intesa; la riforma più significativa ha riguardato il potenziamento, in occasione dell'istituzione del giudice unico di primo grado, dei poteri d'ufficio del giudice monocratico, rivelatasi di scarso impatto pratico e innovativo come la dottrina aveva preconizzato^[11]. L'introduzione della testimonianza scritta, di cui

[6] Così il celebre scritto di F. Carnelutti, *Il danno e il reato*, 1930, 90: «non si può rimproverare cultori del diritto penale di ritenersi in casa loro quando parlano del divieto di uccidere, cioè del diritto alla vita, come visse ritengono civilisti, quando trattano del diritto di proprietà. La verità è, peraltro, che queste quelli credono ad essere ben chiusi a casa propria, e invece sono virgola quasi sempre, nella grande casa comune. Quella specie di muraglia cinese, che, in particolare da noi, ha costruito intorno al territorio del diritto penale Arturo Rocco, è piuttosto una mirabile illusione proiettata dal suo acuto ingegno che una realtà. Non v'è, forse, tra le partizioni teoriche del diritto un'altra come questa, del diritto civile e del diritto penale, che apparendo compiuta e profonda, sia invece limitata e relativa. Non se ne dolgono i cultori nobilissimi dell'uno e dell'altro capo della nostra scienza; dalla consapevolezza che essi lavorano, non solo per uno scopo, ma, in gran parte, sul campo comune e perciò dalla necessità di meglio conoscere e coordinare gli sforzi, la scienza del diritto, che è indissolubilmente una, avrà inestimabile vantaggio».

[7] F. Tommaseo, nella sua relazione introduttiva al convegno, *Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e penale*, Atti del convegno di studio 18 e 19 giugno 1993, Milano, 1995, 3 ss. sottolineava come «la stessa distinzione tra giurisdizione civile e giurisdizione penale evoca una diversità di giurisdizioni che, sul terreno della disciplina normativa, non trova riscontri diversi da quelli meramente lessicali»; Mario Pisani, ricordava ancora Tommaseo, nella sua voce "giurisdizione penale" (Enc. dir., XIX, Milano, 1970), rileva che la formula "giurisdizione penale" «non vale a spezzare l'intrinseca unità della funzione giurisdizionale esercitata dai giudici ordinari [che] non si fonda sull'ormai screditato dogma dell'unità della giurisdizione, bensì sul dato strutturale dell'unità dell'ordinamento giudiziario a cui appartengono i giudici che, per ripetere la nota formula di cui all'art. 1 della legge sull'ordinamento giudiziario, amministrano la giustizia "nelle materie civili e penale".».

[8] M. Taruffo, voce *Prova giuridica*, in Enc. Treccani delle scienze sociali (on line), cui appartiene il periodo virgolettato nel testo, può leggersi al seguente indirizzo [http://www.treccani.it/enciclopedia/prova-giuridica_\(Enciclopedia-delle-scienze-sociali\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/prova-giuridica_(Enciclopedia-delle-scienze-sociali)/); dello stesso Autore sulla medesima questione anche *Il diritto alla prova nel processo civile*, cit., 77 ss.

[9] F. Carpi, *Le riforme del processo civile in Italia verso il XXI secolo*, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2000, 105 ss., per una panoramica "a volo d'uccello", come la definisce lo stesso Autore; per osservazioni sulle principali riforme G. Balena, *Riforma del processo civile*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 2006, 993 ss. per i profili istruttori in particolare; Legge 26 novembre 1990, n. 353 (Provvedimenti urgenti per il processo civile). Commento all'art. 58 (ammissione e assunzione di prove), *Le nuove leggi civili commentate*, 1992, 229 ss.

[10] Recentemente, ad esempio, per il riconoscimento e la tutela delle unioni civili, da cui è scaturita la legge nazionale: Corte eur. dir. uomo, 21 luglio 2015, O. e altri c. Italia, può essere letta integralmente nella versione italiana sul sito del Ministero della Giustizia, al seguente link: [https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=E3400AF199B7F4474293E3BFAEFC9AA.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_3=0_8_1_61&facetNode_2=1_2\(2015\)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1177280](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_20_1.wp;jsessionid=E3400AF199B7F4474293E3BFAEFC9AA.ajpAL02?facetNode_1=0_8_1_4&facetNode_3=0_8_1_61&facetNode_2=1_2(2015)&previousPage=mg_1_20&contentId=SDU1177280).

[11] B. Cavallone, *Un tardo prodotto dell'Art Déco* (il "nuovo" art. 281 ter c.p.c.), Riv. dir. proc., 2000, 93 ss.; in tema anche E. Fabiani, *Sul potere del giudice monocratico di disporre d'ufficio la prova testimoniale ai sensi dell'art. 281 ter c.p.c.*, in Foro it., 2000, I, 2093. Con l'istituzione del giudice unico (e soppressione delle preture), attuata col D.Lgs n. 51 del 1998, l'art. 281 ter, c.p.c., ed i poteri istruttori dallo stesso previsti, è divenuto disposizione applicabile a quasi tutte le controversie, facendo, tra l'altro, dubitare che la differenza tra giudizio monocratico e collegiale potesse giustificare una tale differenza tra i poteri istruttori dei rispettivi uffici. La questione è sfociata in una rimessione della questione alla Corte Costituzionale che l'ha dichiarata manifestamente inammissibile sia pure in considerazione del fatto che la fattispecie da cui nasceva la questione dava atto essere maturate a carico delle parti le preclusioni istruttorie e che in nessun caso il giudice avrebbe potuto essere dotato di poteri esercitabili dopo la maturazione delle preclusioni a carico delle parti; C. Cost. 2003, n. 69, Consultaonline, <http://www.giurcost.org/decisioni/2003/0069o-03.html>.

pure si era a lungo parlato guardando al modello francese de les attestations, è stata nulla di più di un istituto ombra, di un mero feticcio di modernizzazione, dimostrato senza timore di smentita dalla sua scarsissima applicazione nel decennio trascorso dalla sua entrata in vigore[12]. La modifica più significativa è probabilmente consistita nel potenziamento del contraddittorio nella consulenza tecnica introdotto dalla legge n. 69 del 2009.

In una situazione di inalterata vetustà normativa e sotto le spinte dell'evoluzione scientifica e tecnologica, il sistema delle prove, in una sorta di evoluzione darwiniana imposta da necessità di sopravvivenza, si è pur reso portatore di un certo grado di novità quale risultato combinato di azione e di inazione.

Con questa espressione intendo dire che l'inerzia legislativa ha dato in qualche settore frutti fecondi, consentendo al sistema di accogliere ed elaborare in autonomia elementi di novità proposti, oso dire, dallo spirito del tempo[13]. Nella diffusione, nell'articolazione del concetto e dell'osservazione delle prove atipiche, mi pare di cogliere un esempio e uno strumento di questa particolare modalità evolutiva del sistema delle prove obsoleto (già alla sua nascita, come sosteneva Denti) e di avvicinare la ritrovata tensione verso la verità.

L'inazione legislativa più feconda[14], da cui è derivata l'azione dottrinale e giurisprudenziale, è il mancato chiarimento normativo dei contorni della nozione e della ammissibilità delle prove atipiche, diversamente da quanto avvenuto per il processo penale con l'art. 189, previsione quest'ultima che ha contribuito, com'è stato notato, a che nessuno osasse più contestarne l'ammissibilità anche nel processo civile[15].

La ricorrenza della prova atipica, benché autorevolmente criticata, è ormai osservabile quale fenomeno panprocessuale[16], diffusione cui ha certamente contribuito il rinnovato ruolo della verità nel processo ricordato poco sopra che rende almeno in tendenza rilevanti tutti quegli elementi probatori che ne consentono l'avvicinamento o che possono contribuire al suo accertamento, l'affermazione del diritto alla prova quale elemento del giusto processo[17] e, non da ultimo, la moltiplicazione delle fonti di prova offerte dall'evoluzione tecnologica e scientifica specialmente dell'ultimo ventennio. La dottrina è pressoché unanime nel riconoscere la natura atipica della prova in quei mezzi idonei ad accertare il fatto, o a concorrere al suo accertamento, non normativamente previsti[18]. Accanto a tale accezione, in cui la prova atipica si identifica con la fonte di prova, Ricci in particolare ha rilevato come

[12] Sulle modifiche introdotte all'istituto dalla legge n. 69 del 2009, G. Balena, Sulla testimonianza scritta ripensamenti opportuni, in Guida al Diritto, 2009, fasc. 28, 17 ss.

[13] Dalla seconda metà del 1700 con il filosofo J. G. Herder, passando attraverso l'accezione giuridica di F. C. Savigny sino al significato esoterico di R. Stainer, con l'espressione "spirito del tempo" si indicano le caratteristiche di un certo periodo storico che influenzano l'evoluzione, o con l'accezione vicina ma non identica di "spirito del popolo", il peculiare modo di esistere e di evolvere di ciascuna nazione che le rende originali e diverse le une dalle altre: E. Morin, L'esprit du temp, Parigi, 1962; V. Verra, Linguaggio, mito e storia. Studi sul pensiero di Herder, a cura di C. Cesa, Pisa, 2006; M. Giuliano, Savigny e il metodo della scienza giuridica, III, Milano, 1966.

[14] Una forma minore di inazione legislativa, che si è risolta in un potenziamento dei poteri istruttori del giudice civile, è il mantenimento dell'originario limite di valore all'ammissibilità della prova testimoniale di cui al primo comma dell'art. 2721, c.c., (£ 5.000, oggi a 2,5 euro), che come ha osservato Verde, ha tolto contenuto precettivo alla disposizione e al limite in essa contenuto, consentendo l'ammissione della prova testimoniale praticamente quasi sempre o, comunque, rimettendo al potere del giudice la possibilità di ricorrere a questo mezzo di prova; così, quasi testualmente, G. Verde, Diritto processuale civile, II, Bologna, 2014, 95.

[15] Ricci, Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale, cit., 409; voce autorevole, pur non contestandone l'ammissibilità, ne circoscrive molto il novero, escludendo dallo stesso, ad esempio, le scritture provenienti da terzi e la perizia privata stragiudiziale: A. Proto Pisani, Lezioni di diritto processuale civile, Napoli, 2014, 438; cfr. B. Cavallone, Critica della teoria delle prove atipiche, Il giudice e la prova nel processo civile, Padova, 1997, 335, secondo il quale non possono essere oggetto di inquadramento unitario le prove non previste dalla legge; G. Verde, voce Prova (teoria generale e diritto processuale civile), Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988, 606, il quale considera le prove atipiche alla stregua di indizi; cfr. anche A. Carratta, Prova e convincimento del giudice nel processo civile., in Riv. dir. proc., 2003, 52.

[16] D'Angelo, Le prove atipiche nel processo amministrativo, Napoli, 2008, il quale ne rileva la ricorrenza anche nel processo amministrativo.

[17] Tra i molti scritti sul tema ricordo: V. Andrioli, La convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto giusto, Temi rom., 1964, 442; L. P. Comoglio, Valori etici e ideologia del "giusto processo" (modelli a confronto), Riv. trim. dir. proc. civ., 1998, 887; Il "giusto processo" civile nella dimensione comparatistica, in Riv. dir. proc., 2002, 702; P. Ferrua, Il 'giusto processo', Bologna, 2005; N. Trocker, Il valore costituzionale del "giusto processo", in AA.VV., Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile, a cura di M. G. Civinini e C.M. Verardi, Milano, 2001, 49 ss.; Il nuovo articolo 111 della costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali, in Riv. trim. dir. proc. civ., 2001, 381 ss.

[18] G. F. Ricci, Le prove atipiche, Milano, 1999, 56 ss.; Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale, Riv. trim. dir. proc. civ., 2002, 409; L. P. Comoglio, Le prove civili, Milano, 2010, 41; M. Taruffo, La prova nel processo civile, cit., 74; Le prove atipiche e convincimento del giudice, Riv. dir. proc., 1973, 389; B. Cavallone, Il giudice e la prova nel processo civile, Milano, 1991, 335.

il concetto di atipicità possa essere riferito anche al procedimento di acquisizione della prova al processo, limitatamente ai casi in cui ciò sia previsto dal legislatore come avviene, ad esempio, nei procedimenti in camera di consiglio o nei procedimenti cautelari[19]. Vigendo il principio di tipicità dell'acquisizione della prova, al di là delle ipotesi di deformalizzazione normativamente previste, la prova acquisita in violazione del procedimento non sarebbe atipica, ma nulla[20] e, nemmeno, nell'ambito della atipicità possono essere ricondotte le prove che valgano ad aggirare preclusioni processuali o divieti dettati da disposizioni sostanziali[21], come pure altre tipologie di prove illecite, che pongono questioni qui non suscettibili di essere affrontate[22].

La giurisprudenza, dal canto suo, ha ampiamente accolto il concetto di prova atipica, basandosi sul principio del libero convincimento del giudice, che non trova limite se non nell'obbligo di motivazione, e sul rilievo dell'assenza di una norma di chiusura sulla tassatività delle fonti di prova: «mancando una norma di chiusura sulla tassatività tipologica dei mezzi di prova, il giudice può legittimamente porre a base del proprio convincimento anche prove cosiddette atipiche, purché idonea fornire elementi di giudizio sufficienti, se ed in quanto non smentite dal raffronto critico -riservato al giudice di merito e non cen-

surabile in sede di legittimità, se congruamente motivato- con le altre risultanze del processo (Cass. 25.3.2004 n. 5965)»[23].

In tempi relativamente recenti le Sezioni Unite hanno infine chiarito che le scritture private provenienti da terzi costituiscono prove atipiche, liberamente contestabili dalle parti poiché non inquadrabili né nell'art. 2702, c.c., né conseguentemente nell'art. 214, c.p.c.[24]. Tradizionalmente sono anche considerate prove atipiche le risposte eccedenti il mandato offerte dal consulente tecnico, i chiarimenti dallo stesso offerti e le perizie stragiudiziali[25]. Insospettabilmente ampio è il novero degli elementi di convincimento che la Corte di cassazione considera utilizzabili nel processo civile quali prove atipiche, provenienti dal procedimento penale[26], inclusivo sia della fase di indagine svolta dalla polizia giudiziaria -come dalle indagini difensive le cui risultanze siano state regolarmente allegare al fascicolo del pubblico ministero- sia delle prove dibattimentali e di quelle alle stesse equiparabili (come ad esempio la prova ottenuta in seguito all'incidente probatorio). Nel tempo sono stati veicolati nel processo civile quali prove atipiche i verbali e i rapporti di polizia giudiziaria, tra cui i verbali di sommarie informazioni testimoniali rese agli stessi organi[27], (persino) le dichiarazioni auto indizianti rese nel procedimento penale ai sensi

[19] Ricci, Atipicità della prova, processo ordinario e rito camerale, cit., 410 ss.; il concetto di atipicità rivolto al procedimento di acquisizione (senza distinzioni tra i vari e diversi procedimenti) è definito «aberrante» da L. Montesano, Le «prove atipiche» nelle «presunzioni» e negli «argomenti» del giudice civile, Riv. dir. proc., 1980, 234 ss., secondo il quale ammetterlo significherebbe permettere al giudice di servirsi della propria scienza privata per ricostruire i fatti, in violazione del divieto posto ex art. 97 disp. att. al c.p.c. a tutela delle garanzie delle parti e del contraddittorio

[20] Taruffo, La prova nel processo civile, cit., 74.; lo stesso Autore, Prove atipiche e convincimento del giudice, Riv. dir. proc., 1973, 402, rileva, tuttavia, come l'atipicità faccia riferimento tanto al mezzo di prova non incluso nel «catalogo codicistico», quanto all'eventuale modo di acquisizione del mezzo istruttorio diverso dal modello legale.

[21] Così, quasi testualmente Cass. civ., 5 marzo 2010, n. 5440, integralmente su De Lure, banca dati on line.

[22] Si veda in tema il recente lavoro di L. Passanante, La prova illecita nel processo civile, 2017, Torino, che propone una ridefinizione della nozione, 149 ss., ed un'ampia bibliografia.

[23] Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12577, da cui è tratta l'espressione virgolettata; conf. la pronuncia in quella citata, Cass. civ., 25 marzo 2004, n. 5965, che si riferisce alla parte della consulenza d'ufficio eccedente i limiti del mandato, ma non sostanzialmente estranea all'oggetto dell'indagine in funzione della quale è stata disposta; e, nello stesso senso, tra le molte, Cass. civ., 12 novembre 2010, n. 22984; tutte possono leggersi integralmente in De Lure, banca dati on line.

[24] Cass. civ., S.U., 23 giugno 2010, n. 15169, De Lure, banca dati on line.

[25] Per un quadro ed esemplificazioni più ampie, Ricci, Le prove atipiche, cit., 229.

[26] Il fenomeno, tuttavia, non è nuovo, come rileva G.F. Ricci, Aspetti della circolazione della prova nel processo civile nel processo penale, in Nuovi profili nei rapporti tra processo civile e processo penale, cit., 114, dove sottolinea come antecedentemente alla riforma del codice di procedura civile del 1988 l'opinione della dottrina e della giurisprudenza fosse pressoché univoca nel senso di considerare trasferibili in sede civile tutte quante le acquisizioni avutesi nel processo penale, istruttorie o dibattimentali che fossero; l'ammissibilità di questo trasferimento rispondeva a precisi criteri di economia processuale, in base ai quali appariva più logico utilizzare la prova raccolta nell'altro processo, anziché doverla rinnovare nel giudizio civile. Il pensiero espresso dall'Autore era, casomai, di timore che ciò potesse continuare ad avvenire con la riforma del processo penale che considerava quale prova unicamente quella dibattimentale; la direzione intrapresa, invece, si è palesata di segno opposto come mi pare emerge dai pur sintetici dati qui riportati.

[27] Cass. civ., 25 marzo 2013, n. 7466, De Lure, banca dati on line, considera utilizzabili nel processo civile sia la sentenza penale, sia i verbali di sommarie informazioni testimoniali rese alla Polizia Giudiziaria; Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12577, anche con riferimento alle dichiarazioni verbalizzate dagli organi di poli-

del primo comma dell'art. 63, c.p.p., non potendo -secondo la Corte- la sanzione di inutilizzabilità prevista al secondo comma della stessa norma spiegare effetti fuori del processo penale, oltre alle sentenze penali comprese quelle prive di efficacia di giudicato nel processo civile[28].

In questa giurisprudenza, la distinzione tra atipicità del mezzo di prova e atipicità del procedimento di acquisizione si scolora e la divergenza delle regole tra processo civile e processo penale circa l'ammissibilità e l'assunzione della prova, non costituisce elemento ostativo all'utilizzazione[29]. Il punto centrale è, evidentemente, costituito dal considerare questi elementi quali prove precostituite, alla stregua dei documenti[30], atte ad entrare nel processo civile attraverso la produzione. In questa ottica, ed entro questi limiti, nella giurisprudenza ricordata, perde rilievo anche la circostanza che il documento si sia formato in assenza del contraddittorio[31], come invero accade per molti documenti prodotti nel giudizio[32], rilevando invece il rispetto di questa garanzia nella fase processuale

in cui lo stesso è utilizzato, pur essendosi svolta tra parti diverse. Nei rapporti tra processo civile e processo penale, la giurisprudenza giustifica l'esportabilità della prova dal secondo al primo con l'espressione di una sorta di principio di coerenza dell'ordinamento, secondo il quale anche quando la sentenza penale non implica un accertamento in grado di fare stato anche nel giudizio civile, contiene un'ipotesi di responsabilità e un elemento di prova che se pur privo di efficacia automatica in ordine ai fatti accertati nel processo penale ed oggetto di autonoma valutazione da parte del giudice, naturalmente nel contraddittorio delle parti[33], non può essere esclusa dal giudice civile senza adeguatamente motivare[34]; non mancano esempi giurisprudenziali in cui l'utilizzazione della prova penale nel processo civile, effettuata sempre in base al canale della prova atipica, è giustificata da un'invocata "unità della giurisdizione"[35].

La prova atipica ha pure dilatato i propri contorni con riferimento agli elementi probatori figli dell'evoluzione tecni-

zia giudiziaria in sede di sommarie informazioni testimoniali; Cass. civ., 19 ottobre 2007, n. 22020, la quale aggiunge i verbali e rapporti degli organi di polizia giudiziaria, tutte pubblicate in versione integrale sempre in De Iure.

[28] Così, tra le molte, con riferimento all'applicazione della pena su richiesta ai sensi degli artt. 444 e 445 c.p.p., Cass. civ., 4 giugno 2014, n. 12577, cit. nota precedente; analogamente afferma, con riferimento ad un procedimento penale chiuso con sentenza di non doversi procedere per intervenuta amnistia o per altra causa estintiva del reato, Cass. 25 maggio, 1993. n. 5874; considera prova atipica la sentenza penale non definitiva Cass. 27 aprile 2010, n. 10005, tutte integralmente pubblicate in De Iure, banca dati on line.

[29] Così, Cass. civ., 20 gennaio 2015, n. 840, in De Iure, banca dati on line, la quale afferma che «Il giudice civile, in assenza di divieti di legge, può formare il proprio convincimento anche in base a prove atipiche come quelle raccolte in un altro giudizio tra le stesse o tra altre parti, delle quali la sentenza ivi pronunciata costituisce documentazione, fornendo adeguata motivazione della relativa utilizzazione, senza che rilevi la divergenza delle regole, proprie di quel procedimento, relative all'ammissione e all'assunzione della prova (costituita, nella specie, da una deposizione testimoniale resa in assenza del contraddittorio nel corso di un procedimento disciplinare a carico di un avvocato nella fase svoltasi dinanzi al consiglio dell'ordine locale, culminato poi nella decisione del consiglio nazionale forense, giudice speciale istituito con il d.leg. lgt. 23 novembre 1944 n. 382)».

[30] Cass. civ., 25 marzo 2013, n. 7466, De Iure, banca dati on line, la quale afferma: «Le prove precostituite, quali i documenti, entrano nel giudizio attraverso la produzione e nella decisione in virtù di un'operazione di semplice logica giuridica, essendo tali attività contestabili solo se svolte in contrasto con le regole, rispettivamente, processuali o di giudizio, che vi presiedono, senza che abbia rilievo una valutazione in termini di utilizzabilità, categoria propria del rito penale ed ignota al processo civile».

[31] Sul rispetto del contraddittorio nell'assunzione della prova si vedano i richiami di cui supra, nota 34. Si ricorda come Tarzia, Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile, cit., 640 e ss., tra le prove innominate distinguesse quelle raccolte in invece, si devono distinguere le prove innominate tra nuove prove imposte dal progresso scientifico, prove tendenzialmente sostitutive di quelle vigenti nel codice di rito e prove raccolte in altro procedimento

[32] Non è nuovo il rilievo circa l'utilizzazione promiscua dell'espressione «documento» e del termine «atto», effettuata anche dal legislatore negli artt. 2699, c.c., mentre «l'atto giuridico è dato dalla dichiarazione, ed il documento è solo il mezzo materiale che la contiene e la rappresenta», come insegna E.T. Liebman, Manuale di diritto processuale civile, 1981, II, Milano, 1981, 108 ss, e, ancora più chiaramente, il documento è «una cosa che rappresenta o raffigura un fatto in modo da dare a chi l'osserva una certa conoscenza di essa» (id., 322), con la precisazione che per essere prova, la cosa rappresentata o raffigurata nel documento deve avere rilevanza giuridica. Sul documento, Carnelutti, La prova civile, cit., 140 ss.; Documento e negozio giuridico, Riv. dir. proc., 1926, I, 181; voce Documento, Noviss. Dig. it., VI, Torino, 1960, 85 ss.; V. Denti, voce Prova documentale (dir. proc. civ.), Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988; S. Patti, voce Documento, Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, VII, Torino, 1991, 2 ss.; G. Verde, voce Prova (teoria generale e diritto processuale civile), Enc. dir., XXXVII, Milano, 1988, 579 ss.

[33] Cass. civ., 19 ottobre 2007, cit.; 25 maggio 1993, n. 5874, cit.

[34] Cass. civ., 6 dicembre 2011, n. 26263; Cass. civ., sez. trib. 3 dicembre 2010, n. 24587; Cass. civ., 19 novembre 2007, n. 23906, tutte possono essere lette integralmente in De Iure, banca dati on line.

[35] Cass. civ., 2 marzo 2009, n. 5009, De Iure, banca dati on line; ivi i rilievi di cui alla precedente nota n. 61.

ca. Così per le prove rinvenibili sui social networks, o costituite dai testi degli sms o, ancora, da registrazioni sonore o audiovisive rese oggi tecnicamente possibili da molti dei telefoni cellulari in commercio. Si tratta, anche in questi casi, di fonti di prova precostituite al processo o, comunque, a formazione extraprocessuale, trasferite su supporti cartacei in forma di trascrizioni o di fotografie, che sono poi acquisite quali produzioni documentali^[36]. La circostanza che questi elementi di prova, fisicamente contenuti in un supporto cartaceo, siano acquisiti quali produzioni documentali, non significa punto che essi siano assimilabili alle prove documentali, alle riproduzioni meccaniche o alle altre prove tipiche di cui agli artt. 2699 ss., c.c., e che siano assoggettati al rispettivo regime processuale.

Ancora, l'alveo della atipicità è stato il primo punto di approdo di una serie di prove scientifiche, poi travasate nella consulenza tecnica d'ufficio che, peraltro, costituisce a sua volta un riferimento non completamente adeguato, poiché permanentemente tormentato dalla contrastata funzione esplorativa e di mezzo di prova^[37]. La funzionalità della prova atipica nel settore scientifico si è palesata come inversamente proporzionale al significato di «scienza»^[38], che nel tempo si è modificato in ragione dell'acquisizione di nuove conoscenze che hanno consentito di rendere conoscibili e accertabili e in certi casi ripetibili, determinati fenomeni.

Questo dato è chiaramente osservabile con riferimento alla prova ematologica e del DNA, considerate per lungo tempo prove atipiche in quanto non riconducibili né all'ispezione giudiziale, né alla consulenza tecnica^[39]. Oggi, tuttavia, la giurisprudenza parla disinvoltamente, e direi correttamente, di consulenza tecnica ematologia e genetica^[40].

Tarzia, del resto, già nel 1984 distingueva tra le prove innominate quelle imposte dal progresso scientifico che considerava come tendenzialmente sostitutive di quelle disciplinate dal codice di rito^[41].

Al cambiamento di area, da prova atipica a consulenza tecnica, di questo strumento hanno certamente contribuito diversi fattori. La libertà di prova sancita dall'art. 269, secondo comma, c.c., per l'accertamento della maternità e della paternità, paradigmatica nella sua funzionalità al raggiungimento della verità^[42], è stata l'apertura che ha consentito l'entrata di questa modalità d'accertamento nel processo concernente la filiazione. Non certo da ultimo, si aggiunge la considerazione del carattere privilegiato di queste prove sul piano della loro attendibilità^[43] e l'elaborazione scientifica verificatasi al loro riguardo anche guardando specificamente al processo, di cui offrono esempio le linee guida elaborate dagli scienziati forensi al fine di assicurare risultati attendibili e verificabili cui la giurisprudenza si richiama^[44].

[36] In questo senso, anche per le prove provenienti dal procedimento penale, Cass. civ., 25 marzo 2013, n. 7466, cit.

[37] Peraltro ammessa da tempo risalente dalla giurisprudenza quando si risolve anche in uno strumento di accertamento di situazioni rilevabili solo con il concorso di determinate cognizioni tecniche, indicata correntemente come consulenza «percipiente»; in questo senso tra le molte, Cass. civ., 21 aprile 2005, n. 8297; recentemente Cass. civ., 20 gennaio 2017 n. 1606, entrambe possono leggersi integralmente in De Iure, banca dati on line. Ricorda Caprioli nel suo intervento L'incognita Carnelutti, al Convegno sulla La prova civile di Carnelutti (ivi, supra, nota 7), cit., 381, come l'Autore parlasse dell'esistenza di una confusione, nella perizia, tra il mezzo d'integrazione dell'attività del giudice e la fonte di prova; la dottrina moderna considera, tuttavia, da tempo, necessario superare questa dicotomia. Cfr. sul tema: V. Ansanelli, La consulenza tecnica nel processo civile. Problemi e funzionalità, Milano, 2011; M. Bove, Il sapere tecnico nel processo civile, Riv. dir. proc., 2011, 1431 ss.; F. Auletta, Il procedimento di istruzione probatoria mediante consulente tecnico, Padova, 2002; A. Scarpa, F. Auletta, La scelta del Ctu è veramente "cosa del giudice"?, Giust. insieme, 2009, 2/3, 93 ss.; C.M. Barone, voce Consulente tecnico: I) Diritto processuale civile, Enc. giur. Treccani, Roma, 1988; L.P. Comoglio, L'utilizzazione processuale del sapere extragiuridico nella prospettiva comparatistica, Riv. dir. proc., 2005, 1145 ss.; G. Franchi, La perizia civile, Padova, 1959.

[38] F. Auletta, La prova scientifica: diritto, epistemologia, strumenti d'acquisizione, Riv. trim. dir. proc. civ., 2016, 461; M. Taruffo, La prova scientifica nel processo civile, Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, 1079.

[39] Ricci, Le prove atipiche, cit., 404 ss.; V. Trisorio Liuzzi, voce Ispezione nel processo civile, Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, vol. X, Torino 1993, 189 ss.; M. Vellani, voce Consulenza tecnica nel diritto processuale civile, Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile, vol. III, Torino 1988, 525 ss.

[40] Si veda, tra le molte, Cass. civ., 13 novembre 2015, n. 2329, Foro it., 2016, I, 2893, con nota di richiami di G. Casaburi, in materia di ctu ematologica; Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16229, id., 2015, I, 3107, sempre con nota di richiami di G. Casaburi, in materia di ctu genetica.

[41] Tarzia, Problemi del contraddittorio nell'istruzione probatoria civile, cit., 640, distingue in seno alle prove innominate quelle nuove imposte dal progresso scientifico, che considera tendenzialmente sostitutive di quelle vigenti nel codice di rito, e le prove raccolte in altro procedimento.

[42] Si vedano gli interessanti rilievi di G. Casaburi, L'impugnativa per difetto di veridicità: una sentenza «ancien régime» della Cassazione, Foro it., 2015, I, 3113, circa l'elevato standard probatorio richiesto dalla pronuncia, ma non rapportabile allo «al di là di ogni ragionevole dubbio» di cui all'art. 533, c.p.p.

[43] Cass. civ., 13 novembre 2015, n. 2329, cit., considera la consulenza tecnica ematologica non esplorativa (nella fattispecie di riferimento) e «accertamento decisivo circa la verità del rapporto di filiazione».

[44] Così, ad esempio, espressamente Cass. civ., 31 luglio 2015, n. 16229, cit.

Percorso per certi versi analogo è stato compiuto dalla consulenza tecnica psicologica^[45], la quale ha preso campo anche nei procedimenti non istituzionalmente caratterizzati dalla libertà di prova, quali quelli di separazione e divorzio in cui si presenti la necessità di accertare la capacità genitoriale per questioni di affidamento, come pure nei processi in cui vi sia la necessità di accertare la capacità d'intendere e di volere di un mino-

re. Anche in questi campi, l'affermazione di linee guida in grado di governare l'assunzione di queste particolari informazioni, che si risolvono in prove dirette del fatto, e la valutazione della loro attendibilità in supporto al libero apprezzamento giudiziale, hanno contribuito alla modernizzazione del sistema probatorio avvenuto attraverso la prova atipica, poi convogliata nella consulenza tecnica.

^[45] Corte EDU, G.C., 13 luglio 2000, Elsholz c. Allemagne, può leggersi in versione integrale all'indirizzo [http://hudoc.echr.coe.int/fre#{"itemid":\["001-63317"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/fre#{), parlava già di "expertise psychologique; nello stesso, a titolo di esempio tra le molte, Cass. civ., 04 dicembre 2014, n. 25662, sulla consulenza tecnica psicologica su minore.

CONSIDERAZIONI SULL'ART. 2929 BIS C.C.

Considerazioni sul ruolo sistematico dell'art. 2929 bis c.c.

di Carlo Vellani

DEL 16 LUGLIO 2020

Sommario

1. Indicazione sintetica della questione trattata
2. L'art. 2929 bis c.c.
3. Il possibile ruolo dell'istituto
4. Riflessioni conclusive

1. Indicazione sintetica della questione trattata

L'art. 2929 bis c.c. è stato introdotto dal [d.l. 27 giugno 2015, n. 83](#), rubricato «Misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria», entrato in vigore il 27 giugno 2015, convertito dalla [l. 6 agosto 2015, n. 132](#). L'articolo è stato successivamente modificato con [d.l. 3 maggio 2016, n. 59](#), convertito dalla [l. 30 giugno 2016, n. 119](#), le cui disposizioni sono entrate in vigore il 3 luglio 2016. Il provvedimento ha proposto un'ennesima volta l'interrogativo sulla correttezza dell'utilizzo della decretazione d'urgenza per simili interventi, anche perché nel caso di specie si va a incidere, senza particolari confronti, sulla circolazione dei beni^[1].

La nuova norma si colloca dopo le norme sugli «Effetti della vendita forzata e dell'assegnazione», quale unica disposizione della nuova Sezione I-bis «Dell'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito». In estrema sintesi il creditore, a fronte di atti dispositivi o di creazione di vincoli di destinazione a titolo gratuito, su beni immobili o i beni mobili registrati, compiuti dal debitore, può reagire direttamente in via esecutiva, trascrivendo atto di pignoramento sul bene di cui il debitore abbia disposto in pregiudizio della garanzia patrimoniale. Il creditore non è quindi più tenuto a conseguire in via ordinaria la dichiarazione revocato-

ria di inefficacia dell'atto, a condizione che vanti un credito anteriore all'atto dispositivo, che l'atto gli sia pregiudizievole, che egli sia in possesso di un titolo esecutivo e trascriva il pignoramento entro un anno dalla trascrizione dell'atto dispositivo.

La disposizione è assolutamente innovativa, e può esserle assegnato o no un ruolo sistematico di rilievo.

2. L'art. 2929 bis c.c.

La breve sintesi ora offerta necessita di chiarimenti, a partire dai presupposti cui è vincolato il nuovo istituto. È legato a un ambito applicativo identificato nella «costituzione di vincolo di indisponibilità o di alienazione, che ha per oggetto beni immobili o mobili iscritti in pubblici registri, compiuto a titolo gratuito successivamente al sorgere del credito». Non si fa quindi riferimento agli atti dispositivi aventi ad oggetto beni mobili, mentre non possono essere esclusi atti pregiudizievoli di disposizione a titolo gratuito delle quote di s.r.l., il cui pignoramento, *ex art. 2741 c.c.*, si esegue mediante notifica di un atto al debitore ed alla società e successiva iscrizione nel registro delle imprese^[2].

Gli atti devono essere a titolo gratuito, per gli atti a titolo oneroso continuano a operare esclusivamente le regole ordinarie, in primo luogo l'azione revocatoria *ex art. 2901 c.c.* In questa sede non è possibile indagare sul significato

[1] Cfr. Proto Pisani, *Profili processuali dell'art. 2929 bis c.c.*, in *Foro it.*, 2016, V, col. 136.

[2] Ne tratta Bove, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, pag. 160, nota 13. Per l'ipotesi del pignoramento di beni immobili di proprietà della società, nata da una scissione da altra società, Febbi, *Smarrimenti giurisprudenziali sul nuovo art. 2929-bis c.c.* (*Osservazioni a Trib. Roma 17 ottobre 2016*), in *Judicium.it.*, 2017.

dell'espressione «atti a titolo gratuito»^[3], anche se in questo contesto non ci si può accontentare di una generale descrizione che li identifica negli atti che non portano un vantaggio patrimoniale a chi li pone in essere. È innegabile che i *trust* a causa di solidarietà, come quelli a causa familiare, siano privi di corrispettivo. È però altrettanto innegabile che un *trust* a favore di un disabile, finalizzato a garantirgli un'esistenza dignitosa e il più possibile serena, ha riferimenti ai diritti inviolabili della persona. Il quadro valoriale sotteso a un simile *trust* è ritenuto meritevole di tutela dall'[art. 2645 ter c.c.](#) e dalla [l. n. 112 del 2016](#), recante disposizioni in materia di assistenza in favore delle persone con disabilità grave prive di sostegno familiare, conosciuta come la legge “del dopo di noi”, espressione riferita appunto al «dopo» la perdita del sostegno dei genitori. Riferimenti legislativi ancora più pregnanti vengono dall'[art. 64 l. fall.](#) e dal nuovo [art. 163 codice della crisi d'impresa](#), per cui non sono privi di effetto rispetto ai creditori gli atti a titolo gratuito compiuti in adempimento di un dovere morale o a scopo di pubblica utilità, in quanto la liberalità sia proporzionata al patrimonio del donante. Si è giustamente osservato che un simile *trust* sfugge alla polarizzazione «atti a titolo gratuito» contro «atti a titolo oneroso», per collocarsi in un'area di atti che non patiscono inefficacia se diretti a soddisfare bisogni primari della persona, adeguati allo scopo e proporziona-

ti al patrimonio del disponente, ultimo requisito che sfuma di fronte a questioni di sopravvivenza della persona. Per coerenza sistematica un simile atto dispositivo, efficace in ambito concorsuale, non dovrebbe rientrare neppure nel campo di applicazione dell'[art. 2929 bis c.c.](#)^[4]. Analogo ragionamento può essere condotto per i *trust* familiari con scopo ristretto, volti esclusivamente all'adempimento dell'obbligo di mantenimento del coniuge o dei figli^[5].

Ulteriore profilo da esaminare è quello di atti di disposizione che formalmente non siano gratuiti, lo siano però sostanzialmente, in quanto la gratuità sia dissimulata da un atto che formalmente abbia la veste di atto a titolo oneroso. Non pare si possa estendere il potere del creditore ad agire direttamente in via esecutiva fino al punto di consentirgli una valutazione sulla natura gratuita di atti che si presentano come onerosi. L'[art. 2929 bis c.c.](#) fa espresso riferimento a atti compiuti a titolo gratuito, pertanto il creditore non potrà utilizzare la norma asserendo ad. es. la simulazione relativa o assoluta dell'atto che si presenta come oneroso, ma dovrà utilizzare gli strumenti ordinari per accertare, nell'ipotesi ora avanzata, la simulazione^[6].

Di stretta interpretazione deve essere anche il requisito che chiede al creditore di essere «munito di titolo esecutivo», da intendere riferito ai titoli di cui all'[art. 474 c.p.c.](#)^[7], in considerazione del fatto che la funzione del ti-

[3] In relazione al tema compie un'articolata analisi Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c. dalla Pauliana alla «Renziana»?*, Torino, 2015, pagg. 59 ss., occupandosi sia della tutela del creditore contro le alienazioni a titolo gratuito che della tutela contro i vincoli di indisponibilità. In riferimento alle alienazioni vengono in esame le donazioni e il problema della simulazione, vi sono poi atti gratuiti atipici come le rinunzie e l'abbandono liberatorio [ex art. 1104 c.c.](#) Il tema si amplia ai rapporti dell'[art. 2929 bis c.c.](#) con il patto di famiglia, la concessione di pegno o ipoteca, la divisione, la transazione, le liberalità indirette, gli atti di adempimento di obbligazioni naturali. Vi sono poi i fenomeni acquisitivi in regime di comunione legale e le attribuzioni patrimoniali effettuate nel contesto dei contratti della crisi coniugale. La tutela del creditore contro i vincoli di indisponibilità porta all'analisi della costituzione del fondo patrimoniale, del vincolo di destinazione [ex art. 2645 ter c.c.](#) per la realizzazione di interessi meritevoli di tutela riferibili a persone con disabilità, e del tema del *trust*.

[4] Si tratta dell'analisi di Di Sapia, *Separazione patrimoniale e tutela del credito ex art. 2929-bis c.c.: la massima nemo liberalis, nisi liberatus e i trust a causa di solidarietà orizzontale e a causa familiare*, in *Biblioteca della Fondazione italiana del notariato*, 2019, n. 2, pagg. 333 ss.

[5] Nuovamente di Di Sapia, *op. cit.*, pagg. 327 ss., che porta come riferimento normativo gli artt. [143](#), [147](#), [148](#), [156](#), [315 bis](#), [316 bis](#), [337 ter](#), [433](#) e [436](#) c.c. e l'[art. 5, comma 6, l. div.](#), quindi Cass., ord., 30 novembre 2017, n. 28829, in *Riv. not.*, 2018, pagg. 311 ss., e in *Fall.*, 2018, pagg. 299 ss., secondo cui le attribuzioni a causa familiare che hanno funzione di «integrare o sostituire quanto dovuto per il mantenimento» del coniuge o dei figli esulano dal perimetro degli atti a titolo gratuito e, come tali, non sono soggette a revocatoria, la decisione è resa in relazione a un caso di inefficacia [ex art. 64 l. fall.](#), ma così potrebbe essere, rispetto all'[art. 2929 bis c.c.](#), per i *trust* familiari destinati a questo specifico scopo.

[6] Opinione prevalente in dottrina, vedi Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c.*, cit. pagg. 62 ss., Capponi, *Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis c.c. (la tecnica del bypass applicata all'esecuzione forzata)*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, pag. 69, che precisa come agire sul presupposto di una sostanziale o implicita o dissimulata gratuità, di cui non vi sia traccia nell'atto esporrebbe il creditore al rischio di poter rispondere dei danni [ex art. 96, comma 2, c.p.c.](#), per non aver agito, in sede esecutiva, con la «normale prudenza»; Miccolis, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, pagg. 338 s.; Asprella, *La riforma dell'esecuzione 2016 (d.l. n. 59/16, conv., con modif., dalla l. n. 119/16)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2017, pag. 735. Diversamente Bove, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, pagg. 164 ss. che prospetta la possibilità di accogliere l'idea che l'[art. 2929 bis c.c.](#) conceda un'azione esecutiva anticipata anche per evitare di esercitare previamente azioni di simulazione e di nullità.

[7] Non così Valerini, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito (art. 2929 bis c.c.)*, in AA.VV., *La nuova espropriazione forzata*, a cura di Delle Donne, Bologna, 2017, pag. 236, secondo il quale l'[art. 2929 bis c.c.](#) potrebbe essere utilizzato anche dal creditore in possesso di un provvedimento anticipatorio di condanna.

tolo esecutivo è proprio quella di attestare il credito, fondando l'esecuzione[8].

Vanno poi rispettati i requisiti temporali secondo cui l'atto pregiudizievole deve essere stato posto in essere dopo il sorgere del credito e il creditore deve trascrivere il pignoramento entro un anno dalla data di trascrizione dell'atto, o, in alternativa, intervenire nell'espropriazione da altri promossa con ricorso *ex art. 499 c.p.c.* depositato entro l'anno[9]. Decorso l'anno, il creditore non potrà pignorare direttamente il bene, o spiegare intervento, dovrà agire nelle forme ordinarie per ottenere la declaratoria di inefficacia relativa dell'atto pregiudizievole.

La modifica portata dal *d.l. n. 59 del 2016* ha inserito nell'*art. 2929 bis c.c.* il comma 4, che prevede un'ulteriore condizione per l'applicazione dell'istituto, in quanto l'esecuzione diretta del creditore «non può esercitarsi in pregiudizio dei diritti acquistati a titolo oneroso dall'avente causa del contraente immediato, salvi gli effetti della trascrizione del pignoramento», quindi il creditore ha azione esecutiva solo verso i subacquirenti a titolo gratuito. Diversamente ci si sarebbe trovati di fronte a una particolarissima ipotesi di «diritto di seguito», che avrebbe consentito al creditore di agire sul primo atto dispositivo del debitore e su tutti gli acquisti successivi avvenuti entro l'anno dalla trascrizione dell'atto pregiudizievole, fossero essi a titolo gratuito così come a titolo oneroso e anche a fronte della buona fede dell'acquirente[10].

Il quadro dei presupposti non costituisce il profilo di maggiore complessità della norma, rappresentato invece dal suo possibile inquadramento come disposizione a valenza sostanziale o all'opposto di natura processuale. Brevemente, in presenza dei presupposti il creditore può agire nei confronti del debitore trascrivendo atto di pignoramento sul bene di cui questi abbia disposto in suo pregiudizio, indipendentemente dall'ottenimento di una sentenza di revoca dell'atto. Evidentemente il debitore deve poter reagire a questa azione esecutiva basata sull'attività del creditore. Il creditore agisce affermando l'esistenza dei presupposti previsti dalla norma, senza avere ot-

tenuto con sentenza la declaratoria di inefficacia dell'atto dispositivo. L'*art. 2929 bis, comma 3, c.c.*, prevede che il debitore, il terzo assoggettato all'espropriazione e ogni altro interessato alla conservazione del vincolo, possano opporsi all'esecuzione, quando contestino la sussistenza dei presupposti per l'applicazione della norma o che l'atto abbia recato pregiudizio alle ragioni creditorie o che il debitore abbia avuto conoscenza del pregiudizio arrecato. Nell'azione revocatoria è il creditore a dover provare il danno subito e il fatto che il debitore avesse conoscenza del pregiudizio arrecatogli dall'atto dispositivo. Se la nuova norma è una disposizione di natura processuale, avente il solo scopo di anticipare la fase esecutiva, devono essere seguite le regole poste a base dell'azione revocatoria, di cui la nuova norma potrebbe configurarsi come una speciale ipotesi alternativa. All'opposto si può sostenere che la norma abbia valenza sostanziale, quindi che conceda al creditore non solo la possibilità di far precedere l'attività esecutiva a quella di cognizione, ma che disponga anche un'inversione dell'onere della prova in relazione all'eventuale giudizio di opposizione instaurato dal debitore. L'ora citato *art. 2929 bis, comma 3, c.c.*, potrebbe essere letto nel senso che sarà il debitore ad essere onerato, in sede di opposizione all'esecuzione, della prova di non aver arrecato pregiudizio alle ragioni creditorie ovvero di non aver avuto conoscenza del pregiudizio arrecato.

In sintesi il legislatore potrebbe aver introdotto o una struttura processuale simile a quella del decreto ingiuntivo, con eventuale successiva fase di opposizione che non altera le posizioni sostanziali delle parti, oppure aver introdotto una presunzione sostanziale di frode da parte del debitore disponente, presunzione che comporta un'inversione dell'onere della prova nel giudizio che il debitore stesso introduca per opporsi all'attività esecutiva del creditore. Più ampiamente, secondo diversi autori la norma introduce un'inversione dell'onere della prova, che è quindi posto a carico del debitore in sede di opposizione esecutiva. La *ratio* che sottende a tale interpretazione vede la presenza di una presunzione legale relativa della cono-

[8] Asprella, *La riforma dell'esecuzione 2016*, cit., pag. 734.

[9] Vedi per tutti Capponi, *Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c. «ripensato» nell'estate 2016*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, pag. 621.

[10] Sono le parole di Leo, *Il "pignoramento revocatorio". Osservazioni sul nuovo articolo 2929 bis del codice civile come modificato dal D.L. n. 59/2016*, in *Riv. not.*, 2016, p. 990. Il problema era stato evidenziato da Capponi, *Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., pag. 69, nella vigenza del testo originario della norma, il quale aveva sottolineato come il bene, una volta pervenuto nel patrimonio del beneficiario, potrebbe successivamente circolare per atti a titolo gratuito così come a titolo oneroso. Questo aspetto non era regolato nell'originario *art. 2929 bis c.c.* ed era una carenza molto grave, perché le due categorie di negozi non possono assoggettarsi a un regime unitario, il sub-acquirente a titolo oneroso, anteriore alla trascrizione del pignoramento, non può essere pregiudicato, se in buona fede (*art. 2901, comma 4, c.c.* in collegamento con *l'art. 2652, n. 5, c.c.*).

scenza da parte del debitore del pregiudizio che l'atto reca al creditore; ricostruito così l'istituto, il debitore che proponga opposizione vede gravare su di lui, nel giudizio a cognizione piena che ha introdotto, l'onere di dimostrare l'assenza del dolo, per vincere la suddetta presunzione^[11]. A sostegno di tale ricostruzione viene richiamata la Relazione illustrativa al disegno di legge di conversione del [d.l. n. 83 del 2015](#), che fa riferimento all'inversione dell'onere della prova^[12]. Si può anche sostenere che l'istituto ponga un'autonoma norma di diritto sostanziale, che si affianca all'azione revocatoria ordinaria, ma se ne distingue anche considerandone gli effetti, che non sono gli stessi dell'azione revocatoria^[13].

Diversamente, altra parte della dottrina ritiene che l'[art. 2929 bis c.c.](#) non incida sul piano sostanziale, ma intervenga sui profili processuali, invertendo, in presenza di talune condizioni, la normale successione tra cognizione e esecuzione^[14]. In questa visione del fenomeno il debitore si troverebbe di fronte a un'inversione dell'iniziativa processuale, dovendosi attivare in opposizione se ritenesse in-

sussistenti i presupposti richiesti dall'[art. 2929 bis c.c.](#), ovvero che l'atto non abbia arrecato pregiudizio alle ragioni creditorie o di non aver avuto conoscenza del pregiudizio arrecato, ma tale iniziativa processuale non comporterebbe anche un'inversione dell'onere della prova, che sarà a carico del creditore procedente secondo le regole comuni, dovendo egli dimostrare vuoi l'esistenza dei presupposti, vuoi il pregiudizio arrecato o conosciuto^[15]. Viene evidenziato il dato testuale dell'[art. 2929 bis, comma 3, c.c.](#), per cui i soggetti legittimati propongono opposizione «quando contestano» le ragioni del creditore e contestare va inteso nel senso di assumere l'iniziativa processuale, non anche in quello di dimostrare l'inesistenza dei presupposti o del pregiudizio, va considerata inoltre la collocazione dell'istituto, che non è stato inserito tra gli strumenti di conservazione della garanzia patrimoniale, ma nell'ambito delle forme esecutive^[16].

Non ci si può soffermare in questa sede sulle ricostruzioni offerte anche solo dalla dottrina processualcivile per inquadrare la natura dell'istituto^[17]. Dal punto di vista

[11] In questo senso, tra gli altri, Proto Pisani, *Profili processuali*, cit., coll. 137. s.; Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c.*, cit. pagg. 28 ss.; Capponi, *Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit. pagg. 59 ss. spec. pag. 66 ritiene difficile non arrendersi all'idea dell'onere gravante sull'opponente, che ha da ribaltare una presunzione legale, pur manifestando perplessità sull'opportunità di una simile soluzione; Id., *Qualche sparsa osservazione sull'art. 2929-bis c.c.*, cit., 620 e segg.; Soldi, *Manuale dell'esecuzione forzata*, VII ed., Padova, 2019, pagg. 1732 s., che evidenzia come non avrebbe senso l'agevolazione apprestata a favore dei creditori ove dovesse ritenersi che, a seguito della mera proposizione di una opposizione ex [art. 615 c.p.c.](#), il creditore pignorante ovvero gli intervenuti, siano tenuti a fornire la prova positiva dell'*eventus damni* e della *scientia damni*; analoghe considerazioni svolge Zoppini, *L'effettività in-vece del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pag. 683; anche Leo, *Il "pignoramento revocatorio"*, cit. pag. 983, afferma che mentre nell'azione pauliana è il creditore che deve provare il danno subito e la conoscenza nel debitore del pregiudizio che l'atto arrecava alle sue ragioni, nel rimedio ex [art. 2929 bis c.c.](#) è il debitore che deve provare, in sede di opposizione all'esecuzione, l'inesistenza di quel pregiudizio. Nello stesso senso anche Campi, *Il nuovo art. 2929-bis c.c. tra inefficacia presunta, espropriazione anticipata e libertà negoziale*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, pag. 386 ss.

[12] Così Valerini, *L'espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità*, cit., pag. 243, in particolare nota 31.

[13] Nuovamente Capponi, *Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit. pagg. 59 s.; Leo, *Il "pignoramento revocatorio"*, cit. pagg. 986 s.

[14] Vedi Bove, *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c. tra esercizio dell'azione esecutiva ed azioni dichiarative*, in *Riv. esec. forz.*, 2017, pagg. 284 ss.

[15] Nuovamente Bove, *L'applicazione dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., pag. 293; Id., *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., pag. 167 s.; Miccolis, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c.*, cit., pag. 337 nota 8; Lai, *Atto gratuito, superfluità dell'azione revocatoria e tutela del terzo*, in *Riv. esec. forz.*, 2016, pag. 375; Toto, *L'azione esecutiva diretta dell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. esec. forz.*, 2017, pag. 471. Più recentemente per un'articolata ricostruzione della distribuzione dei carichi probatori Cariglia, *La distribuzione degli oneri della prova nei giudizi di opposizione ex artt. 615 e 619 c.p.c. all'azione esecutiva intrapresa dal creditore ai sensi dell'art. 2929 bis c.c.*, in *Giur. It.*, 2018, pagg. 2584 ss., secondo cui ricade sul creditore l'onere di dimostrare la sussistenza dei parametri del suo diritto di procedere ad esecuzione ex [art. 2929 bis c.c.](#), come l'onere probatorio primario delle ragioni revocatorie, da assolvere convincendo il giudice, da un lato, che l'atto di disposizione posto in essere dal debitore sia tale da pregiudicare le sue ragioni creditorie in quanto, comportando un consistente mutamento della composizione del patrimonio del debitore, dall'altro lato, che il debitore fosse consapevole del *periculum damni* alla garanzia del creditore. Tale onere può essere adempiuto ricorrendo a prove presuntive, come il rapporto di parentela o affinità tra il debitore e il terzo donatario ovvero la circostanza che quello oggetto della donazione fosse l'unico immobile presente nel patrimonio del debitore. Conclusioni valide anche nell'ipotesi in cui le contestazioni siano sollevate, con l'opposizione ex [art. 619 c.p.c.](#), dal terzo assoggettato ad espropriazione o dal terzo interessato alla conservazione del vincolo.

[16] Così Asprella, *La riforma dell'esecuzione 2016*, cit., pag. 738 e pag. 733.

[17] Il nuovo istituto viene visto come azione esecutiva anticipata che alcuno intende come azione esecutiva indiretta, mentre altri ritiene di individuare all'interno della nuova disposizione un'azione esecutiva sostanzialmente diretta, si afferma trattarsi di un'azione esecutiva speciale soggetta a rigorosi presupposti applicativi. Oltre agli Autori citati alle note precedenti: De Cristofaro, *La prospettiva processuale della pauliana (note sull'introduzione del nuovo art. 2929 bis c.c.)*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2016, pagg. 431 ss.; Tedoldi, *Le novità in materia di esecuzione forzata nel d.l. n. 83/2015... in attesa della prossima puntata...*

operativo il creditore può agire contro il debitore ovvero contro il terzo proprietario, in relazione alla circostanza che l'atto dispositivo abbia modificato o no la titolarità del bene. L'ampio novero di atti che rientrano nell'ambito applicativo della norma consente entrambe le possibilità. È da escludere una verifica da parte dell'ufficiale giudiziario, all'atto del pignoramento, circa l'esistenza delle condizioni richieste dall'[art. 2929 bis c.c.](#) Anche in questa particolare procedura esecutiva egli svolge il suo ufficio sulla base del possesso da parte del creditore del titolo esecutivo[18]. L'attività di accertamento è legata al disposto dell'[art. 2929 bis, comma 3, c.c.](#), quando prevede le opposizioni all'esecuzione, per contestare i presupposti dell'azione esecutiva o l'*eventus damni* e la *scientia damni*. Ci si può però chiedere quale possa essere il ruolo del giudice dell'esecuzione, se cioè ogni accertamento sia legato alla fase oppositiva, o se in sede esecutiva possa già averci un intervento di verifica ad opera appunto del giudice dell'esecuzione. Su questo rinvio al paragrafo successivo.

3. Il possibile ruolo dell'istituto

Come detto l'[art. 2929 bis c.c.](#) è assolutamente innovati-

vo, e può rivestire un ruolo sistematico di rilievo.

L'istituto può avere intanto un ruolo interpretativo. Ne è un esempio, in materia fallimentare, una recente ordinanza della Suprema corte [19], di rimessione alle Sezioni unite della questione relativa alla possibilità di agire in revocatoria nei confronti della curatela fallimentare, che richiama l'[art. 2929 bis c.c.](#), per dimostrare come una revocatoria possa presentarsi in veste di azione esecutiva non mediata da alcun preventivo accertamento, un'azione che rimette la ricognizione dei suoi presupposti ad un momento successivo ed eventuale.

La portata sistematica della nuova norma può però essere di ben altro peso, potendosi riflettere sul tradizionale rapporto tra cognizione ed esecuzione, non solo nel senso di anteporre alla cognizione l'avvio della procedura esecutiva, ma potendo incidere sul ruolo del giudice dell'esecuzione e alla fine dell'esecuzione stessa.

Secondo il principio tradizionale il giudice dell'esecuzione non accerta diritti ma attua diritti certi[20]. Gli è attribuito il compito di verificare la sussistenza delle condizioni di ammissibilità dell'azione esecutiva, dovendo riscontrare l'esistenza del titolo esecutivo o degli altri at-

in *Corr. giur.*, 2016, pagg. 153 ss.; Id., *Le novità in materia di esecuzione forzata nel D.L. n. 59/2016 ... terza e non ultima puntata della never ending story (sulle sofferenze bancarie)*, ivi, pagg. 1329 ss.; Violante, *L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929-bis c.c. introdotto con il d.l. 27-6-2015, n. 83, convertito con modificazioni dalla l. 6-8-2015, n. 132*, in *Riv. esec. forz.*, 2015, pagg. 588 ss. Vi è chi identifica un nuovo tipo di azione revocatoria che arricchisce il novero dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale: Oberto, *La revocatoria degli atti a titolo gratuito ex art. 2929-bis c.c.*, cit. pag. 18; Lai, *Atto gratuito, superfluità dell'azione revocatoria e tutela del terzo*, cit., pag. 352.

[18] Secondo Capponi, *Prime impressioni sugli aspetti processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., pag. 61, è come se fosse stata ampliata l'efficacia del titolo esecutivo, che consente ora l'aggressione di beni non nel patrimonio del debitore, alle speciali condizioni dell'art. 2929 bis.

[19] L'ordinanza Cass., sez. I, [23 luglio 2019, n. 19881](#), con cui è stata nuovamente rimessa alle Sezioni unite la questione relativa alla possibilità di agire in revocatoria nei confronti della curatela fallimentare, su cui peraltro era già intervenuta Cass., sez. un., [23 novembre 2018, n. 30416](#), che aveva giudicato inammissibile l'azione revocatoria, ordinaria o fallimentare, esperita nei confronti di un fallimento, trattandosi di un'azione costitutiva che modifica *ex post* una situazione giuridica preesistente ed operando il principio di cristallizzazione del passivo alla data di apertura del concorso in funzione di tutela della massa dei creditori. L'ordinanza prende le mosse da una decisione con la quale il tribunale di merito ha accolto la tesi del curatore secondo il quale era da considerare inammissibile un'azione revocatoria proposta nei confronti di un fallimento dopo l'apertura del concorso, in virtù del principio della cristallizzazione del passivo fallimentare. Tuttavia, per i giudici remittenti con l'[art. 290, comma 3, codice della crisi d'impresa](#), sembra ora generalizzato il principio contrario di ammissibilità dell'azione revocatoria, ordinaria e fallimentare, nei confronti della procedura concorsuale. D'Addazio, *Osservatorio sulla cassazione civile*, in *Riv. dir. proc.*, 2019, pagg. 1698 ss., sintetizza la decisione evidenziando come, ove la domanda di revocatoria sia stata proposta prima dell'apertura della liquidazione concorsuale e sia stata trascritta, essa prosegue davanti al giudice ordinario: le statuizioni di condanna decise da quest'ultimo vincolano la massa concorsuale; laddove la domanda di revocatoria sia stata proposta prima dell'apertura della liquidazione giudiziale, ma non sia stata trascritta o non sia trascrivibile, essa risulterà improcedibile, a meno che non si ammetta la possibilità di formulare una domanda di ammissione al passivo per il corrispondente valore del pagamento o del bene oggetto dell'atto dispositivo astrattamente revocabile; in questa ipotesi il giudice delegato dovrebbe deliberare la pregiudiziale pretesa costitutiva (avente ad oggetto i presupposti dell'azione revocatoria) *incidenter tantum* (ossia, senza efficacia di giudicato). Il perimetro della rimessione viene quindi ampliato rispetto alla questione oggetto della precedente pronuncia delle Sezioni Unite, con l'introduzione della questione relativa alla delibazione incidentale sulla sussistenza dei presupposti per l'azione revocatoria nei confronti di un fallimento o comunque di una procedura di liquidazione. La Corte richiama, a sostegno della possibilità di omettere il completo accertamento (idoneo al giudicato) della sussistenza dei presupposti per la pronuncia revocatoria, il meccanismo che regola l'[art. 2929 bis c.c.](#), come ipotesi di «azione revocatoria in veste di azione esecutiva» non mediata da un preventivo accertamento avente efficacia di giudicato.

[20] Espressione efficace che riassume il tradizionale ruolo della tutela esecutiva, vedi Capponi, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pagg. 370 e 377; Tota, *I controlli sulle decisioni «di merito» del giudice dell'esecuzione*, in *Riv. dir. proc.*, 2018, pag. 1509.

ti e provvedimenti richiesti. Non è però pacifico che abbia anche il potere di rilevare d'ufficio le nullità assolute del processo esecutivo, essendo prospettata la diversa soluzione che vadano fatte valere dagli interessati eventualmente con l'opposizione agli atti esecutivi[21].

In relazione all'[art. 2929 bis c.c.](#) può porsi il quesito se al giudice dell'esecuzione compete il potere-dovere di verificare l'esistenza dei presupposti necessari per accedere all'azione esecutiva. La norma non prevede che il creditore debba allegare una documentazione che provi la legittimità della sua azione, egli si attiva con il pignoramento[22], e l'[art. 2929 bis, comma 3, c.c.](#), prevede unicamente l'opposizione degli interessati.

Alcuni autori affermano che il giudice dell'esecuzione può rilevare d'ufficio la mancanza dei presupposti di accesso alla tutela, dichiarando di conseguenza l'estinzione del processo esecutivo[23]. Si tratterebbe di un'ulteriore ipotesi di provvedimento di chiusura del processo esecutivo, si pensi alla dichiarazione di improficuità prevista dall'[art. 164 bis disp. att. c.p.c.](#) e all'analogia disposizione presente nella vendita a mezzo di commissionario, [art. 532, comma 2, c.p.c.](#), dove il giudice può disporre la chiusura anticipata del processo esecutivo, anche quando non sussistono i presupposti di cui all'[art. 164 bis disp. att. c.p.c.](#) Sono ipotesi in cui si supera la concezione iniziale del codice di rito per cui sono precluse al giudice dell'esecuzione le funzioni cognitive, superamento che avviene anche nella disciplina delle controversie distributive e nell'accertamento dell'obbligo del terzo. È innegabile che il codice preveda oggi diverse ipotesi che vanno oltre il tradizionale rapporto tra cognizione ed esecuzione.

Nell'[art. 2929 bis c.c.](#) il legislatore non impone il superamento dell'assetto tradizionale, potendosi attuare la nuova azione esecutiva sul solo fondamento del titolo esecutivo. Ammettere invece ulteriori condizioni di legittimazione, vanificherebbe la funzione stessa del titolo esecutivo, che è di innalzare una barriera tra cognizione ed esecuzione e porrebbe in capo al giudice dell'esecuzione poteri istruttori e di accertamento d'ufficio che la legge non prevede[24]. Vi è però l'opinione di chi, in generale, nell'ampliamento dei poteri del giudice dell'esecuzione in relazione all'estinzione atipica del processo esecutivo, vede, seppur ritenendo il quadro non del tutto convincente, una migliore attuazione dei principi di economia processuale e non trascurabili vantaggi[25].

Dal punto di vista sistematico, se si vuole assegnarglielo, la norma può dunque assumere un ruolo di rilievo[26], nel rapporto tra cognizione e esecuzione, ma più in generale può costituire un ulteriore tassello per superare la mediazione processuale come momento inderogabile nella realizzazione coattiva degli interessi[27].

4. Riflessioni conclusive

L'ultima affermazione sopra resa costituisce già una prima conclusione. Per meglio motivarla si può fare un passo indietro, ricordando come la nuova norma sia nata per recepire gli orientamenti giurisprudenziali in materia di fondi patrimoniali e *trust*, non a caso citati al paragrafo 2, che possono essere costituiti al solo fine di privare i creditori della garanzia patrimoniale generica [ex art. 2740 c.c.](#)[28]. La norma è senz'altro di favore per i creditori e potrebbe avere un riflesso deflativo sul contenzioso, qua-

[21] Vedi per tutti Consolo, *Codice di procedura civile commentato*, VI ed., Milano, 2018, vol. III, *sub art.* 484, pagg. 654 s.

[22] L'azione esecutiva è esperibile semplicemente allegando, nell'atto di precetto, che vi sono i presupposti per il relativo esperimento: Mondini, *L'art. 2929 bis c.c.*, (*"Espropriazione di beni oggetto di vincoli di indisponibilità o di alienazioni a titolo gratuito"*): *spunti di carattere processuale*, in *Judicium.it.*, 2017, par. 6.

[23] Così. Bove, *Profili processuali dell'art. 2929-bis c.c.*, cit., pagg. 162 s.; Miccolis, *Brevi riflessioni sull'art. 2929-bis c.c.*, cit., pagg. 339 s.

[24] Nuovamente Capponi, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, cit., pagg. 377 ss., secondo cui la superfluità del giudicato sulla revocatoria ordinaria non può tradursi nella necessità di una verifica sommaria da parte del giudice dell'esecuzione sulle condizioni di accesso alla tutela esecutiva speciale, non è pertanto opportuno abbandonare la strada del titolo esecutivo e dei controlli estrinseci; Tota, *I controlli sulle decisioni «di merito» del giudice dell'esecuzione*, cit., pag. 1509. Cirulli, *Diritto e processo nell'art. 2929-bis c.c.*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2019, pag. 946.

[25] L'opinione di Vincire, *L'«improcedibilità» dell'espropriazione e l'opposizione all'esecuzione*, nota a Cass., ord., sez. VI, [22 giugno 2017, n. 15605](#), in *Riv. dir. proc.*, 2018, pag. 1660.

[26] La norma è una novità dirompente, una vera e propria svolta, secondo Capponi, *Dall'esecuzione civile all'ottemperanza amministrativa?*, cit., pag. 374.

[27] Sono le parole di Zoppini, *L'effettività in-vece del processo*, cit., pagg. 683 ss.

[28] Analizza la casistica Violante, *L'esecuzione forzata senza revocatoria di cui all'art. 2929-bis c.c.*, cit., pagg. 592 ss., che evidenzia come siano frequenti i casi in cui fondi patrimoniali e *trust*, che dovrebbero essere finalizzati alla tutela della famiglia e al compimento di un programma lecito a vantaggio di determinate persone per il loro benessere, sono stati utilizzati, diversamente, all'esclusivo fine di protezione patrimoniale ed in frode ai creditori, e dunque per una funzione strumentale e distorta rispetto all'originario scopo. Vedi anche Mondini, *L'art. 2929 bis c.c.*, cit., par. 1; Fruguele, *L'art. 2929 bis c.c. e l'inopponibilità degli atti dispositivi*, in *Immobili & proprietà*, 2016, pag. 369.

lora i debitori non si opponessero sistematicamente alle procedure *ex art. 2929 bis c.c.*

Come evidenziato non si è trattato di un'operazione indolore, soprattutto dal punto di vista sistematico, e pare avere almeno un passaggio vincolato, quello di gravare, in sede di opposizione, il debitore disponente della prova che l'atto non ha arrecato pregiudizio alle ragioni creditorie ovvero mancava la conoscenza del pregiudizio arrecato. Se intento della norma è tutelare il creditore a fronte di condotte fraudolente del debitore non pare logico che il

debitore, proponendo semplicemente opposizione, ottenga che sia il creditore a dover fornire la prova dell'*eventus damni* e della *scientia damni*, vanificando in buona parte il rimedio offerto dall'*art. 2929 bis c.c.* L'opponente mantiene sempre la possibilità di ottenere un provvedimento di sospensione dell'esecuzione.

Gli altri possibili sviluppi cui può portare il nuovo istituto non sono vincolati e la dottrina maggioritaria pare orientata a un atteggiamento prudente e di stretta interpretazione dei presupposti e dell'operatività della norma.

ATTIVITÀ GIUDIZIARIA AI TEMPI DEL COVID-19

Essere ovunque restando fermi

di Diego Torrella

DEL 22 LUGLIO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. Novità del Decreto 17/03/2020
3. Il Protocollo d'Intesa del Tribunale di Bologna
4. Esperienze straniere
5. Conclusioni

1. Introduzione

L'attività giudiziaria, e non solo, è stata fortemente impattata dalla pandemia Covid-19. Ciò ha significato sospensioni dei termini, rinvii delle udienze, ritardi, disguidi e soprattutto incertezza.

Come affrontare questa situazione in modo efficiente, senza rischiare potenziali contagi e non negare il diritto alla giustizia, sempre imprescindibile, è il quesito che molti operatori giuridici si pongono in questo momento. Inoltre, le aziende italiane hanno subito conseguenze che nessuno, anche soltanto pochi mesi prima di questa crisi, avrebbe immaginato^[1]. Esse si trovano ora in una situazione estremamente delicata. Il nuovo “Decreto Liquidità”^[2] ha sancito l'improcedibilità dei ricorsi per la dichiarazione di fallimento e dello stato di insolvenza delle grandi imprese depositati dal 9 marzo fino al 30 giugno, con la sola eccezione dei ricorsi presentati dal Pubblico Ministero con contestuale istanza per emettere provvedimenti cautelari o conservativi a tutela del patrimonio o dell'impresa^[3]. Pertanto, in queste settimane, non dovrebbero aprirsi nuove procedure concorsuali. Resta il problema di come procedere con quelle già in corso.

Fortunatamente, il percorso di digitalizzazione del processo civile è iniziato da tempo. Il processo telematico è infatti oggi ormai radicato e la piattaforma digitale “*Console dell'Avvocato*” ha dimostrato la propria praticità ed utilità^[4] nella gestione degli adempimenti processuali.

L'evoluzione del processo telematico ha indubbiamente contribuito ad agevolare il lavoro degli avvocati, rendendolo più semplice, efficiente e agile, diminuendo drasticamente la perdita di tempo nelle cancellerie dei tribunali^[5]. Le procedure concorsuali, sebbene non siano giudizi contenziosi, si svolgono comunque con l'ausilio di un magistrato e di uffici pubblici, quali i tribunali. In questo contesto, spicca l'interesse verso la disciplina dell'adunanza dei creditori *ex art. 163 legge fallimentare* («LF»), che costituisce uno degli *step* più importanti della procedura di concordato preventivo^[6], essendo propedeutica alla delibera o meno del concordato stesso. Questa fase ha la finalità di interpellare i vari creditori, ed eventualmente anche i coobbligati, i fidejussori del debitore e gli obbligati in via di regresso^[7], per discutere e valutare la proposta di concordato. A seguito di essa, si svolgono le fasi di approvazione^[8] e di adesione alla proposta di concordato.

[1] <https://www.italiaoggi.it/news/coronavirus-fino-al-10-delle-aziende-italiane-in-default-se-l-emergenza-non-si-arresta-entro-l-anno-202003020832257499>

[2] [Decreto Legge 8 aprile 2020, n. 23](#), convertito in legge il 05/06/2020 con la [legge n. 40](#) pubblicata in G.U. n. 143 del 06/06/2020

[3] <https://www.legance.it/emergenza-covid-19-italia-insolvenza-e-crisi-dimpresa>

[4] <https://www.altalex.com/documents/news/2019/03/11/processo-telematico-guida-pratica>

[5] <https://www.altalex.com/documents/news/2020/03/10/coronavirus-udienze-civili-via-skype-videoconferenze-penali>

[6] [art. 174 LF](#)

[7] [art. 174 LF](#)

[8] Cassazione civile, Sez. I, sentenza [n. 11431 del 12 novembre 1998](#)

L'articolo 174 LF prevede che l'adunanza dei creditori possa svolgersi telematicamente, per ragioni di praticità, poiché, dipendendo dal numero dei creditori coinvolti, la gestione del raduno potrebbe risultare difficile e complessa. Se il numero dei creditori è alto, essi possono anche dare procura speciale a rappresentanti per non dover presenziare tutti insieme e rendere così più agevole lo svolgimento di questa fase^[9].

Un recentissimo decreto ^[10] ha, però, superato il limite previsto dalla norma in oggetto per l'esperienza dell'adunanza telematica, ampliando tale possibilità per via della pandemia globale dovuta al virus Covid-19. Pertanto, a parte il numero dei creditori e il volume del passivo, la ragione che giustifica lo svolgimento dell'adunanza dei creditori per via telematica, ai sensi dell'art.163, comma 2.2 bis LF, è quella di diminuire il rischio di contagio per tutti i soggetti potenzialmente coinvolti nella propagazione del virus Covid-19, oggetto dell'attuale emergenza sanitaria in Italia e nel mondo ^[11].

2. Novità del Decreto 17/03/2020

L'articolo 83 del D.L. 17/03/2020, recante il titolo "Nuove misure urgenti per contrastare l'emergenza epidemiologica da COVID-19 e contenerne gli effetti in materia di giustizia civile, penale, tributaria e militare" (il "DL"), ha portato i Tribunali a doversi aggiornare.

Dopo aver previsto la sospensione dal 09/03 al 15/04, l'articolo in esame si occupa delle misure da adottare dal 16/04 al 30/06.

In particolare, il comma 7 specifica che i Tribunali possono procedere con «l'adozione di linee guida vincolanti per la fissazione e la trattazione delle udienze»^[12] e la previsione dello svolgimento delle udienze civili che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori e dalle parti mediante collegamenti da remoto individuati e regolati con provvedimento del Direttore Generale dei sistemi informativi e automatizzati del Ministero della giustizia. Lo svolgimento dell'udienza deve in ogni caso avvenire con modalità idonee a salvaguardare il contraddittorio e l'effettiva partecipazione delle parti. Prima dell'u-

dienza il giudice fa comunicare ai procuratori delle parti e al pubblico ministero, se è prevista la sua partecipazione, giorno, ora e modalità di collegamento. All'udienza il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale».

3. Il Protocollo d'Intesa del Tribunale di Bologna

Il Tribunale di Bologna ha prontamente provveduto ad emanare un Protocollo d'Intesa in data 07/05/2020 (il "PI") per disciplinare questa situazione^[13].

La Parte II del PI regola come svolgere le udienze da remoto tramite il software Microsoft Teams, limitandole alle sole udienze in cui sono presenti le sole parti e i loro difensori, escludendo quindi quelle in cui sia prevista l'assunzione di prove testimoniali, dell'esame e discussione della consulenza tecnica d'ufficio e della consulenza tecnica di parte.

Ancora, il protocollo d'intesa si rifà integralmente alla lettera F comma 7 dell'articolo 83 del DL per quanto riguarda la modalità di verbalizzazione dell'udienza da remoto^[14].

Continuando, il PI all'art. 2 comma 5 della Parte II, stabilisce che in caso di malfunzionamenti, scollegamenti involontari o impossibilità di ripristino, l'udienza verrà rinviata d'ufficio. Questa norma, senza prevedere modalità da esperire anche da remoto, come Team Viewer o simili, al fine di consentire all'udienza di proseguire, potrebbe portare ad una sua strumentalizzazione da parte degli stessi avvocati per ottenere innecessari e fastidiosi rinvii.

Alla Parte IV del PI, alla lettera E, troviamo la specifica disciplina riguardante le procedure concorsuali, in cui si ribadisce come le udienze previste post 12 maggio si svolgeranno telematicamente con i soli avvocati costituiti, seppur limitatamente alle udienze pre-fallimentari, ricordando che il Decreto Legge 23/2020, all'art. 10 comma 1 prevede «in generale la complessiva «imprevedibilità» per tutti i ricordi volti alla pronuncia di Fallimento o alla declaratoria di insolvenza nella L. C. A. che siano pre-

[9] Art. 174 LF

[10] Tribunale di Cremona, 18 Marzo 2020, Pres. De Lellis, Est. Stefania Grasselli

[11] R. Guidotti, Il Caso.it, Sez. Giurisprudenza, n. 23467, pubblicato il 08/04/2020

[12] art. 83, comma 7, lett. D

[13] <https://www.ordineavvocatibologna.net/documents/19808/1679211/linee+guida+civile/90f119b8-079b-41ce-878a-c7bb0ad1150f>

[14] "il giudice dà atto a verbale delle modalità con cui si accerta dell'identità dei soggetti partecipanti e, ove trattasi di parti, della loro libera volontà. Di tutte le ulteriori operazioni è dato atto nel processo verbale"

sentate dai creditori dal 9 marzo al 30 giugno». Questa di fatto conferma la logica adottata dal Giudice di Cremona sopra menzionato[15].

4. Esperienze straniere

Appare interessante osservare come gli altri Paesi nel mondo stiano affrontando il problema della giustizia durante questa situazione di emergenza prolungata. Alcuni uffici giudiziari hanno in effetti già sviluppato delle guide pratiche su come svolgere le udienze tramite video conferenza[16].

Primi fra tutti per esperimento di udienze telematiche sono gli Stati Uniti. Lo *Unified Court System* dello Stato di New York ad esempio, ha rilasciato un comunicato stampa proprio per spiegare le difficoltà della giustizia in questo periodo e le modalità di svolgimento delle udienze durante questo periodo insolito[17].

Negli Usa, peraltro, le valutazioni sono anch'esse non sempre omogenee. Da un lato, c'è chi sostiene, similmente a quanto riportato di recente dal Presidente dell'Ordine degli avvocati di Napoli[18], che la virtualizzazione delle udienze leda molteplici diritti, tra cui, chiaramente, quello alla difesa e alle pari opportunità. Inoltre, anche la pubblicità dei processi risente di ciò: appare diffusa l'impossibilità di poter assistere ad un processo di cui non si è parte[19]. Questa facoltà, in particolare negli States, ha una funzione di salvaguardia della *fairness* del processo in quanto i *court watchers* non hanno la possibilità di poter visionare lo svolgimento dell'udienza[20]. Altri invece sostengono che tali procedure digitali siano effettivamente la svolta per il futuro del contenzioso, lodando la loro praticità e la possibilità, per magistrati e avvocati, di poter partecipare ad una fase di rito pur trovandosi altrove[21].

5. Conclusioni

Non è ancora arrivato il momento per poter giudicare l'efficacia di questo sistema. Esso risulta ancora troppo acerbo, mostrando ampi margini di miglioramento, venendo talvolta preso alla leggera, come se un'udienza virtuale fosse una sorta di udienza non ufficiale[22].

Con il passare del tempo, superato anche questo periodo di incertezza, si potrà ragionare meglio sull'effettiva capacità di questi strumenti di migliorare il sistema giustizia. D'altronde, anche il processo telematico, introdotto nella sua forma iniziale nel 2007/2008, ha subito nel corso degli anni diversi miglioramenti e oggi raccoglie un numero di consensi decisamente maggiore rispetto a quando fece il suo ingresso sulla scena[23], pur mantenendo comunque margini di miglioramento[24].

Questi potrebbero essere di varia natura e qui cercherò di elencarne alcuni.

In generale, due problemi sono evidenti: il sistema degli interventi e quello della pubblicità delle udienze. Procederò ad analizzarli di seguito.

Un primo ostacolo, evidenziato dalle corti dello Stato di New York, rilevabile anche presso le nostre sedi (da notare l'indirizzo di svolgere molte udienze in Camera di Consiglio[25]), è quello della pubblicità delle udienze. Ora come ora non è possibile presenziare da spettatore alle udienze di cui non si è parte[26]. Fortunatamente questo limite è facilmente risolvibile adibendo dei codici d'accesso spettatore per ogni udienza, rendendoli visibili presso il calendario del tribunale, così da consentire a chi ne abbia interesse di osservare l'udienza senza poter interagire. Questa pratica è assimilabile alla partecipazione ad un *webinar*. Un secondo problema, e forse il più cruciale, è l'organizzazione degli interventi. Chiunque abbia mai partecipato ad una *conference call*, video o audio *only*, sa bene che qualora

[15] *idem* 10

[16] <https://www.supremecourt.vic.gov.au/law-and-practice/virtual-hearings>

[17] https://www.nycourts.gov/LegacyPDFS/press/PDFs/PR20_15virtualcourtstortsetc.pdf

[18] https://www.ilriformista.it/udienze-online-la-protesta-degli-avvocati-e-tutto-falsato-68835/?refresh_ce

[19] <https://www.themarshallproject.org/2020/04/13/the-judge-will-see-you-on-zoom-but-the-public-is-mostly-left-out-e>

[20] <https://www.themarshallproject.org/2018/02/26/the-prosecutors>

[21] <https://www.thetimes.co.uk/article/virtual-courts-are-no-longer-a-thing-of-the-future-fsqq7jqx5>

[22] <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/all-rise-not-really-virtual-courtroom-is-the-future-of-justice>

[23] <http://www.processociviletelematico.eu/2008/01/>

[24] <https://www.agendadigitale.eu/documenti/processo-civile-telematico-stato-attuale-e-prospettive-di-riforma/>

[25] <http://quotidianodiritto.ilsole24ore.com/art/tributario/2020-04-28/processo-tributario-luglio-roma-obbligatoria-sentenza-digitale-201335.php?uuiid=ADMRxIN&fromSearch>

[26] Va, però, specificato che questa evenienza si verifica maggiormente nell'ambito del processo penale, dove l'udienza pubblica è più usuale, ma occasionalmente questo inconveniente potrebbe verificarsi anche in ambito civile

siano presenti più di due persone, può risultare complesso prendere la parola. Nel caso in analisi vi è anche un ulteriore elemento da tenere in considerazione: il giudice. Il giudice non solo modera gli interventi degli avvocati ma mantiene anche l'ordine durante l'udienza. Un'ipotesi di risoluzione del problema presentato potrebbe essere quella di una serie di tasti di prenotazione, tramite i quali un avvocato prenota il proprio intervento e il giudice approva la sua facoltà di intervenire. Durante questo tempo, preferibilmente determinato, *melius*, definito per tipo di intervento, l'avvocato potrà essere in grado di parlare senza essere interrotto per tutta la durata del suo intervento. Il giudice sarà

così in grado di ascoltare la prospettiva di ogni parte senza costanti interruzioni delle une sulle altre. Questa soluzione renderebbe, a mio avviso, l'esperienza in udienza più organizzata e pulita. Questi verrebbero organizzati dando a tutte le parti la facoltà di esporre lo stesso numero di volte, secondo il metodo FIFO. In questo modo non si violerebbe il diritto di difesa, dando ad ogni parte lo stesso numero di opportunità. Il giudice dovrebbe, inoltre, avere l'eventuale facoltà di interrompere gli avvocati per chiedere delucidazioni o fare domande. In ogni caso non ci resta che aspettare e vedere come questa opportunità derivata da una crisi globale si potrà evolvere nel prossimo futuro.

ESPROPRIAZIONE FORZATA E OBBLIGO DI BUONA FEDE

Solidarietà passiva e abuso del cumulo di mezzi di espropriazione forzata

di Viola Depau

DEL 28 LUGLIO 2020

Sommario

1. La vicenda
2. Solidarietà passiva e risvolti processuali
3. Dall'obbligazione solidale all'abuso del processo
4. La decisione della Cassazione
5. Conclusioni

Esecuzione forzata - Titolo esecutivo nei confronti di debitori in solido - Successiva ordinanza di assegnazione sul condebitore - Condizioni e limiti - Abuso

Cassazione civile, Sez. VI, [24 Aprile 2020, n. 8151](#)

Presidente: Dott. Raffaele Frasca

Relatore: Dott. Cosimo D'Arrigo

Con l'ordinanza che ci si accinge ad esaminare, la Cassazione esprime il seguente principio di diritto:

“In tema di esecuzione forzata, non viola gli obblighi di correttezza e buona fede e non contravviene al divieto di abuso degli strumenti processuali l'iniziativa del creditore di due o più debitori solidali che, in forza del medesimo titolo, intraprenda un'azione esecutiva nei confronti di uno di essi dopo aver ottenuto, nei confronti di un altro condebitore, un'ordinanza di assegnazione ex [art 553 cod. proc. civ.](#), fintanto che la stessa non sia stata interamente eseguita dal terzo pignorato sino all'integrale concorrenza del credito per cui si agisce, fermo restando il divieto di ottenere più dell'ammontare del credito medesimo, la cui violazione deve essere fatta eventualmente valere in sede esecutiva mediante apposita opposizione”.

Ciò premesso, è opportuno richiamare i fatti di causa al fine di analizzare gli istituti giuridici che, secondo la Corte di legittimità, assumono rilievo alla luce del principio di buona fede e correttezza.

1. La vicenda

Preliminare alla causa *de qua* è il rapporto di solidarietà passiva esistente tra i coniugi V. e G., condebitori nei con-

fronti della banca G., la quale agiva in via esecutiva mediante pignoramento presso terzi.

La creditrice sottopone a pignoramento la pensione dovuta dall'I.N.P.S. al signor V.; solo successivamente, notifica analogo atto di pignoramento nei confronti della signora G.

Nelle more, segue la dichiarazione positiva del terzo, che consente al giudice dell'esecuzione di emettere un'ordinanza di assegnazione in pagamento a carico del V.; tuttavia, pur percependo le somme dovute sulla pensione del condebitore, la banca prosegue la procedura esecutiva nei confronti della signora G., riuscendo ad ottenere una seconda ordinanza di assegnazione sulla pensione corrisposta dall'I.N.P.S. a suo favore.

Ritenuto eccessivo l'utilizzo dei mezzi di esecuzione da parte dell'*accipiens*, la condebitrice agisce in sede di reclamo cautelare per la sospensione della procedura esecutiva e propone opposizione ex [art 615 c.p.c.](#): respinto il primo, segue il processo di merito per la seconda, con esito sfavorevole alla ricorrente.

A seguito del decesso della G., è il suo erede a ricorrere in cassazione, per i seguenti motivi:

a) violazione dell'[art. 112 c.p.c.](#) per omesso esame, da parte della corte territoriale, del motivo d'impugnazione relativo all'inapplicabilità dell'[art 483 c.p.c.](#) ai condebitori solidali;

b) violazione dell'[art 111 Cost.](#), in ragione del cumulo dei mezzi di esecuzione forzata promossi dalla creditrice nei confronti dei debitori, andando così in contrasto con il principio di buona fede e correttezza.

2. Solidarietà passiva e risvolti processuali

L'obbligazione solidale dal lato passivo trova la sua collocazione topografica all'[art 1292 c.c.](#); essa si caratterizza per la presenza di una pluralità di condebitori per una *eadem res debita*.

Quest'ultima assume una rilevanza tale da determinare una stretta connessione tra i singoli debitori, tale per cui, sebbene ciascuno di essi risponda per la propria quota di debito, è consentito al creditore rivolgersi a ciascuno per l'adempimento dell'intera prestazione.

Qualora, dunque, il debitore ottemperi a tale richiesta, soddisfacendo integralmente l'interesse dell'*accipiens*, l'intera obbligazione potrà considerarsi estinta, con efficacia estesa a tutti i condebitori, secondo quanto espressamente disposto dalla norma poc'anzi citata.

Emerge chiaramente la *ratio* dell'obbligazione solidale, che consiste nel garantire maggiormente il creditore, al quale sarà sufficiente rivolgere la propria pretesa nei confronti di uno solo dei condebitori, realizzando immediatamente l'intento soddisfattivo.

Al contrario, l'obbligazione solidale dal lato passivo si rivela svantaggiosa per la pluralità di debitori, in quanto, a seguito di richiesta avanzata dal creditore, il *solvens* sarà necessariamente costretto ad eseguire l'integrale prestazione, potendo godere della mera azione di regresso nei confronti dei condebitori soltanto in un momento successivo e per la quota di relativa spettanza.

Il descritto svantaggio può trovare un limite, eventualmente, nella diversa volontà delle parti coinvolte che, a seconda degli interessi perseguiti, possono stabilire un *beneficium ordinis*, in forza del quale il creditore avrà l'onere di rivolgersi preliminarmente al debitore principale e solo successivamente agli altri debitori; ovvero un *beneficium excussionis*, che impone al creditore di intraprendere l'esecuzione forzata sui beni del debitore principale e, solo in caso di insoddisfazione del credito, nei confronti dei debitori secondari (fenomeno talvolta previsto in tema di fideiussione, anch'essa idonea a determinare un'obbligazione solidale dal lato passivo).

Dalla disciplina codicistica emerge che l'effetto estintivo derivante dall'adempimento dell'intera prestazione da parte di un debitore si verifica sul c.d. rapporto esterno, ossia tra la pluralità dei debitori e il creditore procedente;

esso non incide, invece, sul c.d. rapporto interno esistente tra i condebitori, che potrà risolversi solo quando, a seguito dell'azione *ex art 1299 c.c.*, il debitore escusso avrà recuperato le singole quote da ciascun coobbligato.

Tutto ciò premesso, occorre rilevare che l'estinzione *ipso iure* del debito, «rilevabile e deducibile anche in sede di legittimità»^[1], esplica i suoi effetti anche nella fase esecutiva del rapporto obbligatorio.

Preliminarmente, si richiama la norma di cui all'[art 2740 c.c.](#) che, nel trattare della responsabilità patrimoniale del debitore, individua i beni presenti e futuri di quest'ultimo quale patrimonio destinato a garantire il creditore dall'eventuale inadempimento.

La norma, da applicarsi ad ogni rapporto obbligatorio, trova una sua particolare esplicazione nella solidarietà passiva: infatti, sebbene - come sopra anticipato - il pagamento effettuato da uno dei debitori produca un effetto liberatorio nei confronti degli altri, deve constatarsi che, in ogni caso, ad ogni singolo rapporto debitore-creditore resta connessa una singola garanzia patrimoniale, che si aggiunge a quelle costituite dal patrimonio di ogni coobbligato. In altri termini, il creditore può soddisfarsi sui beni presenti e futuri di ciascun soggetto, fermo restando il limite costituito dal divieto di ottenere più dell'ammontare del credito.

Secondo la giurisprudenza di legittimità: “nell'ambito di ogni singolo rapporto, il creditore ha interesse, giuridicamente tutelato, alla consistenza del patrimonio del debitore in misura sufficiente a garantire il soddisfacimento del credito”^[2].

Ogni patrimonio costituisce una garanzia a sé, rilevando, all'uopo, il comportamento del singolo debitore che si riveli pregiudizievole.

Sul punto, si afferma infatti che “qualora uno solo tra più coobbligati solidali compia atti di disposizione del proprio patrimonio, è facoltà del creditore promuovere, ricorrendone i presupposti, l'azione revocatoria nei suoi confronti, a nulla rilevando che i patrimoni degli altri coobbligati siano singolarmente sufficienti a garantire l'adempimento”^[3].

Deve dunque concludersi che l'obbligazione solidale dal lato passivo non costituisce un rapporto unico e inscindibile, bensì l'insieme di rapporti giuridici distinti, anche se fra loro strettamente collegati: infatti, secondo un conso-

[1] Cass. civ., Sez. VI - 1, 2 luglio 2012, [ordinanza n. 11051](#)

[2] Cass. civ., Sez. III, 13 marzo 1987, [sentenza n. 2623](#)

[3] Cass. civ., Sez. II, 22 marzo 2011, [sentenza n. 6486](#)

lidato orientamento giurisprudenziale^[4], siffatta obbligazione non dà luogo ad un litisconsorzio necessario, ponendo il creditore rivolgersi a ciascuno, anche mediante scissione delle singole posizioni processuali.

3. Dall'obbligazione solidale all'abuso del processo

Quanto esposto al paragrafo precedente rappresenta una premessa per l'analisi della *quaestio iuris* sottoposta al vaglio della Cassazione: «*se, in base alla disciplina generale delle obbligazioni solidali, sia possibile per il creditore proseguire l'azione esecutiva intrapresa nei confronti di uno dei due debitori, dopo aver ottenuto un'ordinanza di assegnazione, potenzialmente satisfattiva, nei confronti dell'altro*»^[5].

Nella fattispecie, infatti, la banca G. ha proseguito l'espropriazione forzata nei confronti della signora G. nonostante avesse già ottenuto innanzi al giudice dell'esecuzione un'ordinanza di assegnazione sulle pensioni del debitore V., potenzialmente idonea a soddisfare pienamente il proprio credito. Il comportamento così tenuto, quindi, a parere del ricorrente, si pone in contrasto con il generale divieto di abuso degli strumenti processuali, rinvenibile dal principio del giusto processo sancito all'[art 111 Cost.](#), che impone al creditore di agire in giudizio nei confronti del debitore secondo buona fede e correttezza.

Invero, siffatti canoni di buona fede e correttezza, sanciti in tema di obbligazioni e pacificamente applicabili anche nell'eventuale fase patologica del rapporto obbligatorio, rendono «*illegittima la scelta del creditore di intraprendere una nuova esecuzione, allorché egli sia stato integralmente soddisfatto in forza di detto provvedimento e non deduca la mancata ottemperanza all'ordine di assegnazione da parte del suo destinatario*»^[6].

Diviene rilevante, nel caso in esame, il principio di cumulabilità dei mezzi di espropriazione, opportunamente sancito all'[art 483 c.p.c.](#): ai sensi di tale disposizione, è legittima la scelta del creditore di avvalersi cumulativamente di diversi mezzi di espropriazione forzata previsti dalla legge; tuttavia, in presenza di un'opposizione da parte del debitore, è fatta salva l'eventuale emanazione da parte del giudice dell'esecuzione di un'ordinanza non impugnabile volta a limitare le pretese creditorie.

Tale norma vieta dunque l'utilizzo distorto degli strumenti del processo esecutivo, che deve certamente tutela-

re il creditore, ma non deve esplicitarsi con modalità tali da arrecare uno sproporzionato pregiudizio alla condizione patrimoniale del debitore.

La tematica dell'abuso del processo - oggetto di plurime pronunce giurisprudenziali, specie in tema di crediti pecuniari - è stata recentemente affrontata dalla Cassazione a sezioni unite in riferimento al frazionamento del credito, per tale intendendosi la fattispecie in cui il creditore, a fronte di un unico titolo e nei confronti di un medesimo debitore, agisca mediante esperimento di una pluralità di azioni processuali. Nella decisione, i giudici di legittimità individuano un punto di equilibrio tra la sempre garantita tutela delle ragioni creditorie e il divieto dell'illimitata proliferazione delle domande processuali: il creditore mantiene la facoltà di promuovere in separati giudizi «*le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti*»; tuttavia, al fine di evitare una «*duplicazione dell'attività istruttoria ed una dispersione della conoscenza di una medesima vicenda sostanziale, a condizione che sussista un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata, le relative domande possono essere proposte in separati giudizi solo se risulta in capo al creditore agente un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata*»^[7].

Tale pronuncia determina un definitivo ed uniforme orientamento della giurisprudenza, la quale ritiene che si è in presenza di un abuso degli strumenti processuali al ricorrere dei seguenti presupposti: l'unicità del titolo in base al quale si agisce; l'esperimento delle domande nei confronti di un medesimo creditore; l'assenza di un oggettivo interesse del creditore ad agire in separati giudizi.

Il delineato quadro fattuale resta pur sempre illuminato dai principi di buona fede e correttezza, pregnanti tanto nella fase dell'insorgenza ed esecuzione del rapporto contrattuale, quanto nella successiva fase in sede processuale: il creditore vanta il diritto di agire in giudizio per tutelare il proprio interesse ma, in ogni caso, deve evitare di promuovere azioni con modalità tali da arrecare uno sproporzionato pregiudizio al debitore.

In particolare, si rammenta che l'abuso del processo costituisce una *species* della generale figura sostanziale dell'abuso del diritto, inteso quale esercizio di un diritto sog-

[4] *Ex multis*: Cass. civ., Sez. I, 14 febbraio 2011, [sentenza n. 3573](#), Cass. civ., Sez. I, 19 febbraio 2003, [sentenza n. 2469](#)

[5] Pag. 3 dell'ordinanza in commento

[6] Cass. civ., Sez. III, 9 aprile 2015, [sentenza n. 7078](#), opportunamente richiamata a pag. 4 dell'ordinanza in commento

[7] Cass. civ., Sez. Unite, 16 febbraio 2018, sentenza n. 4090

gettivo, «in assenza di divieti formali, con modalità non necessarie ed irrispettose del dovere di correttezza e buona fede», tale da causare “uno sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della controparte contrattuale”, accompagnato dallo scopo di “conseguire risultati diversi ed ulteriori rispetto a quelli per i quali i poteri o facoltà vengono attribuiti”[8].

In presenza di tali circostanze, il giudice deve avviare una puntuale analisi dell'interesse del creditore, valutandone non solo la sua oggettiva sussistenza ma, altresì, la sua concreta rilevanza rispetto alla pretesa avanzata nei confronti del debitore, al fine di scongiurare lo sproporzionato ed ingiustificato sacrificio della posizione di quest'ultimo. Occorre, quindi, individuare un limite oltrepassato il quale la pretesa creditoria diventa abuso.

4. La decisione della Cassazione

Secondo la Corte, l'azione esecutiva promossa dal creditore non integra gli estremi dell'abuso processuale, così come delineato dalla giurisprudenza sopra esaminata; invero, essa si riferisce “al caso in cui il creditore intraprenda una seconda azione espropriativa nei confronti del medesimo debitore e (per) lo stesso titolo, allorché abbia già conseguito un provvedimento potenzialmente soddisfattivo del credito” [9]: caratteristiche, queste, che non sussistono nella fattispecie *de qua*, la quale, infatti, presenta l'unicità del titolo, ma non contempla l'identità soggettiva dell'esecutato. In merito, giova rammentare che l'obbligazione solidale dal lato passivo presenta una pluralità di debitori in cui ognuno vanta una distinta ed autonoma posizione nei confronti del creditore; diviene quindi legittimo, per quest'ultimo, agire in via esecutiva (anche) nei confronti del coobbligato, poiché - come rilevato dal collegio giudicante - l'emissione di un'ordinanza di assegnazione non preclude la possibilità di ottenerne altre in relazione allo stesso titolo e fino alla soddisfazione effettiva del credito.

Peraltro, anche dal punto di vista soggettivo, tenuto conto delle circostanze del caso, può effettivamente riscontrarsi la sussistenza di un interesse, concreto e oggettivo, della banca G. all'emissione di una seconda ordinanza di assegnazione: infatti, il pignoramento effettuato sulle pensioni I.N.P.S. del debitore V. non assicura alla creditrice un

immediato soddisfacimento delle ragioni creditorie, poiché l'accantonamento delle somme dovute avviene nel rispetto dei termini temporali previsti dall'ente previdenziale; ne consegue che, ai fini dell'integrale e definitivo incameramento della somma dovuta, la banca è costretta ad attendere un lasso di tempo sufficientemente lungo, tale da giustificare la promozione di un secondo procedimento di esecuzione forzata nei confronti della condebitrice G.

Invero, la Cassazione osserva come, seguendo la tesi prospettata dal ricorrente, si introdurrebbe arbitrariamente un *beneficium excussionis* in favore del condebitore, in contrasto con quanto previsto dalla legge in tema di obbligazioni solidali. Tale effetto limitativo - si legge nell'ordinanza - «non può essere attribuito all'assegnazione dei crediti pignorati presso terzi, in quanto la stessa non è immediatamente soddisfatta»[10], essendo, al contrario, pronunciata “salvo esazione”.

Alla luce di siffatte considerazioni, la condotta della banca G. non può essere qualificata in termini di abuso processuale poiché si ritiene che, in presenza di una solidarietà passiva, il creditore mantiene il diritto di agire nei confronti di qualunque condebitore sino all'integrale concorrenza del proprio credito, purché non ottenga più dell'ammontare dello stesso.

Quanto affermato trova, peraltro, adeguato riscontro nella stessa disposizione dell'art. 1292 c.c., che dichiara l'avvenuta estinzione dell'obbligazione solidale, con effetto liberatorio nei confronti della pluralità dei debitori, soltanto quando il *solvens* abbia provveduto all'adempimento dell'intera prestazione dovuta.

La Cassazione, quindi, ritiene non condivisibili i motivi di ricorso esposti dal ricorrente: nella fattispecie non è applicabile la *regula iuris* di cui all'art 483 c.p.c. poiché, come peraltro già affermato da precedenti pronunce giurisprudenziali, «la scelta del creditore di avvalersi cumulativamente di differenti mezzi di impugnazione presuppone l'identità del debitore esecutato», per cui “non è ammissibile allorché le differenti procedure esecutive riguardino debitori solidali”[11].

Per ragioni di completezza, giova precisare che, in ogni caso, la Cassazione ritiene inammissibili entrambi i motivi di ricorso per eccessiva genericità delle censure, ricor-

[8] Cass. civ., Sez. III, 18 settembre 2009, [sentenza n. 20106](#)

[9] Pag. 5 dell'ordinanza in commento

[10] Pag. 6 dell'ordinanza in commento

[11] Trib. Ivrea 10-12-01, in *G. mer.*, 2003, I, 17

dando come “*il requisito di specificità e completezza del motivo di ricorso per cassazione è diretta espressione dei principi sulle nullità degli atti processuali*”^[12], con particolare riferimento al disposto di cui all'[art. 156 c.p.c.](#)

5. Conclusioni

A parere di chi scrive, l'ordinanza esaminata presenta una motivazione giuridicamente inattaccabile ma non necessariamente condivisibile, tenuto conto delle peculiari caratteristiche della vicenda.

Sotto il primo profilo, si è avuto modo di discorrere sulla disciplina delle obbligazioni solidali, che non lascia spazio a interpretazioni: l'effetto estintivo dell'intera obbligazione, valido per tutti i condebitori, si verifica solo ed esclusivamente con l'integrale adempimento della prestazione a favore del creditore, il quale è legittimato ad esperire ogni mezzo giuridico idoneo a perseguire tale scopo, purché in conformità alle norme dell'ordinamento.

Peraltro, quanto accaduto si verifica sovente nella prassi giudiziaria, tanto che quasi sorprende la necessità di una pronuncia della Cassazione volta a legittimare una consuetudine ormai pacifica.

Cionondimeno, nella motivazione non emerge un esame analitico del significato dei canoni di buona fede e correttezza che, invece, costituiscono veri e propri elementi sintomatici ai fini della valutazione dell'eventuale sussistenza di un abuso da parte dell'avente diritto.

Dalla Relazione al Codice Civile, emerge che il legislatore, sebbene attribuisca una posizione preminente al creditore, “*ha ritenuto, nell'art. 1175, di imporgli un dovere di correttezza*”, inteso quale “*stile morale della persona, che indica spirito di lealtà, abito virile di fermezza, di chiarezza e di coerenza, fedeltà e rispetto di quei doveri che, secondo la coscienza generale, devono essere osservati nei rapporti tra consociati*”^[13].

Autorevole dottrina^[14] decide di riempire ulteriormente il contenuto dell'[art. 1175 c.c.](#), affermando che il dovere di buona fede vieta al creditore di abusare del suo diritto, con l'impegno ad attivarsi nell'interesse del debitore al fine di evitare o contenere le conseguenze dell'inadempimento.

Rilevato che i doveri di buona fede e correttezza risultano pacificamente applicabili all'intero esplicarsi del rappor-

to obbligatorio, nella fattispecie l'utilizzo degli strumenti di esecuzione da parte della creditrice non appare così pacificamente conforme al principio di solidarietà sociale. È vero che, dal punto di vista giuridico, le ragioni della banca G. si rivelano fondate ed esercitate *secundum ius* ma, da un punto di vista sociale, esse si mostrano prive di quel contenuto morale cui fanno riferimento i doveri sanciti dal codice civile, così come concepiti nell'ordinamento.

La vicenda in esame, infatti, ha ad oggetto un credito vantato da una banca nei confronti di due coniugi pensionati (probabilmente anche di età avanzata, considerato peraltro che la coobbligata G. decede nelle more del processo); non si sta parlando di un rapporto tra privati, in cui diviene difficile qualificare come “forte” o “debole” una delle parti: in questo caso, è evidente che la parte più esposta ad un grave pregiudizio, anche solo in termini morali, fosse il debitore (*rectius* i debitori solidali).

Peraltro, il fatto stesso che il pignoramento avesse ad oggetto le pensioni I.N.P.S. dei due debitori, nonostante tutte le relative conseguenze in termini di tempo per l'accantonamento delle somme, lascia intendere che la creditrice non avesse grande facoltà di scelta e che, quindi, i debitori fossero di condizioni patrimoniali modeste.

Ciò premesso, in ragione dei principi costituzionali che governano il nostro ordinamento, non solo con riferimento alla solidarietà sociale, ma anche rispetto alla tutela del decoro e dignità della persona, la scelta di procedere anche nei confronti della condebitrice G. non appare “moralmente” condivisibile, tenuto conto che, dalla stessa ordinanza, emerge che già la prima ordinanza di assegnazione sulle pensioni del V. era per la creditrice potenzialmente soddisfattiva.

In sostanza, non si vuole discutere la scelta di un creditore di intraprendere un procedimento d'esecuzione anche nei confronti del coobbligato all'interno di un rapporto di solidarietà passiva; tuttavia, nel caso in esame, essendo il condebitore proprio il coniuge, appare forse eccessivo, proprio con riferimento ai canoni di buona fede e correttezza ed all'impegno di solidarietà sociale costituzionalmente previsto, imporre un sacrificio patrimoniale così ingente, specie quando si è di fronte ad un creditore “forte”.

[12] Pag. 4 dell'ordinanza in commento

[13] Relazione del Ministro Guardasigilli Grandi al codice civile del 1942, Libro IV delle Obligazioni, *Delle obbligazioni in generale, Disposizioni preliminari*, Par. 558

[14] BIANCA, Massimo C., *Diritto civile, L'obbligazione*, Giuffrè editore, Ristampa 2015, pag. 87

Solo analizzando la situazione da questo particolare punto di vista, concependo i coniugi V. e G. come nucleo familiare e non soltanto come coobbligati in solido, si sarebbe rivelato opportuno l'intervento del giudice ai sensi dell'[art 483 c.p.c.](#)

In ogni caso, trattasi di considerazioni di merito ed opportunità che non vengono considerate nelle norme processuali, né dalla giurisprudenza, e sulle quali la Corte di legittimità non è certo tenuta ad esprimersi.

CONSIDERAZIONI SULL'ARBITRATO NEI CONTRATTI PUBBLICI

Alcune osservazioni su dati recenti in tema di arbitrato nei contratti pubblici

di Ilaria Lombardini

DEL 30 LUGLIO 2020

Sommario

1. Considerazioni introduttive
2. L'attuale situazione di impasse in cui versa l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici in Italia
3. Rassegna di dati recenti in tema di arbitrato nei contratti pubblici alla luce della Relazione annuale 2019 (del 2 luglio 2020) presentata alla Camera dei Deputati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)
4. Brevi rilievi conclusivi

1. Considerazioni introduttive

Con il [d.lgs. n. 50 del 2016](#), su cui non hanno sostanzialmente inciso né il Decreto correttivo [n. 56 del 2017](#) né il [d.l. n. 32/2019](#) (cd. Decreto sblocca cantieri, coordinato con la [legge di conversione n. 55/2019](#))^[1], l'arbitrato nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture sembra essere finalmente approdato in un porto più sicuro^[2]. Le

novità apportate nel 2019 al regime giuridico dei contratti pubblici di appalto, introdotte principalmente con il c.d. "Decreto sblocca cantieri", non hanno infatti riguardato, se non in misura marginale, l'ambito dei metodi alternativi di risoluzione delle controversie insorte nella specifica materia, e comunque non è risultato in alcun modo direttamente modificato l'istituto arbitrale^[3].

[1] Il testo del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: [d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016](#) è stato pubblicato in *G.U. Serie generale* n. 91 del 20/04/2016 (Supplemento Ordinario n. 10). I successivi decreti - il [d. lgs. 19 aprile 2017 n. 56](#), cd. "Decreto correttivo" del codice dei contratti pubblici (in *G.U. Serie Generale* n. 103 del 5 maggio 2017 - Suppl. Ordinario n. 22) e il recente [d.l. 18 aprile 2019, n. 32](#), cd. "Decreto sblocca cantieri", (in *G.U.*, Serie generale - n. 92 del 18 aprile 2019), coordinato con la [Legge di conversione 14 giugno 2019, n. 55](#), recante: "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici" (in *G.U.* - Serie generale - n. 140 del 17 giugno 2019), [art. 1 commi da 11 a 14](#) (Modifiche al codice dei contratti pubblici e sospensione sperimentale dell'efficacia di disposizioni in materia di appalti pubblici e in materia di economia circolare) non hanno cambiato la regolamentazione dell'istituto arbitrale in materia di contratti pubblici. Sull'arbitrato nel Codice dei contratti pubblici, per una visione complessiva, v. E. Odorisio, *Composizione e costituzione del collegio arbitrale nel codice dei contratti pubblici*, in *Corr. giur.*, 2018, p. 885 ss.; v. anche E. Odorisio, *Arbitrato rituale e "lavori pubblici"*, Milano 2011, p. 660; I. Lombardini, *L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici"* ([D. Lgs n. 50 del 2016](#)), *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2017, Parte I, p. 283-304 e Parte II, p. 713-734; I. Lombardini, *Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (ex art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la l. di conversione 14 giugno 2019, n. 55)*, in *Riv. arb.* 2019, p. 827 ss.; I. Lombardini, *Quali nuove prospettive di riforma per l'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici in Italia?*, in *Scritti in onore di Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*, 2019, Tirant Lo Blanch, Brasil, p. 735 ss.

[2] Sul tema, *si vis*, per una disamina dell'istituto dell'arbitrato nei contratti pubblici alla luce della attuale normativa e della sua evoluzione storica, anche il mio, *Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Prima parte)*, in *questa Rivista: Le pagine de L'Aula civile*, n. 2/2020, p. 85 ss. e *Il processo arbitrale nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (Seconda parte)*, *ivi*, p. 95 ss.

[3] In tale cornice, "impegno prioritario della Camera arbitrale è stato quello di continuare ad assicurare una puntuale applicazione delle principali innovazioni introdotte in materia di arbitrato per i contratti pubblici dal Codice del 2016, specialmente dopo che le modifiche apportate con il decreto correttivo in punto di diritto intertemporale avevano impedito una indiscriminata estensione del regime di ultrattività del Codice del 2006 che avrebbe potuto minare la certezza, prevedibilità e credibilità complessiva del sistema", così, testualmente, la recentissima Relazione annuale 2019 dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) alla Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, in [www.anticorruzione.it](#), p. 314 ss.

L'attuale assetto dell'arbitrato nel nuovo codice dei contratti pubblici (artt. 209 e 210 d. lgs. n. 50 del 2016) si connota, soprattutto, per due aspetti salienti: delinea in primo luogo un arbitrato obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, istituita presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), in quanto organo ausiliario della citata Autorità [4]. Dunque si configura un unico modello di arbitrato, più precisamente un arbitrato in cui le parti non possono più optare per l'arbitrato *ad hoc* e il presidente del collegio composto da tre arbitri è nominato sempre dalla Camera arbitrale di cui all'art. 210 (e non solo invece, come avveniva in base alla normativa previgente - *ex art. 241, comma 15, del d. lgs. n. 163 del 2006* e s.m. - quando le parti non si accordavano sulla designazione del terzo arbitro presidente del collegio arbitrale, per cui operava la devoluzione alla Camera arbitrale, in via sussidiaria, del compito di designare il terzo arbitro, scelto tra gli iscritti in un apposito albo tenuto dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, e l'arbitrato era amministrato dalla medesima Camera arbitrale, *ex artt. 242 e 243, d. lgs. n. 163 del 2006* e s.m.) [5]. Inoltre il nuovo codice dei contratti pubblici configura un arbitrato previamente autorizzato. In proposito l'*art. 209, comma 3, d. lgs. n. 50 del 2016* recita infatti: «È nulla la clausola compromissoria inserita senza autorizzazione nel bando o nell'avviso con cui è indetta la gara ovvero, nelle procedure senza bando nell'invito. La clausola è inserita previa autorizzazione motivata dell'organo di governo o dell'amministrazione aggiudicatrice». Aspetti meno salienti, ma non per questo secondari, concernono il procedimento di nomina degli arbitri (conferma della designazione e nomina dei due arbitri di parte, oltre che di designazione e nomina del presidente del collegio, ad opera della Camera arbitrale per i contratti pubblici, con il corollario della disciplina di iscrizione all'albo degli arbitri e dei periti camerali) e la questione dei costi arbitrali, senza dimenticare che l'*art. 209, comma 10, c.c.p.*, rinvia, per quanto non espressamente regolamenta-

to sull'arbitrato nello stesso codice dei contratti pubblici al codice di procedura civile.

Per quanto attiene al primo aspetto, quello della nomina degli arbitri, poiché per risolvere una controversia in cui è parte una pubblica amministrazione la designazione deve avvenire nel rispetto dei principi di pubblicità e rotazione e nel rispetto delle norme contenute nel nuovo codice dei contratti pubblici, la Camera arbitrale [6] allo scopo di assicurare un'equa rotazione degli incarichi conferiti dalla medesima per la nomina a terzo arbitro, presidente del collegio, ha previsto una «Procedura informatica per la nomina del terzo arbitro», con rigorose procedure di sorteggio.

Con riferimento al secondo profilo, quello dei costi, in particolare dei compensi agli arbitri (*art. 209, comma 16, codice dei contratti pubblici*), si tenta di calmarli, soprattutto per l'arbitro di parte pubblica, individuato, per motivi di contenimento di spesa, tra i dirigenti pubblici qualora la controversia abbia luogo tra due pubbliche amministrazioni, e «preferibilmente» tra i dirigenti pubblici qualora la controversia si svolga tra una pubblica amministrazione e un privato (*art. 209, comma 5, c.c.p.*) [7]. Sulla stessa linea di tendenza di contenimento dei costi, si pone il *Decreto 31/01/2018* del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti [8], rubricato «Determinazione dei limiti dei compensi del collegio arbitrale». Tale decreto, costituito da due articoli, è entrato in vigore il 1° maggio 2018 e da tale data sostituisce l'*art. 10, commi da 1 a 6* e la tariffa allegata del *d.m. 2/12/2000, n. 398*. Il tetto massimo di compensi per l'intero collegio arbitrale, comprensivo dell'eventuale compenso per il segretario, non può superare i 100.000 euro (come già previsto dall'*art. 209, comma 16, d. lgs. n. 50/2016*), ma si aggiunge che il compenso massimo per l'ultimo e più elevato scaglione (gli scaglioni sono stati ridotti da 8 a 5) passa da 500.000.000 di lire (circa 240.000 euro) a un massimo di 100.000 euro, con una condivisibile scelta normativa di limitare i compensi arbitrali, eccessivi, che costituivano un

[4] Il Consiglio di Stato, con la pronuncia *n. 1920/2016* (Cfr. Cons. Stato, Comm. spec., *14 settembre 2016, n. 1920*, in *www.giustizia-amministrativa.it*), ha confermato la natura di Autorità indipendente dell'ANAC, sostenendo che la natura di Autorità amministrativa indipendente è conferita all'ANAC per la funzione di garanzia da essa espletata e per i delicati interessi sottostanti all'assetto degli appalti pubblici in conformità alle direttive comunitarie. Ne deriverebbe di riflesso l'indipendenza della Camera arbitrale, che dell'ANAC costituisce un organo ausiliario.

[5] Per una più ampia trattazione sia permesso rinviare, anche per la bibliografia ivi citata, a I. Lombardini, *Sub artt. 242-243 c.c.p.*, in *Commentario, Arbitrato*, 2a ed., diretto da F. Carpi, Bologna, 2016, rispettivamente p. 429 ss., p. 465 ss.

[6] Comunicato n. 2 del 28 aprile 2016, in *www.anticorruzione.it*.

[7] Per le problematiche correlate alla nomina di soggetti legati da vincoli di dipendenza con la P.A., si rinvia a I. Lombardini, *L'arbitrato nel nuovo "codice dei contratti pubblici" (D.Lgs. n. 50 del 2016)*, Parte I, cit., p. 299 ss., spec. p. 300.

[8] V. in *G.U. Serie Generale* n. 88 del 16 aprile 2018.

disincentivo per le parti, specialmente per la pubblica amministrazione (spesso soccombente in giudizio, soprattutto in passato), ad avvalersi dell'istituto dell'arbitrato nei contratti pubblici.

Al sopra citato [Decreto 31/01/2018](#) del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti la Camera arbitrale ha dato immediata attuazione successivamente alla sua entrata in vigore nell'aprile 2018, ponendo fine al regime di diritto transitorio previsto sul punto dei compensi dei collegi arbitrali dal Codice, fondato sulla permanenza in essere della disciplina stabilita nel [d.m. 398/2000](#), riguardanti la fissazione di parametri e limiti, rispetto ai quali la Camera arbitrale aveva potuto constatare, tramite la presa in considerazione dei lodi e delle apposite ordinanze depositate presso la stessa Camera ai sensi di legge, “una prassi di elusione e superamento nella liquidazione dei compensi dei collegi arbitrali nominati per le procedure c.d. libere, oggetto di apposita segnalazione all'ANAC e alla Camera di regia”^[9].

In questo contesto, appare interessante l'osservazione dell'andamento delle liquidazioni dei compensi, che consente di evidenziare gli esiti dell'opera di razionalizzazione compiuta dalla Camera arbitrale a decorrere dal 2015 (si vedano i Comunicati n. 2 e 3 del 2015), e che a questo punto sembra aver determinato una situazione quasi normalizzata. “I compensi riconosciuti a favore dei collegi arbitrali dalla Camera arbitrale per i 4 lodi amministra-

ti depositati e liquidati nel 2019 ammontano a 150,326,57 euro, per una media pari a 37.581,64 euro, a sua volta calcolata tenendo conto di un compenso minimo pari a 30.000 euro e di un compenso massimo pari a 42.000 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alle richieste dei collegi arbitrali è risultato complessivamente pari al 10,84%”^[10].

Dunque, anche per questa parte si palesano con forza le opportunità offerte “da un meccanismo di unificazione delle procedure di arbitrato in materia e da operazioni di assestamento dei comportamenti conseguenti, idonei a favorire una attenta gestione pure di questo profilo dell'istituto arbitrale, conformemente, del resto, al criterio direttivo del contenimento dei costi del giudizio arbitrale sancito dalla [l. n. 11/2016](#)”. Infine con riguardo alle spese per il giudizio arbitrale (quasi sempre considerate in modo comprensivo dei compensi per il collegio arbitrale e delle altre voci di spesa), dai lodi amministrati depositati nel 2019 emerge che in un caso il riparto ha penalizzato la parte pubblica e in 3 casi è stato paritario tra le parti (nell'unico lodo “libero” depositato il riparto risulta anch'esso paritario). In altre parole, quindi, “l'imputazione al 50% delle spese è stata deliberata nel 75% circa dei giudizi nelle procedure amministrative, con una composizione in ampia misura corrispondente a quella dell'anno precedente”^[11].

In via di corollario, credo sia interessante segnalare quan-

[9] Di recente, in questi termini v. la Relazione annuale 2019 dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) alla Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, cit., p. 314 ss.

[10] Si consideri che “nei cinque anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2018 a 25.357,40 euro, nel 2017 a 43.936,73 euro, nel 2016 a 40.504,53 euro, nel 2015 a 28.562,50 euro, nel 2014 a 32.974,14 euro, e quanto a scostamento in diminuzione, pari nel 2018 al 43,77%, nel 2017 al 38,47%, nel 2016 al 39,15%, nel 2015 al 53,40%, nel 2014 al 29,62%” (così, testualmente, v. la recentissima Relazione annuale 2019 dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) alla Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, cit., p. 314 ss. Inoltre nella suindicata Relazione si registra che per quanto riguarda “i compensi per i consulenti tecnici d'ufficio, la normativa attualmente vigente sul punto ([art. 209, comma 18, del d.lgs. 50/2016](#)), confermando la disciplina precedente, dispone il rinvio agli articoli da [49](#) a [58](#) del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, di cui al [D.P.R. n. 115 del 30 maggio 2002](#) e alla misura derivante dall'applicazione delle tabelle ivi previste, e sempre nella suindicata Relazione si segnala anche che «L'unica liquidazione a favore di consulente d'ufficio designato dalla Camera arbitrale disposta nel 2019 dalla Camera stessa ammonta a 9.851,73 euro; lo scostamento in diminuzione rispetto alla richiesta del consulente interessato è risultato pari al 50%. Nei cinque anni immediatamente precedenti i dati rilevanti erano, rispettivamente, quanto a valore medio del compenso, pari nel 2018 a 10.072,14 euro, nel 2017 a 13.719,29 euro, nel 2016 a 10.620,94 euro, nel 2015 a 10.584,75 euro, nel 2014 a 22.599,53 euro, e quanto a scostamento medio in diminuzione, pari nel 2018 al 64,74%, nel 2017 al 44,83%, nel 2016 al 64,54%, nel 2015 al 70,80%, nel 2014 al 21,12%. Rilevante è anche il dato concernente gli incrementi ultratabellari richiesti dai consulenti nel 2019 la richiesta, nella misura massima del 100%, non è stata accolta, mentre nel 2018 la richiesta, formulata in due casi nella misura massima del 100%, in un altro del 50%, aveva comportato la concessione dell'incremento solo in uno dei primi due casi, ma nella misura del 25%. Ed ancora, nel 2017 una richiesta su due (ma nella misura del 25%) era stata accolta, nessun incremento (su quattro richieste) era stato riconosciuto nel 2016, uno su quattro (nella misura del 40%) nel 2015, mentre nel 2014, in quasi tutti i casi (18 su 19 richieste) nei quali era stata avanzata richiesta di tale incremento, esso era stato riconosciuto (in 5 casi, inoltre, la richiesta era stata totalmente accolta, ma invero mai relativamente a richieste formulate nella misura massima)”.

[11] V. ancora, così la Relazione annuale 2019 dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) alla Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, cit., p. 314 ss.

to stabilito dal recente Comunicato della Camera arbitrale numero 1 del 06 maggio 2020^[12], rubricato “Indicazione del valore della controversia ai fini della sua preliminare pubblicazione nel sito istituzionale e definitiva determinazione dello stesso per gli effetti di cui all’[articolo 209, comma 12, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#)”. In base a tale Comunicato:1. “Le parti del procedimento arbitrale sono tenute a cooperare con la Camera arbitrale ai fini della preliminare individuazione del valore della controversia deferita in arbitrato. In particolare:

- lett. a) chi agisce in arbitrato, contestualmente all’attivazione del relativo procedimento presso la Camera arbitrale, assolve all’onere di indicare il valore complessivo delle domande proposte;

- lett. b) chi resiste nell’ambito del procedimento arbitrale, con il deposito dell’atto di resistenza assolve contestualmente all’onere di indicare alla Camera arbitrale il valore complessivo delle domande riconvenzionali eventualmente proposte.

2. Ai fini della determinazione del valore delle domande, principali come riconvenzionali, rispettivamente indicate al precedente punto 1, le parti si attengono alla previsione dell’[articolo 1, comma 5](#), del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 31 gennaio 2018, e - pertanto - ai fini della quantificazione del loro complessivo valore, le domande riconvenzionali si sommano a quelle principali, mentre agli stessi fini non si computano quelle proposte in via subordinata o alternativa.

3. Con riferimento alla preliminare pubblicazione del valore della controversia nel sito istituzionale, la Camera arbitrale, salva l’ipotesi di errore manifesto, si conforma alle indicazioni delle parti, e comunque all’[articolo 1, comma 5, del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 31 gennaio 2018](#).

4. La Camera arbitrale predispone un modello *standard* utilizzabile dalle parti del procedimento arbitrale, mediante il quale chi agisce o resiste nel procedimento arbitrale indica il valore delle domande principali e/o delle riconvenzionali proposte.

5. La determinazione del valore della controversia nei termini rilevanti ai fini del versamento della somma di cui all’[art. 209, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016](#), e quindi all’esito del giudizio arbitrale, compete esclusivamente agli arbitri. Gli stessi, laddove intendano discostarsi dalla indicazione di valore originariamente pubblicata sul sito isti-

tuzionale a termini del presente comunicato, avranno cura di motivare specificamente al riguardo. Nel caso in cui la determinazione di valore della controversia presenti un errore manifesto la Camera arbitrale lo segnala agli arbitri, in capo ai quali permane sempre la competenza in ordine alla rideterminazione.

6. Per il caso in cui gli arbitri pronuncino un lodo parziale che decide solo su una o più delle domande cumulativamente proposte, senza tuttavia definire il procedimento, essi sono tenuti alla corrispondente dichiarazione di valore per la parte decisa e, sulla scorta di questa, sarà esatto il pagamento ai sensi dell’[articolo 209, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016](#). Quella residualmente dovuta rispetto al valore della controversia, quindi, rimarrà esigibile nel momento in cui il procedimento arbitrale risulterà altrimenti definito. Qualora invece venga pronunciato un lodo non definitivo che nemmeno parzialmente definisca il procedimento, la dichiarazione di valore sarà successivamente resa in misura corrispondente alle domande decise. Rimane impregiudicata la necessità della dichiarazione di valore, cui segue l’esigibilità delle corrispondenti somme, nel momento in cui il procedimento arbitrale risulterà comunque definito.

7. Per il caso di una pronuncia arbitrale su domande subordinate non contestuale alla decisione di quelle azionate in via principale, e quindi per la specifica ipotesi in cui un lodo parziale abbia deciso solo rispetto alle domande proposte in via principale, la somma dovuta ai sensi dell’[art. 209, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016](#) - in coerenza alle indicazioni presenti all’[art. 1, comma 5, del decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti del 31 gennaio 2018](#) - viene interamente ed esclusivamente determinata all’atto del deposito del lodo che decide su tali domande principali», senza alcuna ulteriore considerazione del valore di quelle subordinate da decidere in seguito alla pronuncia del lodo parziale.

2. L’attuale situazione di impasse in cui versa l’arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici in Italia

Di recente si è dibattuto sulle cause dell’ancora scarso (pur se nel tempo progressivamente incrementato) utilizzo dello strumento arbitrale in Italia (si pensi all’entità del contenzioso ordinario rispetto a quello arbitrale), e la problematica non riguarda di certo solo l’arbitrato am-

[12] V., in questi termini, il Comunicato della Camera arbitrale numero 1 del 06 maggio 2020 in www.anticorruzione.it.

ministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici [13]. Ci si interroga su quali siano le principali cause della difficoltà dell'arbitrato a diffondersi largamente nel nostro Paese. Si possono così sintetizzare: in primo luogo i costi elevati anche degli arbitrati amministrati, nonostante il calmieramento dei costi dell'arbitrato, imposto dalle camere arbitrali negli arbitrati amministrati, grazie ai quali si sono avute riduzione dei costi e certezza sin dall'inizio sull'entità degli stessi; “una insufficiente preparazione tecnico-giuridica specifica”; “carenze di garanzie di affidabilità degli arbitri sotto il profilo dell'indipendenza” (aspetto, quest'ultimo, che nell'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici come disciplinato dal vigente codice per i contratti pubblici,

d. lgs. n. 50 del 2016, appare più “controllato”) [14], la carenza di poteri cautelari degli arbitri (sequestri, provvedimenti d'urgenza, ecc.), o la mancanza del potere da parte degli arbitri di emettere, essi stessi, decreti ingiuntivi; l'assenza di rimedi alle statuizioni del lodo, se non nei limiti ristretti dell'[art. 828 c.p.c.](#) [15].

Il problema dello scarso utilizzo dello strumento arbitrale è più accentuato in ambito di arbitrato per la soluzione di controversie in materia di esecuzione dei contratti pubblici, come già evidenziava la *Relazione annuale 2014* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei deputati sulla «Raccolta dei dati relativi alle attività della Camera arbitrale per l'anno 2014» [16].

E il *cahier des doléances* continua: nella *Relazione annua-*

[13] Sulla necessità di temperare procedure chiare e trasparenti nella conduzione del procedimento arbitrale e nella rendicontazione delle spese, garantendo al contempo però al contempo la confidenzialità e la riservatezza v. C. Druetta, in *Aa.Vv., Quinto rapporto annuale sull'arbitrato. L'impresa e il contenzioso: scegliere l'arbitrato, Atti del Convegno annuale organizzato dalla Corte Nazionale Arbitrale tenutosi a Roma il 19 giugno 2018*, in *Arbitrare, Quaderni della Corte Nazionale Arbitrale*, Pisa, 2019, p. 66.

[14] Si pensi, infatti, al dettato del [comma 4](#) sul richiesto requisito di indipendenza, al [comma 6](#) del medesimo articolo 209 che elenca le situazioni di incompatibilità, al [comma 7 dell'art. 210](#) sui soggetti che possono essere iscritti all'albo tenuto dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, al [comma 10 art. 210](#) sul limitato periodo di iscrizione all'albo, al [comma 11, art. 210](#) che fa salvi i casi di ricusazione di cui all'[art. 815 c.p.c.](#), al recente codice deontologico degli arbitri camerali di cui al Comunicato della Camera arbitrale numero 4 del 19 maggio 2016 (*in www.anticorruzione.it*), senza dimenticare che gli artt. 209 e 210 riservano anche alla Camera arbitrale per i contratti pubblici l'importante potere di conferma della designazione effettuata dalle parti e di nomina dei due arbitri di parte, oltre che di designazione e di nomina del presidente del collegio arbitrale. La Camera arbitrale assolve così una funzione di vigilanza e di controllo sui nominativi degli arbitri di parte scelti rispettivamente dalla P.A. e dall'impresa appaltatrice e, più in generale, sulla costituzione del collegio giudicante.

[15] V., sul punto, così R. Menoni, *Relazione*, in *Corte nazionale arbitrale, Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, in *Arbitrare. Quaderni della Corte nazionale Arbitrale*, Pisa, 2016, p. 16 s. Autorevole dottrina (P. Bernardini, *Relazione*, in *Corte Nazionale Arbitrale, Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit. pp. 41-45, spec. p. 42) sulla questione relativa alle cause della difficoltà dell'arbitrato a diffondersi sottolinea tre motivi che inducono a riflettere sulla differenza tra il nostro ordinamento sull'arbitrato e altri ordinamenti che attraggono arbitrati internazionali. Il primo è individuato nel numero dei motivi di ricorso per annullamento contro il lodo: dodici motivi di nullità del lodo rituale con la riforma italiana del 2006 (mentre la legge francese - anche dopo la riforma del 2011 - quella svizzera e quella svedese ne prevedono solo cinque, come la legge modello dell'Uncitral per l'arbitrato commerciale internazionale). Il secondo motivo va individuato nella giurisprudenza italiana troppo oscillante, una giurisprudenza che non favorisce la stabilità del lodo, diversamente da quanto accade nei Paesi più frequentemente sedi di arbitrato. Quanto al terzo motivo, come noto, ai sensi dell'[art. 829 c.p.c.](#) l'impugnazione del lodo per nullità è ammessa, «nonostante qualunque preventiva rinuncia», nei casi elencati, dunque «non è possibile rinunciare preventivamente ai mezzi di ricorso contro il lodo», diversamente da altri ordinamenti (Francia, Svizzera, Svezia) che ammettono tale possibilità allo scopo di favorire la stabilità del lodo arbitrale. Ma, su quest'ultimo punto, v. le perplessità espresse da altra autorevole dottrina, che si chiede «quale parte è sicura quando stipula l'accordo compromissorio che vincerà l'arbitrato e quindi disposta a radicare l'arbitrato in un Paese in cui non avrà poi la garanzia del controllo impugnatorio?» “È ovvio dunque che la soluzione normativa più ragionevole e diffusa nei vari ordinamenti sia quella cui è definitivamente approdato il nostro legislatore del 2006, e cioè: non si controlla di fronte al giudice statale il lodo perché è errato nel merito, in fatto o in diritto, lo si toglie di mezzo se e perché è un lodo nullo” (A. Briguglio, *Relazione*, in *Corte Nazionale Arbitrale, Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., p. 49). Le impugnazioni del lodo nel sistema rappresenterebbero “un male necessario”. “Necessario perché non si può rinunciare ad una garanzia impugnatoria quale controllo sull'esercizio della giustizia privata e questo controllo non può che finire davanti al giudice dello stato. Un male perché [...] se l'arbitrato è una via alternativa, il fatto che la controversia ritorni in sede impugnatoria davanti alla stessa giustizia ordinaria non è il massimo [...] è un male in termine di tempi e di costi”. Si consideri inoltre che “il controllo impugnatorio non è solo un male necessario (al sistema e alla tutela dei diritti delle parti); il suo effettivo esercizio è bensì in grado di potenziare la effettività concreta del giudicato arbitrale *pro futuro* ed avverso possibili controlli futuri e successivi» (così A. Briguglio, *Relazione*, cit., p. 45 ss., spec. pp. 45 e 54). Si può pensare anche, infatti, che “le parti, stipulando la convenzione d'arbitrato, non hanno rinunciato totalmente alla giurisdizione dello Stato” e da questa premessa partire per disciplinare l'impugnazione del lodo (G. Verde, *Relazione di sintesi. La riforma della impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in *Corte nazionale arbitrale, Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale*, cit., 145).

[16] La *Relazione annuale-2014* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei deputati, Roma 2 luglio 2015, si può leggere in *www.anticorruzione.it*, par. 8.1. Nella *Relazione*, come si è detto, sono indicati i dati statistici, che purtroppo pongono in luce lo scarso utilizzo tanto dell'arbitrato libero/*ad hoc* (previsto dall'al-

le 2015, nella *Relazione annuale 2016*, nella *Relazione annuale 2017*, nonché nella *Relazione annuale 2018* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, con il correlato *Intervento* del Presidente Raffaele Cantone, infatti i dati sono simili e la situazione non migliora [17].

Nella recente *Relazione annuale del 2019* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) alla Camera dei Deputati (del 2 luglio 2020) si segnala che alcuni passi avanti sono stati fatti e la Camera arbitrale dei contratti pubblici, incardinata presso l'ANAC, «ha proseguito nell'azione di diffusione, con puntuali forme di pubblicità e trasparenza, dell'attività contrattuale delle pubbliche amministrazioni (ivi compreso l'eventuale momento del contenzioso), per il rafforzamento delle finalità istituzionali di integrità e di legalità in settori che presentano più alti gradi di rischio di fenomeni corruttivi. La Camera, pertanto, dopo aver disposto con il comunicato n. 1 del 2017[18], oltre alla pubblicazione dei dati relativi agli arbitrati, an-

che la pubblicazione integrale dei testi dei lodi depositati nel rispetto della disciplina della tutela della riservatezza dei dati personali, ha disposto la pubblicazione, a partire da gennaio 2019, previa opportuna revisione e informazione agli interessati, dell'albo degli arbitri; ciò al fine appunto di perseguire un livello di trasparenza sempre più elevato con riferimento all'attività della Camera stessa". Ci si chiede come risolvere il problema della sfiducia nello strumento arbitrale, e quindi del suo conseguente scarso utilizzo per risolvere le controversie insorte nella fase esecutiva degli appalti pubblici, un'esigenza a tutt'oggi sentita, dato che tale scarso utilizzo permane pure dopo la riforma dell'istituto contenuta nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 50/2016). Alla base vi è soprattutto una mancanza di fiducia che "è condivisa anche dallo Stato, che non ha simpatia per l'arbitrato che riguardi controversie in materia di opere pubbliche" [19], anche se, a ben vedere, si tratta di una sfiducia spesso ingiustificata, poiché,

lora vigente codice appalti, con riguardo all'arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici, a cui il legislatore delegato ha tentato di porre rimedio introducendo la disciplina di un unico arbitrato in materia di contratti pubblici obbligatoriamente amministrato dalla Camera arbitrale, ex artt. 209 e 210 d. lgs. n. 50 del 2016 (non toccato sul punto dal Decreto correttivo, d. lgs. 56/2017).

[17] V. la *Relazione annuale 2015 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione*, Roma, Senato della Repubblica 14 luglio 2016, in www.anticorruzione.it (cap. 13), nonché la *Relazione annuale-2016* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 luglio 2017, in www.anticorruzione.it, in particolare sugli indicatori di rischio corruttivo e sulle "misure della corruzione tra opportunità e limiti", 52 ss. V. altresì, sempre sul sito dell'ANAC, la *Relazione annuale 2017* dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, Roma, Senato della Repubblica, 14 giugno 2018, cit., 311 ss. e il correlato *Intervento* del Presidente Raffaele Cantone. Nella *Relazione* (cap. 15.2), si rileva che resta confermato «il dato di incertezza nel quale [...] vive da qualche tempo l'istituto dell'arbitrato per le controversie insorte nell'esecuzione dei contratti pubblici». Il numero delle domande di arbitrato amministrato (con istanza di nomina del terzo arbitro) introdotte nel 2017 è stato pari a 9. In diminuzione anche il *trend* degli arbitrati «liberi» (in cui il presidente del collegio arbitrale era stato ancora scelto d'accordo tra le parti, o su loro mandato dagli arbitri di parte), che per il 2017 risulta pari a 16. Un dato non molto confortante riguarda anche la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2017. «Trattasi di una media di oltre 425 giorni per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di circa 505 giorni per quelli condotti secondo il rito libero, media risultante da una serie di dati compresa, rispettivamente, tra un valore minimo di 240 giorni e un valore massimo di 940 giorni, e tra un valore minimo di 160 gg. e un valore massimo di 1430 gg. Pochissimi sono i giudizi conclusi entro il termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c. (2 per ciascun rito)». Dalla *Relazione annuale del 2018 dell'ANAC (Relazione annuale 2018 dell'Autorità Nazionale Anticorruzione alla Camera dei Deputati, Roma, 6 giugno 2019, in www.anticorruzione.it)*, si evince che il dato più evidente è costituito "dal numero, pari a 13, delle domande di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale, che sono state introdotte nel 2018 con istanza di nomina del terzo arbitro, seppure leggermente superiore al corrispondente dato per il 2017, pari a 9, va tuttavia considerato nel confronto con quello complessivo degli anni precedenti perché occorre che sia considerato nel nuovo quadro della unificazione delle procedure arbitrali davanti alla Camera arbitrale presso l'ANAC disposto dal Codice. È naturale che risulti in diminuzione, per la ragione sopra ricordata, il dato relativo ai lodi degli arbitrati c.d. liberi, vale a dire di quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è stato scelto d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte), che per il 2018 è pari a 4. Questo dato - pur non pienamente omogeneo per tipologia con il precedente, ma l'unico che in proposito è conoscibile dalla Camera arbitrale sulla base dell'adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal [comma 13 dell'art. 209](#) del Codice - conferma la flessione in atto negli ultimi anni, che ha portato in sostanza il numero di lodi pronunciati all'esito di una procedura libera assai lontano rispetto alla quota 100 raggiunta (e superata) fino al 2011, e comunque decrescente da una media vicina a 90 nei primi cinque anni del periodo a una media solo vicina a 24 nei quattro anni successivi, e che comunque era già discesa poco al di sotto di 38 anche nell'ultimo biennio precedente all'entrata in vigore del nuovo Codice". Un altro dato significativo, che emerge dalla *Relazione annuale 2018 dell'ANAC*, "concerne la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2018. Trattasi in media di poco meno di 459 gg. per gli arbitrati condotti secondo il rito amministrato e di 646 gg. per quelli condotti secondo il rito libero; tali medie risultano da una serie di dati compresa, rispettivamente, tra un valore minimo di 120 gg. e un valore massimo di 880 gg., e tra un valore minimo di 576 gg. e un valore massimo di 852 gg. Un solo giudizio (condotto con il rito amministrato) si è concluso entro il termine ordinario di 240 gg. previsto dal c.p.c.".

[18] Si tratta del Comunicato della Camera arbitrale n. 1 del 19 gennaio 2017 Pubblicazione del testo integrale dei lodi, in www.anticorruzione.it.

[19] In questi termini, G. Verde, *Relazione di sintesi. La riforma della impugnativa del lodo: memorandum per il legislatore delegato*, in Corte nazionale arbitrale,

soprattutto nell'ambito specifico della soluzione di controversie in materia di contratti pubblici, l'arbitro può veramente essere un "giudice su misura" [20].

Nel caso specifico dell'arbitrato negli appalti pubblici scarsa trasparenza e "opacità" nonché casi di corruzione hanno inciso negativamente sull'utilizzo dell'istituto. Attualmente però il potere di conferma degli arbitri designati dalle parti attribuito alla Camera arbitrale, che si aggiunge alla designazione e nomina del presidente del collegio ad opera della medesima Camera arbitrale, soddisfacendo l'esigenza di trasparenza (in virtù del [d. lgs. 50/2016](#) nel settore dei contratti pubblici e, più in generale, del [d. lgs. 97/2016](#) nella pubblica amministrazione) dovrebbe ridurre i fenomeni di *maladministration* [21].

Né va dimenticata l'attività consultiva e "preventiva" che l'Autorità Nazionale Anticorruzione pone in essere nell'ambito dei contratti pubblici e per l'attuazione del codice dei contratti pubblici, spesso svolta sotto forma collaborativa con le amministrazioni pubbliche (si pensi, per esempio, alla verifica preventiva, su richiesta della stessa pubblica amministrazione, delle bozze degli atti di gara per appalti esposti a rischi corruttivi/ o di infiltrazioni criminali, o per infrastrutture strategiche).

3. Rassegna di dati recenti in tema di arbitrato nei contratti pubblici alla luce della Relazione annuale 2019 (del 2 luglio

2020) presentata alla Camera dei Deputati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC)

Si registra che le domande di arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale proposte nel 2019 con istanza di nomina del terzo arbitro sono state in numero pari a 14: un numero che sostanzialmente conferma quello dell'anno precedente (pari a 13) e che è superiore di circa il 64% rispetto al corrispondente dato riscontrato per il biennio precedente (pari a 9). Tale dato che sembra andare nel senso di una "ripresa" dell'arbitrato già registrata nell'anno precedente, "va tuttavia confrontato con quello complessivo degli anni precedenti, perché occorre che sia considerato nel nuovo quadro della unificazione delle procedure arbitrali davanti alla Camera arbitrale presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione disposto dal Codice.

In diminuzione, infatti, è il numero dei lodi degli arbitrati c.d. "liberi" - vale a dire di quelli per i quali il presidente del collegio arbitrale è stato scelto d'accordo tra le parti (o su loro mandato dagli arbitri di parte), che per il 2019 è pari a 1. Questo dato, pur non pienamente omogeneo per tipologia con il precedente, ma l'unico che è conoscibile dalla Camera arbitrale sulla base dell'adempimento inerente al deposito del lodo previsto dal [comma 13 dell'art. 209 del d.lgs. 50/2016](#), viene infatti a confermare la flessione in atto negli ultimi anni nell'utilizzo dell'istituto dell'arbitrato in materia di contratti pubblici.

Terzo rapporto annuale sull'arbitrato. Impugnazione e revisione del lodo arbitrale, cit., 146. Va rimarcato che una certa sfiducia nello strumento arbitrale per risolvere controversie in materia di esecuzione di appalti pubblici emerge anche in recenti pronunce della Corte costituzionale: la "motivata autorizzazione" da parte dell'organo di governo della amministrazione aggiudicatrice, già prevista dalla [l. n. 190/2012](#), è condizione per poter ricorrere all'arbitrato (v. la pronuncia Corte cost., [9 giugno 2015, n. 108](#), in *Riv. arb.*, 2016 69 ss., con nota di A. M. Marzocco, *Autorizzazione del "ricorso all'arbitrato" (art. 241, 1° co. D. Lgs. 163/2006) e clausole compromissorie preesistenti: l'opinabile parallelo della Corte costituzionale e l'esegesi dell'art. 241, 1° co.*; e in *Giorn. Dir. Amm.*, 2016, 239 ss., con nota di F. Di Cristina, *Le sorti dell'arbitrato nei contratti pubblici*; v. altresì la successiva ordinanza Corte cost., 6 aprile-[6 maggio 2016, n. 99](#), confermativa della precedente, in *Giur. Cost.*, 3/2016, 890 ss., ove la Corte costituzionale ribadisce l'obbligo per la pubblica amministrazione di motivare in modo espresso la propria scelta di ricorrere all'arbitrato. Si tratta di un orientamento confermato in seguito anche da Corte cost. [20 febbraio-20 marzo 2019, n. 58](#), su cui *si vis* per approfondimenti il mio *Il difficile presente dell'arbitrato nei contratti pubblici e l'introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (ex art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la l. di conversione 14 giugno 2019, n. 55)*, cit., p. 827 ss. Ciò determina "un rallentamento della fase iniziale degli arbitrati che si instaurano sulla base di clausole convenute in tempo anteriore alla legge Severino, perché di fronte all'iniziativa di arbitro dell'imprenditore la condotta più normale della pubblica amministrazione alla quale si assiste è quella di inerzia" (F. Auletta, *Relazione del Presidente della Camera arbitrale per i contratti pubblici presso l'Autorità Nazionale Anticorruzione*, in *Giurisprudenza arbitrale*, 2/2016, 460 ss.).

[20] F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Napoli, 1958, 77; un "giudice su misura", designato dalle parti per le sue qualità professionali e che può essere scelto per la soluzione di controversie che coinvolgono problematiche di ordine tecnico, sottolinea C. Punzi, *Consulenza tecnica e giudizio arbitrale*, in *Riv. dir. proc.*, 2016, 1 ss., spec. 2, con riferimento all'[art. 242, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici](#).

[21] V. il [d. lgs. 25 maggio 2016, n. 97](#), rubricato "Revisione e semplificazione delle disposizioni in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza, correttivo della [legge 6 novembre 2012, n. 190](#) e del [decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33](#), ai sensi dell'[articolo 7 della legge 7 agosto 2015, n. 124](#), in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche", in *G.U.* 8 giugno 2016, n. 132. Per quanto concerne la trasparenza nei contratti pubblici, va segnalata la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (BDNCP), approvata di recente con delibera dell'ANAC n. 264 del 1/3/2018, recante "Regolamento concernente l'accessibilità dei dati raccolti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici" (in [www.anticorruzione.it](#)). Ancora, sempre per quanto attiene agli arbitrati nei contratti pubblici, soddisfa indubbiamente un'esigenza di trasparenza la pubblicità degli arbitrati in corso e degli arbitrati con lodi definiti, reperibili sul sito della Camera arbitrale presso l'ANAC, v., Lodo arb. Pisa, 12/01/2017, Lodo Roma, 26/05/2017, Lodo Roma 20/12/2017 (in [www.anticorruzione.it](#)).

Nella stessa direzione risulta orientata una seconda serie di dati: la prima concerne il valore delle controversie risolte a seguito di arbitrato, la seconda proviene invece dall'esame dell'andamento delle funzioni di competenza della Camera arbitrale relativamente alla gestione dell'albo degli arbitri e dell'elenco dei periti per i giudizi arbitrali.

Se per completezza va segnalato che il valore della controversia relativa all'unico lodo "libero" pronunciato nel 2019 è stato pari a circa 6.849.431 euro, di contro il valore delle controversie oggetto di procedura amministrata (6 nel 2019, di cui due peraltro hanno finora prodotto solamente l'esito di lodi parziali, a loro volta nel numero di due in un caso) ha presentato un valore medio di circa 3.703.329 euro (formato da importi disposti tra un valore minimo di circa 1.408.473 euro e un valore massimo pari a 9.040.000 euro). Tale dato segna evidentemente un deciso decremento non solo rispetto al dato in qualche misura anomalo rilevato per il 2018 (pari a 31.262.061 euro, in buona misura condizionato da un valore massimo pari a 175.379.702 euro) ma anche rispetto a quelli rilevati per il 2017 (pari a circa 5.658.400 euro) e per il 2016 (pari a circa 15.816.777 euro). Merita tuttavia di essere sottolineato, a differenza del passato, l'addensamento degli importi delle controversie nello scaglione intermedio tra quelli normativamente previsti^[22].

Inoltre, sempre dalla sopra citata Relazione annuale dell'Autorità Nazionale Anticorruzione del 2019, si evince che "con una nuova inversione di tendenza rispetto a quella di segno contrario rilevata nell'anno precedente, le "uscite" dal sistema non sono state compensate dalle "entrate". In particolare, l'albo degli arbitri per il 2019 ha visto 69 cancellazioni a fronte di 64 nuove iscrizioni; l'elenco dei periti 34 cancellazioni a fronte di 18 nuove iscrizioni.

Nel loro complesso questi primi dati, comunque, sembrano sufficienti per rappresentare una situazione ancora di incertezza riguardo al ricorso all'istituto dell'arbitrato nelle controversie in materia di contratti pubblici.

Nella valutazione complessiva possono poi rientrare altre due serie di dati pertinenti. La prima concerne la durata dei procedimenti conclusi con il deposito del lodo presso la Camera arbitrale nel 2019. Trattasi in media di po-

co meno di 395 gg. per i 4 arbitrati condotti secondo il rito amministrato (per completezza si ricorda che la durata dell'unico arbitrato condotto secondo il rito libero è stato di 1667 gg.), media risultante da una serie di dati compresa tra un valore massimo di 704 gg. e un valore minimo di 235 gg.

Con riguardo infine agli oggetti delle controversie arbitrali, merita di essere evidenziato che i dati riferiti al 2019 e relativi alla tipologia di contratto interessata dal ricorso all'arbitrato confermano, come risulta anche per gli anni precedenti, la vocazione tradizionale dell'istituto ad essere utilizzato come metodo alternativo di risoluzione delle controversie concernenti soprattutto l'appalto di lavori e tutte quelle prestazioni che con i lavori sono connesse. Per quanto si riferisce ai lodi pronunciati all'esito di una procedura amministrata 4 hanno riguardato appalti di lavori, 1 un appalto di servizi, 1 una concessione di servizi. Si conferma altresì ancora la inesistenza di arbitrati su controversie riguardanti solo contratti per forniture^[23].

Infine, per quanto concerne "l'innovazione circa il deposito dei lodi disposta con il [comma 13 dell'art. 209 del codice dei contratti pubblici](#), laddove prevede la possibilità che il deposito medesimo venga effettuato in forma telematica, con la delibera ANAC n. 48 del 30 gennaio 2019, è pervenuto a compiuta formalizzazione il procedimento avviato dalla Camera arbitrale circa le modalità di attuazione della norma medesima, che è stata sottoposta anche al parere dell'Agenzia delle entrate per la parte concernente gli adempimenti ai fini dell'osservanza degli obblighi fiscali da parte dei soggetti gravati degli stessi. La delibera ANAC specifica le caratteristiche di formazione e trasmissione del lodo arbitrale in originale digitale e le modalità di assolvimento dell'imposta di bollo, precisando altresì la permanenza della possibilità di trasmissione del lodo nelle forme attualmente vigenti^[23].

4. Brevi rilievi conclusivi

Un attento e capillare controllo, *in primis* da parte della Camera arbitrale (e dell'ANAC) durante tutto il procedimento, aiuta ad arginare e circoscrivere il fenomeno corruttivo, così come è importante che parte della normativa non continui a restare una *lex sine poena* e che siano ef-

[22] In questi termini la Relazione annuale 2019 dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) alla Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, cit., p. 314 ss.

[23] V., ancora, la Relazione annuale 2019 dell'ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) alla Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, cit., p. 314 ss. La Delibera numero 48 del 30 gennaio 2019 "Deposito del lodo presso la Camera arbitrale, a cura del collegio arbitrale, con modalità informatiche e telematiche ai sensi dell'[art. 209, comma 13, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50](#)" è pubblicata nella *G.U.* - Serie Generale n. 39 del 15 febbraio 2019, rettificata con la *G.U.* - Serie Generale n. 58 del 9 marzo 2019).

fettivamente irrogate le sanzioni previste a contrasto della corruzione[24]. Come è noto, mentre i conflitti di interesse, “rappresentano il vero brodo di coltura della corruzione”, la trasparenza ne costituisce “l’antidoto”[25]. Secondo l’ultimo rapporto di *Transparency International*, infatti, “ai significativi progressi degli anni scorsi, si aggiunge l’ulteriore, seppur lieve, avanzamento dell’Italia nel 2019, salita da 52 a 53 punti. Ciò nonostante, siamo ancora a metà classifica, quindi ben lontani dagli standard che merita un paese avanzato come il nostro. Tra l’altro, periodicamente assistiamo al ripetersi di fatti corruttivi, persino nell’attuale fase di emergenza sanitaria, con numerosi ca-

si scoperti dall’Autorità giudiziaria, a conferma di quanto il fenomeno continui a essere una piaga sociale”[26]. In questo scenario lo scarso ricorso all’arbitrato amministrato nei contratti pubblici oggi comunque non si giustifica, in quanto quest’ultimo rappresenta uno strumento flessibile[27] e vantaggioso in termini di riduzione dei costi, dei tempi e di miglioramento della qualità (con riguardo anche alle maggiori garanzie di trasparenza, nonché di indipendenza e imparzialità degli arbitri[28], e appare, peraltro, in controtendenza rispetto al *favor* manifestato dal legislatore nei confronti dell’arbitrato disciplinato nel codice di procedura civile[29].

[24] V. già la *Relazione annuale 2016* del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone alla Camera dei Deputati, Roma, 6 luglio 2017, cit., 4 ss. Del resto, come emerge dal *Report* (Agenda Anticorruzione 2017) di *Transparency International Italia*, presentato a Roma il 10 dicembre 2017, alla presenza del Ministro della Giustizia e del Presidente dell’ANAC, in Italia le leggi anticorruzione sono tante, ma sono poche le sanzioni. E delle leggi esistenti solo quattro dei nuovi tipi di legge per contrastare la corruzione superano i 50 punti su 100 di efficacia (quelle sugli appalti pubblici raggiungono 50 punti su 100). Pertanto possono essere migliorate per non costituire una “mera arma spuntata contro la corruzione” (sul punto si rinvia a www.infodata.ilssole24ore.it - 12/10/2017).

[25] Ancora, dalla *Relazione annuale 2016* del Presidente dell’Autorità Nazionale Anticorruzione Raffaele Cantone alla Camera dei Deputati, Roma, 6 luglio 2017, cit., 4 ss.

[26] Intervento del Presidente dell’ANAC Francesco Merloni di Presentazione della Relazione annuale 2019 dell’ANAC (Autorità Nazionale Anticorruzione) alla Camera dei Deputati, Roma, 2 luglio 2020, in www.anticorruzione.it, p. 4.

[27] In questo senso v. Zucconi Galli Fonseca, *Il processo arbitrale flessibile (con il focus sull’istruttoria)*, Napoli, 2018, p. 13.

[28] Sulle garanzie della indipendenza e imparzialità degli arbitri nell’arbitrato *de quo*, che non possono essere, per esigenze di spazio, approfondite in questa sede, si rinvia, si *vis*, anche per i riferimenti bibliografici e per un raffronto in una prospettiva comparatistica, a I. Lombardini, *Cause di incompatibilità speciali, indipendenza e imparzialità degli arbitri nell’arbitrato amministrato dalla Camera arbitrale per i contratti pubblici (anche alla luce di una recente sentenza della Corte costituzionale)*, in *Riv. arb.* 2018, p. 145 ss. Sul contenimento dei tempi e dei costi, nonché sull’importanza della qualità nell’arbitrato nei contratti pubblici, si rimanda, anche per i riferimenti bibliografici, a I. Lombardini, *Il difficile presente dell’arbitrato nei contratti pubblici e l’introduzione di altri nuovi rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale: il collegio consultivo tecnico (ex art. 1, commi 11-14 del d.l. 18 aprile 2019, n. 32 coordinato con la l. di conversione 14 giugno 2019, n. 55)*, cit., p. 827 ss. Sulla esigenza di realizzare un “giusto processo arbitrale” si rimanda alla disamina di G. Impagnatiello, *Il giusto processo arbitrale*, in *Aa.Vv. Trattato di diritto dell’arbitrato*, vol. I, *Profili generali*, Napoli, 2019, p. 261 ss.

[29] V. anche al riguardo F. Marone, *Favor arbitratus e arbitro amministrato in materia di contratti pubblici*, in *Riv. arb.* 2018, p. 1 ss., spec. p. 17, il quale rileva che «lo sfavore per lo strumento arbitrale in relazione al settore dei contratti pubblici, si pone, forse, in una direzione che si potrebbe definire antistorica». F. Auletta, in *Aa.Vv., Quinto rapporto annuale sull’arbitrato. L’impresa e il contenzioso: scegliere l’arbitrato*, *Atti del Convegno annuale organizzato dalla Corte Nazionale Arbitrale tenutosi a Roma il 19 giugno 2018*, in *Arbitrare, Quaderni della Corte Nazionale Arbitrale*, Pisa, 2019, 98, rileva che “Pertanto, l’opzione dell’arbitrato appare persino conveniente e largamente praticabile se non ci fossero a monte problemi di formazione, diffidenze risalenti ad un’epoca passata ed elementi che attingono alla rappresentanza politica che si nutre di consenso fatto anche di debiti insoluti. Quindi, non si può pensare di riformare questa nicchia senza pensare che ci siano assetti generali che vadano se non stravolti, almeno incisi in modo serio”.

PRINCIPI DI ORALITÀ, CONCENTRAZIONE E IMMEDIATEZZA

I principi di oralità, concentrazione e immediatezza e la formazione del giurista in Italia e in Germania

di Gianni Ghinelli

DEL 3 AGOSTO 2020

Sommario

1. Introduzione: il nesso tra il principio di oralità e la formazione del giurista
2. Il principio di oralità nel processo civile
3. Il declino dell'oralità nel processo civile: la carenza di una formazione unitaria
4. Il sistema tedesco: un modello alternativo
5. Un confronto col nostro sistema
6. Conclusione

1. Introduzione: il nesso tra il principio di oralità e la formazione del giurista

Propongo una riflessione sul rapporto tra i principi dell'oralità, della concentrazione e dell'immediatezza, da un lato, ed il sistema di formazione del giurista, dall'altro. Mi è spesso capitato di riflettere sugli aspetti positivi e negativi del nostro percorso di formazione, ma non avevo mai considerato il nesso tra il metodo di formazione del giurista ed il funzionamento del processo civile. Recentemente, ho avuto l'occasione di leggere *Processo e democrazia* [1], opera nella quale Piero Calamandrei traccia una linea molto netta tra questi due temi. Egli sostiene, anzitutto, che l'oralità è un principio affermato nel codice, ma rimasto largamente inattuato nella prassi; parte della responsabilità viene attribuita al carico eccessivo di lavoro gravante sui giudici (e lo diceva nel 1952...); infine, un'altra porzione di colpa è data alla mancanza di una formazione comune tra avvocati e magistrati. Proprio da quest'ultima considerazione nasce lo spunto per il presente contributo. Senza una formazione comune, sostiene Calamandrei, non ci può essere un rapporto di fiducia tra i principali soggetti del processo - giudice ed avvocati; senza fiducia, poi, non può trovare spazio l'oralità. Di seguito si passa ad una sintetica disamina del principio dell'oralità, per poi evidenziare i motivi che ne hanno determinato il declino: alcuni di questi sono

da sempre oggetto di dibattito; altri, invece, sono più recenti. Successivamente, considerando l'assunto sopra riportato in merito alla formazione di avvocati e giudici, si passa ad una panoramica del sistema formativo tedesco, che costituisce un modello alternativo molto interessante. Infine, nelle conclusioni, si proverà a rispondere alla seguente domanda: il sistema nel quale vengono formati gli avvocati ed i giudici è coerente con il principio dell'oralità?

2. Il principio di oralità nel processo civile

Il principio dell'oralità è indissolubilmente legato a quelli dell'immediatezza e della concentrazione: la trattazione orale, in udienza, dovrebbe svolgersi d'innanzi al medesimo giudice che poi deciderà la causa, il quale entra in contatto diretto con le parti, i loro difensori, i mezzi di prova e, in tempo breve, dovrebbe arrivare alla decisione. L'oralità, in estrema sintesi, è il presupposto per l'immediatezza e la concentrazione. Questi ultimi, al contempo, sono il corredo necessario del principio di oralità. Questo trittico di principi viene riassunto da Calamandrei con l'espressione "ideale dell'oralità" e descritto in questi termini: "(...) oralità, parola pregnante e programmatica, che (come a suo tempo si dirà) non comprendeva soltanto il ritorno alla parola parlata come forma di espressione prevalente in luogo della scrittura, ma altresì la concentrazione del procedimento, la

[1] CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, Padova, 1954. Il libro riprende le cd. "lezioni messicane", tenutesi nel 1952 presso la Facultad de Derecho della Universidad Nacional Autónoma del Messico.

immediatezza nelle relazioni tra parti e giudice e sopra tutto la restaurazione dell'autorità del giudice e l'ampliamento dei suoi poteri di investigazione"[2]. Sul piano ideologico e storico-sistematico, l'oralità costituiva un ritorno alla tradizione romanistica; su quello pratico, rappresentava un "ritorno del processo alla semplicità e naturalezza"[3], da cui sarebbe dovuta derivare una trattazione adeguata alle esigenze del caso concreto. Queste aspirazioni trovano, oggi, un approdo nel principio di ragionevole durata, che, a sua volta, si colloca nel contesto del giusto processo di cui agli artt. 24 e 111 cost. Il codice attuale concede ancora, potenzialmente, alcuni spazi di rilievo all'operatività del principio in commento. Di seguito una breve rassegna. In riferimento al processo ordinario di cognizione, dal momento successivo agli atti introduttivi, l'oralità è tuttora prevista come possibile modalità di svolgimento del processo: sia nella fase di trattazione della causa, che in quella decisoria. In riferimento alla trattazione, la norma di riferimento è anzitutto quella posta dall'[art. 180 c.p.c.](#), la quale precisa che la trattazione della causa è orale. In effetti l'[art. 183 c.p.c.](#) prevede, poi, che le tre memorie di cui al sesto comma siano solo eventuali. Pertanto, nel corso della prima udienza si potrebbe svolgere in forma orale tutta la trattazione, compresa la precisazione delle conclusioni[4]; in alternativa, già in prima udienza potrebbero essere formulate oralmente e decise le istanze istruttorie, con fissazione dell'udienza ex [art. 184 c.p.c.](#) Anche la fase decisoria prevede un potenziale ampio spazio per l'oralità: quando si svolge di fronte al tribunale in composizione monocratica, infatti, può svolgersi in forma esclusivamente orale ([art. 281-sexies c.p.c.](#)) o mista ([art. 281-quinquies, 2° comma, c.p.c.](#)). I principi espressi da Chiovenda trovano, com'è noto, un maggiore riconoscimento nel processo del lavoro, peraltro accompagnandosi al più intenso potere inquisitorio del giudice. Di fronte al giudice di pace, infine, la domanda introduttiva può essere proposta in forma orale in udienza; così pure il convenuto può costituirsi in udienza e, sempre in forma orale, proporre difese, eccezioni e domande riconvenzionali. In definitiva, si può affermare che il principio di oralità tro-

vi, ancor oggi, una serie di referenti normativi: è, in sostanza, un'opportunità che il codice continua a dare al giudice ed agli avvocati. Ancora, l'oralità non è solo un modo di trattare la causa, ma esprime una concezione del rapporto tra avvocati e giudice, all'insegna della collaborazione e della fiducia reciproca, la cui finalità è quella di arrivare nei tempi "giusti" alla definizione della lite. In questo senso, la cultura dell'oralità è funzionale alla ragionevole durata del processo.

3. Il declino dell'oralità nel processo civile: la carenza di una formazione unitaria

Veniamo ora alle cause del declino dell'oralità. Già Calamandrei, nelle lezioni messicane, riteneva che il declino dell'oralità fosse da attribuire, anzitutto, all'eccessivo carico di lavoro gravante sui giudici. L'oralità, infatti, richiede una buona conoscenza della causa da parte del giudice, così da poter decidere le questioni poste dalle parti, chiedere loro i chiarimenti necessari, sollecitare il contraddittorio ed evitare di decidere sulle questioni di rito con ordinanza fuori udienza.

Si può aggiungere a questa sommaria elencazione, la crescente complessità tecnica del contenzioso: una società interconnessa, internazionale e governata a tutti i livelli da meccanismi complessi esprime, inevitabilmente, un contenzioso altrettanto complesso. Questa corrispondenza viene confermata, sul terreno dell'istruttoria, dal ruolo centrale della consulenza tecnica d'ufficio, necessaria ad accertare i fatti di causa[5]. In questi casi, la trattazione orale è difficile da realizzare: sia le parti, che il giudice, preferiscono avere il tempo per studiare e scrivere i rispettivi atti e provvedimenti. In terzo luogo, si pone il tema del processo telematico. Da alcuni Autori, è stato ritenuto come un fattore di rischio per la realizzazione dell'oralità e per la centralità dell'udienza; altri, invece, hanno suggerito che potrebbe rappresentare una terza via. Il linguaggio informatico, nel contesto del processo, si porrebbe come un linguaggio alternativo rispetto all'oralità e alla scrittura, essendo in grado di coniugare la completezza della scrittura all'immediatezza dell'oralità[6]. Sempre nel contesto delle po-

[2] CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Padova, 1943, p. 9. Ne parla in riferimento al cd. Progetto Chiovenda. Seguiranno poi i progetti Mortara, Carnelutti, Redenti e infine la sintesi operata dal ministro Grandi insieme alla commissione composta da Conforti, Redenti, Carnelutti e Calamandrei. Successivamente ci fu un'ulteriore revisione da parte di magistrati, professori ed avvocati.

[3] Così, CALAMANDREI, *Istituzioni di diritto processuale civile*, cit., p. 224.

[4] Cfr. Cass. civ. Sez. III, sent. n. 4767, 11 marzo 2016.

[5] Sulla crescente centralità della consulenza tecnica, cfr. BIAVATI, *Argomenti di diritto processuale civile*, Bologna, 2018, p. 344.

[6] In riferimento a quest'ultima posizione, cfr. ZUCCONI GALLI FONSECA, *L'incontro tra informatica e processo*, in *R iv. trim. dir. e proc. civ.*, 4, 2015, pag. 1185: "Il linguaggio telematico, insomma, per un verso favorisce il pensiero di getto, a discapito della ponderazione derivante dall'immutabilità dello scritto; per altro verso realizza quell'immediatezza, concentrazione ed oralità, a cui Chiovenda affidava la chiavi del processo senza minimamente immaginare quale significato esse

tenzialità del processo telematico, si colloca poi la legislazione di emergenza per fronteggiare la pandemia in corso. L'art. 83, comma 7°, lett. h), d.l. n. 18 del 17 marzo 2020, ha introdotto la possibilità della trattazione scritta in luogo delle udienze civili, laddove non sia necessaria la presenza delle parti.

Rimane, infine, l'ulteriore fattore della sfiducia tra magistrati ed avvocati già segnalato da Calamandrei. Come anticipato l'oralità, a cui consegue l'immediatezza e la concentrazione delle attività processuali, necessità un rapporto di collaborazione tra avvocati e giudici: l'obiettivo di questo trittico di principi è di realizzare un processo flessibile alle esigenze del caso di specie. In generale, in dottrina è stato notato come ogni rito de-formalizzato richieda un rapporto di fiducia^[7]. Calamandrei suggerisce che la causa della sfiducia sia da rintracciare - tra gli altri fattori - nella carenza di una formazione comune e guarda con interesse al modello inglese.

4. Il sistema tedesco: un modello alternativo

Nelle esperienze di *civil law*, il caso tedesco fornisce un esempio di formazione comune. In Germania, giudici e avvocati, affrontano gli stessi esami, studiano le medesime materie, imparano a scrivere secondo le stesse tecniche; infine, sono chiamati a superare un unico - ma doppio - esame di Stato. In definitiva, tutti i giuristi crescono in un'identica cultura del diritto. Di seguito vengono ripercorse le tappe principali del percorso formativo tedesco, al fine di consentire un confronto col nostro.

Il percorso universitario è suddiviso in semestri e verte su sei esami scritti e sei ricerche scritte, queste ultime da svolgere nei periodi in cui non ci sono le lezioni. Nel corso dei semestri di studio devono essere sostenute due volte, con crescente grado di approfondimento, le tre materie fondamentali: diritto privato, diritto pubblico e diritto penale^[8]. Quindi si alterna, per ciascuna, un esame scritto (*Klausur*) ed una ricerca fatta a casa (*Hausarbeit*).

Gli esami sono scritti e consistono nella soluzione a fronte di una traccia, così come avviene per il nostro esame da avvocato. Fin dal primo semestre vengono offerti agli studenti dei seminari nei quali i collaboratori della cattedra insegna-

no a padroneggiare le tecniche di scrittura. Questo metodo di scrittura, simile per tutte le università, è detta *Gutachtenstil*^[9]. I voti non hanno particolare rilievo, perché tutto il percorso universitario è pensato in vista del primo esame di Stato. Dopo circa sei semestri gli studenti, solitamente, hanno sostenuto i sei esami fondamentali e scritto le sei ricerche; a queste materie si affiancano una serie di esami che rientrano in diverse specializzazioni, dette *Schwerpunkte*. Conclusa l'università si passa al primo esame di Stato, durante il quale i candidati affrontano scritti e orali in diritto privato, pubblico e penale. Lo scritto consiste, per ciascuna materia, in un caso da risolvere nella forma del parere; segue poi un esame orale. Il voto finale è dato da due componenti: anzitutto, l'esito dall'esame di Stato; in secondo luogo, la valutazione dei propri docenti universitari rispetto ad una tesi scritta sulla materia di specializzazione. L'esame può essere tentato solo due volte: alla seconda bocciatura si è definitivamente esclusi dal proseguo della propria formazione e carriera di giurista. Qui si realizza sicuramente un momento di selezione, ma nella prassi molti studenti abbandonano spontaneamente, già ai primi insuccessi negli esami scritti sulle materie fondamentali. Superato il primo esame di stato (*erste juristische Prüfung*) inizia la pratica legale: trattasi, anche qui, di un percorso formativo comune a tutti i giuristi, che ancora non sanno né cosa vorranno fare, né cosa potranno fare. Il verbo "potere", è dovuto al fatto che dal voto del secondo esame di Stato dipendono le possibilità di futura carriera: per diventare magistrato occorre un certo voto, per diventare notaio un altro ancora. Per diventare avvocato, invece, basta la sufficienza.

La pratica (*Referendariat*) dura due anni e separa il primo dal secondo esame di Stato. È organizzata a "stazioni", per usare la traduzione letterale dal tedesco. A rotazione, si lavora presso il tribunale, la pubblica amministrazione e studi legali. Dettaglio pratico: è il Land di svolgimento della pratica a pagare uno stipendio mensile al praticante. Segue poi il secondo esame di Stato, che si compone di prove scritte, sempre nelle tre materie sopra menzionate, e poi orali. Negli scritti, questa volta, lo stile di scrittura è quello della sentenza. Anche agli orali si deve affrontare un caso: il candidato riceve un fascicolo con relativi documenti di un caso

avrebbero assunto nell'era informatica".

[7] In questo senso, cfr. LUPOLI, *Tra flessibilità e semplificazione - Un caso di case management all'italiana*, Bologna, 2018, p. 625.

[8] Per sintetizzare le principali tappe del percorso formativo tedesco ho ricevuto il gentile aiuto del dott. Johannes Heck, che ringrazio, il quale è prossimo a conseguire il titolo di Dottore di Ricerca presso l'Università di Heidelberg, con tesi dal titolo: "*Le crisi del fallimento. Eine historisch-rechtsvergleichende Studie zu den Entwicklungsstufen des italienischen Insolvenzrechts ausgehend vom 19. Jahrhundert*" (in corso di pubblicazione).

[9] La parola *Gutachten* significa parere. *Gutachtenstil* significa stile di scrittura del parere.

e deve esporre alla commissione la soluzione. In entrambi gli esami i voti vanno da 0 a 18. La sufficienza corrisponde al voto 4. Se si raggiunge in entrambi il voto 9 si può accedere alla magistratura e al notariato, senza sostenere ulteriori esami.

5. Un confronto col nostro sistema

In via di premessa va ribadito l'ovvio, ossia che ciascun sistema formativo ha i propri pregi e difetti e che non è sensato fare considerazioni di valore in senso assoluto. Il nostro sistema, com'è noto, prevede una formazione universitaria unitaria (laurea a ciclo unico) improntata allo studio teorico ed in forma orale, al termine della quale ciascun percorso professionale si dirama in direzioni diverse. Allo studente si danno gli stimoli per un approfondimento sistematico su tutti gli istituti di maggior rilievo di ciascuna materia. Le lezioni sono un'occasione di dibattito coi docenti e tra studenti. In Germania, invece, non necessariamente tutto lo spettro di ciascuna materia viene trattato e l'approccio è forse più meccanico, perché si chiede allo studente di applicare correttamente il sillogismo giudiziale. È interessante notare come si insegnino ad elencare i presupposti in ordine logico e a contrassegnare con un segno "+" il presupposto esistente ed un segno "-" quello mancante. L'applicazione della norma al fatto ed i suoi effetti sono concepiti, anche graficamente, come un'operazione matematica. Questo rigore può forse sembrare eccessivo nel nostro contesto culturale. Tuttavia, manca nelle nostre università l'insegnamento di un metodo di ragionamento e di scrittura valido per tutti. All'università non si scrive e l'approccio è molto dottrinale: a volte si chiede agli studenti, in sede di esame, di fare esempi pratici: ma come fanno a formularli, se le lezioni sono prevalentemente teoriche? Sta, sostanzialmente, all'iniziativa del docente consentire allo studente un contatto con la realtà, ma anche qui manca un metodo che valga per tutte le università italiane e per tutte le materie. È carente l'insegnamento di una struttura di ragionamento e di scrittura chiari ed unitari, capaci di accomunare gli studenti di oggi e gli avvocati e magistrati di domani. Venendo infine alla questione posta da Calamandrei in merito al sistema formativo del giurista, trovo che il nostro sistema sia segnato da una serie di incoerenze che, a catena, impediscono la realizzazione dell'oralità nel processo intesa come cultura comune del processo e non solo come mezzo di espressione. La prima si registra nel passaggio tra università e formazione professionale: lo studio universitario è prevalentemente orale e dottrinale, mentre l'attività professionale è caratterizzata dalla netta prevalenza dello scritto. Questa inversione è, già di per sé, priva poco utile. Diventa

però nociva considerando che, se non è l'Università che insegna a scrivere, è l'ambiente professionale a farlo: la conseguenza è che ciascuno finisce per scrivere secondo i metodi e gli schemi logici più disparati. In particolare, avvocati e magistrati imparano a scrivere partendo da posizioni opposte. Il secondo momento di incoerenza tra l'intento di realizzare un processo improntato all'oralità e il sistema formativo di avvocati e magistrati, si registra in riferimento ai diversi presupposti per accedere all'avvocatura ed alla magistratura. Vi sono percorsi ed esami diversi, con un grado di approfondimento anch'esso differente. Ne consegue una certa diffidenza tra le due categorie, che impedisce la piena fiducia che, invece, richiede la realizzazione dell'oralità.

6. Conclusione

Si è visto che l'oralità, secondo Calamandrei, non è solo un mezzo per ma è anche un fine: non è, in sostanza, esclusivamente un modo per esprimersi in udienza, bensì una cultura del processo improntata alla collaborazione delle parti nel dare al processo i tempi e le formalità necessarie alla luce della complessità del caso singolo. Il principio in commento dovrebbe, quindi, essere l'espressione di un sentire comune tra gli avvocati e il giudice, funzionale alla realizzazione del giusto processo e della ragionevole durata. Un terreno culturale comune non può prescindere da un sistema formativo che sia, anch'esso, quanto più comune possibile. Come anticipato, però, non ha un senso voler copiare i sistemi altrui. La pratica comune a tutti i giuristi, secondo il sistema tedesco, ha dei costi a carico delle finanze pubbliche, già in difficoltà, e sarebbe comunque osteggiata da chi invece ritiene che sia necessaria una maggiore specializzazione già a partire dagli anni universitari. Per recuperare un minimo di terreno comune tra avvocati e magistrati, pur mantenendo l'impianto formativo attuale, si potrebbe partire con l'insegnare in tutte le Scuole di giurisprudenza delle tecniche di scrittura valide per tutti, distinguendo tra le diverse tipologie di testo giuridico. Imparare a scrivere secondo gli stessi schemi logici non vuol dire scrivere in modo identico e meccanico: vi sarebbe comunque spazio per la personalità di ciascuno. Inoltre, tutti avrebbero gli stessi strumenti intellettuali di partenza, accomunando, almeno nel fondamentale aspetto della scrittura, il metodo di ragionamento degli attori protagonisti del processo - avvocati e giudice. Imparare a scrivere all'università secondo modelli logici uniformi potrebbe essere, in definitiva, un primo passo per diminuire le diffidenze di cui parlava Calamandrei e promuovere l'oralità, intesa come cultura comune del processo e del diritto.

ESPROPRIAZIONE FORZATA E ABUSO DEL PROCESSO

L'abuso del processo e degli strumenti processuali: il frazionamento del credito ed il titolo esecutivo nei confronti dei condebitori solidali nell'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8151 del 24.04.2020

di Elisa Giardini

DEL 5 AGOSTO 2020

Sommario

1. Introduzione: abuso del diritto e del processo
2. Il frazionamento eccessivo del credito
3. L'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8151 del 2020: un caso di non abuso

1. Introduzione: abuso del diritto e del processo

Nel nostro ordinamento manca una definizione di “abuso del processo”. Nelle pronunce dei giudici si assiste alla tendenza a considerare questa fattispecie come una proiezione dell'abuso del diritto^[1], figura anch'essa di formazione prima giurisprudenziale che legislativa^[2], evidenziandosi, così - una volta di più - la stretta connessione tra il diritto sostanziale ed il diritto processuale, ovvero tra l'essere titolare di un diritto soggettivo ed il detenere gli strumenti per poterlo esercitare legittimamente, in caso di contestazione o controversia.

Rispetto all'abuso del diritto, la Corte di Cassazione^[3], con la decisione [n. 20106 del 18.09.2009](#)^[4], ha, ad esem-

pio, offerto una definizione ricorrendo alle clausole generali, ed affermando che “l'abuso del diritto, lungi dall'ingenerare una violazione in senso formale, delinea l'utilizzazione alterata dello schema del diritto, finalizzato al conseguimento di obiettivi ulteriori e diversi, rispetto a quelli indicati dal legislatore”, identificando l'abuso quando, nel collegamento tra il potere di autonomia conferito al soggetto ed il suo atto di esercizio, “risulti alterata la funzione obiettiva dell'atto rispetto al potere che lo prevede”. Di conseguenza quella posizione giuridica - che va oltre il suo limite - diventa arbitrio e non è più meritevole di tutela^[5].

Dal punto di vista legislativo, le basi giuridiche - senza

[1] La cultura giuridica degli anni '30 fondava invece l'abuso del diritto, più che su di un principio giuridico, su di un concetto di natura etico-morale, con la conseguenza che colui che ne abusava era considerato meritevole di biasimo, ma non di una sanzione giuridica. Si veda G. Chinè, M. Fratini, A. Zoppini, *Manuale di diritto civile*, IX Ed., 2017/2018, Nel diritto Editore, 2017, p. 794 s.s.

[2] L'abuso del diritto è stato, peraltro, codificato dal legislatore tributario in materia di elusione fiscale (*ex art. 10 bis L. n. 212 del 27.07.2000* c.d. «Statuto dei diritti del contribuente»). La norma in parola qualifica come abusive le operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti.

[3] Principio che trova conferma anche nell'ordinamento della Comunità Europea, ad es. con la decisione della Corte di Giustizia, sez. 1, [n. 321/05](#) del 5.07.2007, in *Diritto e Pratica Tributaria*, 2007, 6, p. 1353, pt. 2, laddove è stato espressamente consacrato il divieto dell'abuso del diritto nell'ambito dei principi generali dell'Ordinamento Comunitario ponendolo, ai sensi dell'art. 6 T.U.E., ai vertici delle fonti del diritto dell'Unione.

[4] *Ex multis* in CED, Cassazione, 2009 ed in Centro studi giuridici di Mantova, [www.ilcaso.it](#), 2010, p. 2101, p. I.

[5] Sono stati ritenuti tali, dai giudici, con riferimento al diritto di recesso, l'interruzione brutale del credito (così Cass. Civ., sez. 1, [n. 15482 del 18.10.2003](#), in *Il-Sole24Ore*, Guida al Diritto, 2003, Dossier/10, p. 20); l'eccesso di potere e la posizione di supremazia della maggioranza nelle delibere assembleari, (nella fattispecie si trattava di una S.p.A.), in Cass. Civ., sez. 1, [n. 9353 dell'11.06.2003](#), in CED, Cassazione, 2003; la slealtà della condotta del contraente *in bonis* rispetto alla

una norma *ad hoc* - si riconducono al combinato disposto del principio di buona fede oggettiva *ex art. 1175 c.c.* e a quello solidaristico *ex art. 2 Cost.*, per cui non esistono diritti soggettivi privi di limiti, perché, oltre a quelli tipici ed espressi, l'esercizio di qualsiasi diritto incontra anche il limite generale dato dal divieto di (suo) abuso.

Nel diritto sostanziale, il riferimento, per i diritti reali e, in particolare, per la proprietà, è all'*art. 833 c.c.*[6]; per le obbligazioni, *ex multis*, all'*art. 1993, comma 2 c.c.*[7]; per il contratto, tra gli altri, all'*art. 1375 c.c.* e all'*art. 1426 c.c.* su annullabilità e di tutela dei minori[8].

Ciò vale anche per l'abuso del processo. All'*art. 2 Cost.* si accosta l'*art. 111 Cost.* sul c.d. "giusto processo", pur dovendosi temperare comunque il diritto all'azione, anche esso costituzionalmente rilevante *ex art. 24 Cost.*: l'abuso si estrinseca qui in una strumentalizzazione patologica delle regole processuali, nella forma dell'abuso del diritto di azione, che si concretizza allorquando un soggetto eserciti un diritto in modo formalmente corretto e valido ma con modalità tali da sviare dalle finalità proprie della norma attributiva dello stesso, determinando un sacrificio ingiustificato degli interessi della sua contro-

parte negoziale[9] e processuale, in violazione dei doveri di buona fede, correttezza e lealtà (questa volta anche processuale).

Ad esso appartengono, oltre alla figura della frammentazione del credito (al seguito)[10], l'uso deviato del processo e dei suoi strumenti[11], ovvero la condotta processuale di carattere puramente dilatorio[12] e tutte le ulteriori ipotesi che siano valutate discrezionalmente dal giudice come abusive.

I riferimenti codicistici sono, solo per citarne alcuni, gli artt. 88, 92 e 96[13] c.p.c.

In particolare, l'*art. 88 c.p.c.*, al comma 1, sancisce - come noto - il dovere per le parti e i relativi difensori di comportarsi in giudizio con lealtà. E la stessa norma, al comma 2, prevede che il giudice, in caso di violazione da parte del difensore dello statuto comportamentale del comma 1, debba riferire all'Autorità che esercita il controllo disciplinare sul legale[14].

L'*art. 92 c.p.c.*, invece, prevede al comma 1 che il giudice possa escludere la parte vincitrice dalla ripetizione delle spese sostenute, se eccessive o superflue. La stessa norma dispone, poi, che il giudice pronuncia la condanna al rim-

valutazione della gravità dell'inadempimento, in Cass. Civ., sez. 3, *n. 13208 del 31.05.2010*, in CED, Cassazione, 2010.

[6] Rubricato "atti di emulazione". "Il proprietario non può fare atti i quali non abbiano altro scopo che quello di nuocere o recare molestia ad altri".

[7] Disposizione, quest'ultima, che consente eccezionalmente al debitore di opporre al possessore del titolo le eccezioni fondate sui rapporti personali intercorsi con i precedenti possessori.

[8] Il contratto, si ricorda, non è annullabile, se il minore ha con raggiri occultato la sua minore età; ma la semplice dichiarazione fatta da lui, di essere maggiorenne, non è di ostacolo all'impugnazione del contratto.

[9] Cass. Civ., sez. 3, *n. 20106 del 18.09.2009*, in CED, Cassazione, 2009.

[10] In particolare, la Corte di Cassazione è intervenuta più volte censurando la condotta dell'avvocato, per violazione del codice deontologico. Si leggano Cass. Civ., S.U., n. 961 del 17.01.2017, in *ISole24Ore*, *Quotidiano del Diritto*, 2017, ma anche Cass. Civ., sez. 2, ord. n. 16993 del 27.06.2018, in *SmartLex - Il Sole24Ore*.

[11] È il caso, ad esempio, di chi instauri un contenzioso contro soggetti del tutto estranei al giudizio e/o inesistenti, allo scopo di trasferire la competenza territoriale in un particolare foro piuttosto che in un altro, per un proprio interesse (*forum shopping*). Si veda, a tal proposito, Cass. Civ., sez. 1, *n. 11314 del 10.05.2010*, in CED, Cassazione, 2010, per cui: "La deroga alla competenza territoriale determinata dal cumolo di cause connesse, proposte contro più persone e radicate presso il giudice del foro generale di uno dei convenuti, non trova applicazione allorché l'evocazione in giudizio di uno di essi appaia *prima facie* artificiosa e preordinata allo spostamento della competenza [...]».

[12] Si vedano, *ex multis*, Cass. Civ., sez. 2, *n. 2723 dell'8.02.2010*, in CED, Cassazione, 2010 e Cass. Civ., sez. 6, ord. *n. 21141 del 13.10.2011*, in *SmartLex - Il Sole24Ore*.

[13] Cass. Civ., sez. 3, *n. 6533 del 5.04.2016*, in CED, Cassazione, 2016: "Il creditore che, senza adoperare la normale diligenza, iscriva ipoteca su beni per un valore sproporzionato rispetto al credito garantito, secondo i parametri previsti dagli artt. 2875 e 2876 c.c., incorre, qualora sia accertata l'inesistenza del diritto per cui è stata iscritta l'ipoteca giudiziale medesima, nella responsabilità prevista dall'*art. 96, comma 2 c.p.c.*, configurandosi un abuso della garanzia patrimoniale in danno del debitore". Si vedano anche Cass. Civ., sez. 1, *n. 5082 del 15.03.2016* e, nel merito, Trib. Rieti, sent. n. 545 del 31.10.2018, entrambe in *SmartLex - Il Sole24Ore*.

[14] L'espressione si riferisce a tutti gli atti aventi carattere propedeutico al giudizio esecutivo, suscettibili di aggravare la posizione debitoria della controparte, e quindi anche agli atti di precetto, pur non costituenti atti di carattere processuale in senso stretto. Così Cass. Civ., S.U., n. 16690 e n. 16691 del 6.07.2017, entrambe in *SmartLex - Il Sole24Ore* e Cass. Civ., *n. 7078 del 9.04.2015*, in CED, Cassazione 2015. Si richiama anche C.N.F., sentenza n. 236 del 23.12.2017, in <https://www.codicedeontologico-cnfi.it>. Con Cass. Civ., S.U., n. 961 del 17.01.2017 cit. è stata ritenuta legittima la sanzione disciplinare per l'avvocato che - di propria iniziativa e senza chiedere il *placet* del proprio cliente - abbia, tra le varie contestazioni, richiesto per conto del medesimo cliente, una pluralità di ingiunzioni per ragioni creditorie del tutto analoghe tra di loro e riferita a crediti maturati in ristretto lasso di tempo.

borso delle spese processuali che, a prescindere dall'esito del giudizio, una parte abbia costretto l'altra a sostenere a causa della violazione dell'[art. 88 c.p.c.](#)

Per l'[art. 96 c.p.c.](#), infine, costituisce abuso il comportamento della parte soccombente che abbia agito in giudizio o resistito con mala fede o colpa grave, parte che, ad istanza dell'altra, può essere condannata al risarcimento dei danni[15] dettando già, nei suoi tre commi, gli strumenti per sanzionare tali condotte[16].

2. Il frazionamento eccessivo del credito

La fattispecie di abuso che è stata più volte toccata dai giudici - e che riguarda anche il processo esecutivo - è quella della frammentazione del credito o del frazionamento della domanda giudiziale.

In prima approssimazione la parcellizzazione del credito è la situazione giuridica in cui, a fronte di un unico rapporto obbligatorio, il creditore fa valere il credito che ne discende non già attraverso un'unica domanda giudiziale, bensì mediante l'esperimento di una pluralità di iniziative processuali, volte alla soddisfazione della pretesa di

cui è titolare[17], con la conseguenza che il debitore resta esposto ad una molteplicità di azioni per lo stesso titolo. Si parla, in dottrina[18], anche di parcellizzazione contestuale o di frazionamento "dei crediti"[19] relativi ad uno stesso rapporto, quando il creditore introduce nello stesso momento più iniziative in giudizio relative al medesimo rapporto di debito-credito; di parcellizzazione sequenziale o di frazionamento «del credito»[20], invece, quando le suddette iniziative, ricollegate ad una singola obbligazione, sono proposte in momenti successivi.

La giurisprudenza della Cassazione ha visto alternarsi orientamenti di segno ora favorevole, ora contrario a tale modalità di esercizio del diritto di azione.

Le stesse Sezioni Unite hanno espresso nel tempo giudizi altalenanti, sancendo in un primo momento la piena liceità del frazionamento, per poi escluderla completamente e, infine, ammettendo la liceità del frazionamento dei crediti, ma a certe condizioni.

Infatti, e per cominciare dalle più risalenti, con sentenza [n. 108 del 10.04.2000](#)[21] le S.U. hanno ritenuto - in estrema sintesi - perfettamente ammissibile il fraziona-

[15] La Corte Costituzionale, con sentenza [n. 152 del 23.06.2016](#), in Corte Costituzionale, Sito Uff. C. Cost., 2016, massima redatta a cura del Servizio Studi e Massimario della Corte Costituzionale, ha ritenuto come la previsione di cui all'[art. 96 c.p.c.](#) abbia natura sanzionatoria delle condotte di quanti, abusando del diritto di azione o di difesa, si servano dello strumento processuale a fini dilatori, aggravando così il volume del contenzioso.

[16] Il [comma 1](#), riferito al processo ordinario di cognizione, prevede il potere per il giudice, su istanza di parte, di condannare il soccombente che abbia agito in giudizio con mala fede o colpa grave, oltre che al rimborso delle spese, anche al risarcimento dei danni, configurando un'ipotesi di responsabilità aquiliana [ex art. 2043 c.c.](#) Il [comma 2](#), con riguardo al processo esecutivo e cautelare, prevede invece che il giudice che accerti l'inesistenza del diritto per cui è stato eseguito un provvedimento cautelare o trascritta domanda esecutiva, su istanza della parte danneggiata condanni al risarcimento dei danni l'attore o il creditore procedente che abbia agito senza la normale prudenza. Infine, il comma 3, introdotto dalla [L. 69 del 18.06.2009](#), ed applicabile ai processi instaurati dopo la sua entrata in vigore, prevede che, in ogni caso, quando pronuncia sulle spese [ex art. 91 c.p.c.](#), il giudice possa, anche d'ufficio, condannare la parte soccombente (anche) al pagamento, a favore della controparte di una somma equitativamente determinata. Si legga, *ex multis*, Cass. Civ., sez. L, [n. 24645 del 27.11.2007](#), in CED, Cassazione, 2007.

[17] Si vedano Cass. Civ., sez. L, [n. 11520 del 2.09.2000](#), in CED, Cassazione, 2000, e in La Tribuna, Arch. Civ., 2001, 6, p. 800, Cass. Civ., sez. L, n. 9545 dell'11.04.2008, in SmartLex-IlSole24Ore ed anche Cass. Civ., sez. L, [n. 28963 del 4.12.2017](#), in CED, Cassazione, 2017, sulla frazionabilità e *ne bis in idem*, in riferimento agli elementi della base di computo del relativo calcolo del TFR del lavoratore.

[18] L. Lucenti, "Frazionamento del credito, abuso del processo e responsabilità disciplinare dell'avvocato", nota a sentenza Cass. Civ., S.U., n. 490 del 16.02.2017, in Jusdicere.it del 13.03.2017.

[19] Cass. Civ., sez. 3, [n. 28286 del 22.12.2011](#), in La Tribuna, Arch. Giur. della Circolazione e dei Sinistri stradali, 2013, 2, p. 193 ma anche Cass. Civ. S.U., [n. 26961 del 22.12.2009](#), in CED, Cassazione, 2009, Cass. Civ. sez. 1, [n. 9317 del 14.04.2013](#), in CED, Cassazione, 2013; Cass. Civ. sez. L n. 11256 del 10.05.2013, in SmartLex-IlSole24Ore; Cass. Civ. sez. 2, [n. 10177 del 18.05.2015](#), in CED, Cassazione, 2015, e Cass. Civ., sez. 2, [n. 22574 del 7.11.2016](#), in CED, Cassazione, 2016.

[20] Cass. Civ., sez. 1, [n. 6900 del 23.07.1997](#), in CED, Cassazione, 1997: "Deve ritenersi contrario a buona fede, e quindi inammissibile, siccome illegittimo per abuso del diritto, il comportamento del creditore il quale, potendo chiedere l'adempimento coattivo dell'intera obbligazione, frazioni, senza alcuna ragione evidente, la richiesta di adempimento in tutta una pluralità di giudizi di cognizione davanti a giudici competenti per le singole parti. Ne vale ad escludere questo giudizio di sfavore il fatto che nessun vantaggio economico si profili, in tale modo, per il creditore. Ciò che infatti unicamente rileva, ai fini di una corretta impostazione del problema entro i canoni ermeneutici del principio di buona fede è l'esistenza di un qualsivoglia pregiudizio per il debitore, non giustificato da un corrispondente vantaggio - meritevole di tutela per il creditore". Si veda anche Cass. Civ., sez. 1, [n. 7400 dell'8.08.1997](#), in CED, Cassazione 1997.

[21] In CED, Cassazione, 2000: "In assenza di espresse disposizioni, o di principi generali desumibili da una interpretazione sistematica, deve riconoscersi al creditore di una determinata somma, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, la facoltà di chiedere giudizialmente, anche in via monitoria, un adempimento parziale, in correlazione con la facoltà di accertarlo, attribuitagli dall'[art. 1181 c.c.](#), con riserva di azione per il residuo, trattandosi di un potere che risponde ad un

mento di un credito accompagnato dalla riserva di azione per il residuo, sostanzialmente mancando nel sistema una norma che vieti espressamente tale condotta e sussistendo - di contro - l'[art. 1181 c.c.](#) per cui «nel riconoscere il diritto del creditore di rifiutare un adempimento parziale, non si esclude il potere dello stesso di accettarlo e, quindi, di richiederlo, anche giudizialmente con una domanda di adempimento parziale». Parimenti, il debitore può sempre offrire, in sede di contestazione e/o di opposizione, di adempiere per intero le proprie obbligazioni, o chiedere l'accertamento negativo sulla sussistenza e consistenza del credito, non subendo dunque un pregiudizio alle proprie prerogative di difesa.

In un secondo momento, la Suprema Corte, con la sentenza a S.U. [n. 23726 del 15.11.2007](#)^[22], ha invece adottato una soluzione opposta e rigorista, con la grave conseguenza dell'improponibilità delle domande frazionate, evidenziando come una condotta di frazionamento, posta in essere dal creditore, debba considerarsi inammissibile, per contrasto al dovere di solidarietà espresso dall'[art. 2 Cost.](#) e dai suoi corollari di buona fede oggettiva e correttezza, perché volta solo ad aggravare la posizione del debitore, senza arrecare alcun vantaggio al creditore agente^[23]. Ha trovato dunque spazio nella giurisprudenza la

lettura costituzionalmente orientata di norme e principi codicistici: infatti, le principali argomentazioni a sostegno di tale impostazione sono date proprio dalla valorizzazione, anche nel processo, delle regole di buona fede, correttezza e solidarietà sociale derivanti dal Codice Civile e costituzionalizzate all'[art. 2 Cost.](#), nella sua valorizzazione *ex* [art. 111 Cost.](#), del principio del giusto processo e della sua ragionevole durata^[24].

Il divieto di abusare del diritto e dello strumento del processo è stato allora riconosciuto e codificato, per la Corte di Cassazione del 2007, quale principio generale dell'ordinamento allo scopo di sanzionare quei comportamenti nei confronti della controparte che impongono un sacrificio eccessivo dell'interesse di cui si fa portatrice, senza essere sorretti da un'apprezzabile ragione giustificativa dal punto di vista giuridico ed economico^[25].

Da ultimo, emblematica la sentenza [n. 4090 del 16.02.2017](#)^[26], le S.U. della Corte di Cassazione hanno individuato una soluzione mediana e di sintesi nell'approccio alla problematica del frazionamento, arrivando ad affermare che il frazionamento sia legittimo ma a determinate condizioni, e cioè distinguendo di fatto l'infrazionabilità del singolo credito “nella considerazione che la parte può disporre della situazione sostanziale ma non

interesse meritevole di tutela del creditore stesso, senza sacrificare in alcun modo il diritto del debitore alla difesa delle proprie ragioni”. Nello stesso senso anche Cass. Civ., sez. 2, [n. 3814 del 15.04.1998](#), in CED, Cassazione, 1998 e Cass. Civ., sez. 2, [n. 10326 del 19.10.1998](#), in CED, Cassazione, 1998 e *ISole24Ore - Guida al Diritto*, 2007, 47, p. 32 con nota di M. Finocchiaro: “Il creditore ha facoltà di chiedere, anche in via monitoria, un adempimento parziale, in correlazione all'identica facoltà di accettarlo, riconosciutagli dall'[art. 1181 c.c.](#), perché il pericolo di aggravio di spese per il debitore, esposto ad una pluralità di decreti ingiuntivi nel caso di parcellizzazione del credito, è dal medesimo evitabile o mettendo in mora il creditore, offrendogli l'adempimento dell'itero, o chiedendo l'accertamento negativo di esso”. Più di recente anche Cass. Civ. sez. L, n. 1251 del 25.01.2016, in *SmartLex - ISole24Ore*.

^[22] Si assisterebbe, diversamente ragionando, ad un ingiusto aggravamento della posizione del debitore, sia per il prolungamento del vincolo coattivo cui dovrebbe sottostare per liberarsi dell'obbligazione nella sua interezza, ove il credito sia azionato nei suoi confronti all'inizio solo *pro quota* e con riserva di azione per il residuo, sia per l'aggravio di costi ed oneri, senza un apprezzabile interesse per il creditore. La condotta tenuta dal creditore finisce, così, inevitabilmente comportare un aggravio di spese processuali per il debitore che resterebbe esposto indefinitamente al vincolo coattivo, in aggiunta al rischio di contrasti di giudicato, con duplicazione dell'attività istruttoria in relazione alla medesima vicenda sostanziale.

^[23] Cass. Civ., S.U., [n. 23726 del 15.11.2007](#), cit. Conf. Cass. Civ., sez. 3, [n. 24539 del 20.11.2009](#), in *SmartLex-ISole24Ore* e Cass. Civ., sez. 3, [n. 15476 dell'11.06.2008](#), in CED, Cassazione, 2008.

^[24] Un processo per definizione “giusto”, per la Suprema Corte “non potrebbe essere ove frutto di abuso [...] per esercizio dell'azione in forme eccedenti, o devianti, rispetto alla tutela dell'interesse sostanziale, che segna il limite, oltreché la ragione dell'attribuzione, al suo titolare, della *potestas agendi*” e, peraltro, per “l'evidente antinomia che esiste tra la moltiplicazione dei processi e la possibilità di contenimento della relativa durata”.

^[25] Non è consentito al creditore di una determinata somma di denaro, dovuta in forza di un unico rapporto obbligatorio, di frazionare il credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo, in quanto tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con unilaterale modificazione peggiorativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che deve improntare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale per ottenere l'adempimento, sia con il principio costituzionale del giusto processo, traducendosi la parcellizzazione della domanda giudiziale diretta alla soddisfazione della pretesa creditoria in un abuso degli strumenti processuali che l'ordinamento offre alla parte nei limiti di una corretta tutela del suo interesse sostanziale.. Così in Cass. Civ. sez. 1, n. 6957 del 18.03.2010, in *ISole24Ore - Mass. Rep. Lex24*. Ciò vale anche se le domande sono relative al risarcimento del danno derivante da fatto illecito, per Cass. Civ. sez. 3, [n. 28286 del 22.12.2011](#), cit.

^[26] In CED, Cassazione, 2017.

dell'oggetto del processo, da relazionarsi al diritto soggettivo del quali si lamenta la lesione, in tutta l'estensione considerata dall'ordinamento" dalla frazionabilità dei crediti inerenti ad un medesimo rapporto[27].

La libera frazionabilità dei crediti in tale modo affermata non avviene *de plano*, in quanto deve essere supportata da un interesse oggettivamente valutabile alla tutela processuale frazionata: pertanto, le relative domande potrebbero essere proposte in giudizi separati solo qualora fosse riscontrabile un interesse oggettivo, obiettivamente apprezzabile in capo al creditore, in ordine alla tutela in più tempi[28] e con una valutazione caso per caso[29].

Diverso è il caso, più volte affrontato dalla giurisprudenza del divieto di frazionamento del credito originariamente unitario in più parti ovvero con onerose o plurime iniziative giudiziali, ove ciò comporti un'indebita maggiorazione dell'aggravio per il debitore, in quanto non giustificata da particolari esigenze di tutela effettiva del credito[30], ma (solo) da vessatorietà e sproporzione[31], "a nulla rilevando in contrario la possibile successiva riunione dei procedimenti stessi, giacché la responsabilità deontologica di una condotta può emergere anche in presenza di un contegno processualmente consentito o comunque non censurato"[32].

Nello stesso senso si è affermato che il frazionamento soggettivo delle azioni in giudizio, ravvisabile ove più soggetto promuovano contemporaneamente distinte cause di identico contenuto nei confronti dello stesso soggetto, con identico patrocinio legale e, quindi, connesse per l'oggetto e il titolo, impone che le cause vengano riunite anche in sede di legittimità, configurandosi l'inutile moltiplicazione delle azioni come abuso del processo - idoneo a gravare sia lo Stato che le parti dell'aumento degli oneri processuali, con riguardo all'allungamento dei tempi processuali, derivanti dalla proliferazione non necessaria del procedimento e all'eventuale lievitazione dei costi a carico della parte soccombente - che, pur non essendo sanzionabile con l'inammissibilità dei ricorsi, essendo illegittimo non lo strumento adottato ma la modalità della sua utilizzazione, impone tuttavia l'eliminazione degli effetti distorsivi che ne derivano"[33].

La parcellizzazione della domanda giudiziale, cioè il frazionamento di un credito in plurime richieste giudiziali di adempimento, contestuali o scaglionate nel tempo si traduce in un vero e proprio abuso degli strumenti processuali[34], quando tale scissione del contenuto dell'obbligazione, operata dal creditore per sua esclusiva utilità con

[27] Le domande aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito, anche se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti possono essere proposte in separati processi.

[28] Cass. Civ., sez. 6, n. 21318 del 21.10.2015, in CED, Cassazione, 2015.

[29] Ad esempio, Cass. Civ., sez. 2, ord. n. 16993 del 27.06.2018, in www.altalex.it del 6.11.2018 ha ritenuto abusivo il frazionamento del credito nella fattispecie esaminata "posto che gli incarichi professionali dell'attore, un perito assicurativo, seppure diversi in quanto riguardanti ciascuno un distinto sinistro, erano tutti riconducibili ad un unico contratto d'opera esistente con la compagnia di assicurazioni nell'ambito di un più ampio accordo di collaborazione professionale, svoltosi per anni, senza particolarità nella richiesta della prestazione o di ulteriori compensi. Non è stato ritenuto giustificato e meritevole di tutela oggettivamente l'interesse del creditore a frazionare le proprie pretese creditorie per ottenere il pagamento relativo ad incarico esperito rispetto alla propria committente". Si veda anche Cass. Civ., sez. 2, n. 31012 del 28.12.2017, in CED, Cassazione, 2017. E, di recente, Cass. Civ., S.U., n. 4315 del 20.02.2020, in *IlSole24Ore*, Guida al Diritto, 2020, 29, p. 82: "Commette abuso del processo il perito che, avendo svolto continuativamente per circa dieci anni opera di perito per un'impresa assicuratrice, proponga domanda separata di pagamento di una singola perizia; pertanto il gravame in sede di legittimità avverso la decisione di rigetto assunta dal giudice di merito va dichiarato inammissibile, e il ricorrente va condannato alla sanzione di cui all'art. 86 c.p.c."

[30] Fanno riferimento alla legittima proposizione - da parte dell'attore ed in separati processi - di più domande, aventi ad oggetto diversi e distinti diritti di credito pur se relativi ad un medesimo rapporto di durata tra le parti, ove l'attore risulti assistito da un oggettivo interesse al frazionamento del credito Cass. Civ., sez. 2, n. 20714 del 13.08.2018, in CED, Cassazione, 2018, Nella fattispecie, tuttavia, l'interesse soggettivo è stato ritenuto insussistente, vista peraltro l'instaurazione di cinquantotto procedimenti per ingiunzione per ottenere il pagamento di una pluralità di crediti relativi alle spese di custodia di veicoli affidati ad una carrozzeria dalle autorità di pubblica sicurezza. Nello stesso senso Cass. Civ., sez. 2, ord. n. 17893 del 6.07.2018, in CED, Cassazione, 2018.

[31] C.N.F., sentenza n. 102 del 2.05.2016 in <https://www.codicedeontologico-cnfi.it>, che, in particolare, osserva come pone in essere un comportamento deontologicamente rilevante il professionista che, a fronte di un credito relativamente modesto e pur potendo egli fruttuosamente agire in via esecutiva mobiliare, proceda con plurimi pignoramenti immobiliari, e quindi con un'iniziativa giudiziaria sproporzionata, in relazione alla tutela delle ragioni creditorie del proprio cliente, ed inutilmente onerosa, così pregiudicando ingiustamente la parte debitrice.

[32] Così, C.N.F., sentenza n. 148 del 10.12.2017, ma anche più di recente C.N.F., sentenza n. 116 del 19.10.2019, tutte in <https://www.codicedeontologico-cnfi.it>.

[33] Così in Cass. Civ., sez. 1, n. 9488 del 30.04.2014, in CED, Cassazione, 2014. Nella specie, la Suprema Corte ha provveduto alla riunione dei ricorsi proposti dai comproprietari di alcuni immobili espropriati che, rappresentati dallo stesso difensore, avevano proposto distinte domande di analogo contenuto e volte ad ottenere la determinazione della rispettive indennità espropriative.

[34] Cass. Civ., S.U. n. 23726 del 15.11.2017, cit.. Nello stesso senso Cass. Civ., sez. 3, n. 15476 dell'11.06.2008, cit.; Cass. Civ. sez. L, n. 28719 del 3.12.2008,

unilaterale modificazione aggravativa della posizione del debitore, si pone in contrasto sia con il principio di correttezza e buona fede, che devono supportare il rapporto tra le parti non solo durante l'esecuzione del contratto, ma anche nell'eventuale fase dell'azione giudiziale, per ottenere l'adempimento, ma anche del principio costituzionale del giusto processo.

3. L'ordinanza della Corte di Cassazione n. 8151 del 2020: un caso di non abuso

Di particolare interesse, rispetto al tema dell'abuso del processo esecutivo, è la recente ordinanza della sesta sezione civile della Corte di Cassazione, [n. 8151 del 24.04.2020](#)^[35].

La Suprema Corte, nel dichiarare inammissibile il ricorso promosso contro la sentenza n. 2752/2017 della Corte d'Appello di Firenze e nel condannare il soccombente al pagamento delle spese di lite, ha espresso il principio di diritto per cui, in tema di esecuzione forzata, non viola gli obblighi di correttezza e di buona fede e non contravviene, pertanto, al divieto di abuso degli strumenti processuali, il creditore di due o più condebitori solidali che, in forza del medesimo titolo, intraprenda un'azione esecutiva nei confronti di uno di essi, dopo avere ottenuto, nei confronti dell'altro, un'ordinanza di assegnazione [ex art. 553 c.p.c.](#), fintanto che quest'ultima non sia adempiuta dal terzo pignorato, sino all'integrale concorrenza del credito azionato, fermo restando il divieto - la cui inosservanza va comunque dedotta con l'opposizione esecutiva - di conseguire importi superiori all'ammontare del credito azionato.

Nei fatti, una banca, che vantava un credito nei confronti di due coniugi, tra loro condebitori in solido^[36], sottoponeva a pignoramento la pensione dovuta al primo dall'INPS e, successivamente, ad esecuzione pendente, notificava analogo atto, con lo stesso terzo pignorato, sempre per emolumenti da pensione, anche nei confronti dell'altro condebitore.

Vista la dichiarazione positiva del terzo, all'udienza [ex art. 547 c.p.c.](#), il Giudice dell'Esecuzione del Tribunale asse-

gnava in pagamento all'istituto procedente, e nei limiti di legge, la pensione del primo condebitore. La banca, tuttavia, non desisteva dal proseguire col pignoramento anche a carico della seconda, e a cumulare così i mezzi di espropriazione, continuando l'INPS ad accantonare comunque *pro quota* le somme.

Veniva proposta allora opposizione all'esecuzione, e l'opponente lamentava l'illegittimità della condotta processuale. Anche la richiesta di sospensione cautelare del processo esecutivo veniva tuttavia respinta, in sede di reclamo, e l'opposizione proseguita nel merito, con il rigetto della domanda, sia da parte del Giudice di prime cure, sia in sede di gravame.

Da qui il ricorso in Cassazione, promosso da un erede del debitore, col richiamo dell'[art. 483 c.p.c.](#), sull'opposizione del debitore al cumulo dei mezzi di espropriazione, sostenendo che la banca avesse agito in violazione dei principi generali di correttezza e buona fede, ed in palese abuso dello strumento processuale^[37], quasi che i due condebitori dovessero essere trattati, sotto il profilo soggettivo, come un'unica parte, toccata da più esecuzioni contemporaneamente.

A detta del ricorrente, infatti, l'emissione di un'ordinanza di assegnazione, sebbene in linea di principio non precluda la possibilità di ottenerne anche altre in relazione allo stesso titolo e fino all'effettiva soddisfazione del credito, rende non legittima la scelta del creditore di intraprendere una nuova esecuzione ove vi sia stato integralmente soddisfatto in forza di detto provvedimento e non deduca la mancata ottemperanza all'ordine di assegnazione da parte del suo destinatario^[38], cosa che nel caso non era avvenuta.

Peraltro, sempre secondo il ricorrente, è la natura dell'obbligazione in solido, dal lato passivo, a comportare che il pagamento conseguito da un condebitore estingua la pretesa creditoria nei confronti degli altri, [ex art. 1292 c.c.](#)

La Corte di Cassazione, nell'affermare il principio di diritto come sopra, però, non ritiene convincente l'argomentazione del ricorrente, né correttamente richiamato, a sostegno della pretesa, l'[art. 483 c.p.c.](#), essendo quest'ul-

in CED, Cassazione, 2008, Cass. Civ., sez. 3, [n. 24539 del 20.11.2009](#), cit., Cass. Civ., S.U., [n. 26961 del 22.12.2009](#), cit.

[35] In CED, Cassazione, 2020.

[36] Ai sensi dell'[art. 1294 c.c.](#), "i condebitori sono tenuti in solido, se dalla legge o dal titolo non risulta diversamente". La solidarietà, dal lato passivo, è dunque la regola.

[37] Ricavabile - come detto - dalla previsione dell'[art. 111, comma 1, Cost.](#) in lettura congiunta *ut supra* con l'[art. 2 Cost.](#) e coi doveri di solidarietà, nonché con gli obblighi di correttezza e buona fede, nel diritto delle obbligazioni e nella fase patologica del rapporto contrattuale, [ex artt. 1175, 1337, 1366 e 1375 c.c.](#)

[38] Cass. Civ., sez. 3, [n. 7078 del 9.04.2015](#), in CED, Cassazione, 2015.

tima una disposizione normativa che si rifà alla diversa ipotesi del cumulo di mezzi di espropriazione, nei confronti del medesimo debitore e, dunque, al caso in cui un creditore intraprenda una seconda azione espropriativa nei confronti del medesimo debitore e per lo stesso titolo, quando abbia già conseguito un provvedimento potenzialmente soddisfacente del credito^[39] e, dunque, ad una parcellizzazione e frammentazione del credito.

Oltre a ritenere generica la censura^[40], i giudici non hanno ritenuto, pertinente, al caso *de quo*, che la clausola generale di buona fede debba venire in rilievo anche nella fase anteriore all'inizio dell'esecuzione. La domanda da porsi nella fattispecie, rispetto alla disciplina generale delle obbligazioni in solido, e sulla quale la Corte si è invece pronunciata, è e deve essere piuttosto quella se sia possibile, per il creditore, proseguire l'azione esecutiva intrapresa nei confronti di uno dei due debitori, dopo avere comunque ottenuto un'ordinanza di assegnazione, potenzialmente soddisfacente (la dichiarazione del terzo era positiva e l'INPS aveva cominciato ad accantonare le somme) nei confronti dell'altro dei condebitori.

E la Corte dà risposta affermativa: nel caso specifico del pignoramento di una quota della pensione, e/o comunque di emolumenti che vengono corrisposti periodicamente, l'evento estintivo non è immediato ma si perfeziona solo

all'esito dell'accantonamento, mese dopo mese, di tutte le somme effettivamente necessarie per la soddisfazione del creditore. È pertanto giustificata, a detta dei giudici, la facoltà di un creditore di più condebitori in solido di instaurare una pluralità di procedure esecutive parallele a carico di ciascuno dei condebitori, fintanto che questi non abbia ottenuto l'integrale soddisfazione del proprio credito. L'assegnazione dei crediti pignorati presso terzi non può avere l'effetto limitativo della responsabilità solidale cui fa riferimento il ricorrente^[41], perché la stessa non è immediatamente soddisfacente, essendo pronunciata *ex art. 553 c.p.c.*, cioè "salvo esazione"^[42], con la conseguenza che l'estinzione del diritto del creditore si verifica solo con l'effettivo ed integrale pagamento da parte del terzo pignorato di tutte le somme assegnate.

Al diritto del creditore procedente di agire - sino al pieno soddisfo - nei confronti di entrambi i condebitori, tuttavia, si accompagna anche un limite superiore che non è valicabile, se non ricadendo - come abbiamo visto - nell'abuso del diritto, questo sì, irragionevole ed ingiustificato e, pertanto, non meritevole di tutela^[43]: resta preclusa al creditore la possibilità di ottenere più dell'ammontare del suo credito^[44] e, dunque, di eccedere sproporzionatamente in danno del debitore, aggravandone la posizione.

[39] Cass. Civ., sez. TRI, n. 10668 del 17.04.2019, in CED, Cassazione, 2019 a mente della quale "In materia di esecuzione forzata tributaria, la disciplina sul cumulo dei mezzi di espropriazione di cui all'art. 483 c.p.c. opera, in virtù della clausola generale di buona fede e dei principi in tema di abuso del processo, anche in fase anteriore all'inizio dell'esecuzione, nella quale il contribuente può pertanto far valere, impugnando la cartella di pagamento (o gli atti prodromici alla riscossione coattiva), le condotte abusive dell'agente di riscossione, che manifesti l'intenzione di avviare ulteriori processi esecutivi, pur avendo già impiegato fruttuosamente gli strumenti processuali volti alla soddisfazione coattiva del credito».

[40] Infatti, solo dalla lettura della memoria della banca controricorrente e non nel ricorso, si era potuto apprendere che nella seconda procedura esecutiva, quella a carico del coobbligato, erano state assegnate le sole spese della procedura esecutiva e non altre somme imputabili, salvo esazione, al soddisfacimento del medesimo credito per cui era stata emessa l'ordinanza di assegnazione a carico del primo. È noto, di contro, che il requisito di specificità e completezza del motivo di ricorso in Cassazione, è diretta espressione dei principi sulle nullità degli atti processuali e, in particolare, di quello dell'art. 156, comma 2 c.p.c. Si vedano Cass. Civ., sez. 3, n. 4741 del 4.03.2005, in CED, Cassazione, 2005; Cass. Civ., sez. 3, n. 6184 del 13.03.2009, in SmartLex - IlSole24Ore; Cass. Civ., sez. 3, n. 24211 dell'14.11.2006, in CED, Cassazione, 2006 E Cass. Civ., S.U., n. 7074 del 20.03.2017, in CED, Cassazione, 2017.

[41] Si creerebbe, per il ricorrente, un *beneficium excussionis*.

[42] L'assegnazione di cui alla norma in esame avviene, infatti, *pro solvendo* per cui, se il terzo assegnato si rivela, poi, inadempiente, il creditore assegnatario potrà rivolgere le proprie pretese di nuovo al debitore esecutato.

[43] La finalità del processo esecutivo è il soddisfacimento del credito consacrato nel titolo esecutivo in favore del creditore ed in danno del debitore. Esigenze sistematiche di equità, economicità, ragionevole durata e proficuità del processo impongono che tanto avvenga con il minor possibile sacrificio delle contrapposte ragioni di entrambi i soggetti: il creditore ha diritto ad ottenere né più né meno di quanto gli spetta in forza del titolo, sia pure - se necessario - con la facoltà di azionarlo più volte e con più procedure, ma non oltre l'integrale soddisfacimento del credito e con il limite dell'art. 483 c.p.c. Va - di contro - correlativamente tutelata l'aspettativa del debitore a non vedere diminuito il suo patrimonio in misura eccedente quanto sia strettamente necessario per la realizzazione del diritto del creditore.

[44] Tale limite opera, però - in sede esecutiva - solo al momento del materiale soddisfacimento del credito, ossia dall'assegnazione delle somme risultanti dall'espropriazione forzata e non anche in via anticipata.

TRATTAZIONE DELLA CAUSA E RISPETTO DELLE NORME COVID-19

Prima comparizione delle parti e trattazione della causa al tempo del Coronavirus

di Angela Calzavara

DEL 24 AGOSTO 2020

Sommario

1. Introduzione
2. Le norme in materia processuale nella fase dell'emergenza sanitaria
3. Il principio di oralità e di presenza delle parti: l'introduzione di nuovi strumenti processuali
4. Il combinato disposto degli art. 83 d.l. Cura Italia e 36 d.l. Liquidità nelle quattro ordinanze del Tribunale di Bologna
5. Uno sguardo al futuro

1. Introduzione.

Il presente scritto ha la finalità di analizzare le recentissime evoluzioni normative in ambito processuale civile che hanno caratterizzato gli ultimi due mesi di storia del nostro paese.

L'emergenza sanitaria dovuta al Coronavirus, è entrata a piè pari anche nel mondo della Giustizia, incidendo su alcuni postulati della procedura civile: la presenza delle parti in udienza e il principio di oralità di chiovendiana memoria^[1].

Per un approfondimento su tali temi, sarà dapprima utile soffermarsi sulla problematica della successione delle leggi (*rectius*, dei decreti legge e delle leggi di conversione dei medesimi) nel tempo, per poi analizzare le principali novità procedurali quali la possibilità di produrre brevi note scritte in sostituzione della prima udienza in presenza ex [art. 183 c.p.c.](#) e la partecipazione alle udienze da remoto.

Un ruolo essenziale in questa fase è stato assegnato al po-

tere giudiziario, il quale, ha dovuto destreggiarsi nell'intricata massa delle norme emergenziali dell'esecutivo.

A tal riguardo, mi sembra interessante dare spazio all'esame di alcune recentissime ordinanze del Tribunale di Bologna^[2], tutte a firma del Dott. Antonio Costanzo, che offrono una panoramica su quanto sopra accennato.

2. Le norme in materia processuale nella fase dell'emergenza sanitaria.

La salvaguardia del diritto costituzionale alla salute dei cittadini e, più in particolare dei lavoratori^[3], è stata il motore di tutte le misure poste in essere ai fini del rispetto del distanziamento sociale. La salute pubblica ha assunto, anche nel mondo della Giustizia, un ruolo primario nella scala dei diritti^[4], tanto da incidere sui tempi, le modalità e i criteri di trattazione del giudizio civile.

I decreti legge e la legislazione di conversione, forse anche a causa dell'urgenza con la quale sono stati posti in essere, hanno riservato agli operatori del diritto nuove questio-

[1] Si può leggere, tra l'altro, il testo della prolusione in Chiovenda, *Le forme nella difesa giudiziale del diritto*, ora in *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, I, Torino, 1901, rist. Milano, 1993, 291 ss.

[2] Ci si riferisce alle seguenti ordinanze del Tribunale di Bologna: Trib. Bologna, (ord.) 21.05.2020; Trib. Bologna, (ord.) [07.05.2020](#); Trib. Bologna, (ord.) [25.05.2020](#); Trib. Bologna, (ord.) [06.05.2020](#); tutte rinvenibili su *ilcaso.it*.

[3] per una panoramica sui temi del diritto alla salute e del diritto al lavoro al tempo del Covid-19 si veda Fili, *Diritto del lavoro dell'emergenza epidemiologica da covid-19 e nuova "questione sociale"* in *Lavoro nella Giur.*, 2020, 4, 332.

[4] Si rileva che in ogni ambito del diritto ci si è trovati innanzi all'esigenza di contemperare il diritto alla salute - costituzionalmente garantito all'[art. 32 Cost.](#) - con altri diritti di pari rango. Si pensi, ad esempio, al diritto alla bigenitorialità dei minori su cui si sofferma Curti, *Il contemperamento tra diritto alla salute e diritto alla bigenitorialità al tempo del coronavirus*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, 6, p. 616.

ni sulle quali interrogarsi^[5]. Ai fini di questo scritto, dopo aver fornito una panoramica generale delle disposizioni poste in essere dal mese di marzo^[6] sino ad oggi, appare opportuno soffermarsi sull'analisi di alcune problematiche di carattere intertemporale^[7].

Il [d.l. 8 marzo 2020, n. 11](#) ha disposto il rinvio delle «udienze» e la sospensione dei termini processuali dall'entrata in vigore del provvedimento sino al 22 marzo 2020. Tale decreto veniva abrogato con successivo decreto denominato «Cura Italia» [d.l. 17 marzo 2020, n. 18](#), poi convertito in legge [l. 24 aprile 2020, n. 27](#).

Con il decreto «Cura Italia», il Governo ha ritenuto necessario predisporre una disciplina atta al potenziamento del Servizio Sanitario Nazionale, a sostegno del lavoro, della liquidità attraverso il sistema bancario e per le famiglie e le imprese, oltre ad ulteriori disposizioni tra le quali quelle - di nostro interesse - in materia di Giustizia.

Di rilievo, anche il c.d. «Decreto liquidità»^[8], convertito in legge con [l. 5 giugno 2020, n. 40](#) contenente, tra le altre, disposizioni riguardanti i termini processuali e procedurali, in materia di salute e lavoro e la proroga degli stessi in ambito amministrativo e processuale.

Inoltre, in data 30 aprile 2020, è stato pubblicato il Decreto Legge n. 28, convertito in legge con [L. 25 giugno 2020, n. 70](#) recante «Misure urgenti per la funzionalità dei siste-

mi di intercettazioni di conversazioni e comunicazioni, ulteriori misure urgenti in materia di ordinamento penitenziario, nonché disposizioni integrative e di coordinamento in materia di giustizia civile, amministrativa e contabile e misure urgenti per l'introduzione del sistema di allerta Covid-19^[9].

In particolare, la norma di interesse per la presente trattazione è l'[art. 83 del D.L. 18/2020](#) co. 1 e 2 ^[10] - così come integrato dalla normativa successivamente intervenuta - che prevede il rinvio dei procedimenti pendenti presso tutti gli uffici giudiziari e la sospensione della decorrenza dei termini per il compimento di qualsiasi atto nei giudizi civili e penali per tutta la durata dell'emergenza^[11].

Nel prosieguo ci si soffermerà sulla problematica del mancato coordinamento della normativa intervenuta in modifica o proroga del citato [art. 83](#). Infatti l'[art. 83](#), nella versione originaria licenziata dal Consiglio dei Ministri, prevedeva (e prevede tutt'ora) che il periodo di sospensione^[12] fosse compreso tra il 9 marzo ed il 15 aprile 2020. Prima della decorrenza del termine finale fissato al 15 aprile, il Governo è intervenuto con un nuovo decreto - il [D.L. 23/2020](#) - che, senza modificare né abrogare i primi due commi dell'[art. 83 del Cura Italia](#), si è limitato a prorogarne il termine finale dal 15 aprile all'11 maggio^[13].

La normativa successiva all'[art. 36 del D.L. 23/2020](#) - ed

[5] Le incertezze legislative hanno spinto tanti ad adottare comportamenti prudenziali nel condivisibile timore di eventuali modifiche in sede di conversione della decretazione d'urgenza, come fa notare Conigliaro, *Termini processuali: sospensione per l'emergenza Covid-19 cumulabile con quella da accertamento con adesione*, in *Fisco*, 2000, 25, p. 2438.

[6] Si veda anche Panzarola e farina, *L'emergenza coronavirus ed il processo civile. Osservazioni a prima lettura* in www.giustiziacivile.com, per comodità si riporta il link <http://giustiziacivile.com/arbitrato-e-processo-civile/editoriali/emergenza-coronavirus-ed-il-processo-civile-osservazioni>.

[7] Sul tema si veda la recentissima intervista ai professori Costantino, Donati e Spangher e al presidente Orlando di De Stefano, *La Giustizia da remoto: adelante... con juicio - seconda parte*, in *Giustizia Insieme*, 2020, 2 maggio, p. 2 ss.

[8] D.l. 8 aprile 2018, n. 23.

[9] Scheda di lettura del [d.l. 30 aprile 2020, n. 28](#) del Consiglio Nazionale Forense, per una lettura più approfondita si veda: <https://www.consiglionazionaleforense.it/documents/20182/677549/S-2020-42+2020.05.04+Scheda+US+DL+28-2020+GDI.pdf/7ac29b2b-f7d8-4361-a1b9-247752af5d85>

[10] Si riporta per comodità di lettura il comma 1 e il comma 2 dell'[art. 83 del D.L. 17.03.2020, n. 18](#) «1. 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. 2. 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](#)».

[11] Il *dies ad quem* del periodo di sospensione straordinaria dei termini è al centro dell'analisi delle ordinanze che si andranno a breve ad esporre.

[12] Oltre che di sospensione dei termini processuali, in questo periodo è previsto anche il rinvio *ope legis* delle udienze, ma per facilità di lettura, in questo scritto, ci si riferirà a tale periodo semplicemente come «periodo di sospensione».

[13] Si badi che la norma non sostituisce il termine «15 aprile» con «11 maggio», ma recita: «Il termine del 15 aprile 2020 previsto dall'[art. 83, commi 1 e 2, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#) è prorogato all'11 maggio».

è questo il *punctum dolens*[14] della questione - pur intervenendo a più riprese sull'[art. 83 del Cura Italia](#), non pare aver recepito tale proroga del termine finale del periodo di sospensione all'11 maggio. Questo iato normativo racchiude rilevanti implicazioni pratiche.

Infine, un brevissimo inciso, nell'articolata rete della normativa prodotta durante l'emergenza Covid-19, pare opportuno dedicarlo anche ai protocolli di intesa stipulati nei vari Tribunali d'Italia.

Ogni Presidente di Tribunale, così come previsto dall'[art. 83 del D.L. n. 18/2020](#), ha il compito di emettere un protocollo al fine di disciplinare il funzionamento di ciascun ufficio giudiziario secondo i principi di cautela e gradualità. Come era prevedibile, si sono affastellati una miriade di Protocolli tutti diversi nel territorio della penisola, anche più di uno nello stesso Tribunale. Non è chiara quindi la volontà del legislatore che, seppur in un momento emergenziale, nella scarsità di riferimenti nella normativa primaria, consegna la giustizia a singoli protocolli che aumentano la già pressante incertezza organizzativa.

3. Il principio di oralità e di presenza delle parti: l'introduzione di nuovi strumenti processuali.

L'emergenza sanitaria ha portato, in ragione della tutela della salute dei cittadini e delle norme sul distanziamento sociale, all'introduzione nel processo civile di nuovi strumenti di trattazione dell'udienza e del processo in generale.

Nello specifico, l'[art. 83 del d.l. Cura Italia](#) e successive modifiche, al comma 7 lettera h)[15], prevede il deposito di note scritte, solo qualora non sia richiesta in udienza la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti. In alternativa, vi è la previsione dello svolgimento dell'udienza da remoto.

Questa tipologia di scritti sostituisce di fatto quelle deduzioni - brevi - che i difensori delle parti normalmente formulano all'udienza c.d. in presenza secondo il modello

della trattazione orale e che, al momento della loro esternazione difronte al Giudice, vengono da questi messe a verbale (o dal Cancelliere se presente).

A ben osservare, se l'introduzione di tali brevi note rispetta il principio del contraddittorio e il diritto di difesa, vi sono altre questioni che certamente non possono essere sottovalutate e che verranno di seguito esposte.

La *ratio* della norma è intuitiva; tuttavia il Giudice, con lo svolgimento dell'udienza da remoto può certamente vedere, ma non ha la possibilità di percepire appieno ciò che accade oltre la telecamera. Si pensi alla problematica di tentare una conciliazione in sede di separazione ad esempio, di «controllare» l'accuratezza delle risposte di un testimone o al delicato caso in cui vi sia necessità di un colloquio con un minore e via dicendo.

Ma vi è un ragionamento molto più antico su tali tematiche, il quale ha interessato il mondo del diritto già da lungo tempo e torna nell'odierno dibattito.

Il principio di oralità, in connessione al principio di immediatezza e di concentrazione sono principi cardine del codice di procedura civile del '42[16].

Tuttavia, come già noto agli "addetti ai lavori" il principio di oralità, in particolare, a seguito della distorta applicazione invalsa nella prassi, non ha ricevuto concreta attuazione[17]. Infatti, il dibattito è proseguito, tant'è che il legislatore è intervenuto nuovamente ribadendo il principio di oralità attraverso la modifica dell'[art. 180\[18\] del codice di procedura civile](#). Il contenuto originario di tale norma, relativo allo svolgimento della udienza di prima comparizione, è stato incorporato nel nuovo [art. 183 c.p.c.](#), il quale tratta dell'udienza di prima comparizione delle parti e trattazione della causa[19].

Si deve convenire, così come argomentato con lungimiranza da autorevole dottrina[20], che la disputa tra oralità e scrittura sembra ormai questione del secolo scorso. Eppure, il dibattito, mai interamente sopito, è tornato di rilevante attualità e colorito di una nuova prospettiva,

[14] O quantomeno *pruriens*.

[15] [Art. 83 co. 7 l. h\)](#) d.l. Cura Italia «Lo svolgimento delle udienze civili 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».

[16] sul principio di oralità, tra gli altri Chiarloni, *Riflessioni minime sui paradossi della giustizia civile*, in Riv. trim. dir. proc. civ. fasc. 1, 1 marzo 2019, pag. 131.

[17] È bene ricordare, che con la [L. del 26 novembre 1990, n. 353](#) di riforma del codice di procedura civile, il legislatore ha cercato di riportare la validità del principio creando tutto un sistema di preclusioni e decadenze. Tuttavia, in quella circostanza, vi fu una forte opposizione della classe forense che provocò una mitigazione del principio e la conseguente emanazione della [L. 20 dicembre 1995, n. 534](#) che riformò quanto previsto dalla precedente riforma.

[18] [L. 28 dicembre 2005, n. 263](#); [L. 14 maggio 2005, n. 80](#); [L. 23 febbraio 2006, n. 51](#); [L. 12 novembre 2011, n. 183](#).

[19] si veda anche *Diritto processuale civile*, X Edizione, Edizioni Giuridiche Simone pag. 265

[20] si veda Biavati, *Argomenti di diritto processuale civile, seconda edizione aggiornata* edito da Bonomia University Press, 2013, pagine 108-111.

grazie alla fase emergenziale. Il processo telematico[21] è, di fatto, una estrinsecazione con modalità informatiche dell'oralità in presenza[22].

“L'introduzione delle modalità informatiche” sostiene il Professor Biavati “non incide, in sé - è bene sottolinearlo - sulla struttura del processo. Il contraddittorio, la ragionevole durata, il diritto di difesa, l'imparzialità del giudice e via dicendo, non vengono alterati e non sarebbe corretto immaginare il processo telematico come un ulteriore modello di processo. Ciò che cambia è la forma espressiva e la rapidità delle comunicazioni”[23].

Ed infatti, molti tra gli avvocati si sono strenuamente battuti per la salvaguardia dell'oralità e dell'immediatezza nel processo. Una frangia di professionisti - penalisti per la maggior parte - ritiene che la fisicità nel processo sia pressoché ineliminabile.

A parere di chi scrive, la possibilità di partecipare all'udienza civile con modalità telematiche, risponderebbe al contrario ad esigenze di tutela e di garanzia del contraddittorio. Infatti, da un lato, garantirebbe anche a soggetti più deboli (anziani e disabili) o semplicemente residenti in luoghi lontani dalla sede d'udienza, di poter partecipare al processo con maggiore facilità e, dall'altro, aiuterebbe ad accorciare i tempi e i costi della giustizia. Basti pensare a come, solo dal 2012 ad oggi, grazie al sistema PCT per il processo civile non siano più necessari, per gran parte degli incombenti, gli avvocati c.d. domiciliatari con un ingente risparmio - soprattutto economico - per il cliente.

A chiosa di tali considerazioni, appare doveroso chiarire che, seppur il legislatore abbia previsto la possibilità dello svolgimento dell'udienza da remoto e del deposito di brevi note scritte[24], non tutti i procedimenti civili pos-

sono facilmente[25] adattare la propria prassi processuale ai nuovi interventi.

Si pensi solo alle esigenze del rito del lavoro, dove l'udienza in presenza è fondamentale.

Non solo. Di particolare rilievo anche la totale mancanza da parte del legislatore di una disciplina che riguardi le controversie di cui all'[art. 7 del c.p.c.](#), ovvero sia innanzi al Giudice di Pace. A tale Ufficio, infatti, non si applicano le norme riguardanti il processo civile telematico: non è prevista la possibilità di deposito telematico di atti, documenti o provvedimenti. Conseguentemente, non è prevista nemmeno la possibilità di svolgere le udienze da remoto, essendo impossibile lo scambio e la visione degli atti per entrambe le parti processuali. Ad onor del vero, vi è una piattaforma presso il sito del Ministero della Giustizia[26] che tuttavia è insufficiente a gestire le attuali esigenze.

Coinvolti dalle medesime problematiche anche i procedimenti innanzi al Giudice di Legittimità, per il quale non è prevista né la trattazione delle udienze da remoto né la possibilità di depositare (e quindi ricevere e visionare) gli atti e i provvedimenti in modalità telematica.

A seguito dell'emergenza sanitaria, la Suprema Corte di Cassazione in intesa con il Consiglio Nazionale Forense, si è dotata di un Protocollo per la trattazione delle adunanze ex [art. 375 c.p.c.](#) e delle udienze ex [611 c.p.c.](#) [27].

Sulla scorta dell'informatizzazione che ha coinvolto il processo civile di primo e secondo grado, in assenza di un sistema PCT, per i giudizi di legittimità è stato previsto l'obbligo per il difensore di provvedere a trasmettere gli atti mediante invio dal proprio indirizzo PEC (risultante dal RE.G.IND.E.) agli indirizzi di posta elettronica certificata delle cancellerie della Corte di Cassazione e del-

[21] Per una panoramica sul processo civile telematico uno sguardo a Ruffini, *Il processo civile di fronte alla svolta telematica*, in *Riv. Dir. Proc.* 2019, 4-5, 973.

[22] si veda Biavati, *Osservazioni sulla ragionevole durata del processo di cognizione*, in *Riv. trim. dir. proc. civ. fasc. 2, 2012*, p. 475 ss.

[23] Si veda nota 33.

[24] a tal riguardo si veda quanto precisato da Rimini, *Il processo relativo alla crisi della famiglia di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Famiglia e Diritto*, 2020, 5, 421: “Non è invece condivisibile l'affermazione contenuta nel protocollo di Torino che fa salva la possibilità che le udienze presidenziali nei giudizi contenziosi di separazione e divorzio siano svolte con il semplice scambio di note scritte. Si deve infatti rammentare che l'[art. 83, comma 7](#), lett. h), afferma espressamente che tale possibilità è concessa solo in relazione alle udienze “che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti”. A differenza di quanto accade per le udienze nelle procedure consensuali e su domanda congiunta, la partecipazione delle parti all'udienza è espressamente prevista dal codice di rito e dalla [legge n. 898/70](#) non solo per l'espletamento del tentativo di conciliazione, ma anche affinché il presidente possa interrogarle liberamente e quindi assumere, con la maggior consapevolezza dei fatti possibile, i provvedimenti provvisori destinati a regolare la vita della famiglia per tutta la durata del processo. Sembra perciò difficilmente superabile il chiaro dato normativo e quindi l'adozione della modalità di cui alla lett. h) pare inammissibile.»

[25] in argomento Mastromatteo e Santacroce, *Udienza da remoto: è possibile nel giudizio tributario?*, in *Fisco*, 2020, 18, 1727.

[26] <https://gdp.giustizia.it/>

[27] Per completezza http://www.cortedicassazione.it/cassazione-resources/resources/cms/documents/protocollo_Cassazione_CNF_Procura_Generale-con_firma_digitale.pdf

le segreterie della Procura Generale oltre che all'indirizzo PEC dei difensori delle altre parti processuali.

4. Il combinato disposto degli art. 83 d.l. Cura Italia e 36 d.l. Liquidità nelle quattro ordinanze del Tribunale di Bologna.

Tutto ciò premesso, appare opportuno verificare la concreta applicabilità degli strumenti legislativi sopradescritti. A tal riguardo, i provvedimenti che hanno suscitato il presente approfondimento, sono quattro ordinanze del Tribunale di Bologna^[28] tutte a firma del Dott. Antonio Costanzo^[29] nelle quali si affronta la tematica del rinvio dell'udienza di prima comparizione e trattazione ex [art. 183 c.p.c.](#), e la relativa fissazione di una nuova udienza.

Il giudice bolognese, rilevato il groviglio di norme processuali, riconduce a logica ed unità tutte le previsioni normative relative all'emergenza Covid-19 al fine di individuare il *dies ad quem* del periodo di rinvio *ope legis* delle udienze e di sospensione dei termini processuali.

Elemento comune di tre delle quattro ordinanze esaminate è il cadere dell'udienza fissata per la prima comparizione delle parti durante il periodo di sospensione straordinaria di cui al già citato [art. 83 del D.L. Cura Italia](#)^[30].

Non v'è chi non veda la difficoltà, per il giudicante, di interpretare quale fosse la normativa applicabile al caso di specie e, una volta individuata, gestire e organizzare il processo alla luce dei nuovi strumenti processuali (ossia il deposito di brevi note scritte e la possibilità di svolgere l'udienza da remoto). Come anticipato, a seguito del perdurare dell'emergenza, il Governo ha dovuto necessariamente prorogare i termini di sospensione delle udienze di cui all'[art. 83 del Cura Italia](#) tramite la già citata proroga imposta dall'[art. 36 del d.l. 8 aprile 2018, n. 23](#) che ha portato il termine di sospensione del 15 aprile al 11 maggio 2020.

La prima questione che il giudice bolognese si è trovato a risolvere concerne la sopravvivenza o meno dell'[art. 36 del D.L. 23/2020](#) nonostante la sopravvenienza della legge di conversione del *Cura Italia*^[31] e del [D.L. 30 aprile 2020, n. 28](#)³² convertito con [L. n. 70/2020](#) (pure incidente sull'[art. 83](#)).

In altre parole, il giudice si pone come esecutore della volontà del legislatore che, pur avendo avuto (almeno) due occasioni - successive al [d.l. 23/2020](#) - per modificare il termine finale del periodo di sospensione straordinaria, non lo ha fatto, lasciando inalterata la lettera della norma. Ci si chiede, *in nuce*, se tale mancata modifica del termine finale sia espressiva di una volontà abrogativa implicita dell'[art. 36 del D.L. 23/2020](#) (riportando quindi il termine finale al 15 aprile), o se debba, piuttosto, intendersi come una dimenticanza del legislatore dovuta alla concitazione^[32] nella quale è stato approvato il complesso normativo emergenziale. E ancora, se, in base alle regole in tema di successione delle leggi nel tempo, la legge di conversione di un decreto legge, modificato da un altro decreto, prevalga su quest'ultimo.

Nelle quattro ordinanze oggetto di analisi, il Giudice offre almeno quattro argomentazioni a favore dell'applicazione dell'[art. 36 d.l. liquidità](#) e dell'[art. 83 d.l. cura Italia](#) in combinato disposto tra loro.

Innanzitutto, per il giudice bolognese, il [Decreto Liquidità](#) (all'[art. 36](#)) non ha mai espressamente abrogato l'[art. 83 d.l. Cura Italia](#), diventando così fonte autonoma dell'estensione nel tempo degli effetti di cui all'[art. 83](#).

In secondo luogo, la legge di conversione del decreto *Cura Italia*^[33] abroga espressamente diversi decreti legge emanati durante l'emergenza Covid-19³⁵ senza tuttavia menzionare il [Decreto Liquidità](#).

[28] Si veda, in quanto citato nelle quattro ordinanze, quanto previsto dalle "linee guida vincolanti per la trattazione delle udienze civili fino al 31/07/2020" di cui, per comodità, si riporta il link https://www.tribunale.bologna.giustizia.it/home/-/asset_publisher/uYy5rdoZHTMx/content/emergenza-coronavirus-disposizioni-del-presidente-del-tribunale?inheritRedirect=false

[29] vedi nota 2; ordinanze del Tribunale di Bologna: Trib. Bologna, (ord.) 21.05.2020; Trib. Bologna, (ord.) 07.05.2020; Trib. Bologna, (ord.) 25.05.2020; Trib. Bologna, (ord.) 06.05.2020;

[30] Nell'ordinanza del 25.05.2020 il problema è leggermente diverso, infatti la prima udienza di comparizione era fissata al 28 maggio 2020 (quindi fuori dal periodo di sospensione straordinaria), ma tale data non permetteva la costituzione del convenuto nei 20 giorni precedenti.

[31] [L. 24 aprile 2020 n. 27](#).

[32] Il [d.l. 30 aprile 2020, n. 28](#) ha inciso anche sulle norme regolanti l'amministrazione della giustizia contenute negli articoli [83](#), [84](#) e [85](#) del D.L. 17 marzo 2020 n. 18, così come risultanti dalla [L. 24 aprile 2020 n. 27](#)

[33] dello stesso avviso anche Cosattini e Cilegi, *Processo civile e del lavoro al tempo del Coronavirus*, in *Lavoro nella Giur.*, 2020, 5, p. 518, i quali sostengono che "l'aspetto di maggior rilievo sul piano dogmatico è costituito dalla disapplicazione del principio di irretroattività della legge previsto dall'art. 11, comma 1 delle c.d. Preleggi, in quanto benché il decreto sia stato pubblicato e sia entrato in vigore il 17 marzo 2020 dispone anche per un periodo antecedente a tale data, a partire dal 9 marzo 2020. Tale aspetto non ha costituito oggetto di approfondimento, quantomeno ad opera dei primi commentatori "a caldo", probabilmente per mancanza di ricadute concrete".

Viepiù che anche con l'emanazione del [d.l. 30 aprile 2020, n. 28](#), convertito in [L. n. 70/2020](#), con cui il Governo ha voluto porre in essere un intervento mirato e puntuale nell'ambito del processo civile, non vi è stata alcuna modifica dei termini di cui all'art. [83 co. 1 e 2 d.l. cura Italia](#). E tale legge, pur avendone l'occasione, non ha neppure menzionato l'[art. 36 del d.l. liquidità](#).

Se ne deduce che, per il legislatore, il primo periodo del [co. 1 dell'art. 36, d.l. liquidità](#), benché anteriore alla conversione in legge del d.l. cura Italia, non è incompatibile né di ostacolo, sul piano logico, con nessuno degli interventi legislativi successivi[34].

A contrariis si verificherebbe una "caducazione a posteriori della proroga del termine del 15 aprile 2020 e, anche a voler ritenere salvi gli effetti dell'[art. 36 co. 1, d.l. 23/2020](#) sino alla conversione del [d.l. 18/2020](#), creerebbe quantomeno dal 30 aprile e quanto meno sino all'11 maggio 2020 se non oltre [...] una inspiegabile cesura nella speciale disciplina processuale dettata dall'emergenza epidemiologica e una notevole insicurezza giuridica"[35]. A rafforzare quando sostenuto dal Giudice del Tribunale di Bologna, il legislatore nemmeno in sede di conversione del [d.l. liquidità](#)[36] esprime la propria volontà in merito a tale lacuna legislativa, ragion per cui, a parer di chi scrive, è pressoché pacifico che l'[art. 36 co. 1, d.l. 23/2020](#) abbia assunto l'art. [83 co. 1 e 2, d.l. cura Italia](#) quale elemento presupposto.

La delimitazione dei periodi di Fase 1 e Fase 2 e la speciale disciplina ad essi applicabile è regolata - senza dubbio alcuno - dal combinato disposto degli [art. 83, d.l. Cura Italia](#) (pur sempre con il limite del *dies a quem* della fase uno) e l'[art. 36 del d.l. Liquidità](#).

Chiarita la questione intertemporale sulle norme applicabili, a causa dell'emergenza, il Giudice, pur non trovandosi in uno dei casi di rinvio d'udienza *ope legis*, ha dovuto programmare una nuova udienza di comparizione e trattazione.

Infatti, poiché l'udienza di prima comparizione prevista

nell'atto di citazione ricadeva nel periodo 12 maggio - 31 luglio 2020, il Giudice ha dovuto fissare una nuova data d'udienza per permettere - in almeno due dei quattro casi proposti - la costituzione del convenuto nel rispetto dei venti giorni antecedenti la - nuova - prima udienza[37].

In forza del potere di direzione e coordinamento spettante al Giudice - ancor più in questa fase emergenziale - lo stesso si è trovato a rideterminare i calendari d'udienza, assegnando priorità ai casi di più remota iscrizione a ruolo, nonché tenendo in considerazione le conseguenze dell'emergenza epidemiologica in ordine alla trattazione e istruzione delle cause attualmente pendenti.

Infatti, oltre al rinvio d'udienza[38], vi è comunque il problema dell'impossibilità nella fase emergenziale[39], se non in casi necessari e con misure idonee, dello svolgimento dell'udienza in presenza di più soggetti.

Come sopra specificato, proprio per l'esigenza di tutela della salute pubblica tramite il distanziamento sociale, una delle misure adottate nel processo civile ([art. 83 co. 7 l. h\)](#)) per le udienze che non richiedono la presenza di soggetti diversi dai difensori delle parti, è la possibilità di «svolgere» le stesse tramite 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 nei casi di specie (del Tribunale di Bologna) oggetto del presente scritto, il giudice ha autorizzato lo scambio e il deposito in via telematica di estremamente sintetiche note scritte, articolate in punti e conformi ai principi di sinteticità e chiarezza, contenenti esclusivamente istanze, eccezioni e brevissime deduzioni e conclusioni.

Nel caso in cui tali brevi note scritte non vengano depositate, il mancato deposito - specifica il Giudice nell'ordinanza del 7 maggio 2020, sulla base dalla normativa emergenziale sopradescritta[40] - equivale alla mancata comparizione fisica all'udienza (in presenza ex artt. [181](#) e [309](#) c.p.c. nel rito ordinario).

Viene valorizzato l'impulso di parte, quale fattore deter-

[34] [L. n. 27/2020](#).

[35] [D.l. 2 marzo 2020, n. 9](#); [d.l. 8 marzo 2020, n. 11](#); [d.l. 9 marzo 2020, n. 14](#).

[36] Per un approfondimento si veda l'articolo in <https://www.altalex.com/documents/news/2020/05/20/processo-civile-e-fase-2>

[37] Ordinanza Tribunale di Bologna del 25 maggio 2020, R.G. n. 2960/2020.

[38] [L. 5 giugno 2020, n. 40](#).

[39] N.B. il Giudice precisa, forse per un eccesso di zelo, che l'istanza di visibilità depositata nel fascicolo informatico unitamente alla richiesta di rinvio d'udienza da parte del convenuto, non può mai essere considerata rilevante ai fini dell'applicazione dell'art. [164 co. 2 e 3 c.p.c.](#) il deposito dell'istanza di differimento di udienza e l'elezione di domicilio presso il procuratore rileva solo ai fini della comunicazione dell'ordinanza di cui in oggetto - Tribunale di Bologna, ordinanza del 25 maggio 2020, R.g. n. 2960/2020

[40] nel rispetto dei termini di cui al combinato disposto degli artt. [83 d.l. cura Italia](#) e [36 d.l. liquidità](#).

minante dell'avvio e soprattutto della prosecuzione (o riattivazione) del processo civile. L'interesse delle parti alla prosecuzione del giudizio diventa fondamentale nel periodo emergenziale, tant'è che il Giudice, più volte, ribadisce l'auspicio di una conclusione amichevole della controversia.

5. Uno sguardo al futuro

Il settore della Giustizia, com'era evidente da tempo agli operatori del diritto, seppur con timidi tentativi di innovazione, non è ancora pronto a cogliere appieno le nuove sfide del futuro[41]. Purtroppo, infatti, il legislatore non è intervenuto con una riforma sistematica e organica del processo civile. Manca ancora un vero e proprio coordinamento tra le norme e, soprattutto, tra i diversi riti[42]. Si pensi, per fare solo un esempio, alla maldestra previsione normativa[43] attuata dal Governo per la partecipazione da remoto alle udienze civili. Solo per queste (e non in ambito penale o amministrativo[44]) era previsto che il Giudice dovesse essere presente nel proprio ufficio. Nonostante le numerose segnalazioni da parte del mondo della magistratura[45] e dell'avvocatura, e la recente mo-

difica dell'art. 83 del d.l. Cura Italia ad opera della legge di conversione n. 70/2020 del d.l. 30 aprile 2020 n. 28, la quale all'art. 1 dell'allegato 1, prevede che «il luogo posto nell'ufficio giudiziario da cui il magistrato si collega con gli avvocati, le parti ed il personale addetto è considerato aula d'udienza a tutti gli effetti di legge», non pare vi sia un cambiamento di rotta, piuttosto una conferma di tale circostanza[46].

Chi scrive è consapevole che, per una riforma strutturale servono anche una certa quantità di risorse distribuite secondo un piano strategico a lungo termine. Purtroppo, anche se ci sono state recenti assunzioni di personale di cancelleria, le finanze messe in campo restano insufficienti ad accogliere le nuove esigenze tecnologiche - e non solo - di cui abbisogna questo settore.

A riprova di quanto si scrive si riporta di seguito il rapporto della Camera dei deputati[47] del 6 aprile 2020, pagina 6, dove appare evidente che, con la Legge di Bilancio 2020 (L. n. 160 del 27 dicembre 2019) viene defanziato il settore dell'informatizzazione dell'amministrazione giudiziaria:

“Il programma Giustizia civile e penale registra nel bilan-

[41] Si veda, in quanto citato nelle quattro ordinanze, quanto previsto dalle “linee guida vincolanti per la trattazione delle udienze civili fino al 31/07/2020” di cui, per comodità, si riporta il link https://www.tribunale.bologna.giustizia.it/home/-/asset_publisher/uYy5rdoZHTMx/content/emergenza-coronavirus-disposizioni-del-presidente-del-tribunale?inheritRedirect=false.

[42] così come previsto dal Protocollo di intesa del tribunale di Bologna alla pagina 10 punto 5., di cui si riporta il link per una lettura più completa: <https://www.tribunale.bologna.giustizia.it/documents/642573/6029178/1280+--+Linee+guida+civile+.pdf/64e0706c-5839-4be2-b78c-24c9499dd42f>

[43] Sull'esigenza di un intervento del legislatore più strutturato e innovativo si veda anche Fabiani, *Prove di riflessioni sistematiche per le crisi da emergenza Covid-19*, in Fallimento, 2020, 5, 589.

[44] Di questo avviso anche Diozzi, *La mediazione online nella legislazione anti-covid-19. Un'opportunità emergenziale e un'occasione perduta*, in IL CASO.it <http://www.ilcaso.it/articoli/1231.pdf>.

[45] Si veda l'art. 3 co. 1 lettera c) del decreto legge 30 aprile 2020, n. 28

[46] Per i procedimenti penali ed amministrativi è previsto che “il luogo da cui si collegano i magistrati, gli avvocati e il personale addetto è considerato udienza a tutti gli effetti di legge”.

[47] Sul punto è stata sollevata la questione di legittimità da parte del Giudice Dott. Bertola del Tribunale di Mantova, con ordinanza del 19 maggio 2020, con la quale “dubita della legittimità costituzionale dell'art. 83 c. 7 lett. F del D.L. 18/2020 convertito in L. 27/2020 così come modificato dall'art. 3 comma 1 lett. C del D.L. 28/2020 per il palese contrasto con gli artt. 3, 32, 77 e 97 Cost. limitatamente alle parole «con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario»; letto l'art. 23 della L. 87 del 11 marzo 1953 e 295 c.p.c.” e pertanto rimette la questione al giudizio della Corte Costituzionale. Infatti, “la norma che disciplina le modalità di celebrazione delle udienze con collegamento da remoto non prevedeva, nella formulazione vigente al momento della entrata in vigore del D.L. 18/2020 poi convertito nella L. 27/2020, alcuna particolare disposizione quanto al luogo nel quale si doveva trovare il Giudice per poter utilizzare il software Microsoft Teams e la stanza virtuale fornita dalla DGSIA. Solo con la modifica introdotta dall'art. 3 comma 1 lett. C del D.L. 28/2020 è stata aggiunta la specificazione che l'udienza deve in ogni caso avvenire con la presenza del giudice nell'ufficio giudiziario, così obbligando il Giudice a recarsi presso l'ufficio giudiziario per potersi collegare alla propria stanza virtuale che invece tecnicamente potrebbe essere utilizzata a prescindere dal luogo fisico dal quale si trova collegato il Giudice purché abbia a disposizione una connessione internet, una webcam ed un microfono. Tale previsione comporta quindi l'effetto irragionevole che il Giudice civile, monocratico o collegiale, dovrebbe recarsi in ufficio per utilizzare la stanza virtuale di Teams per collegarsi con i procuratori delle parti, le parti medesime od il CTU (tutti in collegamento da luoghi diversi dall'ufficio giudiziario) per poi invece, al termine dell'udienza, spostarsi in un luogo diverso e meno soggetto all'afflusso del pubblico indifferenziato, per collegarsi nuovamente alla medesima stanza virtuale con Teams e con i membri del Collegio per deliberare la decisione conseguente alla celebrazione dell'udienza svoltasi in ufficio, ma da remoto.» Fonte Redazione Giuffrè 2020, *De Jure* https://dejure.it/#/ricerca/giurisprudenza_documento_massime?idDatabank=0&iDocMaster=8528493&iDocUnitaDoc=0&nVigUnitaDoc=1&docIdx=2&semantica=0&isPdf=false&fromSearch=true&isCorrelazioniSearch=false.

cio 2020 uno stanziamento pari a 4.278,9 mln di euro, in aumento tanto rispetto al bilancio 2019 quanto al bilancio a legislazione vigente (+5 mln). Nel Programma, infatti, l'aumento di 22,7 mln previsto come effetto finanziario dell'articolato della legge di bilancio, supera i definanziamenti, pari a 17,7 mln di euro, derivanti dagli interventi della Sezione II. L'aumento derivante dalla Sezione I è prevalentemente legato alle assunzioni previste dal disegno di legge (art. 1, commi 415-425) per una cifra che si aggira intorno ai 20 mln; è inoltre previsto un incremento di circa 2 milioni del Fondo per il finanziamento degli interventi urgenti per assicurare la funzionalità degli uffici giudiziari e degli istituti penitenziari, con particolare riferimento alle aree colpite da eventi sismici (art. 1, comma 417). Le riduzioni dovute ai definanziamenti della Sezione II riguardano, in particolare: l'informatizzazione dell'amministrazione giudiziaria (cap. 7203), per una cifra pari a 6,5 mln; il funzionamento degli uffici giudiziari (cap. 1550), per un ammontare di 4,4 mln; le spese per la verbalizzazione degli atti processuali (cap. 1462), che subiscono un decremento di 2 mln.

Probabilmente, il tema dell'informatizzazione della Giu-

stizia, non è ancora avvertito con la necessaria urgenza da tutti gli operatori del diritto, soprattutto, a parer di chi scrive, da una parte dell'Avvocatura e della Magistratura abituate alle modalità classiche di trattazione dell'udienza, deposito cartaceo di atti e documenti.

Con ciò non si vuole certo sostenere che siano solo questi gli ostacoli ad una telematizzazione capillare della Giustizia. Infatti, molti sono gli interrogativi - processuali e sostanziali - che si pongono all'occhio del giurista. Primo tra tutti la dematerializzazione degli atti processuali in favore del processo telematico e le problematiche connesse al venir meno di un rapporto diretto tra le parti ed il Giudice (soprattutto per quanto concerne il settore penale). Ad ogni buon conto, l'imprescindibilità dell'utilizzo dei mezzi tecnologici per lo svolgimento delle udienze, per la conoscenza degli atti di causa, per le notifiche e per le attività di cancelleria è emersa con forza nella c.d. Fase 1 e il decreto Cura Italia ne è stata la dimostrazione.

Al periodo di *lockdown* resta, per così dire, il merito di aver accelerato il processo di telematizzazione della Giustizia, anche se si avverte ancora troppa diffidenza verso una vera e propria innovazione.

SOSPENSIONE DELLE PROCEDURE ESECUTIVE SULLA PRIMA CASA

Cosa accade all'abitazione principale del debitore già aggiudicata alla data di entrata in vigore dell'art. 54 ter della legge n. 27/2020? Il tribunale di Napoli Nord si pronuncia a favore del decreto di trasferimento

di Concetta Marino

DEL 27 AGOSTO 2020

Sommario

1. La sospensione legale delle espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore ai sensi dell'art. 54 ter del D.L. 17 marzo 2020, n. 18
2. Sull'operatività della sospensione legale nel caso in cui l'immobile adibito ad abitazione principale del debitore sia stato aggiudicato, ma non ancora trasferito.

1. La sospensione legale delle espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore ai sensi dell'art. 54 ter del D.L. 17 marzo 2020, n. 18

Con la [legge 24 aprile 2020, n. 27](#) è stato convertito, con modificazioni, il [D.L. 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. Tra le novità introdotte in sede di conversione particolare importanza ha assunto l'inserimento dell'[art. 54-ter](#) rubricato «Sospensione delle procedure esecutive sulla prima casa». In particolare, il primo comma della citata norma dispone che «è sospesa, per la durata di sei mesi a decorrere dall'entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, di cui all'[articolo 555 del Codice di procedura civile](#), che abbia ad oggetto l'abitazione principale del debitore». Il periodo di sospensione è dunque dal 30 aprile al 30 ottobre^[1].

Com'era prevedibile la disposizione ha suscitato molti dubbi interpretativi che hanno generato una moltitudine di circolari, linee guida e protocolli approntati dagli uffici giudiziari per tentare di offrire agli operatori e alle parti del processo esecutivo direttive uniformi. L'intento del legislatore è quello di contenere la diffusione del contagio, evitando al debitore il rilascio dell'immobile destinato alla sua abitazione principale.

Il primo dubbio ha riguardato già il modo di intendere la locuzione utilizzata dal legislatore "abitazione principale", per indicare, si presume, l'immobile in cui la persona fisica, che lo possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale, e i suoi familiari dimorano abitualmente. Invero, a parte la disarmonia tra la rubrica, in cui si parla di "prima casa", ed il testo, in cui si parla di "abitazione principale", si tratta di un'espressione per intendere la quale occorre far ricorso alla normativa tributaria^[2].

Non basterebbe dunque a determinare la sospensione del-

[1] Trattandosi di una norma speciale, tale termine non subirà alcun ulteriore allungamento per effetto della sospensione feriale di cui alla [legge n. 742/1969](#).

[2] In ambito fiscale occorre fare riferimento all'[art. 10, comma 3-bis, d.P.R. n. 917 del 1986](#) che così stabilisce: «Per abitazione principale si intende quella nella quale la persona fisica, che la possiede a titolo di proprietà o altro diritto reale, o i suoi familiari dimorano abitualmente». Ulteriore riferimento normativo si rinviene -sempre in ambito fiscale- nell'[art. 13 D.L. n. 201 del 2011](#) il quale prevede che «Per abitazione principale si intende l'immobile, iscritto o iscrivibile nel catasto edilizio urbano come unica unità immobiliare, nel quale il possessore e il suo nucleo familiare dimorano abitualmente e risiedono anagraficamente». Sulla normativa di riferimento, per un'adeguata interpretazione della locuzione utilizzata dal legislatore, Soldi, La sospensione della espropriazione immobiliare ai tempi del coronavirus, in [www.judicium.com](#), § 2. Qualora unitamente all'immobile adibito ad abitazione principale del debitore e della sua famiglia fossero stati pignorati

la procedura espropriativa che nell'immobile dimori un familiare del debitore non convivente con questo. Dubbia è la necessità che in quell'immobile il debitore vi abbia la sua residenza anagrafica o se sia sufficiente che il debitore abiti l'immobile in modo continuativo[3]. Certamente ciò che conta è che il debitore risieda con la propria famiglia nell'immobile già al momento della notificazione dell'atto di pignoramento, essendo assolutamente irrilevanti eventuali spostamenti di residenza successivi a quella data.

La sospensione opera *ex lege*, dunque senza che sia necessario alcuna istanza di parte[4], né il provvedimento del giudice, che pertanto è dispensato da qualsiasi apprezzamento sullo stato di bisogno in cui versi il debitore. L'esigenza cui il legislatore intende venire incontro è quella di evitare in questo periodo di emergenza epidemiologica al debitore in difficoltà il disagio di dover lasciare la propria abitazione, ma anche evitare, in periodo di piene emergenza sanitaria, il trasferimento suo e della sua famiglia presso altre abitazioni, evenienza questa che potrebbe contribuire alla diffusione del contagio. La disposizione ha dunque una finalità di tutela della salute pubblica, ma anche un intento socio-assistenziale, esigenza quest'ultima che avrebbe reso possibile una valutazione sulla meritevolezza che, però, il legislatore ha preferito evitare, comprensibilmente, considerando la complessità di un'indagine su tale condizione[5] e considerando altresì il periodo

di emergenza, che non avrebbe consentito di attendere i tempi di una valutazione da parte del giudice chiamato a verificare lo stato di bisogno del debitore.

Pertanto, indipendentemente dallo stato in cui versi il debitore già sottoposto alla procedura esecutiva, questa rimarrà sospesa fino al 30 ottobre, purché il pignoramento abbia colpito la sua abitazione principale[6]. In tal caso gli atti esecutivi compiuti durante questo periodo di sospensione legale saranno affetti da nullità da far valere con l'apposito rimedio dell'opposizione agli atti esecutivi. Nonostante l'ambiguità del dettato normativo che parla di sospensione di ogni procedura esecutiva per il pignoramento immobiliare, non esiterei a riconoscere l'applicabilità dell'[art. 54-ter](#) unicamente alle procedure esecutive già pendenti alla data del 30 aprile, escludendo dunque che la sospensione *ex lege* di cui parla l'[art. 54 ter](#) possa operare fino ad impedire lo stesso compimento del pignoramento immobiliare dell'abitazione principale del debitore nel periodo di sospensione legale[7]. Pertanto il creditore potrà procedere durante questo periodo al pignoramento dell'abitazione principale del debitore ai sensi dell'[art. 555 c.p.c.](#), senza temere che il suo atto sia invalido e dunque opponibile *ex art. 615 c.p.c.* [8]. È vero che qualora un pignoramento immobiliare sulla casa di abitazione del debitore venisse compiuto durante questo arco temporale il suo destino è già segnato, perché il processo espropriativo appena

anche altri beni a quello collegati, quali potrebbero essere il box-auto o un locale destinato a deposito, trattandosi di beni separabili, per essi la procedura esecutiva potrebbe proseguire. Sebbene non sia mancata l'opinione di chi ritiene che anche per i beni di pertinenza dell'abitazione principale del debitore l'espropriazione vada sospesa.

[3] Sul punto non vi è uniformità di vedute nelle diverse note diffuse dai tribunali chiamati a confrontarsi con tale nozione. Così, tra le tante rinvenibili in rete, nella nota diffusa dal tribunale di Latina si fa riferimento all'[art. 10 del d.P.R. 917/1986](#), in quelle diffuse invece dai tribunali di Cassino, Lecce e Lucca, all'[art. 13 del D.L. 201/2011](#) in cui si fa anche riferimento alla residenza anagrafica, oltre che alla dimora abituale.

[4] Sebbene non si possa escludere che sia proprio il debitore interessato ad avvalersi della sospensione ad avanzare apposita istanza. In tal caso egli sarà tenuto a documentare di essere nelle condizioni di poter beneficiare della sospensione (così Tribunale Napoli Nord, 4 giugno 2020, in [www.InExecutis.it](#)). Per Soldi, op. cit., in tal caso il giudice dovrebbe procedere ad una "mini istruttoria endoesecutiva" per verificare il ricorrere di questo presupposto necessario per la sospensione della procedura espropriativa. Più frequentemente sarà il custode ovvero il professionista delegato alla vendita (qualifiche che spesso convergono in capo ad una stessa persona) a segnalare la situazione abitativa dell'immobile pignorato. Al riguardo nelle Linee guida approvate dal CSM con delibera plenaria del 4 giugno scorso per l'organizzazione del settore delle procedure esecutive e concorsuali nella "fase 2" dell'emergenza COVID-19, si suggerisce al giudice di avvalersi dei suoi ausiliari (esperto stimatore, custode e professionista delegato) per effettuare una ricognizione delle procedure espropriative iscritte a ruolo. A tal fine si auspica che, laddove non sia stato ancora nominato, il giudice provveda alla designazione del custode, affinché possa informarlo dello stato abitativo dell'immobile.

[5] Requisito che, com'è noto, pur non essendo esplicitamente prescritto, deve essere valutato dal giudice chiamato ad omologare il piano del consumatore nei procedimenti di risoluzione della crisi da sovraindebitamento e che già in quella sede ha destato molteplici perplessità ed interpretazioni discordanti.

[6] Ricordiamo che già la riforma dell'[art. 560 c.p.c.](#), intervenuta lo scorso anno, aveva previsto una tutela a vantaggio del debitore esecutato ogniqualvolta l'immobile pignorato fosse adibito a sua abitazione. Quella norma prevede infatti che il debitore esecutato possa continuare ad occupare l'immobile pignorato qualora sia destinato a sua abitazione, almeno fino al decreto di trasferimento a favore dell'aggiudicatario.

[7] In tal senso Sassani, Capponi, Panzarola, Farina, Sulla sospensione delle espropriazioni immobiliari aventi ad oggetto l'abitazione principale del debitore, in [www.judicium.com](#), §2.

[8] Sebbene tale attività subisca comunque la sospensione dei termini imposta per tutti i procedimenti civili dall'[art. 83 del D.L. n. 18 del 2020](#) (prorogata fino all'11 maggio 2020 dall'[art. 36 del D.L. n. 23 del 2020](#)). Dunque, verosimilmente, la notifica del pignoramento immobiliare potrà aver luogo a partire dal 12 maggio.

iniziato verrebbe immediatamente sospeso. Ma, a ritenere diversamente, si impedirebbe al creditore di costituire un vincolo giuridico sul bene immobile del debitore (il quale potrebbe frattanto disporne, con un atto che potrà poi essere opposto al creditore con suo grave nocumento). Tra l'altro, tenendo conto della finalità della norma, che è quella di contrastare gli effetti negativi dell'emergenza epidemiologica da COVID-19, l'imposizione di un vincolo giuridico sulla casa di abitazione del debitore per effetto del pignoramento non pregiudicherebbe tale finalità. L'intento del legislatore è infatti quello di evitare la vendita forzata o comunque ogni attività esecutiva diretta a privare il debitore della casa di abitazione^[9].

È rimasta pertanto isolata la voce di chi ha ritenuto che la previsione dell'[art. 54 ter](#) implicasse l'esclusione di qualsiasi iniziativa espropriativa sull'abitazione principale del debitore, si da ritenere sospeso lo stesso diritto del creditore di agire esecutivamente, almeno fino al 30 ottobre. Tra l'altro, a fronte di un'applicazione tanto ampia della disposizione emergenziale, si renderebbe quantomeno opportuna la previsione di una misura a garanzia del creditore costretto a temporeggiare. Così per evitare che nel periodo di sospensione legale il debitore possa compiere atti dispositivi della sua casa d'abitazione, si potrebbe immaginare di riconoscere al creditore la possibilità di compiere un sequestro conservativo su quel bene. Si tratterebbe di una forma sui generis di sequestro, che non starebbe a garantire il presunto creditore nel tempo necessario al conseguimento del titolo, dato che il creditore già dispone di un t.e., ma piuttosto di una misura a garanzia del suo diritto di agire esecutivamente su un bene temporaneamente non pignorabile. Si avrebbe così un bilanciamento degli interessi in gioco, dato che l'[art. 54 ter](#) sembra voler tutelare unicamente il debitore a discapito del creditore. Ammesso dunque il compimento del pignoramento immobiliare sulla casa d'abitazione del debitore, è indubbio che l'espropriazione su tale immobile iniziata con il pignoramento notificato dopo il 30 aprile venga subito sospesa.

Rimane da chiedersi se il creditore debba provvedere all'iscrizione a ruolo del p.e., da compiersi secondo le modalità e i termini prescritti dall'[art. 557 c.p.c.](#), a pena di inefficacia dell'atto di pignoramento. È vero che in tal caso dovrebbe trovare applicazione la sospensione dei termini processuali prevista dal tanto discusso [art. 83, comma 2 del d.l. n. 18/2020](#), prorogata fino all'11 maggio dal [d.l. n. 28/2020](#). Il dubbio è dunque se per questo adempimento possa trovare applicazione la "specificata" sospensione introdotta dall'[art. 54 ter](#), oppure se, trattandosi di un termine successivo all'inizio dell'esecuzione, ma anteriore alla vera e propria instaurazione della procedura esecutiva, esso rimanga sottoposto alla sospensione dei termini di cui all'[art. 83, comma 2](#) appena richiamato.

Si tratta di una questione non facilmente risolvibile, ma certo particolarmente delicata, considerata anche la conseguenza della mancata iscrizione a ruolo del processo espropriativo. Nel caso di specie è rilevante l'operatività *ex lege* della sospensione che potrebbe tollerare la mancata designazione del giudice dell'esecuzione che avverrà solo dopo la formazione del fascicolo e dunque successivamente all'iscrizione a ruolo del p.e.^[10]. A favore dell'applicabilità dell'[art. 54 ter](#), e dunque della sospensione legale anche del termine prescritto per l'iscrizione a ruolo del processo espropriativo, potrebbe invocarsi l'attuale pendenza della procedura esecutiva che, com'è noto, è riconducibile al compimento del pignoramento che già segna l'avvio dell'esecuzione forzata ex [art. 491 c.p.c.](#) Pertanto ciò potrebbe bastare a ritenere sospeso il p.e. e dunque sospesi i termini endoprocedimentali perentori che scandiscono lo svolgimento del p.e., quali quelli per: l'iscrizione a ruolo ex [art. 557 c.p.c.](#) ^[11]; per il deposito dell'istanza di vendita ex [art. 497 c.p.c.](#); per il deposito della documentazione ipocatastale ex [art. 567 c.p.c.](#); per il deposito della somma necessaria alla pubblicazione della notizia dell'esperimento di vendita sul Portale delle vendite pubbliche ex [art. 631 bis c.p.c.](#) ^[12].

^[9] Tra le attività sospese dovrebbe farsi rientrare anche quella di stima dell'immobile pignorato, trattandosi di un'attività funzionale alla vendita. In tal senso le note emesse dai Tribunali di Aosta, Bari e Cassino. Di diverso avviso il Tribunale di Latina.

^[10] Se la sospensione sia disposta senza il ricorrere della condizione prescritta, cioè ritenendo erroneamente che quella pignorata sia la casa di abitazione del debitore, il rimedio proponibile sarebbe quello dell'opposizione agli atti esecutivi. L'uso del condizionale è d'obbligo perché questo si rivelerebbe invero uno strumento inutile, dato che il tempo necessario per la sua definizione sarebbe più lungo di quello della sospensione semestrale. Così Sassani, Capponi, Panzarola, Farina, op. cit., § 5. Qualora invece il g.e. abbia negato la sospensione che avrebbe dovuto essere concessa, il debitore avrà l'onere di impugnare il primo atto compiuto dopo il provvedimento negativo reso dal g.e.

^[11] Di diverso avviso, Sassani, Capponi, Panzarola, Farina, op. cit., § 4, che ritengono tale adempimento prudente per il creditore, considerando che la sospensione opera unicamente per l'immobile destinato ad abitazione principale del debitore, presupposto questo che potrebbe essere contestato *ex post*.

^[12] Tutte queste attività sono ritenute sospese per effetto della previsione dell'[art. 54 ter](#) da Soldi, op. cit., § 4.

2. Sull'operatività della sospensione legale nel caso in cui l'immobile adibito ad abitazione principale del debitore sia stato aggiudicato, ma non ancora trasferito.

Un problema molto delicato è quello dell'operatività della sospensione legale prescritta dall'[art. 54 ter](#) con riferimento all'immobile pignorato definitivamente aggiudicato. Le tesi prospettate sono due:

- 1) secondo l'una, avvenuta l'aggiudicazione l'esecuzione non ha più ad oggetto l'immobile del debitore che costituisce la sua abitazione principale, ma il denaro ricavato dalla vendita. Pertanto, il g.e. deve pronunciare il decreto di trasferimento di cui all'[art. 586 c.p.c.](#) e l'esecuzione deve proseguire con la distribuzione del ricavato[13];
- 2) secondo l'altra, anche a seguito dell'aggiudicazione definitiva, oggetto dell'esecuzione è l'immobile che costituisce l'abitazione principale del debitore esecutato, pertanto continuerebbe a sussistere il presupposto che ha indotto il legislatore a prevedere la sospensione legale, che interesserebbe anche il decreto di trasferimento.

La soluzione interpretativa preferita in dottrina è la seconda, nel presupposto che l'interesse del debitore a non lasciare la casa in cui abita durante il periodo dell'emergenza sanitaria vada protetto anche dopo l'aggiudicazione del bene, considerando l'esigenza di cui ha tenuto conto il legislatore nell'imporre la sospensione delle espropriazioni immobiliari in questo caso. A riprova di questo assunto viene invocato il disposto dell'u.c. dell'[art. 560 c.p.c.](#) a mente del quale: «*se l'immobile pignorato è abitato dal debitore e dai suoi familiari il giudice non può mai disporre il rilascio dell'immobile pignorato prima della pronuncia del decreto di trasferimento ai sensi dell'articolo 586*». Da questa disposizione si evince la rilevanza della situazione abitativa del debitore anche dopo l'aggiudicazione, che viene salvaguardata sino al decreto di trasferimento. Sarebbe dunque ragionevole ritenere che il regime di sospensione legale impedisca l'emissione di questo decreto fino al 30 ottobre, anche quando sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva.

Di diverso avviso il Tribunale di Napoli Nord che lo scorso 5 giugno è intervenuto per affermare che l'[art. 54-ter d.l. n. 18/2020](#) non trova applicazione ove sia già avvenuta l'aggiudicazione del bene, sicché l'adozione del decreto di trasferimento costituisce in questa evenienza atto dovuto[14].

Il giudice partenopeo, pur consapevole che l'interpretazione letterale di tale disposizione condurrebbe ad opposta conclusione, ritiene che la stessa debba essere letta nel contesto della disciplina codicistica dell'esecuzione forzata e dei principi generali che tale disciplina informano.

In particolare, viene invocato quanto disposto dall'[art. 187-bis disp. att. c.p.c.](#) che preserva l'aggiudicatario dalla eventuale estinzione (tipica o atipica) del processo esecutivo, mantenendo fermi gli effetti della vendita. Pertanto, a maggior ragione, il suo acquisto andrebbe fatto salvo se la procedura è semplicemente sospesa, anche tenuto conto della dimensione pubblicistica degli interessi tutelati.

Invero sulla questione incide il noto dibattito sulla decorrenza dell'effetto traslativo della vendita forzata immobiliare, rinvenuta da dottrina e giurisprudenza maggioritarie nel decreto di trasferimento ex [art. 586 c.p.c.](#), fino al quale l'aggiudicatario verserebbe in uno stato di mera aspettativa[15], contrastata da chi invece ritiene che il trasferimento della proprietà dell'immobile avvenga al momento dell'aggiudicazione, sia pure sotto condizione del pagamento del prezzo[16]. Indipendentemente dalla soluzione preferibile, certamente l'aggiudicatario versa in una situazione giuridica meritevole di tutela e il decreto di trasferimento costituisce l'atto in cui culmina la vendita forzata, che è una fattispecie processuale a formazione progressiva[17].

Posta questa necessaria, quanto sintetica premessa, il caso sottoposto all'esame del giudice napoletano riguardava un bene immobile aggiudicato anteriormente al 30 aprile, per il quale però non era stato ancora emesso il decreto di trasferimento. Infatti, se l'aggiudicatario avesse già ver-

[13] Si tratterebbe di una scelta in linea anche con i suggerimenti del CSM (cit. supra nota 4) che considera di primario interesse per l'economia nazionale che le somme già ricavate dalle vendite forzate e dunque disponibili vengano distribuite prontamente tra i creditori, si da immettere liquidità nel sistema.

[14] Il provvedimento è pubblicato in www.inExecutivis.it.

[15] In dottrina Andrioli, Commentario al codice di procedura civile, III, Napoli, 1957, 259 ss.; Bonsignori, Esecuzione forzata, Torino, 1996, 265 ss.; Micheli, Dell'esecuzione forzata, in Comm. Scialoja-Branca, Libro VI, Tutela dei diritti (artt. 2910-2969), Bologna-Roma, 1977, 112. In giurisprudenza, tra le tante, Cass. civ. Sez. III, 18 aprile 2003, n. 6272.

[16] Satta, Commentario codice di procedura civile, III, 385 ss.; Cerino Canova, Vendita forzata ed effetto traslativo, in Riv. dir. civ., 1980, I, 137 ss. Dopo l'introduzione dell'[art. 187 bis disp. att. c.p.c.](#), secondo alcuni Autori sarebbe rafforzata la tesi del trasferimento della proprietà già al momento dell'aggiudicazione, addirittura a seguito dell'aggiudicazione provvisoria. Così Balena, Bove, Le riforme più recenti del processo civile, Bari, 2006, 231; Punzi, Il processo civile. Sistema e problematiche, IV, Il processo di esecuzione, Torino, 2008, 170.

[17] In tal senso Cass. civ. Sez. III, 16 settembre 2008, n. 23709.

sato il saldo prezzo e il decreto di trasferimento fosse stato già reso anteriormente a quella data, la trasformazione del bene pignorato in denaro anzitutto avrebbe reso possibile l'avvio della fase distributiva^[18].

Qualche dubbio residuerebbe sulla possibilità di dare esecuzione al decreto di rilascio già reso. Infatti, pur essendo indubbio che la sospensione legale ex [art. 54 ter](#) operi esclusivamente a beneficio dell'abitazione principale del debitore e che dopo il versamento del saldo-prezzo e l'emanazione del decreto di trasferimento l'immobile pignorato, che era dimora abituale del debitore, ha perso questa connotazione^[19], è altresì vero che l'emergenza sanitaria che ha indotto alla previsione dell'[art. 54 ter](#) imporrebbe l'esclusione della liberazione dell'immobile per l'intero periodo di sospensione legale^[20].

Insomma secondo questa interpretazione, sebbene l'aggiudicatario abbia versato interamente la somma corrispondente al prezzo del bene venduto forzatamente ed abbia ottenuto il decreto di trasferimento, non potrebbe ancora beneficiare della liberazione dell'immobile^[21].

Nel provvedimento in esame si fa riferimento al caso in cui il bene immobile destinato all'abitazione principale del debitore sia stato aggiudicato al 30 aprile, ma a quel-

la data non sia stato ancora reso il decreto di trasferimento. Invero il carattere socio-assistenziale dell'[art. 54 ter](#), oltre che l'esigenza di contenere il contagio nel periodo di emergenza epidemiologica, inducono a ritenere che la sospensione debba riguardare anche l'emanazione di questo decreto^[22].

Anche a voler accedere alla soluzione preferita dal giudice napoletano, che ritiene dovuta l'emissione del decreto di trasferimento dell'immobile aggiudicato nell'arco temporale della sospensione legale, comunque l'efficacia di questo decreto, benché contenga l'ingiunzione al debitore di rilasciare l'immobile destinato a sua abitazione principale, rimarrebbe sospesa per tutto il periodo imposto dal legislatore nell'[art. 54 ter](#). In tal modo, come è stato efficacemente evidenziato, la protezione del debitore verrebbe comunque assicurata dalla temporanea inefficacia del decreto di trasferimento la cui eseguibilità riprenderà a partire dal 31 ottobre^[23].

A riprova di ciò va ricordato che il nuovo [6° comma dell'art. 560 c.p.c.](#), modificato dalla [legge n. 8](#) del febbraio di quest'anno, di conversione del [d.l. n. 162 del 2019](#), prevede che su istanza dell'aggiudicatario, nel decreto di trasferimento, possa essere contemplato un ordine di li-

^[18] Se l'immobile è stato non solo aggiudicato, ma anche trasferito anteriormente al 30 aprile, non vi sono ragioni per sospendere la distribuzione della somma ricavata dalla vendita, anche al fine di favorire l'immissione di liquidità nel sistema economico. Così LEUZZI -ROSSI, Procedure esecutive e prima casa nel diritto emergenziale anti-covid, in [www.ilcaso.it](#), 30 aprile 2020, i quali rilevano che dopo il decreto di trasferimento il procedimento non ha più ad oggetto l'abitazione principale del debitore, ma il denaro versato dall'aggiudicatario. La soluzione favorevole all'avvio della fase distributiva sembra anche rispondente alle linee guida elaborate dal CSM e richiamate alla nota 4. Nello stesso senso Soldi, op. cit. § 7, la quale evidenzia però che nell'ipotesi in cui il custode fosse stato chiamato alla liberazione semplificata dell'immobile su istanza dell'aggiudicatario, ai sensi del nuovo [6° comma dell'art. 560 c.p.c.](#), sino a quando non abbia portato a termine le operazioni di sgombero dell'immobile non potrebbe determinarsi la somma da ripartire, dato che gli oneri di tale ulteriore attività rimarranno a carico della procedura esecutiva.

^[19] Al riguardo è bene ricordare che anche la predisposizione del piano di riparto è un atto esecutivo e, dunque, a stretto rigore dovrebbe essere vietato durante il periodo della sospensione legale. Però la trasformazione del bene in denaro farebbe perdere alla dimora abituale del debitore l'identità che ne caratterizzava la destinazione, si da rendere possibile la predisposizione del piano di riparto. Così Soldi, op. cit., § 7.

^[20] Così Sassani, Capponi, Panzarola, Farina, op. cit., § 8.

^[21] Opzione questa necessaria qualora l'aggiudicatario non avesse ancora versato interamente la somma corrispondente al prezzo di vendita del bene. Infatti, nonostante l'[art. 587 c.p.c.](#) prescriva a pena di decadenza il termine per il versamento del saldo prezzo, questo termine dovrebbe ritenersi sospeso fino al 30 ottobre. Ciò compenserebbe l'interesse dell'aggiudicatario ad acquisire l'immediata disponibilità del bene, essendo esonerato dal versamento del prezzo fino al 30 ottobre e dagli obblighi di carattere fiscale derivanti dall'acquisto della proprietà. Così Soldi, op. cit., § 7.

^[22] Quanto alla possibilità che l'esecutività del decreto di trasferimento incappi nel disposto dell'[art. 103, comma 6 del d.l. 18/2020](#) (c.d cura Italia), che rinvia, come previsto in sede di conversione del D.L. Rilancio, ormai al 31 dicembre (a fronte del 1° settembre, come originariamente prescritto) l'esecuzione del rilascio di tutti gli immobili, mi sembra evenienza non ipotizzabile, considerando che tale disposizione, per quanto estremamente generica "L'esecuzione dei provvedimenti di rilascio degli immobili, anche ad uso non abitativo, è sospesa fino al 31 dicembre 2020", nell'intenzione del legislatore dovrebbe riguardare unicamente la sospensione degli sfratti, con una funzione essenzialmente di tipo assistenziale per lo stato di bisogno in cui potrebbe versare il conduttore, sia privato che imprenditore, proprio a causa dell'emergenza epidemiologica. A riprova di ciò il nuovo [art. 17 bis del D.L. 34/2020](#) è rubricato «Proroga della sospensione dell'esecuzione degli sfratti di immobili ad uso abitativo e non abitativo» e recita così: "Al [comma 6 dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18](#), convertito, con modificazioni, dalla [legge 24 aprile 2020, n. 27](#), le parole: "1° settembre 2020" sono sostituite dalle seguenti: 31 dicembre 2020".

^[23] Così Sassani, Capponi, Panzarola, Farina, op. cit., § 8, per i quali, comprensibilmente, questa sarebbe anche la sorte del decreto di trasferimento ancorché reso anteriormente al 30 aprile.

berazione informale dell'immobile da compiersi ad opera del custode ed a spese della procedura senza il ricorso alle forme esecutive dell'[art. 605 c.p.c.](#)

Le disposizioni del novellato [art. 560 c.p.c.](#) sono immediatamente applicabili a tutte le procedure pendenti alla data della sua entrata in vigore (1° marzo 2020). Per esse il delegato alla vendita dovrà interpellare l'aggiudicatario, informandolo del diritto di avvalersi dell'ordine di liberazione semplificata, invitandolo ad esprimersi al riguardo entro e non oltre il saldo prezzo.

Insomma questa forma di liberazione semplificata del bene immobile aggiudicato costituisce un atto endoesecutivo che dunque incapperà nella sospensione legale di cui

all'[art. 54 ter.](#) Pertanto, qualora si ritenesse possibile anche nel periodo di sospensione legale del processo espropriativo l'emanazione del decreto di trasferimento, per evidenti ragioni di parità di trattamento, sia che l'aggiudicatario intenda avvalersi del meccanismo semplificato di liberazione dell'immobile interno all'esecuzione secondo la previsione dell'[art. 560, comma 6 c.p.c.](#), bypassando l'applicazione dell'[art. 605 c.p.c.](#), sia che intenda servirsi del decreto di trasferimento come t.e. per il rilascio ai sensi dell'[art. 605 c.p.c.](#), dovrà comunque attendere il 31 ottobre per la liberazione dell'immobile acquistato, in ossequio alla speciale protezione garantita al debitore in questo periodo di emergenza socio-sanitaria.

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

Beatrice Irene Tonelli

Avvocato cassazionista, opera nel campo civile con particolare riferimento alla materia familiare, minorile e successoria, e alle procedure esecutive, anche in qualità di delegato alle vendite immobiliari. Dal 2008 è mediatore civile e commerciale presso l'organismo della camera di commercio di Firenze.

Mirco Minardi

Avvocato cassazionista del foro di Ancona. Titolare del blog, www.lexform.it, che si occupa di procedura civile.

Rosanna Mancuso

Avvocato iscritto all'albo degli avvocati di Catanzaro dal 13 gennaio 2004 ed all'albo degli avvocati Cassazionisti. Cultore della materia di Diritto processuale civile.

Giorgio Mazzone

Avvocato, abilitato al patrocinio innanzi alle Magistrature superiori. Partner dello Studio Legale "Lipani Catricalà & Partners" si occupa di diritto civile, societario e d'impresa in ambito giudiziale e stragiudiziale.

Carlo Vellani

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.

Caterina Silvestri

Professore associato alla Scuola di Giurisprudenza di Firenze, settore scientifico-disciplinare Diritto processuale civile, dove insegna Sistemi processuali e tutela dei diritti, Teoria generale del processo e Diritto processuale civile europeo. È Avvocato civilista dal 1993.

Diego Torrella

Laureando in Giurisprudenza.

Viola Depau

Laureata con lode all'Università degli studi di Pavia con una tesi in Diritto Processuale Civile Comparato, consegue il diploma presso la Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali delle Università di Pavia – L. Bocconi di Milano. Attualmente avvocato nel foro di Pavia.

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.

Gianni Ghinelli

Dottorando di ricerca in diritto processuale civile presso l'Università di Bologna e Avvocato del Foro di Rimini. L'attività di ricerca accademica verte sul tema degli strumenti processuali a tutela dell'ambiente e sulla disciplina europea del contenzioso transfrontaliero. Negli anni successivi alla laurea ha lavorato presso gli studi Dezan Shira & Associates (Shanghai), Schultze & Braun (Bologna) e Ghinelli (Rimini).

Elisa Giardini

Avvocato in Ravenna, ha acquisito un Master Universitario di 1° Livello in "Diritto dell'Ambiente – La gestione dell'ambiente" presso l'Università Ca' Foscari di Venezia.

Angela Calzavara

Dottoranda in Giurisprudenza.

Concetta Marino

È professore associato di Diritto processuale civile e insegna Diritto dell'esecuzione civile nell'Università di Catania ove è anche docente nella Scuola di specializzazione per le professioni legale. È componente del Comitato scientifico del Centro di ricerca sulla giustizia dei minori e della famiglia dell'Università di Catania e del Comitato di coordinamento scientifico che, in convenzione con l'Ateneo catanese, si occupa dell'organizzazione dei Corsi di alta formazione per i gestori della crisi da sovraindebitamento.

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.